

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 976

(Ano XII)

(19/09/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Declarações pessoais do Presidente no Inq. 4831/DF: filigranas, erudição estéril, caprichos e vazios práticos
Eduardo Luiz Santos Cabette, 05.

ARTIGOS

Tratamento tributário: a viabilidade do processo de exportação no Brasil diante dos incentivos fiscais

Eliéverson Leondras de Souza, 14.

Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: a necessária postura moderada entre subjetivismo e formalismo jurídico

Francisco Ernesto Agra Cavalcante Filho, 28.

A sobrevivência da mulher no decorrer dos anos: violência doméstica e feminicídio contra mulheres e pessoas transgêneras no Brasil.

Guilherme Honório da Silva, 41.

Saída temporária no sistema progressivo penal no direito brasileiro

Douglas Ricardo Ferracini, 58.

Uma análise sobre as controvérsias do "juiz das garantias" no pacote anticrime - Lei n. 13.964/2019.

Rômulo Serrão Cunha, 84.

A importância da audiência de custódia no sistema carcerário

Edgar Borges Louzada Neto, 115.

Efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais no Brasil

Daniele De Jesus Oliveira Araujo, 135.

A observância das decisões emanadas pelo Tribunal de Contas da União – considerações sobre o art. 71, II da Constituição Federal

Vivian Buonalmi Tacito Yugar, 148.

Lei 13.827/2019 altera a Lei Maria da Penha para permitir ao Delegado de Polícia a concessão de medida protetiva de urgência

Katia Silveira Bonfim, 160.

A Impossibilidade de Aplicação de Sanções de Natureza Contratual ao Fornecedor Registrado na Ata de Registro de Preço em Decorrência de Restrição advinda de Aplicação de Penalidade Contratual por Outro Órgão Público.

Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo, 176.

Redação: redação oficial

Virgínia Paula Rodrigues do Carmo, 189.

Contribuição previdenciária patronal sobre terço de férias e aviso prévio indenizado

Lucas Caldeira Guiraldelli, 2007.

A efetividade do subsistema recursal estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 que assegura a recorribilidade das decisões interlocutórias: análise estatística de dados do TJDF e TRF1

Ana Luísa Melo Santiago Tayar, 223.

Direitos Humanos – Cedaw e Justiça Internacional Para Mulheres

Luan José Lendin da Silva, 253.

A mediação como forma de resolução de conflitos familiares

Raianni dos Santos Pereira, 271.

Advocacia Pública Municipal: necessidade de obediência ao concurso público após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Gildeon Victor de Paula Freitas, 291.

Capitalismo, ocupações populares e a apropriação dos múltiplos direitos à cidade sustentável: um estudo agroecológico sobre as comunidades do Distrito Urbano-Industrial do Jatobá, Barreiro, Belo Horizonte – MG

Vagner Luciano de Andrade, 309.

Da lavagem de dinheiro e o tipo penal aplicado

Rosiclerk Ottilo Cavassani Neto, 349.

Aplicação do princípio da bagatela no direito brasileiro

Marciana Serafim de Queiroz, 355.

A Influência da Mídia nas Decisões dos Tribunais do Júri

Rafaella Alves Farias, 376.

A possibilidade de instrumentalizar as manifestações de vontade para comprovar a sociedade de fato nas relações poliafetivas

Eva Judith Coutinho dos Santos Pacífico, 403.

O positivismo jurídico em Hans Kelsen como forma de desvincular o caráter moralístico do direito internacional: a teoria do Estado mundial

Thaíza Lopes Evangelista, 425.

Direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988

Virgínia Paula Rodrigues do Carmo, 445.

MONOGRAFIA

O impacto do estatuto da pessoa com deficiência no direito de família

Juliana Gavioli da Silva, 469.

DECLARAÇÕES PESSOAIS DO PRESIDENTE NO INQ. 4831/DF: FILIGRANAS, ERUDIÇÃO ESTÉRIL, CAPRICHOS E VAZIO PRÁTICO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

Tem andamento pelo STF e Polícia Federal o Inquérito 4831/DF [1] que apura supostas ingerências do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, na Polícia Federal, segundo consta para defesa de interesses pessoais. É de ressaltar que tais alegações foram proferidas pelo ex – Juiz Federal e ex – Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, sem, até o momento, apresentação de comprovações, o que, por seu turno, converte também tal feito em apuração de eventual crime de “Denúncia Caluniosa” (artigo 339, CP) por parte do denunciante.

O Presidente da República foi convocado a prestar declarações no bojo desse Inquérito e foi requerida a aplicação analógica do artigo 221, § 1º, CPP, que faculta a apresentação de respostas por escrito. Tal pedido foi formulado em manifestação do Procurador Geral da República, embasado em precedente do próprio STF (Inquérito 4621) em que se procedeu exatamente nestes termos, quando o envolvido era o então Presidente da República Michel Temer.

Não obstante, em decisão lavrada em 64 laudas, [2] o Ministro Celso de Mello (Relator) denega o pedido, sob a alegação de não aplicabilidade, ainda que por analogia, do artigo 221, § 1º, CPP ao caso. Apresenta farta argumentação, discorrendo sobre os mais diversos aspectos ligados à celeuma, indicando doutrina e jurisprudência sobre o alcance do dispositivo e até mesmo adentrando na discussão de sua constitucionalidade. Tudo isso para, ao final, simplesmente declarar que opta por uma interpretação rasa e gramatical do dispositivo em comento, de modo que em se referindo à condição de testemunha ou vítima, não seria aplicável ao caso do atual Presidente da República que figuraria no feito como investigado e seria “interrogado” (sic).

Quanto ao precedente de tratamento diverso conferido ao então Presidente Michel Temer por parte do Ministro Barroso, afirma que se tratou de uma especial deferência e não de reconhecimento de um direito do chefe do executivo, o que justificaria tratamento diverso de acordo com sua convicção.

Antes de entrar no cerne da questão que se pretende demonstrar neste texto, é preciso destacar algumas incoerências:

Não se discute que realmente uma rasa interpretação gramatical e a consulta à doutrina estão a indicar a impropriedade de aplicação do procedimento previsto no artigo 221, § 1º, CPP aos casos em que o Presidente da República seja “investigado”. Efetivamente, as lições doutrinárias se pautam em geral por uma apresentação que se reduz à exposição da letra da lei, sem maiores considerações. Fato é que, inobstante eventual convicção pessoal do Ministro Relator, já houve precedente em que, seja como for (reconhecimento de direito ou deferência), um Presidente recebeu tratamento diverso. É no mínimo criticável e de se estranhar que outro Presidente receba tratamento diferente pela mesma Corte, ainda que por decisão de outro Ministro. Muitas vezes é preciso lembrar o fato de que o funcionário público em sua atuação (e mais que isso não é um Ministro do STF), deve se pautar como a “mulher de César”, não bastando ser honesto, mas procurando cautelosamente “parecer honesto”. Até mesmo a discussão sobre eventual inconstitucionalidade do dispositivo em questão se apresenta inoportuna, na medida em que vigora desde 1941, passando incólume pelo STF desde sempre, inclusive após o advento da Constituição Federal de 1988. Não só nunca houve declaração de inconstitucionalidade pela Corte, como o dispositivo tem sido aplicado em geral e inclusive em caso análogo. Mais uma vez é estranho o recurso a uma série de argumentos para defender uma simples aplicação gramatical de um dispositivo, divergindo do que já foi praticado pela própria Corte. Não basta ser honesto, é preciso “parecer honesto”, não basta ser imparcial é preciso “parecer imparcial”.

Outro aspecto incoerente diz respeito à afirmação do Ministro Celso de Mello de que o Presidente ostenta a condição de investigado (o que não se discute), mas reduzindo indevidamente o chefe do executivo a tal condição somente quando,

em verdade, ele se apresenta no feito em questão em uma posição dúbia. Há suspeita em apuração de eventual ingerência e suposto crime, mas também há (e parece que o nobre magistrado olvidou-se disso) a possibilidade de que seja vítima de uma denúncia caluniosa. Aliás, sua condição atual, em face da Presunção de Inocência, deve certamente dar maior destaque à condição de vítima do que de indiciado, mesmo porque sabe bem o Ministro que a Presunção de Inocência é uma regra de tratamento relativa ao indivíduo. Tanto sabe que assim já se manifestou sobre o tema:

" O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

- **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que **possui** extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias **ou** jurisprudenciais, que, **fundadas** em **preocupante** discurso de conteúdo autoritário, **culminam por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem.**

Mesmo que se trate de pessoa acusada **da suposta prática** de crime indigitado como grave, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível**, **não se revela possível** – por efeito **de insuperável** vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade.**

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado.**

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, **consagra**, além de outras relevantes consequências, **uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por

*sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.** (grifos no original)*
(HC 95.886/RJ), Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Destaque-se que no caso concreto, além de clara dubiedade de condição (investigado sim, mas também possível vítima de denúncia caluniosa), sequer existe a definição de que eventual crime teria sido cometido, em tese, pelo Presidente. Essa situação dúbia, por si só, indicaria a aplicação do dispositivo previsto no artigo 221, § 1º., CPP, não por analogia, mas diretamente por seu conteúdo semântico indubitado. Lembremos que a lei ordinária está subordinada ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e sua regra estrita de tratamento.

Viola ainda mais uma vez a Presunção de Inocência em seu despacho Celso de Mello, ao afirmar que o Presidente será “interrogado” (sic). Ora, submetido a interrogatório na fase de inquérito é somente aquele que já é indiciado. Ao que se saiba, sequer há definição “in abstracto” da conduta em tese criminosa a ser eventualmente imputada ao Presidente, quanto mais indícios suficientes de autoria e materialidade. Muito menos há nos autos qualquer despacho fundamentado da Autoridade Policial responsável e nem mesmo do Ministro Relator, determinando o formal indiciamento do Presidente, de acordo com o que determina o artigo 2º., § 6º., da Lei 12.830/13 (dispositivo este aplicável diretamente do Delegado de Polícia Federal respectivo e por analogia ao próprio Ministro). Nem mesmo Sérgio Moro foi “interrogado” ou “indiciado”, embora sua eventual infração penal já seja patente em termos abstratos. Entretanto, a investigação deve servir para verificar se “in concreto” tal infração ocorreu realmente, com todos os seus elementos objetivos e subjetivos, o que certamente é ainda inviável na fase em que se acha o feito. Abstratamente já se sabe o que se poderia, em tese, imputar a Moro, mas não se sabe, “in concreto” se houve realmente o crime, seja objetiva, seja subjetivamente. Quanto ao Presidente, nem mesmo uma imputação “in abstracto” é apontada até o momento no que tange à suposta tipicidade de sua conduta. Mesmo assim, Celso de Mello o trata como “indiciado” (sic) a ser submetido a “interrogatório” (sic) policial. Despreza sua condição processual atual indefinida e a própria dubiedade dessa investigação que pode ser sobre uma conduta ilegal do Presidente ou de Sérgio Moro, quando então o primeiro seria vítima e não indiciado.

Onde ocultou o Ministro Celso de Mello a regra de tratamento impositiva da Constituição Federal no que tange à sua postura em relação ao Presidente da República? Em que medida agiu como um dos “guardiões da Constituição”?

A verdade é que tanto o Presidente como Sérgio Moro são ouvidos, nesta fase inicial, em “declarações” e não interrogados. Não existe ato de indiciamento, portanto, não há “interrogatório” policial, mas meras “declarações” preliminares. A posição de ambos é híbrida, Moro como testemunha ou infrator, o Presidente como

vítima ou infrator. A indefinição manda que se aplique o benefício da dúvida (“Favor Rei”), não obstante se assegure a ambos as garantias ínsitas a todos os investigados, tendo em vista suas condições dúbias. Mas, não foi o que fez Celso de Mello em relação ao Presidente e sua prerrogativa prevista no artigo 221, § 1º., CPP. Optou o Ministro por violar frontalmente a regra de tratamento e ficticiamente considerar o Presidente como “indiciado” a ser “interrogado” pela polícia, o que não condiz sequer com a realidade dos fatos e a fase em que se acha a investigação.

Mas, o mais interessante e deprimente no caso enfocado é perceber que razão assiste àqueles que criticam o mundo jurídico em que nos movemos, prenhe de peças verborrágicas, filigranas e erudição gratuita, o que torna esse universo hermético ao homem comum, incompreensível e, por vezes, ridículo. O homem comum se posta qual o camponês diante da porta da Lei descrito por Kafka. Essa porta que não se abre nunca, ou, quando se abre já não serve de nada. [3] Não há como, diante de casos como o em estudo, negar razão a Rotterdam:

Pretendem os advogados levar a palma sobre todos os eruditos e fazem um grande conceito da sua arte. Ora, para vos ser franco, sua profissão é; em última análise, um verdadeiro trabalho de Sísifo. Com efeito, eles fazem uma porção de leis que não chegam a conclusão alguma. Que são o digesto, as pandectas, o código? Um amontoado de comentários, de glosas, de citações. Com toda essa mixórdia, fazem crer ao vulgo que, de todas as ciências, a sua é a que requer o mais sublime e laborioso engenho. E, como sempre se acha mais belo o que é mais difícil, resulta que os tolos têm em alto conceito essa ciência. [4]

Pois bem, o Ministro Celso de Mello ocupou-se elaborando nada menos do que 64 páginas para, ao fim e ao cabo, decidir-se por uma interpretação meramente gramatical e descontextualizada do artigo 221, § 1º., CPP. As filigranas, referências e erudição passaram à margem do básico, que seria a visão do contexto das “declarações” a serem prestadas pelo Presidente e da sua atual condição no bojo do feito em questão, bem como as implicações constitucionais quanto ao seu tratamento. Ou seja, rodeios em torno do vazio com *aparência* científica (e só *aparência*), apenas para se chegar, ao final da leitura, à conclusão de que, como se diz popularmente, “nada, nada é nada mesmo”!

E, finalmente, qual seria o efeito prático de toda essa lucubração jurídica levada a termo pelo Ministro?

A resposta é nenhum. Isso porque o próprio Ministro consigna às fls. 13 do seu despacho que, como não poderia deixar de ser, ao Presidente da República, como a qualquer cidadão, não podem ser retiradas garantias processuais penais e constitucionais do “devido processo legal”, dentre elas o “direito ao silêncio e a não autoincriminação”.

Em sua manifestação afirma Celso de Mello que seu colega Barroso teria agido com deferência em relação ao então Presidente Michel Temer. Mas, o fato é que o Presidente Jair Bolsonaro foi quem agiu com deferência para com o STF e a Polícia Federal se dando ao trabalho de requerer a prestação de informações por escrito, quando poderia simplesmente exercer seu direito, inerente a qualquer cidadão, de simplesmente ignorar o chamamento para tais declarações na condição de investigado (é investigado, embora também possível vítima). O Presidente, como qualquer pessoa pode simplesmente se negar a prestar declarações e até mesmo a comparecer ao ato, isso por interpretação do “direito ao silêncio e a não autoincriminação” imposta pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Segundo a Corte em destaque sequer é possível conduzir coercitivamente alguém a interrogatório ou a qualquer ato que possa implicar em autoincriminação. [5] Em suma, o Presidente, como qualquer outra pessoa, não devia e não deve nenhuma satisfação ao Ministro ou ao Delegado a respeito da sua estratégia defensiva. Se apresentou um requerimento, solicitando cordialmente a prestação de informações escritas, o fez por liberalidade própria.

Mas, será que Celso de Mello discorda disso? Vejamos o que ele diz a respeito em notícia do STF:

Votou no mesmo sentido o ministro Celso de Mello, ressaltando que a condução coercitiva para interrogatório é inadmissível sob o ponto de vista constitucional, com base na garantia do devido processo penal e da prerrogativa quanto à autoincriminação. Ele explicou ainda que, para ser validamente efetivado, o mandato de condução coercitiva, nas hipóteses de testemunhas e peritos, por exemplo, é necessário o cumprimento dos seguintes pressupostos: prévia e regular intimação pessoal do convocado para comparecer perante a autoridade competente, não comparecimento ao ato processual designado e inexistência de causa legítima que justifique a ausência ao ato processual que motivou a convocação. [6]

Celso de Mello afirma que o Presidente será “interrogado” (sic), mas mesmo que a referência seja feita corretamente, deixando claro que irá apenas prestar

“declarações”, não se pode desprezar que o ato pode sim ter consequências autoincriminatórias, o que põe em movimento o “direito ao silêncio e a não autoincriminação”, com a conseqüente possibilidade, a critério do investigado, de comparecer ou não, sendo vedada indiscutivelmente, diante da própria posição firmada pelo STF e pelo Ministro Celso de Mello, a condução coercitiva. Eventual aceno com essa medida constituiria, sem a menor sombra de dúvida, abuso de autoridade escancarado, nos termos do artigo 10 da Lei 13.869/19.

Na realidade, toda a verborragia desnecessária do despacho do Ministro Celso de Mello se esvazia de significado prático diante do fato inconteste de que quem decide se comparece pessoalmente ao ato de interrogatório (sic) ou declarações com potencial autoincriminatório, não é o Ministro, nem o Delegado, nem qualquer autoridade, mas sim o próprio investigado ou envolvido. Isso é parte de sua autodefesa e é ele quem soberanamente decide como agirá.

E não se diga que em optando pelo silêncio e não comparecimento, perderia o Presidente ou qualquer cidadão o direito de se manifestar por escrito nos autos de inquérito. A qualquer momento, poderia e pode o Presidente e qualquer pessoa submetida a investigação, por meio de seu defensor, apresentar “razões” no bojo de inquérito ou qualquer procedimento investigatório. Isso é prerrogativa defensiva, seja do investigado, seja do advogado, nos termos do artigo 7º., XXI, “a”, do Estatuto da OAB, com nova redação dada pela Lei 13.245/16.

Ou seja, toda a obra retórica elaborada pelo Ministro Celso de Mello com a pretensão de obrigar o Presidente da República a comparecer pessoalmente a um suposto ato de “interrogatório” policial foi absolutamente inútil, pois que inapta a alterar o fato, imposto pela ordem legal e constitucional à qual, como bem lembra o próprio Ministro, “todos” estão submetidos, de que cabe ao investigado e aos seus defensores decidir se usam do direito ao silêncio, se o investigado comparece ou não à audiência de “interrogatório” (sic) e se apresenta ou não “razões” escritas quando e como quiser.

Certamente, perdeu o Ministro a oportunidade de dormir sem esse constrangimento autoimposto. Bastaria agir de modo meramente cortês, retribuindo a deferência do Poder Executivo e contribuindo para a harmonia entre as instituições. O seu ato gratuito e laborioso quedou no vazio, na inutilidade dos discursos retóricos sem conseqüências práticas, a não ser o reconhecimento de que não passam de circunlóquios estéreis.

Caberá ao Presidente e sua defesa decidir o que fazer, mas parece que até mesmo por uma questão de dignidade pessoal como cidadão e, especialmente do

cargo, o melhor caminho seria exercer nada mais nada menos que seus direitos legalmente assegurados, não comparecendo ao ato e exigindo acesso amplo a tudo quanto produzido, apresentando, quando oportuno, suas “razões” elaboradas por defensor constituído. A exigência de acesso amplo aos autos é impositiva e sua negativa enseja abuso de autoridade, seja nos termos do artigo 32 da Lei 13.869/19, seja por força de Súmula do próprio STF (Súmula Vinculante STF n. 14).

REFERÊNCIAS

INQUÉRITO 4831/DF. Andamento. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5899439>, acesso em 13.09.2020.

INQUÉRITO 4831/DF. Despacho na íntegra. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Inq4831decisao18ago.pdf>, acesso em 13.09.220.

KAFKA, Franz. *A Colônia Penal e outros contos*. Trad. Torrieri Guimarães. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

PLENÁRIO declara impossibilidade de condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>, acesso em 13.09.2020.

ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da Loucura*. 12ª. ed. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

NOTAS:

[1] INQUÉRITO 4831/DF. Andamento. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5899439>, acesso em 13.09.2020.

[2] INQUÉRITO 4831/DF. Despacho na íntegra. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Inq4831decisao18ago.pdf>, acesso em 13.09.220.

[3] KAFKA, Franz. *A Colônia Penal e outros contos*. Trad. Torrieri Guimarães. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 84 – 85.

[4] ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da Loucura*. 12ª. ed. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 98.

[5] PLENÁRIO declara impossibilidade de condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>, acesso em 13.09.2020.

[6] Op. Cit.

TRATAMENTO TRIBUTÁRIO: A VIABILIDADE DO PROCESSO DE EXPORTAÇÃO NO BRASIL DIANTE DOS INCENTIVOS FISCAIS

ELIÉVERSON LEONDRAS DE SOUZA:

Graduação em Administração: Habilitação em Marketing e Graduando em Ciências Contábeis (FEF – Fernandópolis, SP). Sara Cristina Pires Fernandes - Graduação em Serviço Social, em Administração: Habilitação em Marketing e Graduando em Ciências Contábeis (FEF – Fernandópolis, SP).

SARA CRISTINA PIRES FERNANDES^[1]

(Coautora)

ELAINE DORO MARDEGAN COSTA^[2]

(orientadora)

RESUMO: O processo de globalização contribuiu para abertura econômica dos países e tornou possível a expansão das trocas comerciais como alternativa para suprir as necessidades dos países. Neste cenário manifesta-se a oportunidade de expansão econômica que as exportações podem proporcionar. Assim, objetivou-se desenvolver estudo sobre o tratamento tributário no processo de exportação no Brasil e demonstrar sua viabilidade diante dos incentivos fiscais que as exportações podem oferecer aos seus adeptos mediante a legislação brasileira. A partir desta proposta, realizou-se pesquisa Exploratória Descritiva Bibliográfica, sendo possível evidenciar os benefícios que a exportação pode oferecer as empresas nacionais. Certifica-se que a organização que optar por esta metodologia de negociação gozará das isenções que as leis e decretos do Brasil oferecem nos principais tributos como: ICMS; ISSQN; IPI; PIS/PASEP e COFINS. Além disso, as vantagens de exportar se estenderá tanto para as empresas como para o país, pois permitirá alcançar expansão econômica, competitividade, diversificação mercadológica e, desta forma, resultará no desenvolvimento do país. Logo, conclui-se que os fatores apresentados no desenvolvimento da pesquisa são agentes influenciadores para que as empresas brasileiras possam aderir ao processo de exportação e utilizarem dos mecanismos colocados à disposição pelo Governo Federal para manterem-se mais competitivas no mercado globalizado.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESENVOLVIMENTO. 2.1 Regulamentações e Incentivo Fiscal Normatizado em Lei para Exportação. 2.2 Importância e Viabilidade dos Negócios Internacionais para Empresas e País Exportador. 2.3 Comportamento

das exportações brasileiras e posicionamento competitivo diante da exigência do mercado internacional. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS.

Palavras-chave: Tratamento tributário. Brasil. Exportação. Incentivos fiscais.

1 INTRODUÇÃO

A globalização de mercados pode ser definida como a interdependência entre as nações em escala mundial. Esse processo ganhou dimensão após a abertura econômica dos países que facilitou a circulação de produtos e serviços entre as fronteiras, bem como o processo de importação e exportação. (CAVUSGIL et al., 2010)

O processo de globalização, oriundo da abertura econômica dos países a partir de 1980, inicia o estreitamento das relações entre as nações sendo promovida a intensificação da economia e da política internacional. (PENA, 2020).

Desta forma, ocorre a expansão das trocas comerciais, sendo alternativa viável para suprir a carência de produtos e serviços dos quais os países não eram autossuficientes. Tal questão é compreendida como oportunidades que vão além dos benefícios econômicos, já que ocorreram também segundo Pena (2020) em nível cultural e social.

Segundo Keedi (2004, p.4) "exportar é o ato de remeter a outro país mercadorias produzidas em seu próprio ou em terceiros países, que sejam de interesse do país importador, e que proporcionem a ambas envolvidas vantagens na sua comercialização ou troca [...]".

No Brasil, a tributação sobre as exportações ocorre com tratamento diferenciado, pois vigora com incentivos fiscais, sendo isentos ou imunes da cobrança de tributos no intuito de alavancar as exportações. Assim, torna-se necessário em uma operação de exportação verificar o tratamento atribuído aos tributos. (ABIMAQ, 2015; FAZCOMEX, 2020).

Assim, tem-se o presente estudo como objetivo desenvolver estudo sobre o tratamento tributário no processo de exportação no Brasil e demonstrar a viabilidade deste processo diante dos incentivos fiscais que as exportações podem oferecer aos seus adeptos mediante as leis vigentes no país.

Uma vez que todos os incentivos fiscais estão fundamentados nas legislações vigentes do país e trazem as organizações diversas vantagens como: melhor posicionamento competitivo, maiores margens de lucros e expansão de mercado.

Contudo, é indubitável que as exportações brasileiras revelam-se como fonte de oportunidades as empresas e contribui para o giro da economia interna, o que acaba por justificar a relevância do desenvolvimento do referido trabalho de pesquisa científica.

A problemática que envolve o estudo está diretamente interligada aos benefícios e a viabilidade que a exportação de produtos e serviços pode proporcionar as empresas brasileiras em razão dos incentivos fiscais oferecidos no país.

E para buscar as respostas coerentes com o tema em estudo, adotou-se neste trabalho a pesquisa Exploratória Descritiva bibliográfica. Inicialmente, realizou-se a Pesquisa Exploratória referente ao tema, em livros, revistas e material disponível em banco de dados eletrônicos. A partir das informações adquiridas tornou-se possível efetuar o levantamento de hipóteses relacionadas ao assunto, o que levou a reflexão sobre as oportunidades que as exportações podem oferecer as empresas brasileiras.

Posteriormente, realizou-se a revisão bibliográfica digital com o intuito de coletar dados que evidenciam o objeto de estudo a partir das palavras-chaves. Com isso, foi possível obter uma base teórica fundamentada em sites que regulamentam a atividade da exportação no Brasil e dispõe da legislação pertinente como: Jusbrasil, Planalto, Ministérios das Relações Exteriores, Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC) e etc. Contudo, o material bibliográfico impresso também foi útil para efetuar a coleta de dados e sustentar a pesquisa, sendo os livros e artigos, como: Exportação Passo a Passo; Negócios Internacionais; ABC do comércio exterior; Guia de exportação de Máquinas e Equipamentos, entre outros.

Tendo como base a pesquisa realizada, foi possível propor 3 capítulos na Revisão da Literatura a partir dos objetivos específicos. E ao final, demonstrar os benefícios e incentivos fiscais que a exportação pode oferecer as empresas brasileiras. Além disso, certificar-se que a organização que optar por essa metodologia de negociação gozará das isenções que as leis do Brasil oferecem. Como também, perceber as vantagens da exportação, já que tal processo se estenderá tanto para as empresas como para o país, pois permitirá as organizações alcançar expansão econômica, competitividade, diversificação mercadológica e, em consequência disso, resultará no desenvolvimento do país e aquecimento da economia interna.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Regulamentações e Incentivo Fiscal Normatizado em Lei para Exportação

A intervenção governamental no comércio internacional é marcante e movimentada por objetivos econômicos, políticos e sociais. O governo pode optar em favorecer ou não as relações comerciais de seu país com outro, aproximá-las ao oferecer incentivos fiscais ou limitá-las ao instituir barreiras protecionistas, isso dependerá dos benefícios e resultados que essa relação produzirá. (CAVUSGIL *et al.*, 2010)

No Brasil, a regulamentação do tratamento tributário das exportações segue a prática global a fim de promover a desoneração dos tributos indiretos sobre as exportações. Além da não incidência sobre o faturamento, o exportador ainda possui o direito ao crédito tributário gerado na aquisição dos insumos para a produção dos itens destinados ao exterior por meio do regime não cumulativo do Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), por exemplo. (MDIC, 2020)

O cenário das exportações brasileiras estabelece que a tributação sobre os produtos aconteça no país de destino, sob o regimento das normas internacionais. Dessa forma, as empresas nacionais que optam por exportar gozam de incentivos fiscais, estabelecidos na Constituição Federal de 1988, tornam-se isentas da incidência dos seguintes impostos: Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN); Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); PIS/PASEP e a COFINS. (ABIMAQ, 2015)

ICMS refere-se ao imposto sobre atividades relacionadas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais e de comunicação. A instituição desse tributo está prevista na Constituição Federal que determina sua cobrança pelos Estados e Distrito Federal, de forma a assegurar a incidência do mesmo sobre os mais variados setores (indústria, comércio, combustíveis, medicamentos e etc.), entretanto torna-se extinto para as atividades de exportação. (FAZENDA, 2020)

De acordo com o Art. 155, § 2º, da Constituição Federal de 1988, não incidirá: a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores. (BRASIL, 2003, p. 197)

“De acordo com a Lei Complementar 116, disposto no Art. 2º inciso I, o ISSQN não incide sobre as exportações de serviços para o exterior do País.” (BRASIL,

2003, p. 1). Contudo, o ISSQN tem como fato gerador a prestação de serviços e é atribuído aos Municípios e Distrito Federal. O imposto é devido no local do estabelecimento do prestador e possui alíquota variável de acordo com o tipo de atividade. (JORNAL CONTÁBIL, 2019).

IPI como o próprio nome já diz, incide sobre a saída do produto da indústria ou equiparado. Todavia, no Brasil o IPI fica suspenso sobre a aquisição de matérias-primas, de produtos intermediários e materiais de embalagens adquiridos por pessoas jurídicas para finalidade de exportação. (RFB, 2015)

“Segundo o Art. 153, § 3º, da III Constituição Federal de 1988, o imposto previsto no inciso IV, não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.” (BRASIL, 2003, p. 192).

PIS/PASEP e COFINS foram instituídos por Lei Complementar e indicam que seus contribuintes são pessoas jurídicas de direito privado, bem como indivíduos equiparados pela legislação do Imposto de Renda (IR), sendo inclusas empresas prestadoras de serviços, com exceção de atividades destinadas a exportação. Em ambos os tributos, existem as modalidades de regime cumulativo e não cumulativo. (MDIC, 2017)

Além das isenções tributárias instituídas pelo governo, ainda existe possibilidade de recuperar créditos resultantes das operações de vendas ao exterior. Os créditos da Contribuição do PIS/PASEP e COFINS referentes a custos, despesas e encargos vinculados às receitas de exportação, que não puderem ser deduzidos, poderão ser compensados em débitos próprios, vencidos ou vincendos, relacionados a tributos e contribuições. (ABIMAQ, 2015)

O Art. 5º da Lei nº 10.637, de 30 de Dezembro de 2002 institui que a contribuição para o PIS/PASEP não incidirá sobre as receitas decorrentes das operações de: I - exportação de mercadorias para o exterior; II - prestação de serviços para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas; III - vendas a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação. (BRASIL, 2002, p. 8)

Dentre os benefícios oferecidos pelo governo brasileiro aos adeptos do comércio exterior, têm-se o regime de *drawback*[3] que dispõe ao exportador a condição de importar matéria-prima, utilizada na fabricação de produtos que serão destinados a exportação, livre do pagamento de Imposto de Importação (II), IPI e ICMS. Nesse regime, o exportador pode se utilizar de três modalidades: suspensão;

isenção e restituição dos encargos tributários gerados na operação de compra de insumos internacionais. (MRE, 2011)

Segundo o Art.78 da Lei nº 37 de 1966, *caput*, e Lei nº 8.402 de 1922, o regime de *drawback* poderá ser concedido sob as seguintes modalidades:

I - restituição, total ou parcial, dos tributos que hajam incidido sobre a importação de mercadoria exportada após beneficiamento, ou utilizada na fabricação, complementação ou acondicionamento de outra exportada;

II - suspensão do pagamento dos tributos sobre a importação de mercadoria a ser exportada após beneficiamento, ou destinada à fabricação, complementação ou acondicionamento de outra a ser exportada;

III - isenção dos tributos que incidirem sobre importação de mercadoria, em quantidade e qualidade equivalentes à utilizada no beneficiamento, fabricação, complementação ou acondicionamento de produto exportado. (BRASIL, 1966, p.20)

Outro incentivo praticado pelo Governo Federal é o Reintegra, este por sua vez, visa reintegrar valores de custos tributários residuais existentes na produção de itens destinados à exportação. Essa prática caracteriza a principal política de desoneração tributária no tocante do comércio exterior, pois proporciona vantagens econômicas efetivas, já que o benefício fiscal é concedido somente quando são efetivadas as vendas ao estrangeiro. As empresas exportadoras podem utilizar os valores do Reintegra para compensar débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos federais geridos pela Receita Federal do Brasil (RFB) ou requisitar a quantia em dinheiro, desde que sejam cumpridos os requisitos estabelecidos referentes aos produtos exportados. (MDIC, 2020)

De acordo com a Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, Art. 21 e 22, fica reinstituído o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA que tem por objetivo devolver parcial ou integralmente o resíduo tributário remanescente na cadeia de produção de bens exportados. No âmbito do Reintegra, a pessoa jurídica que exporte os bens de que trata o art. 23 poderá apurar crédito, mediante a aplicação de percentual estabelecido pelo Poder Executivo, sobre a receita auferida com a exportação desses bens para o exterior. § 1º O percentual

referido no caput poderá variar entre 0,1% e 3%, admitindo-se diferenciação por bem (BRASIL, 2014, p.11-12)

Em análise geral, pode-se afirmar que os governos evitam sobrecarregar tributariamente os itens exportados, cujo objetivo é garantir maior competitividade do país no mercado exterior. No Brasil não é diferente, uma vez que com todos incentivos previstos na legislação, inclusive na Constituição Federal de 1988, fica evidente que as empresas brasileiras recebem grandes estímulos para se tornarem exportadoras ativas e, conseqüentemente, contribuírem para o desenvolvimento econômico da nação. (MDIC, 2017)

2.2 Importância e Viabilidade dos Negócios Internacionais para Empresas e País Exportador

Empresas buscam a internacionalização por diversos fatores, com intuito de alcançar maior competitividade e explorar as oportunidades do mercado exterior. Entre os motivos estão: a busca pela expansão e diversificação de mercado; elevação das margens de lucros; aquisição de novas experiências de negociação e a formação de alianças estrangeiras. (CAVUSGIL *et al.*, 2010)

A importância da exportação está na diversificação de mercados, deixando de atuar apenas no mercado interno e passando a atuar nos mercados estrangeiros, aumentando o seu leque de compradores e, em consequência, reduzindo seus riscos de crise de mercado como redução de preços, redução do consumo, mudança de hábitos, política governamental. (KEEDI, 2005, p.22)

A atividade de exportação traz inúmeros benefícios para as empresas, dentre eles pode-se enfatizar a redução de carga tributária, que garante a não incidência de impostos sobre as atividades de exportação, como: IPI, ICMS, ISSQN, COFINS, PIS/PASEP. Com isso, os exportadores brasileiros devem utilizar dos mecanismos fiscais colocados à sua disposição pela legislação e políticas do governo, a fim de alavancar a competitividade de seus negócios. (MRE, 2011)

É válido ressaltar que a exportação não é livre de dificuldades, pois mesmo com tantos incentivos fiscais ainda existe a incidência do Imposto sobre Exportação (IE), regulamentado pelo Decreto Lei 1578, que é cobrado sobre a venda de mercadorias ao exterior. Na atualidade existem apenas duas categorias de produtos dos quais incidem o IE sendo: o fumo, cigarro e papel de cigarro; armas e munições. Isso não resulta em um fator de grande ameaça a atividade exportadora, todavia trata-se de uma barreira para a indústria desse setor. (FAZCOMEX, 2020)

Além desse impasse citado acima, destaca-se também conforme MRE (2011) que adentrar ao mercado estrangeiro exige a percepção das diferenças de operar no mercado interno, já que muitas vezes será preciso lidar com o desconhecido, em um ambiente construído por pessoas com hábitos, línguas, culturas e leis diversas. Para tanto, empresas devem considerar essas barreiras ao se prepararem para exportar, já que para uma boa atuação no exterior é necessária realização do planejamento estratégico, com pontos fortes, fracos, as ameaças e oportunidades provenientes desse mercado e assim garantir o sucesso no processo de internacionalização.

Ao analisar o cenário cada vez mais competitivo que as organizações precisam lidar diariamente, nota-se que a atividade de exportação se apresenta como alternativa eficaz para garantir a sobrevivência da empresa em função da concorrência do mercado estrangeiro. No Brasil a exportação, além de contribuir para a geração de renda e emprego, também contribui para a promoção e desenvolvimento da economia no país. (MRE, 2011)

“O comércio internacional é um motor crucial para a geração de empregos. Estima-se que cada US\$ 1 bilhão de aumento nas exportações cria mais de 20.000 novos empregos.” (CAVUSGIL *et al.*, 2010, p.15)

O comércio entre os países constitui um dos principais propulsores da vida econômica de qualquer nação, independentemente do porte ou do grau de desenvolvimento desta [...]. Um país fechado para o comércio internacional também está fechado para si próprio, pois abdica de conquistar, no médio e longo prazo, condições melhores de vida para toda a população na referida nação. (TRIPOLI; PRATES, 2016, p. 7)

Diante dos benefícios que a exportação apresenta, os governos ficam mais dispostos a flexibilizar fronteiras para o comércio internacional. Este por sua vez, atua como: propulsor na melhoria no padrão de vida das populações; na redução das más condições econômicas; no acesso a novas tecnologias; na intercambialidade de conhecimentos e culturas e, conseqüentemente, pode promover integração das economias em escala mundial. (CAVUSGIL *et al.*, 2010)

2.3 Comportamento das exportações brasileiras e posicionamento competitivo diante da exigência do mercado internacional

Cada país, individualmente de acordo com suas necessidades, produz o que tem de melhor para atender outras nações, uma vez que não existe país totalmente autossuficiente capaz de produzir tudo que precisa. É por esse motivo que surgiram

os acordos internacionais e os blocos econômicos, criados com o intuito de facilitar essa interação entre os países e melhorar as condições negociações interfronteiras. (TATAGIBA, 2020)

Segundo publicação do G1 (2019), neste cenário das exportações, o Brasil ocupa atualmente a 27ª posição entre os países que mais exportam no mundo. O país tem como destaque no comércio internacional a exportação de produtos básicos, que não dependem de tecnologia e processamento industrial, dentre esses produtos estão frutas; carnes; minerais e grãos. (TATAGIBA, 2020)

As exportações no Brasil cresceram pelo segundo ano consecutivo, após sucessivas quedas entre 2012 e 2016, aponta o Ministério da Economia. Segundo os dados do ministério, os principais mercados destinatários dos produtos e insumos brasileiros em 2018 foram: China (US\$ 66,6 bilhões em exportações); União Europeia (US\$ 42,1 bilhões); e Estados Unidos (US\$ 28,8 bilhões). A Argentina segue como principal parceiro comercial do Brasil na América Latina (US\$ 14,9 bilhões em 2018). Com exceção da Argentina, todas as exportações para esses outros países cresceram significativamente em 2018. (GBRASIL, 2019, p.4-5)

De acordo com a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Brasil apresenta registro de aumento acima da média mundial, sendo o sexto maior crescimento, em percentual, das exportações entre os trinta principais exportadores do mundo. Já que as exportações brasileiras expandiram 17,5% em 2017, após cinco anos de declínio consecutivos. (MDIC, 2018)

É importante ressaltar que a meta do governo brasileiro é alavancar as exportações dos produtos industrializados, pois possuem maior valor agregado em relação aos produtos básicos. E, dessa forma, possibilitar melhores expectativas de crescimento para o país, com estimativa de maior faturamento para os produtores. (TATAGIBA, 2020)

Em análise as empresas brasileiras evidenciaram a pouca disponibilidade de capital para investimento no mercado exterior, já que dados comprovam que 70% das empresas não utilizam financiamento para as exportações. Esse cenário é fruto da falta de conhecimento em relação às linhas de crédito existentes no mercado, que por sua vez, reflete ausência da cultura exportadora do país. Além disso, nota-se que projetos desenvolvidos pela Apex-Brasil e pela Rede Brasileira dos Centros Internacionais de Negócios, servem como suporte para as empresas brasileiras que

buscam internacionalização, cujo objetivo é encorajar empreendedores e demonstrar os caminhos para alcançar êxito no processo de exportação. (APEX-BRASIL, 2016)

A competitividade de uma nação, diante da internacionalização, está atrelada a fatores que devem ser analisados antes de negociar, já que a situação política e econômica de um país pode impactar fortemente nos negócios. Pode-se citar como exemplo a queda nas exportações do Brasil em 2019 em virtude da guerra comercial entre Estados Unidos e China e a redução de exportações destinadas à Argentina, importante comprador do Brasil, em função da instabilidade econômica que o país apresenta. (DIANNI; FERNANDES, 2019)

Acontecimentos mundiais influenciam diretamente o mercado, sendo possível causar alterações positivas e negativas para os negócios. Por isso, torna-se necessária visão estratégica para manter o equilíbrio da situação. Como exemplo, tem-se a pandemia do Coronavírus (COVID-19), que atualmente exerce forte impacto na economia mundial ao ocasionar quedas significativas nas exportações. (TATAGIBA, 2020)

Mesmo diante os impactos atuais provocados pela pandemia do COVID-19, pode-se dizer que a exportação brasileira caminha bem, pois apresenta possibilidade de alcançar bom desempenho ao longo dos próximos anos, mas para que isso aconteça deve-se atentar aos acontecimentos que envolvem o cenário internacional, pois se sabe que a China e os Estados Unidos são os principais compradores do Brasil. Portanto, qualquer instabilidade seja política, econômica ou social, podem refletir nos resultados comerciais das exportações brasileiras. (TATAGIBA, 2020)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da literatura e outros referenciais teóricos pesquisados tornou-se possível à obtenção de informações que comprovaram as hipóteses iniciais da pesquisa. Durante o desenvolvimento do estudo constatou-se diversidade de benefícios e incentivos fiscais que a exportação proporciona as empresas brasileiras, certificou-se ainda que a organização, ao optar por essa metodologia de negociação, usufruirá das isenções previstas nas leis e decretos instituídos no Brasil.

Como relata Cavusgil *et al.* (2010), a intervenção do governo no comércio internacional é exercida de forma intensa e pode facilitar ou não relações comerciais de seu país com outro. Isso ocorre como jogo de interesses que dependerão dos resultados que a relação comercial produzirá, a partir daí o governo toma a decisão de oferecer incentivos fiscais para estreitar os laços ou limitá-los ao instituir barreiras protecionistas.

A base teórica apresentada na legislação, como descrito nos Art. 153 e 155 da Constituição Federal de 1988, demonstram claramente os incentivos que o país cede para que as empresas se internacionalizem e, com isso, evidencia-se a viabilidade de se negociar além das fronteiras. Já que se torna mais vantajoso remeter produtos ao exterior a comercializar no mercado interno, em termos de redução na carga tributária incidente.

Além disso, exportação gera vantagens tanto para as empresas como para o país, pois permite organizações alcançarem expansão econômica, competitividade, diversificação mercadológica e, em consequência disso, promover o desenvolvimento da nação com melhores condições de vida para população e aquecimento da economia interna.

Todo esse cenário reforça o objetivo do estudo do tratamento tributário nas exportações do Brasil, pois se pode demonstrar a viabilidade deste processo, bem como apresentar os benefícios e incentivos fiscais que as exportações de produtos e serviços podem oferecer aos seus adeptos mediante as leis vigentes do país.

Contudo, torna-se sugestivo a continuação do estudo, visto que, de momento, por ocasião da pandemia do COVID-19, não foi possível à realização de uma pesquisa de campo para comparar empresas que usufruem desses incentivos fiscais em suas exportações com outras que apenas comercializam internamente. Essa comparação poderia levantar dados interessantes quanto ao custo tributário que um determinado produto gera ao ser comercializado dentro e fora do país.

Os fatores apresentados na pesquisa servem como agentes influenciadores para o encorajamento das organizações brasileiras em aderirem ao processo de exportação. Logo, ressalta-se a importância da utilização dos mecanismos colocados à disposição pelo governo para que possam manter-se competitivas em um mercado cada vez mais agressivo que exige a adaptação às mudanças e capacidade de se reinventar.

5 REFERÊNCIAS

ABIMAQ. **Guia de exportação de máquinas e equipamentos**. São Paulo, 2015. p.14-20. Disponível em: <<http://www.abimaq.org.br/Arquivos/Html/DEME/Guia%20de%20Exportacao%20de%20M%C3%A1quinas%20e%20Equipamentos.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

APEX-BRASIL. **Pesquisa da CNI aponta os principais desafios para a competitividade das exportações brasileiras**. 2016. p. 1-2. Disponível em:

<<https://portal.apexbrasil.com.br/pesquisa-da-cni-aponta-os-principais-desafios-para-a-competitividade-das-exportacoes-brasileiras/>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Programas de Promoção Comercial. **Exportação passo a passo**. Brasília: MRE, 2011. p. 12-167. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/publicacoes/manuais/PUBExportPassoPasso2012.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

____. **Lei Complementar nº 116**. 2003. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

____. **Lei nº 10.637**. 2004. p. 8. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10637.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020.

____. **Lei nº 37 de 1966 caput Lei nº 8.402**. 1966. p. 20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0037.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020

____. **Lei nº 13.043**. 2014. p. 11-12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em: 24 abr. 2020.

CAVUSGIL, T. S.; KNIGHT, G.; RIESENBERGER, J. R. **Negócios internacionais: estratégia, gestão e novas realidades**. 2. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2010. p. 22-163.

DIANNI, C.; FERNANDES, A. **Crise na Argentina e guerra comercial entre EUA e China comprometem exportações**. 2019. p. 1-4. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/09/08/internas_economia,1083430/crise-na-argentina-e-guerra-comercial-entre-eua-e-china-comprometem-ex.shtml>. Acesso em: 15 mai. 2020.

FAZCOMEX. **Imposto de exportação: o que é?** 01 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.fazcomex.com.br/blog/impostos-da-exportacao/>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

FAZENDA. Secretaria da Fazenda e Planejamento. **O que é e como é investido o ICMS**. 2020. p. 1-3. Disponível em: <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/Noticias/Paginas/O-que-%c3%a9-e-como-%c3%a9-investido-o-ICMS.aspx>>. Acesso em 24 abr. 2020.

G1. **Brasil cai para 27ª posição em ranking de 2018 de maiores exportadores do mundo**. 2019. p. 1. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/02/brasil-cai-para-para-27a-posicao-em-ranking-de-2018-de-maiores-exportadores-do-mundo.ghtml>>. Acesso em 13 mai. 2020.

GBRASIL. **Isenções tributárias incentivam empresas brasileiras a exportar**. 2019. p. 1-6. Disponível em: <<https://www.gbrasilcontabilidade.com.br/noticia/isencoes-tributarias-incentivam-empresas-brasileiras-a-exportar?%2Fnoticia%2Fisencoes-tributarias-incentivam-empresas-brasileiras-a-exportar=>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

JORNAL CONTÁBIL. **A exportação de serviços e o ISS das empresas de tecnologia da informação**. 2019. p. 1-6. Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/a-exportacao-de-servicos-e-o-iss-das-empresas-de-tecnologia-da-informacao/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

JUSBRASIL. **Constituição federal de 1988**. 2003. p. 197. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10667389/inciso-x-do-paragrafo-2-do-artigo-155-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em 16 abr. 2020.

KEEDI, S. **ABC do comercio exterior**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 4-26.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MDIC. **Desoneração das exportações**. 2020. p. 1-5. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/desoneracao-das-exportacoes>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

____. **Exportações brasileiras crescem acima da média mundial**. 2018. Disponível em: <www.mdic.gov.br/index.php/noticias/3223-exportacoes-brasileiras-crescem-acima-da-media-mundial>. Acesso em: 19 mai. 2018.

____. **Tributação na exportação de serviços**. 2017. p. 5-11. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-servicos/a-secretaria-de-comercio-e-servicos-scs-11>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

PENA, R. F. A. O que é globalização? **Brasil Escola**. 2020. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-globalizacao.htm>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

PEROVANO, D. G. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. Curitiba: Intersaberes, 2016. p. 157-159.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REIS, T. **Drawback**: entenda como funciona esse regime especial aduaneiro. 2019. p. 1. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/drawback/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

RECEITA FEDERAL. Ministério da Economia. **IPI - Imposto sobre produtos industrializados**. 2015. p. 1-4. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/tributos/ipi>>. Acesso em 24 abr. 2020.

TATAGIBA, M. V. F. **Qual o panorama atual da exportação brasileira?** 2020. p. 1-3. Disponível em: <<https://www.abracomex.org/qual-o-panorama-atual-da-exportacao-brasileira>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

TRIPOLI, A. C. K.; PRATES, R. C. **Comércio internacional**: teoria e prática. Curitiba: InterSaberes, 2016. p. 7.

NOTAS:

[1] Graduação em Serviço Social, em Administração: Habilitação em Marketing e Graduando em Ciências Contábeis (FEF – Fernandópolis, SP).

[2] Bacharel Ciências Contábeis (FACICA); Licenciatura Plena Filosofia (CLARETIANO) e Pedagogia (FAER). Especializações em Economia Empresarial, Análise Financeira e Contábil (CEUV), Educação Inclusiva: uma perspectiva interdisciplinar (FIU) e Neuropedagogia Aplicada a Educação (FATECE). Mestre em Filosofia - área Ética (PUC-CAMPINAS), docente (FEF), UNIFUNEC e Rede Municipal de Educação de Santa Fé do Sul.

[3] “É um regime aduaneiro especial pelo qual se pode suspender ou eliminar tributos incidentes sobre certos produtos, como o IPI. Ele é oferecido especialmente para materiais que vão ser usados para fabricar artigos destinados à exportação.” (REIS, 2020, p.1)

NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL: A NECESSÁRIA POSTURA MODERADA ENTRE SUBJETIVISMO E FORMALISMO JURÍDICO

FRANCISCO ERNESTO AGRA CAVALCANTE FILHO:

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Única de Ipatinga. Analista - Área Jurídica - do Ministério Público do Estado de Alagoas.

RESUMO: O artigo propõe-se a fazer uma análise do movimento neoconstitucionalista, a partir da posição de ícones da brasileira moderna. Parte-se de uma análise conjuntural: a partir de uma dita falência do positivismo normativista surge o pós-positivismo, havendo, assim, uma guinada principiológica que resguardou, e insculpiu, nas constituições do mundo os direitos humanos fundamentais para o desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, em toda sua complexidade. Consequência inevitável deste caldo é uma maior instabilidade interpretativa, fruto não apenas do contexto cultural pós-moderno – imbricado que está com o direito –, mas, sobretudo, em razão da estrutura linguística e dogmática das normas principiológicas. Emerge, portanto, o problema: o juiz hoje vê-se diante de novas exigências sociais, totalmente diversas dos antigos problemas fáceis relativos a direitos patrimoniais; agora os casos envolvem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com efeito, o trabalho a ser feito (decisão) terá como base a norma principiológica, prenhe de abertura semântica e apta a validar interpretações das mais díspares. Não é senão por isto que surge a crítica de uma postura judicial ativista, que não raro ultrapassa os limites hermenêuticos impostos pela Constituição. Neste sentido, o caminho moderado é o mais sensato, nem o subjetivismo ilegítimo nem o formalismo anacrônico; é neste caminho que o presente artigo busca andar.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; ativismo judicial; hermenêutica jurídica.

Introdução

Não é de hoje que a questão da interpretação jurídica e suas consequências desperta o interesse dos juristas. Há muito o tema é estudado e enfrentado com o devido esmero.

Para isto, basta ver os contornos trazidos pelos compêndios de introdução à teoria do direito, que localizam o estudo da hermenêutica jurídica desde a jurisprudência romana, passando pela retórica grega e assim por diante até os dias atuais.[1]

Falar em interpretação de textos e contextos jurídicos, hodiernamente, é falar, inexoravelmente, do movimento neoconstitucional; seu filho (in)desejado, o ativismo judicial, não passa despercebido, sendo seus limites e possibilidades talvez a grande discussão do momento.

Todo este ambiente nasce da derrocada do positivismo normativista kelseniano – apesar de suas imensas contribuições à ciência jurídica – e da imposição de um direito que pudesse garantir não apenas a validade formal das leis e sua aplicação, mas sim justiça e dignidade aos cidadãos. É dizer: um direito transformador da realidade.

O momento histórico de que se está a falar está inserido no período que sucede a segunda grande guerra mundial. A fundamentação desta nova face do direito está, pois, numa imbricação entre direito e moral; numa espécie de cooriginariedade, como quer Streck a partir da tese de Habermas.[2]

A despeito desta constatação, o problema que se põe é, antes de tudo, o que é este neoconstitucionalismo, porquanto que desde sua origem não se tem uma clareza conceitual sobre sua identidade.[3] Ainda: quais os problemas e mal-entendidos que o dito movimento traz consigo.

Dentre estes problemas o mais sobranceiro parece ser a questão do ativismo judicial, já que é em nome deste novo constitucionalismo – agora com juízes menos formalistas e mais protagonistas – que surgem julgamentos com alto grau de subjetivismo e baixo grau de legitimidade normativa.

Por outro lado, apegar-se demasiado às amarras formais da lei turva a visão do magistrado para uma análise mais acurada do ordenamento jurídico – através, *v.g.*, de interpretação sistemática ou mesmo de exercício do controle de constitucionalidade –, impedindo-o de realizar a justiça para o caso.

Deste modo, é o intento do artigo enfrentar esta questão buscando balizar o fenômeno a partir da moderação, com esteio na argumentação jurídica e na realização dos direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal.

Desenvolvimento

1. Que é o neoconstitucionalismo?

O tema desperta defesas e críticas há algum tempo. A celeuma começa pela indeterminação semântica do próprio termo, que parece causar mais confusão do que consenso.

Antes de adentrar ao tema, deve-se tecer uma digressão, ainda que breve, acerca do ambiente que fecundou o neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo moderno, e as influências que este teve e tem na ciência jurídica.

A partir disto, pretende-se analisar o posicionamento de alguns autores modernos de extrema relevância na doutrina.

1.1 A posição de Luís Roberto Barroso e Lenio Streck

Assim como o autor espanhol Pietro Sanchis, Luís Roberto Barros parte de paradigmas não estritamente jurídicos para chegar ao cume do movimento neoconstitucional.

Aborda a questão do marco histórico a partir da cultura de proteção, aplicação direta e expansão dos direitos fundamentais que nasceu, principalmente, do segundo pós-guerra, para os países europeus, *v.g.* Alemanha e Itália, e, no caso brasileiro, a partir da redemocratização advinda da Constituição de 1988.[4]

Na Europa, a junção da reconstitucionalização com o apego à democracia, movimento iniciado no final da década de quarenta e levado a cabo nos idos dos anos 1950, especialmente para Alemanha e Itália com a criação das Cortes Constitucionais, são um marco para este novo constitucionalismo. Afinal, reconheceu, através de forte produção teórica e pujante trabalho jurisprudencial, a força normativa das normas constitucionais.

No que diz com o movimento em termos de Brasil, “o renascimento constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988”. [5]

Com efeito, nega a separação irretroatável entre direito, moral e política, mas não para simplesmente invalidar seus âmbitos de atuação em separado; apenas indica que eles convergem para a feitura de uma nova ciência jurídica, na qual há, inexoravelmente, influência recíproca entre todos eles.

Afora esses dois marcos, sugere Barroso mais um, e último: o marco teórico fincado em três paradigmas, força normativa da constituição, expansão da jurisdição constitucional e reelaboração da interpretação constitucional.

Por força normativa da constituição deve-se entender, de modo resumido, a aptidão que a lei fundamental tem de obrigar, ter força cogente tanto no âmbito público como no âmbito privado. As constituições do pós-guerra passam a ser

normativas (jurídico-políticas) e deixam de ser meras cartas de intenções (política pura).[6]

Em relação à expansão da jurisdição constitucional, elenca-se uma passagem de uma hegemonia do Poder Legislativo para um protagonismo do Poder Judiciário, agora inserido no processo democrático de transformação social.[7]

Por fim, no que diz com a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional, esta é fruto e resultado dos dois paradigmas anteriores, porquanto que em razão dos novos influxos do contexto sociocultural do pós-guerra e do pós-positivismo, a hermenêutica jurídica teve de se reinventar para acompanhar a complexidade da vida contemporânea.

Assim, a norma jurídica foi reelaborada a partir de matizes filosóficos, linguísticos e dogmáticos, assim como também o foi o processo tradicional de interpretação e o próprio intérprete.

Lenio Streck, por outro lado, irá se contrapor as ideias de Barroso. As premissas teóricas e metodológicas de Streck são completamente distintas, a começar pelo paradigma filosófico que aderem. Streck é um adepto da hermenêutica filosófica Gadameriana, em que faz com ela uma imbricação com teoria integrativa do direito de Dworkin para criar sua crítica hermenêutica do direito, avessa que é da discricionariedade judicial.

Streck parte de uma análise acerca do significante *neoconstitucionalismo*. Refere que este é tratado de forma diversa pelas diferentes escolas jurídicas; é o caso da ciência política americana que denomina *new constitutionalism* os movimentos de redemocratização ocorrido nos países periféricos, caso do Brasil, Argentina, Equador, os países do leste europeu e também a África do Sul.[8]

Já no caso da teoria do direito da Europa Ibérica (Espanha, Itália, Portugal), o termo neoconstitucionalismo designou a produção do direito do pós-guerra, encontrando neste novo modelo diferenças estruturais relativas à interpretação e aplicação da ciência jurídica.[9]

Após esta observação, pode-se dizer que Streck não se posiciona como um neoconstitucionalista, pelo menos não no conteúdo das propostas do movimento. É possível dizer que se de alguma forma suas bases teóricas podem ser identificadas como neoconstitucionalistas, esta aproximação deve ser entendida de forma crítica. O neoconstitucionalismo de Streck o é apenas e tão somente porque critica o modo de produção do direito, mais especificamente o positivismo normativista da escola de Viena.

Assim, suas teses não endossam as teorias da argumentação e a técnica da ponderação. Para Streck, estas soluções continuam a apostar numa discricionariedade judicial, que não raro descamba para a arbitrariedade e o subjetivismo.

Nesse sentido, reconhece que, a despeito da boa estratégia com o nome – que indica, de logo, uma ruptura –, o neoconstitucionalismo representa uma contradição para lidar com este direito novo (pós-guerra), já que lança “todas as esperanças de realização desse direito na *loteria do protagonismo judicial*”.^[10]

Com efeito, para ele, o Brasil mais sofre do que ganha com a entrada dos ideais neoconstitucionalistas na produção do direito, sobretudo no que toca à jurisdição constitucional. Houve uma verdadeira recepção equivocada, e anacrônica, de posturas incompatíveis com as peculiaridades brasileiras e, mais ainda, com a uma verdadeira postura nova em relação à efetividade da Constituição e sua vocação dirigente.

Com efeito, como saída para todo estado de coisas que critica, propõe a saída a partir de um constitucionalismo contemporâneo. Nele a constituição *constitui-ação* dos poderes públicos e das relações privadas, que aposta na hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para se fazer uma correta teoria da decisão judicial, negando assim a discricionariedade judicial.^[11]

2. Neoconstitucionalismo brasileiro e críticas

Como se percebe, o neoconstitucionalismo é um movimento complexo, cheio de nuances jurídicas, políticas e históricas; não é senão por isto que Miguel Carbonell prefere o termo no plural: neoconstitucionalismo(s). Aliás, o termo, assim cunhado, chega à doutrina brasileira através deste autor mexicano, o que não quer dizer que as ideias neoconstitucionalistas não pairassem por aqui antes.^[12]

Dentre as várias mudanças na teoria jurídica e na prática dos tribunais brasileiros, pode-se enfatizar a negação do formalismo, herança do direito produzido pelos tribunais na época do governo militar; o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e com isso a abertura metódica na interpretação e aplicação do direito (tópica, teorias da argumentação e ponderação); e, por fim, a judicialização da política e das relações sociais e privadas, o que reforça uma sobreposição do Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo.^[13]

Sarmiento^[14] argumenta porque as constituições brasileiras, antes de 88, não eram dignas de respeito no sentido jurídico, aduzindo que

A constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.

Assim, é fácil notar a razão da forte mudança de rumo que se deu a partir da Carta cidadã de 1988. Isto não significa dizer que a recepção deste novo modelo não seja digna de críticas, ou mesmo que não haja excessos, muito ao contrário. É tão somente a constatação de que antes a Constituição não constituía a ordem jurídica e social, ao passo em que a lei ordinária era mais importante para o trabalho diário dos operadores jurídicos.

Note-se que a própria Corte Suprema sofreu preconceito à época da promulgação, pois era formada por juízes nomeados na época do regime militar. Logo, sua posição era sempre acanhada diante do novo mundo constitucional. No entanto, com a renovação que se deu já nos idos de 90, é possível dizer que a jurisdição constitucional tem tido papel importantíssimo nas disputas sociais, políticas e jurídicas nacionais.[15]

É exatamente neste ponto que entra uma crítica salutar: com esse crescimento do protagonismo judicial, com a confirmação da tradição jurídica que incorpora a Constituição como norma jurídica, com seus princípios e regras, e com a total descrença da sociedade brasileira na sua classe política, quais os limites para a atuação do Judiciário brasileiro neste contexto neoconstitucional?

Indaga-se até que ponto o Judiciário pode ser ativista sem que invada a seara constitucional dos outros poderes, sobretudo o Legislativo.

3. O ativismo judicial: diferença salutar em relação à judicialização da política

De início, frise-se que há entre os dois modelos (o americano e o brasileiro) algumas distinções básicas e fundamentais; desde o próprio modelo jurídico, naquele país vigora o *common law* e aqui a *civil law*, até o nível de debate doutrinário existente sobre o tema. Note-se que há cerca de dois séculos o tema do ativismo é amplamente debatido pela doutrina americana.

Adentrando especificamente o tema, tem-se que a questão do controle das políticas públicas (judicialização da política) e do ativismo judicial, entendido como problema ou solução, está inserida, inarredavelmente, no contexto da promoção dos direitos fundamentais (no Brasil, especialmente os sociais) encarados a partir dos diversos desafios argumentativos que se impõem para sua não implementação.

Note-se, de pronto, a imbricação dos temas *promoção dos direitos fundamentais e política pública* a partir da concepção de que esta é um conjunto de normas e medidas tendentes à realização dos fins postos na constituição. Daí se dizer, com Krell, que política pública se instala numa zona cinzenta entre política, Constituição e o direito.[16]

Dentro desta problemática, encontra-se parcela da doutrina que defende uma postura ativista do poder judiciário – não sem antes analisar e tecer algumas críticas ao panorama geral do ativismo –, caso de Luis Roberto Barroso e de Andreas Krell; e outra que o refuta com veemência, esta capitaneada por Lenio Streck.

Segundo a doutrina defendida por Andreas Krell, nenhum destes argumentos acima alinhavados são suficientes para afastar, de forma peremptória e *a priori*, a efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque, em relação à inefetividade das normas de direitos fundamentais, a Constituição brasileira de 1988 deixou claro o caráter pleno de efetividade das normas de direitos fundamentais.[17]

No que toca o ponto do princípio da separação dos poderes, faz-se relevante destacar que, com a consagração do Estado Democrático de Direito, este postulado tem merecido uma nova interpretação – sobretudo a partir da concepção dos sistemas de poderes baseado na dinâmica do *check and balances*.

É dizer: na medida em que o Brasil tem uma realidade social e política fragmentada, o que gera uma instabilidade no modelo baseado na soberania da maioria, “uma parte cada vez maior das demandas políticas e sociais não atendidas em nível dos parlamentos e dos órgãos administrativos acaba ‘desaguando’ no Poder Judiciário, especialmente na forma de ações civis públicas”[18]. Portanto, o Judiciário apenas controlaria os demais poderes, não invadindo suas competências.

Por sua vez, o argumento da reserva do possível não merece prosperar em se tratando do contexto fático e jurídico do Brasil. Isto porque este argumento tem sua origem na jurisprudência alemã, num contexto sociocultural e político-jurídico totalmente distinto. Invocar tal argumento em um país que se comprometeu constitucionalmente em transformar a realidade social, cumprindo as promessas de modernidade que nunca chegaram, não passa de retórica argumentativa.

Desse modo, Krell defende um *ativismo judicial moderado* na consecução dos direitos fundamentais. É que o ativismo é um fenômeno jurídico – diferentemente da judicialização da política, que é uma questão social contingente. [19]

O fato é que, principalmente nos países de modernidade tardia – em que o Brasil está inserido –, não se percebe uma atitude dos poderes executivo e legislativo, em todos os níveis federativos, compromissada com o programa democrático e inclusivo instituído pela Constituição de 1988.

Contudo, mesmo ressaltando a urgência em ver os ditames constitucionais sendo concretizados, a questão do ativismo judicial é deveras complexa, conquanto envolve não apenas essa questão social e política de reivindicação por direitos, mas também – e sobretudo –, uma questão jurídica das mais importantes: a atuação do judiciário frente à autonomia do direito.

No atual estágio em que se encontra o fenômeno jurídico, o juiz deve decidir levando em conta a sua vontade (discricionariedade ampla) ou deve realizar uma atividade hermenêutica apta a deixar que o direito diga algo sobre o caso?

É exatamente nessa crítica que se baseia Lenio Streck para refutar a postura ativista do poder judiciário. Analisa, portanto, a questão do ativismo inicialmente diferenciando-o da judicialização da política. Encara “o controle judicial das políticas públicas” a partir de um apanhado contextual em que judiciário brasileiro e a própria sociedade imergiram-se no imaginário de que a atividade jurisdicional é a condição de possibilidade para a aplicação dos mais diversos direitos. Nota-se que o judiciário é quem diz a palavra final em questões políticas relevantes, numa espécie de *juristocracy*. [20]

Com efeito, como já adiantado no parágrafo anterior, a judicialização, como uma *questão social* que é, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, está ligada a fatores, de certa forma, alheios à jurisdição, como a amplitude do reconhecimento de direitos e garantias fundamentais (a partir do constitucionalismo contemporâneo), a amplitude do acesso à justiça (também com a onda de democraticidade da Constituição de 1988) e a incidência do Estado em

implementar tais direitos, desaguando no aumento da litigiosidade – característica das sociedades de massas.[21]

Após a experiência trágica da segunda grande guerra mundial, os poderes executivo e legislativo caíram na desconfiança geral do povo – no cenário brasileiro, a desconfiança nestes poderes veio do período pós-ditadura militar.

Por outro lado, o ativismo judicial *em si* é um fenômeno interno da jurisdição. Está ligado à configuração de um poder judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. Para além disso, tem-se pujante o problema de *como* se decide. Segundo Lenio Streck, o juiz ou o tribunal que decide conforme sua consciência ou utilizando-se de argumento puramente subjetivos – morais e políticos.[22]

Dentro dessa perspectiva de ativismo encontra-se a consideração da *vontade* como fundamento para a decisão, o que engendra, inexoravelmente, uma imbricação entre *vontade-discricionariedade-subjetivismo*. Essa problemática está inserida, ainda, na teoria do positivismo normativista de Kelsen, quando ao propor uma pureza da ciência jurídica, separa nitidamente a interpretação/aplicação do direito realizada pelo órgão competente da interpretação realizada pelo cientista do direito.[23]

Por todo o exposto, constata-se que o ativismo é uma postura do judiciário que, extrapolando ou não suas atribuições, a pretexto de realizar os fins constitucionais impostos pelos direitos fundamentais, excede-se na interpretação/aplicação do direito, trazendo ao discurso produzido na decisão judicial elementos alheios à autonomia do Direito, como o subjetivismo moral, político, etc.

Conclusão

A ciência do direito é completamente diversa de qualquer outra. Seu objeto, seus métodos e sua dinâmica não podem ser aproximadas a nenhum ramo científico, seja das ciências humanas, o que seria mais fácil, seja das ciências naturais, o que é impossível.

Diz-se isto apenas para afastar qualquer anseio por uma conclusão do tipo resolutória; perene. A dogmática não gera resultados unívocos, incontestáveis. Sem contestação são os pontos de partida estabelecidos pelo dogma jurídico; a solução, entretanto, é algo mais complexo e envolve algo como argumentação e respeito às regras democráticas, instrumentos naturalmente voláteis.

Nesse sentido, dentro do problema ligado ao ativismo judicial como consequência do movimento neoconstitucional e sua recepção pela doutrina e pelos tribunais brasileiros, o que se conclui é que o fenômeno é complexo e que não se pode adotar posições extremas: negá-lo *a priori*, ou mesmo defendê-lo em abstrato.

Como as posturas ativistas estão quase sempre ligadas ao trabalho hermenêutico relativo à efetivação dos direitos fundamentais, é o caso dos direitos à saúde, moradia, meio ambiente etc., não se pode dizer que todo ativismo é ruim ou errado do ponto de vista técnico jurídico.

Isto porque, a Constituição Federal impôs um dever a todos os cidadãos, sobretudo aos agentes competentes oficialmente para aplicação de seus enunciados – membros do Poderes constituídos –, de extirpar a pobreza e a marginalização, de reduzir drasticamente a desigualdade social que fulmina o país e, assim, construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Quando isso não ocorre, o Judiciário é instado a decidir; seu papel não é outro senão o de equilibrar a relação de desvantagem estabelecida à margem do direito (da Constituição, em última análise), realizando, deste modo, a justiça.

Exemplo claro se dá no caos (caso) da saúde pública. Diariamente, cidadãos necessitam de medicamentos para tratar doenças que estão catalogadas como de tratamento obrigatório pelo SUS. Na vida real, os remédios não estão disponíveis, ou a burocracia suplanta o direito a continuar vivo.

É certo que esta questão é muito mais complexa que este exemplo trazido. Há várias nuances que precisam ser enfrentadas, desde uma análise jurídica (ações individuais *versus* ações coletivas; cobertura única pelo SUS ou pagamento de tratamentos por instituições privadas às custas do Estado) até uma análise econômica do direito, adentrando questões de verniz político ideológico.

O correto é ter o ativismo como um veneno que deve ser administrado a partir do antídoto da constituição: em casos em que se tem o imperativo de se realizar um mandamento constitucional expresso e um dos poderes públicos, ou mesmo um particular, ponha barreiras ilegais ou mesmo ilegítimas, deve sim o Judiciário tomar posição e equilibrar a relação, mais como um agente *corretor* e não como ente inovador, lugar dos parlamentos.

Em contrapartida, deve permanecer inerte e deixar que o Legislativo resolva questões eminentemente políticas, de interesse geral e abstrato, sob pena de se imiscuir na legitimidade democrática direcionada constitucionalmente aos agentes

públicos eleitos pelo voto popular; assim é a democracia, exige, portanto, respeito e tolerância as maiorias eventuais.

Referências Bibliográficas

AMADO, Juan Antonio García. **¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?**. Revista Isegoría, n. 35, julio-diciembre, 2006.

_____. **Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho**. Eunomía. Revista en la Cultura de la Legalidad, n. 3, septiembre 2012 – febrero 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas. **Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: o exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas**. In: O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Org: Enoque Feitosa [et al]. Volume 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

LIZANA, Eduardo Aldunate. **Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo**. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXIII, n. 1, Julio 2010, Chile.

PULIDO, Carlos Bernal. **Refutación y defensa del neoconstitucionalismo**. In: Teoría Del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

SANCHIS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: Neoconstitucionalismo(s). Org: Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira. Teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio. **Contra o neoconstitucionalismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo.** In: Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Org: Luigi Ferrajoli, Lenio Streck e André Karam. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e consenso.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSIARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

NOTAS:

[1] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 68-69.

[2] STRECK, Lenio. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo.** In: Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Org: Luigi Ferrajoli, Lenio Streck e André Karam. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Pág. 75-86.

[3] LIZANA, Eduardo Aldunate. **Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo.** Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXIII, n. 1, Jul/2010, Chile. Pág. 79-102.

[4] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 279.

[5] *Ibidem*, Pág. 280.

[6] *Ibidem*, Pág. 296.

[7] *Ibidem*, Pág. 297-298.

[8] STRECK, Lenio. **Contra o neoconstitucionalismo.** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. Pág. 10.

[9] *Idem*.

[10] STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Pág. 115-118.

[11] *Ibidem*, Pág. 45-56.

[12] SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira. Teoria da constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Pág. 251.

[13] *Ibidem*, Pág. 233-234.

[14] *Ibidem*, Pág. 245.

[15] *Ibidem*, Pág. 252.

[16] KRELL, Andreas. **Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: o exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas.** In: O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Org: Enoque Feitosa [et al]. Volume 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. Pág. 136-137.

[17] *Idem*.

[18] *Ibidem*, Pág. 138.

[19] *Ibidem*, Pág. 135 *et seque*.

[20] STRECK, Lenio. **Verdade e consenso.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 61-66.

[21] TASSIARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Pág. 28-38.

[22] STRECK, Lenio. **Verdade e consenso.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 61-66

[23] TASSIARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Pág. 54-60.

A SOBREVIVÊNCIA DA MULHER NO DECORRER DOS ANOS: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FEMINICÍDIO CONTRA MULHERES E PESSOAS TRANSGÊNERAS NO BRASIL.

GUILHERME HONÓRIO DA SILVA:

acadêmico do oitavo período do curso de Direito na Instituição de Ensino Superior de Bauru- IESB.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

Resumo: O trabalho tem como objetivo disseminar a evolução das mulheres desde os primórdios da civilização, com ênfase em direitos que foram conquistados durante vários anos de luta e de inferiorização, buscando entender a subjetivação desse fenômeno, para que consigamos compreender a violência doméstica no âmbito familiar e a qualificadora do feminicídio (Lei 13.104/15), onde há discussões em relação aos crimes abranger e incluir pessoas transgêneras no rol do polo passivo, por meio da análise dos termos “mulher” e “condição de sexo feminino” constantes na redação da aludida lei, esclarecendo diversos conceitos relacionados a esta população, da qual fazem parte transexuais e travestis, sob a perspectiva da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavra-chave: Violência contra a mulher; Violência doméstica; Feminicídio; Lei Maria da Penha; Violência de gênero; transgênero; gênero feminino.

Abstract: The work aims to disseminate the evolution of women since the dawn of civilization, with an emphasis on rights that were conquered during several years of struggle and inferiority, seeking to understand the subjectivity of this phenomenon, so that we can understand domestic violence in the family and the qualifier of femicide (Law 13.104 / 15), where there are discussions regarding crimes to include and include transgender people in the role of the passive pole, through the analysis of the terms “woman” and “condition of female sex” in the wording of the aforementioned law, clarifying various concepts related to this population, of which transsexuals and transvestites are part, from the perspective of the constitutional guarantee of the dignity of the human person.

Keyword: Violence against women; Domestic violence; Femicide; Maria da Penha Law; Gender-based violence; Transgender; Feminine gender.

1. INTRODUÇÃO

Em que pese às inúmeras conquistas das mulheres ao longo dos anos, que deixaram de ser apenas aquela responsável pelo lar e afazeres domésticos, subordinadas aos maridos e se tornaram independentes e participativas nas diversas esferas sociais, conquistando direitos e se igualando aos homens, ganhando cada vez mais voz e reconhecimento.

O objetivo geral deste estudo é verificar a evolução histórica da mulher até os dias atuais. Nesse contexto, inicialmente, serão abordados gradativamente os direitos adquiridos pelas mulheres. Em seguida, conceituaremos a violência doméstica e as várias denominações recebidas.

Posteriormente, explanaremos acerca da criação da Lei 13.104/2015, por meio da qual os assassinatos de mulheres por questões de gênero passaram a ser considerados feminicídios e/ou femicídios, discutindo conceitos e características de crimes de gênero perpetrados contra mulheres. Adentrando as divergências de opiniões e discussões da Lei abranger e proteger pessoas transgêneras.

A violência contra a mulher consiste em qualquer ato violento baseado no gênero, que resulte, ou tenha probabilidade de resultar, em dano físico, sexual, psicológico ou sofrimento para a mulher, incluindo a ameaça de praticar tais atos, a coerção ou privação arbitrária da liberdade em ambiente público ou privado. A violência sofrida pelas mulheres também pode ser denominada violência doméstica ou violência de gênero e consiste em um fenômeno extremamente complexo, que atinge mulheres em todas as partes do mundo e tem suas raízes na inter-relação de fatores biológicos, econômicos, culturais, políticos e sociais.

O estudo acerca deste tema é de grande relevância no cenário atual, já que é notório o crescente aumento deste fenômeno entre a população brasileira, evidenciando-se um problema social e de saúde pública, que afeta a integridade física e psíquica da mulher, além de constituir uma flagrante violação aos direitos humanos. Ainda, coube ressaltar, que o crime de feminicídio abraça a ideia de ser crime hediondo.

A violência doméstica contra a mulher ainda faz parte de uma realidade que assombra o público feminino, violando os seus direitos em diferentes cantos do planeta, nas mais variadas idades, etnias e estratos sociais. Por fim, explicaremos a Lei Maria da Penha e os benefícios causados pela criação da lei e a proteção e segurança jurídica às mulheres, onde há o objetivo de prevenir ameaças, agressões físicas ou morais e futuros assassinatos.

2.Evolução da mulher

Desde muito tempo, as mulheres sempre foram desprezadas, discriminadas, coisificadas e objetivadas por conta do gênero. Por séculos, as mulheres foram subsidiárias e submissas por toda sociedade, sendo no âmbito familiar por seu pai e por seus irmãos homens, e após o casamento eram sujeitas a reter a inferiorização aos seus maridos.

No texto de Emanuel Araújo (citado por Del Priore, 2001), no Brasil colonial, abafar a sexualidade feminina seria o objetivo de Leis do Estado, da Igreja, e o desejo dos pais, visto que ao arrebentar as amarras (...) a sexualidade feminina (...) ameaçava o equilíbrio doméstico, a segurança social e a própria ordem das instituições civis e eclesiásticas. (p.46).

No século XIX, a sociedade burguesa inicia a discussão sobre os gêneros. O sexo definiu as diferenças entre macho e fêmea, já o conceito de gênero refere-se à construção cultural das características masculinas e femininas, fazendo-nos homens e mulheres. "O gênero é a definição cultural da conduta entendida como apropriada aos sexos numa sociedade dada e numa época específica. (...) É um disfarce, uma máscara, uma camisa de força na qual homens e mulheres dançam a sua desigual dança. (Lerner, 1990, p. 339 citado por Pereiro, 2004/2005).

A evolução da condição jurídica da mulher foi bastante lenta e no Brasil teve marcos básicos, dentre os quais podemos citar o Estatuto da Mulher Casada, que alterou o Código Civil; a Consolidação das Leis do Trabalho; a Consolidação das Leis da Previdência Social e as anteriores Cartas Magnas culminando com a atual Constituição Federal.

Na década de 60, a luta pelo reconhecimento dos direitos da mulher já mostrava a força da bancada feminina no Parlamento brasileiro. Foi no ano de 1962 que o País ganhou o Estatuto da Mulher Casada. A lei, de autoria da paulista Carlota Pereira de Queiroz, a primeira deputada federal do País, eleita em 1933, trazia inovações como o direito ao pátrio poder também para a mulher. Até então, a mulher não tinha vontade própria e era submetida às decisões do marido e o Estatuto acabou com essa dominação legal.

Quarenta e dois anos depois, uma nova proposta sobre os direitos femininos tramita na Câmara. O projeto, do deputado Renato Cozzolino, do PSC do Rio de Janeiro, cria o Estatuto da Mulher com o objetivo de regularizar direitos especiais e estabelecer como dever do Estado a formulação de políticas sociais. A proposta trata do direito à saúde, à profissionalização, educação, assistência previdenciária e jurídica e lazer, entre outros.

Mas mesmo com tais conquistas, o número de assassinados contra mulheres aumentou e cresceu absurdamente e seguiu crescendo durante vários anos, e por conta disso, em 1985, no dia 06 de agosto foi inaugurado durante o governo Franco Montoro a primeira Delegacia da Mulher no estado de São Paulo, com o princípio e o alicerce da mulher poder denunciar a violência causada e por meio desta, ter o apoio necessário feito diretamente, a fim de assegurar o combate ao crime e reprimir o acusado no âmbito jurídico.

Podemos dizer que a partir da Constituição de 1967 começou a firmar-se a igualdade jurídica entre homens e mulheres. Por fim, a Magna Carta de 1988 igualou, definitivamente, homens e mulheres em direitos e obrigações. A boa hermenêutica recomenda que qualquer norma que contrarie esta igualdade deva ser declarada inconstitucional.

E em 2018 foram eleitas pela primeira vez no Brasil mulheres representantes transexuais eleitas nas assembleias legislativa do país. São elas Robeyoncé de Lima, deputada estadual eleita pela chapa coletiva Juntas, em Pernambuco. Erika Hilton, do mandato estadual coletivo da Bancada Ativista, em São Paulo e Erica Malunguinho, deputada estadual pelo Psol, Também em São Paulo.

3. Violência Doméstica

Em 17 de junho de 2004 foi decretada no governo Luiz Inácio Lula da Silva a Lei 10.886 onde acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal ,criando o tipo especial denominado Violência Doméstica. A palavra violência vem do termo latino vis, que significa força. Assim, violência é o abuso da força, usar a violência contra alguém ou fazê-lo agir contra sua vontade (Veronese; Costa,2006).

De acordo com a Declaração das Nações Unidas, de 1949, sobre a Violência Contra a Mulher, aprovada pela Conferência de Viena em 1993, a violência se constitui em “[...] todo e qualquer ato embasado em uma situação de gênero, na vida pública ou privado, que tenha como resultado dano de natureza física, sexual ou psicológica, incluindo ameaças, coerção ou a privação arbitrária da liberdade.” (ADEODATO, 2006, p.2).

A violência doméstica contra a mulher recebe esta denominação por ocorrer dentro do lar, e o agressor ser, geralmente, alguém que já manteve, ou ainda mantém, uma relação íntima com a vítima. Pode se caracterizar de diversos modos, desde marcas visíveis no corpo, caracterizando a violência física, até formas mais sutis, porém não menos importantes, como a violência psicológica, que traz danos significativos à estrutura emocional da mulher.

O art. 7º difere quais são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher:

I- a violência física: Ocorre quando uma pessoa, que está em relação de poder em relação à outra, causa ou tenta causar dano não acidental, por meio do uso da força física ou de algum tipo de arma que pode provocar ou não lesões externas, internas ou ambas. (BRASIL, 2002, P. 15).

II- a violência psicológica: É toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. Inclui ameaças, humilhações, chantagem, cobranças de comportamento, discriminação, exploração, crítica pelo desempenho sexual, não deixar a pessoa sair de casa, provocando o isolamento de amigos e familiares, ou impedir que ela utilize o seu próprio dinheiro. Dentre as modalidades de violência, é a mais difícil de ser identificada. Apesar de ser bastante frequente, ela pode levar a pessoa a se sentir desvalorizada, sofrer de ansiedade e adoecer com facilidade, situações que se arrastam durante muito tempo e, se agravadas, podem levar a pessoa a provocar suicídio (BRASIL, 2002).

III- a violência sexual: A violência sexual é cometida na maioria das vezes por autores conhecidos das mulheres envolvendo o vínculo conjugal (esposo e companheiro) no espaço doméstico, o que contribui para sua invisibilidade. Esse tipo de violência acontece nas várias classes sociais e nas diferentes culturas. (OMS, 2002).

IV- a violência patrimonial: A violência patrimonial se define 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. (MULHER, SITE TJSE).

V- “a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”

Joana Sueli de Lazari, no que lhe confere, afirma que: “a violência não deve ser vista como transgressão de normas, leis, mas principalmente, como

transformação de uma assimetria e de uma diferença, numa relação de desigualdade marcada pela hierarquia, tendo em vista a dominação, exploração e opressão, pelo lado mais forte. Isto condiz para a consideração do ser humano como uma coisa e não como um sujeito, estando ausentes, portanto, a atividade e a fala. Convém lembrar que na pura relação de força e finalidade e a destruição de uma das partes, destruindo-se também enquanto relação. Por outro lado, a violência pretende manter a relação através da justiça mediatizada pela vontade de uma das partes que consente na submissão a outra". (DE LAZARI, 1991, p.75).

A violência doméstica geralmente possui motivação fútil. Alcoolismo, drogadição e questões financeiras são fatores exacerbadores, mas é o machismo revelado no sentimento cotidiano de posse que determina a maioria absoluta de casis do tipo. "Ela estava de saída curta, chegou em casa fora do horário combinado ou não havia feito a comida na hora certa. Estas são principais afirmações dos agressores que vêem as mulheres como objetos de sua propriedade, e ainda tentam culpá-las pelo ocorrido.

Em fevereiro de 2010, a Terceira Seção do STJ foi palco do julgamento paradigmático sobre a necessidade de representação da vítima para o processamento da ação penal contra o autor. A posição não foi unânime, mas passou a ser aplicada por todos os julgadores do STJ: é imprescindível a representação da vítima para o Ministério Público propor ação penal nos casos de lesões corporais leves decorrentes de violência doméstica (REsp 1.097.042).

As mulheres que denunciam a violência doméstica na delegacia da mulher são encaminhadas ao instituto médico legal, principalmente no caso de lesão corporal, para a realização do exame de corpo de delito. Portanto, a escolha da referida instituição como o local de coleta de dados justifica-se, por ser o local em que se depara com mulheres com perfil proativo, o que pode revelar a ação frente ao problema e também revelar movimentos anteriores de passividade.

O Brasil não é o único país do mundo a contar com uma lei específica de combate à violência doméstica. Alguns países também são precursores na aprovação de legislação antiviolença domésticos como, por exemplo, Porto Rico, no continente americano (1989); Ucrânia, na Europa (2001) e Malásia, na Ásia (1994). Embora o Brasil não tenha integrado o time das primeiras regulações sobre o tema, o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) – hoje ONU Mulheres –, reconheceu a Lei 11.340, inicialmente, em 07 de agosto de 2006, quando foi sancionada a Lei Maria da Penha como um dos modelos mais avançados de legislação para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

4.A Lei do Femicídio

A Lei do Feminicídio foi um avanço no âmbito jurídico para todas as mulheres, onde há uma maior segurança jurídica, a fim de prevenir e proteger mulheres de violência doméstica no âmbito familiar de serem assassinadas. Em solenidade no Palácio do Planalto, a ex-presidente Dilma Rousseff sanciona a Lei do Feminicídio.

A palavra feminicídio vem do termo femicídio, cunhado pela socióloga sul-africana Diana Russell em 1976 em um simpósio chamado Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, na Bélgica. Vinha da ideia de que a palavra homicídio tem um conceito geral e que seria preciso criar uma definição específica para mulheres a partir da palavra "fêmea". Homicídio de fêmeas virou, então, femicídio. Diana explicou que optou pela palavra fêmea e não mulher uma vez que o femicídio é cometido também contra crianças e idosas. A análise tinha um viés sociológico e, naquela época, ainda não havia atingido o âmbito da lei.

Segundo Modelli (2016), a primeira pessoa na América Latina a usar o termo "feminicídio" para designar os assassinatos de Juarez, foi a antropóloga e deputada federal mexicana Marcela Lagarde y de Los Rios, com o objetivo de chamar atenção para esses casos e acentuar que não se tratam de homicídios simples, mas de um crime de ódio especificamente contra as mulheres. Lagarde foi a percussora na criação da Lei do Feminicídio no México (vigente desde junho de 2012), que influenciou diversos países latinos como Guatemala, Argentina e Brasil.

Feminicídio é crime previsto no Código Penal Brasileiro, inciso VII, § 2º do Art 121: "matar cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição". O inciso VI, § 2º do Art 121 (Matar alguém) também define feminicídio como "matar mulher por razões da condição de sexo feminino". Muitas vezes popularmente ainda chamado de "crime passional" ("crime passional" não existe no Código Penal, não é um tipo de crime, o crime tipificado no direito é feminicídio).

Como afirma Wânia Pasinato, socióloga, pesquisadora e consultora sobre acesso à justiça da ONU Mulheres no Brasil, é preciso entender definitivamente que, quando há violência contra uma mulher nas relações conjugais não se trata de 'crime passional'. "É uma expressão que temos que afastar do nosso vocabulário, porque essa morte não decorre da paixão ou de um conflito entre casais. Ela tem uma raiz estrutural e tem a ver com a desigualdade de gênero", conclui a especialista.

Segundo a socióloga Eleonora Menicucci, professora titular de Saúde Coletiva da Universidade Federal de São Paulo e ministra das Políticas para as Mulheres entre 2012 e 2015, feminicídio é um crime de ódio e seu conceito surgiu na década de 1970

para reconhecer e dar visibilidade à morte violenta de mulheres resultante da discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática. “Essa forma de assassinato não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado. Ao contrário: faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam-se pelo uso de violência extrema. Inclui uma vasta gama de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e diversas formas de mutilação e de barbárie”, ressalta.

A lei foi estabelecida a partir de uma recomendação da CPMI que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros, de março de 2012 a julho de 2013, sendo alterado o Código Penal Brasileiro e incluída a Lei 13.104, que tipifica o feminicídio como homicídio, reconhecendo o assassinato de uma mulher em função do gênero, ou seja, pelo simples fato de serem mulheres. A Lei que foi publicada em 9 de março de 2015, desde sua decretação, sofreu várias modificações e aprimoramentos. (RELATORIO FINAL, CPI-VCM, 2013).

Na busca de melhorar o texto legal, o legislador editou a lei 13.771/18, que entrou em vigor em 19 de dezembro de 2018. Determina que a pena deva ser aumentada em 1/3, caso o crime seja praticado contra: “*Pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Nesse casos a pena deve ser aumentada*”.

A Lei 13.104/2015 institui a figura do feminicídio, que nada mais é do que homicídio qualificado, quando se trata de vítima mulher. Portanto acrescentou-se o inciso VI ao artigo 121, parágrafo 2, do Código Penal, afirmando ser qualificado o crime quando praticado o crime “contra mulher por razões da condição do sexo feminino”. (Nucci;Guilherme.2015). Ao incluir o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio, o crime foi adicionado ao rol dos crimes hediondos (Lei n 8.072/1990), tal qual o estupro, genocídio e latrocínio, entre outros.

Devemos ter em mente que a lei somente aplica-se nos casos descritos a seguir:

Violência doméstica ou familiar: quando o crime resulta da violência doméstica ou é praticado junto a ela, ou seja, quando o homicida é um familiar da vítima ou já manteve algum tipo de laço afetivo com ela. Esse tipo de feminicídio é o mais comum no Brasil, ao contrário de outros países da América Latina, em que a

violência contra a mulher é praticada, comumente, por desconhecidos, geralmente com a presença de violência sexual.

Menosprezo ou discriminação contra a condição da mulher: quando o crime resulta da discriminação de gênero, manifestada pela misoginia da mulher.

Na sociedade ocidental patriarcal em que vivemos, estruturada hierarquicamente por relações sociais de sexo, os homens são educados para dominar e para submeter tudo e todos aos seus desejos, ignorando completamente os ritmos e desejos à sua volta: seja da mulher, da criança ou mesmo dos fluxos da natureza, sendo esse um fator predominante para a motivação dos assassinatos contra a mulher.

Reconhecendo que o conceito de femicídio/feminicídio ainda carece de melhor formulação, algumas autoras têm empregado uma tipologia que teria sido elaborada por Ana Carcedo em sua pesquisa sobre os femicídios na Costa Rica, procurando assim demonstrar que, embora essas mortes sejam todas provocadas por uma discriminação baseada no gênero, existem características que refletem as diferentes experiências de violência na vida das mulheres e tornam esse conjunto de mortes heterogêneo e complexo. Essa tipologia é composta por 3 (três) grupos, sendo eles:

Íntimo - "O feminicídio íntimo é um contínuo de violência. Antes de ser assassinada a mulher já passou por todo o ciclo de violência, na maior parte das vezes, e já vinha sofrendo muito tempo antes. A maioria dos crimes ocorre quando a mulher quer deixar o relacionamento e o homem não aceita a sua não subserviência. Este é um problema muito sério." Adriana Ramos de Mello, juíza titular do 1º Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Não íntimo - Morte de uma mulher cometida por um homem desconhecido, com quem a vítima não tinha nenhum tipo de relação, como uma agressão sexual que culmina no assassinato de uma mulher por um estranho. Considera-se, também, o caso do vizinho que mata sua vizinha sem que existisse, entre ambos, algum tipo de relação ou vínculo.

Por conexão - São aqueles em que as mulheres foram assassinadas porque se encontravam na "linha de fogo" de um homem que tentava matar outra mulher, ou seja, são casos em que as mulheres adultas ou meninas tentam intervir para impedir a prática de um crime contra outra mulher e acabam morrendo. Independem do tipo de vínculo entre a vítima e o agressor, que podem inclusive ser desconhecidos.

5.A Lei Maria da Penha

2220 Brasil, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) é o país ocupante da quinta colocação dos países onde mais se matam mulheres no mundo, só perdendo para El Salvador, Colômbia, Guatemala, e Rússia em número de casos de assassinato de mulheres, um levantamento preocupante, haja vista o números de países registrados pela ONU, onde existem cerca de 193. **A Lei Maria da Penha**

A Lei Maria da Penha foi criada em 7 de agosto de 2006 a fim de combater com mais veemência a violência contra a mulher. Somente depois de muita luta de grupos feministas na busca por igualdade e um lugar na sociedade, ou seja, na vida pública, foi que esse tema ganhou força e começou a ser debatido pelas autoridades.

O advento da lei Maria da Penha colocou o nosso país em agosto de 2006 como o 18º país da América Latina a aperfeiçoar sua legislação sobre a proteção da mulher (JESUS, 2010, p.52).

A Lei Federal 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar tem origem na história dolorosa de vida da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes. Ela foi vítima de violência doméstica durante seus 23 anos de casamento, era casada com um professor universitário e economista. Em 1983, seu marido tentou assassina-la, simulando um assalto fazendo uso de uma espingarda, como resultado ficou paraplégica. Pouco tempo depois em uma nova tentativa de assassiná-la, buscou eletrocutá-la com uma descarga elétrica durante o banho.

No livro de Maria Berenice Dias, A Lei Maria da Penha informa "Quando da apresentação do projeto de Lei, a relatora, Deputada Jandira Feghali, trouxe dados impressionantes: nos dez anos de atuação dos Juizados Especiais, os resultados reforçavam a impunidade, dando margem à reincidência e ao agravamento do ato violento: 90% dos casos eram arquivados ou levados à transação penal. Apenas 2% dos acusados por violência doméstica contra a mulher eram condenados. "De cada cem brasileiras assassinadas, setenta eram vítimas no âmbito de suas relações domésticas, evidenciando que, ao contrário dos homens, as mulheres perdiam suas vidas no espaço privado".

Por anos, a sociedade e o Estado permaneciam inertes quando viam a violência acontecer, por acreditar que o ambiente familiar era sagrado, e os problemas ocorridos no interior dos lares não diziam respeito a outros senão aos integrantes da família, ainda que se tratasse de crimes. Fato é que até o advento da Lei nº 11.340/2006 a mulher não contava com um diploma legal específico, que objetivasse a proteção contra a violência praticada no âmbito doméstico.

A Lei se tornou referência mundial, considerada uma das três melhores leis do mundo pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher. E algumas novidades trazidas por ela foram a prisão do suspeito de agressão; a violência doméstica passar a ser um agravante para aumentar a pena; não ser possível mais substituir a pena por doação de cesta básica ou multas; ordem de afastamento do agressor à vítima e seus parentes; assistência econômica no caso da vítima ser dependente do agressor.

6. Números e estatísticas sobre Violência doméstica e feminicídio.

O Brasil expõe um quadro alarmante e preocupante em relação a população feminina. O País se encontra péssimo no *ranking* internacional de assassinatos de mulheres, com uma taxa de 4,8% assassinatos em 100 mil mulheres, ficando na quinta posição do total de 83 países (FLACSO/OPAS-OMS/ONU MULHERES/SPM, 2015).

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) 15 mulheres são assassinadas por dia, em média, e os agressores, em sua grande maioria, são os seus próprios parceiros, familiares ou pessoas de convívio. A pena para o crime é de 12 a 30 anos de prisão, sem direito a pagamento de fiança.

Foram registrados 1.206 casos de feminicídio no Brasil em 2018, um crescimento de 11% com relação a 2017. Desse total, 61% das mulheres eram negras (soma de pretas e pardas, de acordo com classificação do IBGE), e em 88,8% dos casos o autor, foi companheiro ou ex-companheiro, pesquisa realizada pelo 13 Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2019).

No ano de 2018, 1,6 milhões de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento no Brasil, enquanto 22 milhões de brasileiras passaram por algum tipo de assédio. Dentro de casa, a situação não foi necessariamente melhor. Entre os casos de violência, 42% ocorreram no ambiente doméstico. Após sofrer uma violência, mais da metade das mulheres (52%) não denunciaram o agressor ou procurou a justiça. Os dados são de um levantamento feito em fevereiro de 2019 pela ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) para avaliar o impacto da violência contra as mulheres no Brasil.

Segundo os dados apresentados pelo Atlas da Violência 2019, as mulheres correm mais riscos de vida dentro de suas casas, no anseio de sua família do que nas ruas, isso porque a morte violenta internacional de mulheres no ambiente familiar cresceu durante 17% em cinco anos, enquanto o assassinado de mulheres nas ruas diminuiu 3% no mesmo período.

Nesse período, os relatos de violência chegaram a 79.661, sendo o maior quantitativo relacionado à violência física (37.396) e psicológica (26.527). No total, em 2018 foram registradas 92.323 denúncias. Sendo que os principais tipos de agressões em 2018 foram:

- violência física 30.918;
- violência psicológica 23.937;
- violência doméstica e familiar 15.803;
- tentativa de feminicídio 7.036;
- violência sexual 4.491;
- violência moral 3.960.

Em 2018, o Acre foi o estado com a maior taxa de feminicídio do país. Foram 3,2 assassinatos para cada 100 mil mulheres. É o que aponta um levantamento do Monitor da Violência, uma parceria do Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

7. Lei do feminicídio para travestis e transexuais

No Congresso Nacional Brasileiro o termo “Razões de gênero” foi trocado por Razões da condição do sexo feminino, ficando definido no inciso VI do artigo de homicídio. Durante os debates na Câmara, inicialmente o projeto de lei era para que fosse descrito como: se o homicídio é praticado “contra a mulher por razões de gênero”, porém uma das bancadas de parlamentares, a denominada bancada evangélica, foi contra essa expressão, pressionaram para que a palavra “gênero” fosse trocada por “sexo feminino”, essa mesma bancada objetivava distanciar a possibilidade de transexuais serem abarcados pela lei.

O debate sobre o tema “transgênero” se faz importante pelo fato de que, segundo um levantamento da Rede Trans Brasil, de 2016, o Brasil é um dos países que mais mata pessoas transexuais no mundo e um dos grandes motivos dessa intolerância é a ignorância sobre o assunto, por vezes tratado como tabu na sociedade.

Um levantamento feito pela ONG Transgender Europe (TGEu) em 2016 mostra que o Brasil matou ao menos 868 travestis e transexuais nos últimos oito anos (2008-2016). Segundo o relatório da TGEu, o país registra, em números absolutos, mais que o triplo de assassinatos do segundo colocado, o México, onde foram contabilizadas 256 mortes entre janeiro de 2008 e julho de 2016. Em números relativos, quando se olha o total de assassinatos de trans para cada milhão de habitantes, o Brasil fica em quarto lugar, atrás apenas de Honduras, Guiana e El Salvador.

Assim, neste momento, antes de adentrar no mérito do assunto, faz-se necessário conceituar a transexualidade. Inicialmente considerada um transtorno, os indivíduos que não apresentavam adequação de sexo/gênero eram considerados doentes pela Associação Americana de Psiquiatria e pela Organização Mundial da Saúde, estando a transexualidade diagnosticada em seus instrumentos avaliativos, DSM e CID, desde 1980. Avaliada assim como distúrbio, precisava constar nesta Classificação Estatística Internacional de Doenças, e ser apresentada mediante um código que tipificasse como doença diagnosticada, para que tivesse validade legal (BENTO,2012).

Com fundamento na própria Constituição Federal onde em seu artigo primeiro, define a proteção integral à dignidade humana e no art. 5º completando com os seguintes dizeres, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Em 1990 houve modificação na jurisprudência para que houvesse mudança de prenome no registro somente após cirurgia, essa ideia foi impulsionada pela Resolução nº 1.482/97, do Conselho Federal de Medicina, que possibilitou a cirurgia de transgenitalização, neocolpovulvoplastia e neofaloplastia. O entendimento mudou e a alteração do prenome independe da cirurgia de transgenitalização já a alteração de sexo no registro apenas posterior a cirurgia (LACERDA, 2016).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "o transexual não pode ser confundido com o homossexual, bissexual, intersexual (também conhecido como hermafrodita) ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico".

Transexuais são todos os indivíduos cuja identidade de gênero não corresponde ao seu sexo biológico. De maneira geral, essas pessoas sentem um grande desconforto com seu corpo por não se identificar com seu sexo biológico. Já os travestis são pessoas que não se identificam com o gênero biológico, se vestem e se comportam como pessoas de outro sexo. É um homem que se veste de mulher, se comporta como mulher e se sente mulher, ou ao contrário, uma mulher que se veste. Por isso tem a necessidade de adotar roupas características do gênero com o qual se identificam, se submetem a terapia com hormônios e realizam procedimentos para a modificação corporal.(Leite,Hellen).

Rogério Greco, explica: "Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal.

Nesse sentido, decidiu o TJ/Mg, aplicando as Leis Maria da Penha não apenas para a mulher, mas também transexuais e travestis, o que acabou gerando enormes proporções entre a população e uma divisão entre opiniões nas redes sociais, alguns apoiaram a iniciativa de inclusão, defendendo o posicionamento do judiciário. O outro posicionamento, em contra partida, defende a tese biológica, atribuindo o genes masculino nos transexuais e travestis, e que mesmo possuindo aparência feminina, não deixa de sere homem, sendo tal posicionamento ineficaz, haja vista os posicionamentos tomados pelos tribunais.

A justiça brasileira vem tratando de diversas questões das pessoas que são transexuais, tema que vem gerando grandes polêmicas e discussões. Mesmo frente a limitações e até algumas restrições legais, a justiça brasileira tem decidido favoravelmente sobre a alteração do nome da pessoa transexual, bem como a do sexo no registro civil, por exemplo.

Percebe-se que, na condição de alteração do registro civil de homem para mulher, o homem passa a ser considerado, no mundo jurídico, como uma mulher, de modo que, *in casu*, se torna juridicamente possível que o transexual seja tido como sujeito passivo de quaisquer das condutas descritas na Lei Maria da Penha em estudo, bem como vítima do feminicídio previsto no art. 121, § 2.º, VI, do CP.

Vários critérios poderão ser utilizados para uma possível definição, com razoável aceitação, de quem pode ser considerada mulher para efeitos da presente qualificadora. Assim, por exemplo, pelo critério de natureza psicológica, isto é, alguém mesmo sendo do sexo masculino acredita pertencer ao sexo feminino, ou, em outros termos, mesmo tendo nascido biologicamente como homem, acredita, psicologicamente, ser do sexo feminino, como, sabidamente, acontece com os denominados transexuais. Há, na realidade, uma espécie de negação ao sexo de origem, levando o indivíduo a perseguir uma reversão genital, para assumir o gênero desejado.

Rogério Sanches Cunha diz que "a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher".

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Celso Delmanto, afirma que o transexual que mantém o psiquismo voltado para o gênero feminino e que tenha realizado tanto a cirurgia de mudança de órgãos genitais, quanto a alteração em seu registro civil para fazer constar mulher, poderá ser abrangido pela proteção especial do feminicídio.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise sobre violência de gênero, desconstruindo o pensamento que somente mulheres nascidas biologicamente no sexo feminino são abrangidas por leis protetivas, tais como Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio.

O conteúdo analisado neste trabalho resultou primeiramente em uma reflexão acerca da evolução dos direitos das mulheres, que aos longos dos anos foram abrangendo seus espaços e garantias, e com muita luta conquistando e ocupando tudo aquilo que alvejavam, mesmo que houve e que ainda haja muita resiliência por homens machistas existentes na sociedade.

Nesse sentido, a luta das mulheres cis e mulheres trans para a melhoria nas condições de igualdade de direitos se faz necessária. Também há necessidade de uma mudança de paradigma nos conceitos do Estado e da sociedade, já que há ainda muita inferiorização e discriminação que influi diretamente no contexto social em que vivemos.

REFERÊNCIAS

A questão psicanalítica da identidade sexual. In: GRAÑA, Roberto B. (org.). *Homossexualidade. Formulações psicanalíticas atuais*. Porto Alegre: Artmed.

ADEODATO, Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Acessado 25 de agosto de 2018, disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2018/>

BENTO, B. Luta globalizada pelo fim do diagnóstico de gênero. Corpo, gênero e sexualidade: instâncias e práticas de produção nas políticas da própria vida. Rio Grande: FURG, 2011. p.89-108.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: www.planalto.gov.br.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

CARCEDO, Ana; SAGOT, Montserrat. Femicídio en Costa Rica: 1990 – 1999. Colección Teórica 1. Instituto nacional de las mujeres. San José: Costa Rica, 2000.

COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. Relatório Final sobre a Violência Contra a Mulher (CPMI). Brasília, DF: Congresso Nacional, jul. 2013.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

DE LAZARI, Joana Sueli. Inferioridade Feminina: o (des)enredo da violência. Revista de Ciências Humanas, vol. 7, n. 10, p. 72-88, 1991.

DIAS, Maria Berenice; A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo. São Paulo: Ed. RT, 2010.

DIRETRIZES NACIONAIS. Femicídios. Diretrizes para Investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Eleonora Menicucci (Secretária Especial de Políticas para as Mulheres). Brasília-DF. Abril/2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume I. 16ª. Ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 342.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS/IPEA.

JESUS, Damasio dc. Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.540/2006. São Paulo: Saraiva, 2010.

KÖCHE, J. C. Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática da pesquisa. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

LACERDA Georges, XAVIER Fabrício, Femicídio e Transgeneridade Análise dos paradigmas das identidades de gênero, da hermenêutica jurídica quanto à Lei 13.104/2015 e de sua aplicação em casos de mulheres trans. 2016. 66f. Dissertação de Bacharel – Centro Universitário de Brasília.

LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm

LEI Nº 13.104, DE 9 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm

LEITE, Hillen. A saúde negada. Correio Braziliense, Brasília, janeiro, 2017

MODELLI, Lais. 2016. Feminicídio: como uma cidade mexicana ajudou a batizar a violência contra mulheres. Disponível em: Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38183545> 23/09/18 .

MULHER, Coordenadoria da, Definição de Violência contra a Mulher, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Disponível em: www.tjse.jus.br/portaldamulher/definicao-de-violencia-contra-a-mulher.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de direito penal: parte geral: parte especial, 4. ed. rev., atual. e ampla, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OEA. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará”. 1994

ONU – Brasil. <https://nacoesunidas.org/onu-brasil-lanca-documento-de-posicao-sobre-os-direitos-humanos-das-mulheres-no-pais/>.

Pasinato, Wânia. 2011. Socióloga, pesquisadora e coordenadora de acesso à Justiça da ONU Mulheres no Brasil, para o Dossie Feminicídio.

Pereiro, X. (2004/2005). *Apontamentos de Antropologia Cultural*. Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro – UTAD

SENADO FEDERAL/ILB. Dialogando sobre a Lei Maria da Penha. Brasília DF <http://saberes.senado.leg.br>.

TRANSGENDER EUROPE- (TGEu).

VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marlene Moraes da. Violência Doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

SAÍDA TEMPORÁRIA NO SISTEMA PROGRESSIVO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

DOUGLAS RICARDO FERRACINI:

Graduado em Geografia (Licenciatura) pelo Centro Universitário de Jales - UNIJALES; Graduado em Tecnologia do Agronegócio pela Faculdade de Tecnologia Centro Paula Souza (FATEC - Campus Jales/SP); e Bacharelado em Direito na Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador Temático)i

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA

(Orientador(a) Metodológico(a))ii

RESUMO: A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) tem como objetivo colocar em prática a aplicação da Lei Penal e Processo Penal. Dentre os artigos da Execução, alguns tratam de regras para a concessão de benefícios, sendo um dos objetivos a ressocialização do detento. A Saída Temporária, que é um dos benefícios, pode trazer efeitos positivos e negativos ao detento e à sociedade. A observação abordada é os efeitos colaterais negativos causados pela Saída, caso seja implementada sem os devidos cuidados, efeitos os quais podem gerar a reincidência pelo detento. Tais reincidências podem abranger todos os níveis de gravidade, tanto delitos de natureza leve (furto simples, por exemplo), como também delitos de níveis graves (como o homicídio ou latrocínio). Há possibilidades de melhorar o sistema de Execução Penal, habilitando a ressocialização do detento, sem que a sociedade tenha prejuízos. Tanto o réu quanto a sociedade são afetados por uma Saída Temporária genérica, já que existem presos que não atendem diretamente os requisitos. Vários indivíduos não utilizam o benefício para rever familiares e reintegrar-se à sociedade, e sim para ganhar ilicitamente bens materiais ou econômicos, através dos diversos crimes abordados pelo Direito Penal.

Palavras-chave: Saída Temporária; Execução Penal; Reincidência.

ABSTRACT: The Penal Execution Law (Law No. 7,210, of July 11, 1984) aims to put into practice the application of the Penal Law and Penal Procedure. Among the articles of the Execution, some deal with rules for the granting of benefits, one of the objectives being the re-socialization of the detainee. Temporary Exit, which is one of the benefits, can have positive and negative effects on detainees and society. The observation addressed is the negative side effects caused by the Exit, if it is

implemented without due care, effects which can generate recurrence by the detainee. Such recidivism can cover all levels of seriousness, both offenses of a mild nature (simple theft, for example), as well as offenses of serious levels (such as homicide or robbery). There are possibilities to improve the Penal Execution system, enabling the detainee's re-socialization, without the society having any losses. Both the defendant and society are affected by a generic Temporary Exit, as there are prisoners who do not directly meet the requirements. Several individuals do not use the benefit to review family members and reintegrate into society, but to illegally earn material or economic assets, through the various crimes covered by Criminal Law.

Keywords: Temporary Output; Penal Execution; Recurrence.

Sumário: 1. Introdução – 2. Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal – 3. Execução Penal e Saída Temporária – 3.1 Execução Penal no Brasil – 3.2 Benefícios Fornecidos ao Detento – 3.3 Características da Saída Temporária – 3.3.1 Problemática – 4 Considerações Finais – 5 Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, um dos maiores problemas enfrentados pelos Órgãos Públicos, e pela sociedade, que sofre diariamente seus efeitos, é a criminalidade¹. Todos os dias os noticiários estão repletos de relator de cometimento de crimes, sejam eles praticados com violência ou não. O fato é que eles acontecem todos os dias. Esta criminalidade atua por várias formas pelo Brasil todo. O que fazer a partir dos dados da criminalidade, em decorrência da reincidência e sendo, inclusive, cometidos também por detentos que estão gozando do benefício da saída temporária, é uma forma de melhorar o sistema, colocar o apenado em melhores condições para que esteja pronto para reingressar na sociedade.

De fato, todo indivíduo que comete um crime ou contravenção penal deve sim ser punido. Mas somente a punição não basta para reintegrar o indivíduo à sociedade efetivamente.

É preciso entender como o processo de cumprimento de pena é colocado em prática e que, em algum momento, o condenado irá cumprir sua pena, e então

1 REIS, Vivian. Com alta de 23,3%, casos de homicídio em SP sobem em março pela 1ª vez em seis anos; estupros caem 7,7%. G1, Portal de Notícias da Globo, São Paulo, 24 abr. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/24/casos-de-homicidios-aumentam-233percent-em-sp-pela-1a-vez-em-marco-em-seis-anos-estupros-caem-77percent.ghtml>>. Acessado em: 01 jun. 2020.

será colocado em liberdade. A condenação e o cumprimento da pena devem ser efetiva, justas (o condenado deve responder dentro dos limites de sua culpabilidade), e que façam com que o apenado se ressocialize. Neste ponto, deve-se observar que o Sistema Prisional Brasileiro é o principal gerador da criminalidade reiterada.

No contexto de ressocializar o apenado, encontra-se a Saída Temporária, no qual submetemos ao Direito Penal, Processo Penal e a Execução Penal.

O Direito Processual Penal é o Direito que coloca em prática o Direito Penal objetivo, é a soma de normas e princípios que disciplinam o surgimento das lides penais. A Execução Penal coloca-se em prática em decorrência do Processo Penal. O acusado poderá começar a executar a sua pena durante o processo, caso seja necessário. Nesta fase, o Estado, com a finalidade da sanção penal, faz valer a sua pretensão executória. A sentença, com o seu trânsito em julgado, vira título executivo judicial.

O Sistema Processual e Execução da Pena no Brasil passa por dificuldades severas, tanto para aplicar a lei penal, restringindo a liberdade do acusado, quanto para aplicação de benefícios. A falta de servidores, equipamentos, estrutura física (agravando inclusive a falta de vagas e superlotação dos presídios), gera um aumento da criminalidade dentro e até fora dos presídios, causando um desgaste no objetivo central da Pena, que é a reeducação e sua reinserção na sociedade.

Estes e outros problemas geram a ineficácia na aplicação da Lei de Execução Penal Brasileira, agravando ainda mais o Sistema Processual Penal, gerando a sensação de impunidade e liberdade aos acusados, atrofiando a imagem do Estado, da Justiça Pública, da Polícia Militar e da Polícia Judiciária.

Entre os detentos que cometem reincidência nos crimes estão os beneficiados pela Saída Temporária, regida pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84, conhecida como "LEP"). Os crimes cometidos por estes condenados são inúmeros, sendo alguns, hediondos. Tais reincidências causam insegurança social, sensação de impunidade.

Notícias² de crimes acabam sendo cada vez mais "comuns" entre os dias pleiteados pela chamada Saída Temporária, sendo este benefício expresso nos

² ASCOM PC/MA. Polícia Civil realiza operação para prender homicidas em Buriti Bravo. Secretaria de Segurança Pública do Maranhão, Maranhão, 16 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.ssp.ma.gov.br/policia-civil-realiza-operacao-para-prender-homicidas-em-buriti-bravo>>. Acessado em 15 abr. 2020.

artigos 122 ao art. 125 da LEP. Há ainda, aqueles que não retornam aos presídios após o término do benefício.

O Direito Penal Brasileiro foi criado na década de 1940, tendo agregado alterações ao longo do tempo. Para que se possa estudar o nosso Código Penal (C.P.) e (C.P.P.) Processo Penal, é preciso entender os tipos de pena, o conceito básico de cada uma e a sua progressão até o cumprimento total da execução penal.

Este estudo será baseado em pesquisas bibliográficas em livros, artigos, dissertações de mestrado, teses de doutorado. Além disso, baseia-se na Lei Penal, Processual Penal, Execução Penal, jurisprudências, e matéria a Constitucional. É preciso conhecer e saber quais os motivos que levam os condenados a cometerem crimes durante a Saída Temporária, que deveria ser utilizada para reintegrá-lo à sociedade. Através de todas as informações reunidas e trazidas para dentro deste artigo, haverá o debater sobre tais questões, procurando uma ou algumas das melhor(es) solução(ões) para o tema abordado ou observações pertinentes a serem feitas. É um fato que atinge não só a sociedade, mas principalmente o condenado que procura novas oportunidades dentro da lei, refazendo sua vida, ou começando uma nova.

2.DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL

Para compreender a Lei de Execução Penal primeiro e, conseqüentemente, a Saída Temporária, que faz parte do benefício da Execução da Pena, é preciso entender os conceitos básicos e o trâmite até o indivíduo chegar na execução de sua pena. O Direito Penal, para Nucci (2017), são normas jurídicas que fixam os limites do poder punitivo do Estado, constituindo infrações penais e sanções, e, também regras à sua aplicação. Assim, o Direito Penal é uma forma do Estado organizar o convívio dos cidadãos em sociedade, através da punição de atos considerados ilícitos e culpáveis. Cada ato típico, ilícito e culpável corresponde à uma pena, e a ideia é que quanto maior for a gravidade, mais rigorosa será aplicada ao tipo.

O artigo 32 do Código Penal dispõe de 3 tipos de pena, quais sejam: a) privativas de liberdade; b) restritivas de direitos e c) de multa. Segundo Nucci (2017), estas penas podem ser cominadas da seguinte forma: a) isoladamente: quando o acusado é sentenciado à uma pena, como por exemplo, reclusão por furto (art. 155 do Código Penal); b) cumulativamente: acontece quando é possível acumular duas ou mais penas ao mesmo sujeito, como por exemplo, pena de detenção **E** multa; c) Alternativamente: esta modalidade de pena admite a escolha entre duas ou mais penas aplicáveis.

Ainda sobre o Código Penal, em seu art. 33, menciona dois tipos de cumprimento de pena, a Pena de Reclusão e a Pena de Detenção. A Pena de Reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já a Detenção cumprir-se-á em regime semiaberto ou aberto. Para o cumprimento da pena em regime fechado, os estabelecimentos prisionais que receberão estes detentos devem ser de segurança máxima ou média. No regime semiaberto a execução será em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Já no regime aberto a execução se dará em casa de albergado ou estabelecimento adequado. O apenado que foi privado de sua liberdade, deverá ter sua pena executada de forma progressiva, por mérito do mesmo, seguindo as regras estabelecidas pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984 (ressalvando hipóteses de transferência para regime mais rigoroso). O condenado que tiver condenação superior a 8 (oito) anos, iniciará sua pena em regime fechado. Caso não seja reincidente, e a pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos, cumprirá sua pena em regime semiaberto. Agora, caso o condenado não seja reincidente, e sua pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, cumprirá sua pena em regime semiaberto.

Dentro de todo e qualquer Processo, não apenas dentro do Processo Penal, com base na Constituição Federal de 1988, deve ser observado o “devido processo legal”. Na Ação Penal, todo e qualquer indivíduo que esteja sofrendo uma acusação, desde a mais leve até a de maior gravidade, tem direito à sua defesa, mesmo que esteja evidente sua culpabilidade (inclusive com a sua confissão). Assim, é preciso respeitar o “Devido Processo Legal” para que o acusado tenha a oportunidade de se defender e apresentar sua versão dos fatos, até mesmo mostrando a motivação que o levou a cometer o ato típico, porque o cidadão pode ter sido conduzido àquela atitude por estado de necessidade, ou para se defender ou defender direito de outrem, por exemplo (excludente de ilicitude).

Em relação aos sistemas processuais, segundo Badaró (2018), historicamente, existiram, dois sistemas processuais penais, quais sejam, o “*acusatório*” e o “*inquisitório*”. Diz ainda que atualmente não existem estes sistemas propriamente “*puros*”. O *Sistema Inquisitório*, tem as funções de acusar, defender e julgar centralizados em apenas uma pessoa (assumindo as características de um Juiz Acusador). O réu não detinha o direito de se defender (contraditório), além de ser um *objeto* do processo.

Ainda segundo Badaró (2018), o “Sistema Acusatório”, é um processo de partes, aonde a defesa e a acusação se enfrentam em igualdade de posições (paridade de armas). Neste modelo, é respeitado o contraditório, a publicidade, e a presunção de inocência do acusado até a sentença com o trânsito em julgado. Há, aqui, uma separação de funções, sendo elas: acusação, defesa, e o órgão julgador.

A questão a ser discutida é o fato dos indivíduos beneficiados com a Saída Temporária se utilizarem dela para praticarem crimes, como furtos, roubos, latrocínios, tráfico de drogas, entre outros atos que são tipificados pela nossa Legislação Penal.

É importante ressaltar essa questão, para que os indivíduos cumpram plenamente sua pena sem desviá-la da real finalidade, que é a de punir e, principalmente, a de reeducar o acusado, para que possa ser reintegrado à sociedade.

É preciso identificar quais os motivos que levam os sentenciados a cometerem as reincidências, principalmente dentro do benefício das Saídas Temporárias. Ao mesmo tempo, há que se analisar a atitude do Estado, identificando quais são as medidas preventivas para coibir estas infrações penais, mesmo porque é de sua responsabilidade.

Na prática, durante a concessão do benefício da Saída Temporária, não há a fiscalização/vigilância direta do condenado por parte do Estado, pois há de se firmar uma conduta baseada na confiança. O indivíduo que usufrui de tal benefício precisa demonstrar que, não havendo vigilância direta por parte do órgão fiscalizador do Estado, irá agir de forma digna, de boa-fé. A falta de vigilância, em suma, deveria ter caráter educativo, já que o "preso" deveria ter a mesma "boa conduta" que tivera dentro da prisão, estando agora fora dela.

Para Badaró (2018), a Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi extravagante na aplicação dos "princípios processuais" (garantias processuais), especialmente no processo penal, em seu "*devido processo legal*". Isoladamente, estes princípios têm operacionalidade, mas, atuando em conjunto, formam um modelo de "*garantias processuais*". Este autor ainda descreve que dentro das garantias processuais, devem ser percebidas e pertinentes ao processo penal brasileiro as garantias listadas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que em seu artigo 8º, prevê tais garantias. Além deste artigo mencionado, vale notar também que, além das garantias judiciais, há, em seu artigo 7º, a proteção da liberdade de locomoção, e de ser julgado dentro de um prazo razoável.

É de salutar importância o estudo da CADH, pois, baseado no art. 5º, §2º da Constituição Federal, afirma que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), como também em seu §3º reforça a questão de que as convenções

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Complementando o estudo, Badaró (2018), descreve sobre as garantias processuais, como sendo: “a) Garantia do juiz independente e imparcial; b) Garantia do Juiz Natural; c) Garantia do Contraditório e ampla defesa; d) Garantia da igualdade de partes; e) Garantia do estado de inocência; f) Garantia da motivação; g) Garantia da Publicidade; h) Garantia do Duplo Grau de Jurisdição; i) Garantia do processo no prazo razoável; j) Garantia do devido processo legal; k) A regra da proporcionalidade e as garantias processuais”.

De outro lado, para Capez (2018), são os seguintes princípios gerais que formam os processos: “Imparcialidade do Juiz; Igualdade processual; Contraditório; Ampla defesa; Da ação ou demanda; Da disponibilidade e da indisponibilidade; Oficialidade; Oficiosidade; Da verdade formal ou dispositivo; Da verdade Material ou da livre investigação das provas; Do impulso oficial; Da persuasão racional do Juiz; Da motivação das decisões judiciais; Publicidade; Lealdade processual; Economia Processual; Celeridade processual; Duplo grau de jurisdição; Juiz natural; Promotor natural; Pretensão punitiva”. Ainda, se especificando na parte processual penal, Capez (2018) comenta sobre os seguintes princípios processuais: “Verdade real; Legalidade; Oficialidade; Oficiosidade; Autoritariedade; Indisponibilidade; Publicidade; Contraditório; Iniciativa das partes (*ne procedat judex ex officio*); *Ne eat judex ultra petita partium* (Dever do juiz de se pronunciar sobre o que foi pedido); Identidade física do juiz; Devido processo legal; Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; Estado de inocência; *Favor rei*; Brevidade processual; Promotor natural”.

Entendendo como se forma um processo, até o seu trânsito em julgado, pode-se valer do estudo para a criação deste artigo, que descreve uma situação que acontece muito, que chamamos de Saída Temporária. Para descrever mais sobre o assunto, é preciso olhar para a situação processual e prisional brasileiro, o modo como ele se encontra.

3.EXECUÇÃO PENAL E SAÍDA TEMPORÁRIA

3.1 Execução Penal no Brasil

A Lei de Execução Penal nº 7.210/84 (LEP) é o instrumento utilizado pelo Sistema Jurídico e Penitenciário que regulamenta os deveres e os direitos dos

detentos, regrando os benefícios e as penalidades dos mesmos durante a execução da pena. A LEP regulamenta os benefícios, como por exemplo, progressão de regime, concessão de trabalho dentro e fora do estabelecimento prisional, entre outros; e também as consequências no descumprimento das normas, gerando punições disciplinares, como a perda de algum benefício, como a saída temporária. A LEP atende as demandas judiciais e sociais do condenado, que se encontra cumprindo sua pena em estabelecimentos prisionais onde a desigualdade não fornece acesso ao mínimo dos serviços básicos para uma vida digna, quanto menos para a inclusão social. Os Direitos Sociais previstos na LEP, visam, em suma, retirar o detento da desigualdade social, reinserindo-o ao convívio em sociedade, evitando o cometimento de novos delitos. Estes direitos estão descritos nos artigos 10 ao 27 da LEP.

Atualmente, durante a execução da pena, têm-se enfrentado grandes problemas, como a superlotação e a criminalidade dentro dos presídios. Noticia-se que, inclusive, alguns crimes são ordenados por réus que estão dentro das celas. O chamado "*crime organizado*" tem grande influência dentro das penitenciárias, sob os presos. Antunes (2015) observa que os presídios atualmente são '*escolas*' do crime, e não uma possibilidade de mudança para o condenado. A autora coloca que há uma grande '*importância da reinserção social dos apenados*', para que eles não voltem a cometer crimes. Porém, a reinserção fica prejudicada pela "*escola do crime*". Os presídios, ainda segundo Antunes (2015), se encontram com déficit de vagas, dando consequência à superlotação carcerária dos estabelecimentos prisionais. Em muitos casos, a superlotação é tamanha, que os presos acabam se revezando para dormir, por ausência de espaço físico para todos.

Ao falar-se de reinserção, é de se observar que ela começa através dos familiares, que têm importante papel ao aceitarem o condenado de volta ao âmbito familiar e oferecendo apoio, principalmente psicológico. O objetivo da pena não é somente punir um ato ilícito, mas, principalmente, proporcionar a reinserção social do condenado(a). A observação a ser feita aqui é que somente em casos específicos é que se priva a liberdade da pessoa com uma pena restritiva de liberdade, sendo observado sua real necessidade em virtude da ordem pública, segurança da sociedade, ato tipificado pela lei tendo sua restrição na liberdade, sendo motivo de justiça.

A Execução Penal está intimamente ligada à segurança pública, pois um trabalho penal e social mal executado dentro dos presídios acaba afetando diretamente a criminalidade do indivíduo quando reinserido à sociedade. Quem deve proporcionar a segurança à sociedade são as entidades públicas que administram a segurança pública no país.

Neste sentido, Antunes (2015), afirma que as instituições do Estado têm responsabilidades dentro da Execução Penal:

(...) A responsabilidade do Poder Judiciário se estabelece, na tramitação processual e aplicação das leis estabelecidas, sendo competência do Poder Legislativo, o estabelecimento das ordens jurídicas, as quais são de extrema importância para o bom funcionamento do sistema de Justiça criminal. (Antunes, 2015, p. 18).

Além disso, o *caput* do artigo 144 da Constituição Federal de 1988 afirma que: "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)" (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

3.2 Benefícios fornecidos ao Detento

Para falar de melhoria na Execução Penal, a fim de que o condenado e o egresso não cometam novos crimes, tem-se que abordar o art. 11 da LEP, onde é citado o apoio que os mesmos deverão receber, como assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Deve-se respeitar todos os itens, mas não o forçando a frequentar nenhum deles, como a religiosa, por exemplo, pois trata-se de convicção íntima, tendo cada um a sua crença religiosa. Nucci (2020) destaca que a assistência material e social são as mais importantes, e se necessárias, a assistência à saúde e a educacional, e no caso do condenado em livramento condicional, a assistência jurídica.

As assistências mencionadas acima, principalmente a social, educacional e ao egresso são de suma importância para a reinserção do condenado à sociedade ao qual ele foi privado por cometer algum crime. Vale destacar um trecho no qual Nucci (2020) faz esta observação:

Creemos ser fundamental à ideal ressocialização do sentenciado o amparo àquele que deixa o cárcere, em especial quando passou muitos anos detido, para que não se frustre e retorne à vida criminosa. Lamentavelmente, na maior parte das cidades brasileiras, onde há presídios, esse serviço inexistente. A consequência é o abandono ao qual o egresso, que nem mesmo para onde ir tem, após o cumprimento da pena. Se tiver família que o ampare, pode-se dispensar o alojamento e a

alimentação, valendo, somente, o empenho para a busca do emprego lícito (NUCCI, 2020, p. 39)

O trabalho, segundo o art. 39, inciso V da LEP, é obrigatório e inerente à execução da pena, além de fazer parte da reeducação do condenado. Porém, deve-se ressaltar, com base no art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, que os trabalhos forçados são proibidos. Neste item, considera-se que o trabalho é muito relevante para a ressocialização do condenado. É preciso criar meios para que ele encontre trabalhos lícitos na sociedade, para que ele caminhe com as "*próprias penas*" após o cumprimento integral da pena. No *caput* do art. 28 da LEP tem-se: "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva" (BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984).

Para Nucci (2020), o trabalho é importante para que após o cumprimento da pena, o reeducando esteja apto para ingressar novamente ao convívio social, sem cometer nenhuma reincidência criminal, e com um aprendizado para ingressar em uma profissão, trabalhando dignamente, sustentando sua moradia, ajudando sua família, além de respeitar a dignidade da pessoa humana. Assim, vê-se que o trabalho dá ao preso, uma oportunidade de aprendizagem em uma nova profissão, tira-o da ociosidade carcerária, que é totalmente prejudicial dentro de um convívio prisional. Há também, a retribuição ao trabalho do condenado, com remição de pena na proporção de 3 (três) dias trabalhados por 1 (um) dia de pena, além de parte do seu ganho salarial (segundo o art. 29, §2º da LEP). Caso tenha saldo, deverá ser entregue ao condenado quando posto em liberdade, para ter uma fonte para os seus primeiros dias ou meses de liberdade.

Os artigos 38 e 39 da LEP abordam os deveres do sentenciado, dentre as quais podemos citar: submeter-se às normas de execução da pena; comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas. Já os artigos 40 ao 43 da LEP trata dos direitos do sentenciado, podendo ser citados a alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

3.3 Características da Saída Temporária

Deve-se fazer uma observação, deixando claro que existe uma diferença entre Saída Temporária e Permissão de Saída. A "*Permissão de Saída*" é aplicada aos

indivíduos condenados ou provisórios, que estão em regime fechado ou semiaberto (aos albergados não se aplica, pois já estão em regime aberto - soltos). Neste benefício eles poderão sair apenas quando houver falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; necessidade de tratamento médico. Esta saída só será feita com permissão da administração prisional (diretor do estabelecimento), em que o detento se encontra, mediante escolta, regido pelo artigo 120 da LEP. Já a Saída Temporária tem sua previsão legal nos artigos 122 ao 125 da LEP, permitindo que os condenados que cumprem pena em regime semiaberto, poderão sair do estabelecimento prisional, sem vigilância, nos casos de: visita à família; frequência a curso, na Comarca do Juízo da Execução; participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Os detentos que cumprem pena em regime fechado não têm direito à saída Temporária.

A Saída Temporária é um dos itens mais importantes da LEP, e tem a preocupação que, durante a execução da pena, o detento tenha formas de reeducar, aguçando a sua responsabilidade, permitindo-lhe progredir no regime, indo para o aberto. Desta forma, a Saída Temporária é apresentada como umas das opções de ressocialização. Para que o benefício seja concedido, além dos itens observados no parágrafo anterior, ela será feita por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a Administração Penitenciária. Será analisado também o comportamento do condenado; ter ele cumprido no mínimo um sexto da pena se o condenado for primário, e um quarto se for reincidente; e ter a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. Tais requisitos, que estão previstos no art. 123 da LEP, contemplam formas objetivas e subjetivas, que devem ser totalmente preenchidas para a concessão do benefício, uma vez que, a progressão do regime fechado para o semiaberto não é o único requisito para a concessão do benefício da Saída Temporária.

A Saída Temporária é um direito subjetivo, visto que, para obtê-lo, o condenado além de cumprir os requisitos citados anteriormente, ele terá que cumprir os outros requisitos subjetivos, para que faça jus ao benefício. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 102773 / RJ – Rio de Janeiro), reafirma que ingressar no regime semiaberto não é pressuposto para a concessão da saída temporária. A denegação ou o não cumprimento dos requisitos subjetivos que culminam na denegação do benefício, deve ser amparado em fatos concretos.

Como exemplo pode ser usado os casos em que, réus sentenciados por crimes graves e com início da pena em regime fechado, tentam pleitear a concessão do benefício, assim que a progressão do seu regime, do fechado para o semiaberto é feito. O lapso de tempo em que foi feito o pedido de Saída Temporária, entre a

mudança de regime prisional, com a tentativa de pleitear o benefício em certos casos acaba sendo curto.

Vale ressaltar que, para Nucci (2020), este benefício não é compatível com a prisão preventiva, pois se o sentenciado pudesse sair do presídio sem qualquer vigilância, mais adequado seria revogar a prisão cautelar.

O objetivo central das Saídas Temporárias é proporcionar ao detento que contém bom comportamento a aproximação com sua família, amigos, além de possibilitar os estudos. Tais atividades trazem ao apenado ao convívio social, dando contexto à ressocialização. Todo este contexto será dentro de uma vigilância indireta, dando um “voto de confiança”, para que o detento seja capaz de comportar, não cometendo nenhum delito, sabendo que o Estado não está fiscalizando-o diretamente.

Pela redação do art. 124 da LEP, a autorização concedida para o condenado terá prazo máximo de 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano (indicando uma concessão de 5 vezes ao ano), e deverá atingir o máximo de 35 dias no ano. Entre uma saída e outra deve haver uma distância mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. A saída para a realização de cursos exige um regime diferenciado, que foge à regra do limite de 7 (sete) dias, mas que deve obedecer ao inciso II do art. 122 da LEP, no que tange o local de estudo, que deve ser na comarca do Juízo da Execução da Pena.

Para conceder o benefício, o Juiz exigirá que o detento informe o endereço da família a ser visitada ou onde pretende ir, ficar recolhido à residência durante o período noturno além de ser proibido de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos semelhantes. Tais medidas citadas por último (frequentar bares, casas noturnas, etc) são para que o reeducando não frequentar lugares que possam incentivá-lo a cometer novos delitos. Além destas citadas, o Juiz poderá colocar outras restrições que sejam pertinentes ao caso concreto. Uma das medidas que podem ser acrescentadas na saída temporária é a tornozeleira eletrônica, monitorada via GPS, por uma central de monitoramento.

Sobre a retirada do benefício citado pelo art. 125 da LEP, será revogado “Art. 125 (...) quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso” (BRASIL. Lei nº 7.210/84 - Execução Penal. 1984). Neste caso, o condenado pode ter tanto a saída temporária atualmente em gozo revogada, como também pode ter as futuras saídas temporárias negadas por causa do delito cometido anteriormente. Para Nucci (2020), nestes casos, o condenado

somente conseguirá reverter o quanto descrito no *caput* do art. 125 da LEP quando: a) transformar o caso em processo criminal contra o réu, precisa-se aguardar sua absolvição; b) caso cometa falta grave e seja punido, é preciso reverter a penalidade, cancelando-a; c) não atendendo os requisitos básicos para o merecimento, podem ser revertidos com o merecimento do réu.

3.3.1 Problemática

Alguns indivíduos cometem delitos por não se adequarem às regras da coletividade, delitos que constituem lesão aos bens tutelados por leis (configurando o ilícito penal).

Quem concederá a Saída Temporária, como descrito no *caput* do artigo 123 da LEP, será o Juiz da Execução, por ato motivado. Porém, são muitos os detentos que requerem o benefício da Saída Temporária. Para Nucci (2020):

“(…) não há viabilidade prática, nem tempo, para o magistrado analisar uma a uma das execuções penais existentes na Comarca, autorizando, igualmente, um a um dos presos a deixar a colônia penal, em saída temporária. Edita-se, então, uma portaria geral, promovendo nesta peça os requisitos exigidos e, praticamente, delegando ao diretor do estabelecimento penal que selecione aqueles que podem sair e os que não serão beneficiados” (NUCCI, 2020, p. 170).

Desta maneira, vê-se que esta atitude poderá ser impugnada diretamente ao juiz, tanto pelos presos que não obtiveram o benefício, quanto pelo Ministério Público, caso não concorde com a saída de algum(uns) detento(s). Caso referida impugnação ocorra, o juiz poderá tomar a decisão do pedido, cabendo agravo em face dessa decisão, sem efeito suspensivo.

Vale ressaltar que a reforma aplicada pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “*Pacote Anticrime*”, incluiu o §2º no artigo 122 da LEP, proibindo a saída temporária do condenado por crimes hediondos com resultado morte (crimes hediondos são taxativos e estão dispostos na Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990). É mais uma forma de combater os crimes graves, uma vez que os crimes hediondos já não são contemplados com a anistia, graça e indulto; fiança; e que deve ser cumprida inicialmente em regime fechado.

O “*Pacote Anticrime*” altera também a progressão de regime, mudando o art. 112 da LEP. O preso só poderá progredir de regime quando tiver cumprido pelo menos:

Art. 112. (...)

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (BRASIL. Lei nº 7.210/84 - Execução Penal. 1984).

No §1^a do artigo supra mencionado afirma que o apenado terá direito à progressão de regime caso ele apresente bom comportamento, comprovado pelo diretor do estabelecimento (observando as normas que restringem a progressão). No §6º do mesmo artigo observa ainda sobre as faltas graves cometidas durante a execução da pena privativa de liberdade, sendo que a falta grave neste caso interrompe a contagem para a obtenção da progressão do regime de pena, voltando a estaca zero, iniciando novamente a contagem para a progressão do regime.

Para Vidal (2011), a Saída Temporária tem dificuldades em sua utilização para se colocar em prática. A autora instiga ao questionamento, no sentido do que seria primordial: assegurar os direitos do condenado, que é sujeito de direito segundo Constituição Federal de 1988, ou primar pela segurança e integridade da sociedade, que também tem direitos primordiais constados na Carta Magna. Perante o réu. Ela afirma que:

Incontestável a importância do instituto abordado para fins de ressocialização e efetivação dos propósitos da execução penal. Contudo, mesmo conseguido o objetivo e tendo a oportunidade de usufruir tal benefício muitos indivíduos não conseguem estabelecer este contato com a sociedade de forma salutar, frustrando expectativas, provocando um debate que ainda não encontra uma resposta concreta. VIDAL (2011, p. 36).

No ano de 2006, falando sobre a Saída Temporária, o recuperando que cumpria pena à época, Alex Victor da Silva (2006), afirmou que:

Ao longo dos anos me acostumei a ouvir, de meus colegas de infortúnio que saíam, queixas no sentido de que o momento de retornar ao presídio era dramático, terrível. Muitos diziam que "dá a maior neurose" ter que voltar para a prisão "com as próprias pernas", isto é, por conta própria. Tal pensamento reflete a "pressão" que esses reeducandos sofrem por parte de seus pares. Em alguns casos a tortura psicológica é tamanha que o reeducando não volta, justamente pelo fato de ter medo de sofrer possíveis – e até comuns, vale destacar – represálias. (SILVA, 2006, p. 4).

Com isso, vê-se o quanto a superlotação e o não combate da criminalidade dentro do sistema penitenciário favorecem as evasões dentro dos beneficiados pela saída temporária. Silva (2006) ainda afirma que nas penitenciárias existem regras "*não escritas*", que são impostas pela massa carcerária. Uma das regras mencionadas, é que o detento que retorna do benefício da saída temporária, tem que ceder sua cama

para outro detento que dorme no chão (sendo comum dormir no chão em penitenciárias). Outro item mencionado pelo referido autor, é que o detento perde "*todo e qualquer tipo de reclamação*".

(...) o recluso que volta perde o "direito" a todo e qualquer tipo de reclamação. Isso porque ele, antes de sair, já conhecia as condições – muitas vezes lastimáveis – do local para onde retornou por imposição de sua própria "consciência" ou mesmo por pressão de familiares que, não raras vezes, ameaçam abandoná-lo à própria sorte caso não volte e quite sua dívida para com a Justiça. Assim sendo, aquele que – seja lá por qual motivo for – retorna para o cárcere após a "saidinha" tem que suportar calado o tempo que resta até obter uma nova progressão ou o livramento condicional. (SILVA, 2006, p. 4).

A carceragem é, de forma indireta, um incentivo para a evasão dos detentos. Bem por isso, Vidal (2011, p. 33), afirma que: "(...) diante de um sistema prisional em crise, não estariam cumprindo com seu papel ressocializador, inclusive, levando os indivíduos à reincidência, sendo necessária uma mudança nas condições do cumprimento da pena (...)".

Além do mais, ao usufruírem de tal benefício, muitos não conseguem a interação desejada, encontrando obstáculos ao tentar contato com a sociedade, conseguir emprego e, até mesmo, voltar ao seu convívio familiar, agravando suas frustrações.

Conforme as tabelas 1 e 2 apresentadas abaixo, disponibilizadas pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP/SP), em seu site oficial, é possível perceber que há evasões durante os benefícios concedidos. Se considerar uma única data em específico, em apenas um ano, a quantidade parece ser inofensiva, quase irrisória, mas temos que levar em conta a somatória de todos os anos, e em todas as datas permitidas à saída temporária. Estes dados são apenas do Estado de São Paulo, há ainda, outros Estados, que enfrentam o mesmo problema de evasão. Levando estes fatos em consideração, pode-se ter um número expressivo de condenados que não retornaram ao presídio para continuar a cumprir sua pena.

TABELA 1 – SAÍDA TEMPORÁRIA DO DIA DOS PAIS NO ESTADO DE SÃO PAULO.

Pais										
ANO	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
saíram	12.998	16.508	17.930	21.577	23.041	21.474	21.020	19.755	22093	22.534
retornaram	12.277	15.610	17.019	20.226	21.697	20.331	20.003	18.945	21244	21.675
não retornaram	721	898	911	1351	1.344	1.143	1.017	810	849	859
% não retorno	5,51%	5,44%	5,08%	6,26%	5,83%	5,32%	4,84%	4,10%	3,84%	3,81%
% DE RETORNO	94,49%	94,56%	94,92%	93,74%	94,17%	94,68%	95,16%	95,90%	96,16%	96,19%

Fonte: Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/noticias/balanco-saida-pais-15.html>>. Acessado em: 10 jun. 2020.

TABELA 2 - SAÍDA TEMPORÁRIA DO DIA DAS MÃES NO ESTADO DE SÃO PAULO.

DIA DAS MÃES											
ANO	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
SAÍRAM	12.645	15.481	17.845	20.228	22.032	19.278	19.373	16.866	22.160	26.244	26.699
RETORNARAM	11.683	14.711	17.052	19.256	20.775	18.460	18.346	16.140	21.242	25.094	25.767
NÃO RETORNARAM	965	770	793	972	1.257	818	1.027	726	918	1.150	929
% NÃO RETORNO	7,63%	4,97%	4,44%	4,81%	5,71%	4,24%	5,30%	4,30%	4,14%	4,38%	3,48%
% DE RETORNO	92,37%	95,03%	95,56%	95,19%	94,29%	95,76%	94,70%	95,70%	95,86%	95,62%	96,51%

Fonte: Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/noticias/balanco-saida-maes-16.html>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

TABELA 3 - SAÍDA TEMPORÁRIA DE NATAL NO ESTADO DE SÃO PAULO.

Natal									
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
saíram	14.754	17.968	20.514	23.331	23.639	22.291	22.848	23.933	27936
retornaram	13.749	16.825	18.994	21.346	21.958	20.773	21.370	22.615	26398
não retornaram	1005	1143	1520	1914	1.681	1.518	1.478	1.318	1.535
% não retorno	6,81%	6,36%	7,41%	8,17%	7,11%	6,81%	6,47%	5,51%	5,49%
% DE RETORNO	93,19%	93,64%	92,59%	91,83%	92,89%	93,19%	93,53%	94,49%	94,49%
Natal/Ano Novo 2014: 03 óbitos (0,02%)									

Fonte: Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/saida-temporaria.html>>. Acessado em: 10 jun. 2020.

Dados apresentados ao portal Uol de Notícias³ (2018), fornecidos pela Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, demonstram os números das

³ ADORNO, Luis. 96% dos presos beneficiados por saidinha de fim de ano em SP retornaram, diz secretaria. Cotidiano (Uol) São Paulo, 09 jan. 2018. Disponível em:

Saídas de Final de Ano, entre os anos de 2007 à 2017. Mostra-se que no ano de 2015 saíram 29.232 detentos, retornando apenas 27.882 (95,38%). No ano de 2016, tiveram o benefício 33.093, voltando apenas 31.565 aos presídios. Por fim, no ano de 2017, 33.324 saíram de suas celas, e apenas 31.991 voltaram para elas espontaneamente.

Estas datas comemorativas são uma preocupação para as autoridades, pois há o risco de aumento da criminalidade com a saída temporária. Há, inclusive, entrevistas de autoridades policiais demonstrando a preocupação, como, por exemplo, na cidade de Santarém, Estado do Pará, na qual a Polícia Civil alerta sobre o aumento de crimes com a vinda da Saída Temporária, entrevista⁴ dada por um delegado, ao portal de notícias G1 (2016), da emissora Globo.

Outra notícia que pode ser destacada, acessada pelo Portal⁵ da Polícia Militar de Santa Catarina (2020), disponibilizada no dia 29 de maio de 2020, é o furto de uma motocicleta por um homem que estava usufruindo do benefício da Saída temporária.

Apenas na região de Sorocaba, Estado de São Paulo, "mais de 500 detentos não retornaram aos presídios" após as "*saidinhas*" durante o ano de 2019, com base nos dados da Secretaria da Administração Penitenciária/SP, fornecidas ao G1, Portal de Notícias da Globo (2020).

O aumento do número de detentos nas ruas, propicia o aumento da criminalidade. Isso ocorre porque a concessão do benefício apresenta possíveis falhas, que proporcionam reincidência, ao invés de reinserir socialmente o preso. Muitos destes detentos não apresentam uma estrutura familiar adequada para recebê-los, e que são economicamente hipossuficientes. Muitos saem, querem ter uma festa de comemoração da data, e no Natal, uma ceia, e nestes casos, veem no crime a forma para conseguir dinheiro, assim cometendo a reincidência.

<<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/01/09/96-dos-presos-beneficiados-com-saidinha-de-fim-de-ano-em-sp-retornaram-diz-secretaria.htm>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

4 G1 Santarém/PA. PC alerta para aumento de crimes com saída temporária de detentos. G1 - Portal de Notícias da Globo, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/santarem-regiao/noticia/2016/12/pc-alerta-para-aumento-de-crimes-com-saida-temporaria-de-detentos.html>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

5 FRONZA, Jerusa. Homem, beneficiário de saída temporária, é preso em flagrante após furto de motocicleta. Polícia Militar de Santa Catarina, Ibirama, 29 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.pm.sc.gov.br/noticias/homem-beneficiario-de-saida-temporaria-e-preso-em-flagrante-apos-furto-de-motocicleta>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

Além dos casos de reincidência em delitos ou de evasão dos presídios, percebe-se que ocorre, durante a volta dos detentos aos presídios, a entrada de objetos não autorizados dentro de presídios, feito pelos próprios detentos, como por exemplo: celulares, drogas ilícitas, bebidas alcoólicas, cigarros, dentre outros objetos não permitidos nos estabelecimentos prisionais. Tais objetos são comumente descobertos durante as revistas, e em alguns casos, noticiados pela própria Administração Penitenciária, como ocorreu em 2017, pela Secretaria e Administração Penitenciária de São Paulo (2017).

É controverso o ponto em que, uma pessoa que cometa um delito contra um ente querido, tenha o benefício da saída para comemorar a data que seria com a pessoa ao qual ela tirou cometeu o crime. Pode-se citar, como exemplo, o caso da Suzane von Richthofen, um caso que teve repercussão nacional, ocorrido em 31 de outubro de 2002. Resumidamente, Suzane cometeu homicídio com o auxílio de dois indivíduos (sendo um deles o namorado da mesma), crime cometido contra os seus pais. Ela foi condenada e atualmente cumpre a pena sentenciada. No ano de 2018, ela recebeu o benefício da Saída Temporária do Dia dos Pais. Não quer dizer que todo e qualquer preso que não tenha mais os pais (ou parentes próximos, como filhos ou cônjuge) não poderá usufruir do benefício, mas tal situação acaba sendo irônica, mesmo porque um dos propósitos do benefício é a aproximação do detento ao seu círculo familiar. Acontece que, neste caso em específico de Suzane, faz com que a sociedade como um todo, deixasse de acreditar, em partes, no sistema de aplicação da pena, e acabasse se perguntando, como um detento sai para visitar os pais, sendo ele é o autor do homicídio dos próprios pais. É um tema delicado, e que precisa ser aprofundado.

O Estado deve sim respeitar os direitos outorgados ao condenado e que não lhe foram suspensos. O detento não pode ser armazenado em uma sela, até que decorra totalmente sua pena, mas o próprio detentor da aplicação da pena, o Estado, deve criar meios alternativos para a ressocialização do preso, como, por exemplo, criação de novos empregos, cursos, criar mecanismos e o número de vagas para que os presos tenham a possibilidade de trabalhar dentro dos presídios, tirando os eles da massiva pressão e dependência das organizações criminosas que dominam dentro de presídios. Ao criar novos meios de trabalho, educação, entre outros, aumenta-se a possibilidade de ressocialização, devendo ser de forma gradativa a progressão, e viabilizando uma possível concessão da saída temporária.

6 REDAÇÃO. Suzane von Richthofen deixa prisão para saída do Dia dos Pais, Revista Veja, 09 ago. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/suzane-richthofen-deixa-prisao-para-saida-do-dia-dos-pais/>>. Acessado em: 15 jun. 2020.

Existem Projetos de Lei (PLs) tramitando no legislativo, alguns pleiteando a revogação da Saída Temporária e outros pedindo a mudança de regras, tornando-a mais difícil de ser concedida e sendo severa na aplicação de penas para os detentos reincidentes. PLs como a de nº Lei nº 1029/19 (autoria do Senador Major Olimpio (PSL/SP)) pede a revogação dos arts. 122, 123, 124 e 125 da LEP, Extinguindo a Saída Temporária. Na PL nº 647/19, de autoria do Senador Marcio Bittar (MDB/AC), torna mais rigorosa a Saída Temporária. Outra PL que podemos citar é a de nº 1.421/19, que torna mais rigorosa a progressão de regime e também o benefício da Saída Temporária. Nestes moldes, existem PLs que acercam sobre a problemática de tal benefício.

4. COSIDERAÇÕES FINAIS

Ao ser preenchido os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício da Saída Temporária, deve ser outorgada o direito do detento. Neste caso, não é um favor do Juiz da Execução, nem uma faculdade, e sim, um dever, porque os benefícios foram feitos para serem outorgados, quando presentes todos os requisitos exigidos pela lei. Então, neste caso, deve-se prestar atenção aos artigos que compreendem a Saída Temporária, para que seja feita as devidas correções. Não se pode perder o foco no preenchimento dos requisitos ou na concessão do benefício, porque a sociedade não pode e nem deve suportar riscos com a saída de condenados que não estão aptos a receber tal benefício.

Falar em revogação dos artigos 122 ao 125 da LEP, que regulamenta a Saída Temporária dá um tom de mudança abrupta, que deixaria de lado a visão de ressocialização do detento. Porém, há projetos de lei tramitando no Legislativo para restringir ou acabar com este benefício.

Pode-se falar que, atualmente, se pense em uma restrição mais rigorosa (regras mais rígidas), vinculada com outras alternativas de ressocialização, mesmo porque, o detento que comete algum crime durante a Saída Temporária, poderá trazer transtornos ao Estado, que deveria fiscalizar indiretamente seus passos, transtornos nos quais as vítimas ou seus parentes podem recorrer civilmente para pleitear ressarcimentos pelo ocorrido.

Precisa-se de uma nova dinâmica dentro do sistema penitenciário, instigando o senso de responsabilidade do indivíduo pelos seus atos, e dando-lhe escolhas (cursos, trabalho, mesmo que dentro do presídio) para sair da situação com dignidade, e mostra-lhe que seus atos afetam não só a ele e a vítima, mas afeta a sociedade em que vive, pois as consequências em alguns casos são irreversíveis.

Não se pode privar todos os indivíduos da Saída Temporária, mas podemos ter regras mais rígidas para a sua concessão, como também podemos criar regras para quem cometer alguma reincidência ou cometer a evasão durante o benefício.

Os crimes cometidos durante o benefício devem ser tratados como agravantes. Encara-se alternativas como, por exemplo, para ter o benefício, passar por exames psicológicos, consultas com a Assistência Social, meios os quais podem aferir a real conduta do réu no cumprimento da pena.

A Lei nº 12.258/10 veio como uma alternativa ao monitoramento do indivíduo na sua retomada gradual à sociedade. O Estado, ao investir em infraestrutura, em equipamento de vigilância e monitoramento para utilizar, saberá em tempo real, a localização dos detentos, vigiando-os indiretamente, mas sem tirar o direito da Saída Temporária, ao mesmo tempo que permite a ressocialização.

Com base no artigo 123 da LEP, o Juiz da Execução deveria analisar todos os casos de concessão de Saída Temporária, sendo ouvidos a administração penitenciária e o Ministério Público. Porém o Juiz não tem aparatos para avaliar todos os detentos, e depois conceder o benefício da Saída Temporária. Neste caso, o Sistema Penitenciário e o Judiciário precisam receber uma atenção melhor, para que não aconteça erros, pois no que diz respeito ao artigo acima citado, quem deveria conceder a autorização, seria o Juiz da Execução, o que não acontece na prática. A permissão acontece de maneira adversa, publicando o Juiz da Execução uma "Portaria" com as regras para obter o benefício, cabendo à Administração Penitenciária analisar o caso em concreto. A Administração acaba realizando um serviço que não é de sua competência, possibilitando o erro, concedendo a saída para quem não poderia receber, e quem realmente deveria ter o direito, fica sem usufruí-la.

O tema em si merece estudos profundos para chegar à um consenso. Todos os detentos não podem ser privados da Saída Temporária, mas também a sociedade não pode levar o prejuízo pela má execução penal e falhas na ressocialização do réu.

Projetos de Lei acerca do problema tentam resolvê-los, sendo alguns mais severos extinguindo os benefícios, e outros sendo rigorosos em sua concessão. Há uma tentativa de solucionar o problema no Legislativo, mas sem resultados concretos ainda. A única alteração recente foi dada pela redação do "Pacote Anticrime". Podemos e devemos dar uma atenção neste caso, pelo fato de encontrarmos sérios problemas na atual liberação do benefício.

Este é um debate que demanda muito tempo, estudo, fundamentação teórica e prática para entrar encontrar os reais motivos, acabar com os delitos e reincidências.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Luis. 96% dos presos beneficiados por saidinha de fim de ano em SP retornaram, diz secretaria. **Cotidiano (Uol)**, São Paulo, 09 jan. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/01/09/96-dos-presos-beneficiados-com-saidinha-de-fim-de-ano-em-sp-retornaram-diz-secretaria.htm>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

ANTUNES, Lorena Alves Martins. **AS SAÍDAS TEMPORÁRIAS COMO BENEFÍCIO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: uma reflexão sobre sua importância para a reinserção social dos apenados em cumprimento de pena no sistema prisional do Distrito Federal**. 2015. 94p. Monografia (Graduação em Serviço Social) - INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS – IH DEPARTAMENTO DE SERVIÇO SOCIAL – SER. UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB, Brasília-DF, 2015.

ASCOM PC/MA. Polícia Civil realiza operação para prender homicidas em Buriti Bravo. **Secretaria de Segurança Pública do Maranhão**, Maranhão, 16 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.ssp.ma.gov.br/policia-civil-realiza-operacao-para-prender-homicidas-em-buriti-bravo>>. Acessado em 15 abr. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 6ª ed ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters. 2018. 1230p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.209 de 11 de Julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acessado em: 19 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acessado em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.258 de 15 de Junho de 2010. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Brasília, DF, 15 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.258%2C%20DE%2015%20DE%20JUNHO%20DE%202010.&text=Altera%20o%20Decreto%2DLei%20n,nos%20casos%20em%20que%20especifica.>. Acessado em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 2.214 de 2019. Dispõem sobre alteração na Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal, e da outras providencias. Autoria: Deputada Federal Magda Mofatto. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF89CEBCCC61B38E8CDF2E7E244283D4.proposicoesWebExterno2?codteor=1746003&filename=Avulso+-PL+2214/2019>. Acessado em: 19 mar. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 647, de 2019. Altera a Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para adequar e moralizar a execução penal brasileira. Autoria: Senador Marcio Bittar (MDB/AC). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7916779&ts=1574860681540&disposition=inline>>. Acessado em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 1.029, de 2019. Revoga os arts. 122, 123, 124 e 125, da Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, extinguindo a possibilidade de saída temporária. Autoria: Senador Major Olimpio (PSL/SP). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=7920241&ts=1574860670355&disposition=inline>.
Acessado em: 01 mar. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 1.421, de 2019. Altera os arts. 114 e 123 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para estabelecer a necessidade de avaliação psicológica para a progressão ao regime aberto e para a concessão do benefício da saída temporária. Autoria: Senadora Rose de Freitas (PODE/ES). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7926648&ts=1574860679466&disposition=inline>>.
Acessado em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saída Temporária. Habeas Corpus nº 102773 RJ. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Data do Julgamento: 22 jun. de 2010, Diário da Justiça, Brasília, DF, 06 ago. 2010, DJe 145, ement. v. 02409-05, p. 01059. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613021>>.
Acessado em: 20 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. 887p.

FRONZA, Jerusa. Homem, beneficiário de saída temporária, é preso em flagrante após furto de motocicleta. **Polícia Militar de Santa Catarina**, Ibirama, 29 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.pm.sc.gov.br/noticias/homem-beneficiario-de-saida-temporaria-e-preso-em-flagrante-apos-furto-de-motocicleta>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

G1 Santarém/PA. PC alerta para aumento de crimes com saída temporária de detentos. **G1 - Portal de Notícias da Globo**, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/santarem-regiao/noticia/2016/12/pc-alerta-para-aumento-de-crimes-com-saida-temporaria-de-detentos.html>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

HENRIQUE, Alfredo. Em 4 anos, mais de 24,4 mil presos não voltaram após as saídas. **Folha de São Paulo**, 04 jan. 2020. Disponível em: <<https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2020/01/em-4-anos-mais-de-244-mil-presos-nao-voltaram-apos-as-saidinhas.shtml>>. Acessado em: 22 jun. 2020.

JUNIOR, Alceu Correa. **Monitoramento Eletrônico de Penas e Alternativas Penais**. 2012. 284p. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo-SP, 2012. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20062013->

132709/publico/VERSAO_COMPLETA_DA_TESE_MONITORAMENTO_ELETRONICO_D E_PENAS.pdf>. Acessado em: 19 mar. 2020.

JÚNIOR, Ednaldo de Araújo da Silva. Benefícios autorizadores para a concessão saída do preso. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/20121206161416artigo_de_saida_temporaria.pdf>. Acessado em: 15 abr. 2020.

PALHARES, Isabela; NETTO, Paulo R.; OKUMURA, Renata. Delegado da Polícia Federal é morto durante assalto no Morumbi. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 14 mai. 2018. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,delegado-da-policia-federal-e-baleado-no-morumbi,70002307505>>. Acessado em: 02 de mai. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1692p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 310p.

REDAÇÃO. Suzane von Richthofen deixa prisão para saída do Dia dos Pais, **Revista Veja**, 09 ago. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/suzane-richthofen-deixa-prisao-para-saida-do-dia-dos-pais/>>. Acessado em: 15 jun. 2020.

REIS, Vivian. Com alta de 23,3%, casos de homicídio em SP sobem em março pela 1ª vez em seis anos; estupros caem 7,7%. **G1, Portal de Notícias da Globo**, São Paulo, 24 abr. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/24/casos-de-homicidios-aumentam-233percent-em-sp-pela-1a-vez-em-marco-em-seis-anos-estupros-caem-77percent.ghtml>>. Acessado em: 01 jun. 2020.

SAP (Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo). Assessoria de Imprensa. **Balanco Saída Temporária do Dia das Mães 2016**, 18 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/noticias/balanco-saida-maes-16.html>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

SAP, Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo. Assessoria de Imprensa. **Balanco Saída Temporária Natal/Ano Novo 2014**. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/saida-temporaria.html>>. Acessado em: 10 jun. 2020.

SAP, Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo. Assessoria de Imprensa. **Balanco Saída Temporária – Dia dos Pais 2015**. Assessoria de

Imprensa. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/noticias/balanco-saida-pais-15.html>>. Acessado em: 10 jun. 2020.

SAP, Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo. Assessoria de Imprensa. **Vinte flagrantes de tentativa de entrada com drogas e celulares nos presídios paulistas no último fim de semana**, 15 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/noticias/pauta-15-05-17.html>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

SILVA, Alex Victor. Impressões sobre a saída temporária. Janeiro/2006. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ImpressoesSaidaTemporaria.pdf>>. Acessado em: 13 jun. 2020.

VIDAL, Márcia Salete Nicolodi. **As saídas temporárias no Processo de Execução Penal**. 2011. 51 p. Monografia (Graduação em Direito). Departamento de Estudos Jurídicos, UNIJUI Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí/RS, 2011. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1081/Marcia%20Salete%20Nicolodi%20Vidal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acessado em: 11 jun. 2020.

YABIKU, Ana Paula. Mais de 500 detentos não retornaram aos presídios da região de Sorocaba em 2019 após 'saidinhas'. **G1, Portal de Notícias da Globo**, Sorocaba e Jundiaí, 23 mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2020/03/23/mais-de-500-detentos-nao-retornaram-aos-presidios-da-regiao-de-sorocaba-em-2019-apos-saidinhas.ghtml>>. Acessado em: 14 jun. 2020.

UMA ANÁLISE SOBRE AS CONTROVÉRSIAS DO "JUIZ DAS GARANTIAS" NO PACOTE ANTICRIME - LEI N. 13.964/2019.

RÔMULO SERRÃO CUNHA:

Acadêmico de Direito na Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Bacharel em Engenharia de Produção pela UFAM, Especialista em Gerenciamentos de Projetos pela Faculdade Dom Bosco. Funcionário Público da Secretária de Estado de Educação e Desporto (SEDUC-AM).

JUAN PABLO FERREIRA GOMES[1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar o instituto conhecido como "Juiz das Garantias", previsto na Lei n. 13.964/2019, que altera substancialmente a estrutura da persecução penal do ordenamento jurídico brasileiro, sendo uma considerável novidade em nossa sistemática processualística. O presente trabalho se propõe a uma análise das controvérsias que surgiram com o aparecimento da figura, análise em direito comparado da sua presença em outros ordenamentos jurídicos, bem como a possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro, compatibilidade constitucional, eficácia e eficiência, precipuamente no que se refere às possíveis dificuldades em comarcas de vara única como ocorre em muitos municípios no interior do Estado do Amazonas.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Controvérsias. Constitucionalidade. Imparcialidade.

ABSTRACT: The present article aims to analyze the institute known as "Judge of Guarantees", foreseen in Law nº 13.964 / 2019, which substantially alters the structure of the criminal prosecution of the Brazilian legal system, being a considerable novelty in our procedural system. The present article proposes an analysis of the controversies that arose with the appearance of the figure, analysis in comparative law of its presence in other legal systems, as well as the possibility of its application in Brazilian law, constitutional compatibility, effectiveness and efficiency, mainly in the which refers to possible difficulties in single stick municipalities as occurs in many municipalities in the interior of the State of Amazonas.

Keywords: Judge of Guarantee. Controversies. Constitutionality. Impartiality.

Sumário: 1. Introdução. 2. A previsão do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro. 3. O juiz das garantias no direito comparado. 4. Controvérsias e questionamentos acerca do juiz das garantias no ordenamento brasileiro. 5. Imparcialidade do juiz e do processo penal. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, conhecida popularmente como “pacote anticrime” foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro a figura do “Juiz das Garantias”, instituto novo em nossa sistemática processual penal. A nova figura é o ponto fulcral da mudança que se pretendeu operar no Código Processual Penal, recaindo, portanto, quanto a si, inúmeras expectativas e controvérsias.

A adoção de tal figura pretende consolidar ou fortalecer a imparcialidade do julgador sentenciante de um determinado processo e a melhor observância dos direitos e garantias fundamentais do sujeito central da persecução penal. Contudo, de imediato, inúmeras controvérsias vieram à tona principalmente quanto à efetividade e eficácia de tal instituto na realidade prática de um judiciário ainda afetado por diversos problemas logísticos e estruturais, principalmente no âmbito das comarcas de vara única como é o caso de inúmeros municípios do Estado do Amazonas.

É notória a crítica ao judiciário brasileiro por sua morosidade decorrente de diversos fatores, entre eles, o excesso de burocracia, infraestrutura precária, número insuficiente de servidores e logística defasada. Por outro lado, o direito a um juízo imparcial é fundamental para persecução da justiça e cumprimento efetivo de todos os princípios e garantias de ordem processual, precipuamente o devido processo legal.

Como leciona Badaró (2008), a imparcialidade também deve ser entendida como uma ideia de “aparência geral de imparcialidade”. Além de o magistrado ser subjetivamente imparcial, para que a função jurisdicional seja legitimamente exercida, também é necessário que a sociedade confie que o julgamento foi proferido por um juiz objetivamente imparcial.[2]

Logo, o Judiciário brasileiro precisaria mais do que alcançar a justiça por decisões e sentenças, de fato deve demonstrar que a justiça está sendo feita da maneira mais adequada. Assim, “um julgamento que a sociedade desconfie ter sido realizado por um juiz parcial não será menos ilegítimo que um julgamento realizado perante um juiz intimamente comprometido com uma das partes”. [3] Dessa forma, o juiz não deve ser somente imparcial, a estrutura processual deve afiançar tal presunção de imparcialidade.

Acontece que, inserir dois magistrados diferentes ao longo de um processo traria necessariamente uma garantia maior de imparcialidade? A celeridade processual já pouco observada não restaria ainda mais comprometida? Como tal sistemática funcionará em comarcas de Vara única? O sistema de rodízio implicaria impacto financeiro com idas e vindas dos magistrados?

Desta forma, o presente estudo objetivou analisar as controvérsias diante da inserção da figura do Juiz das Garantias no ordenamento Brasileiro, em aspectos constitucionais, estruturais, principiológicos e sua eficácia na persecução da justiça. Assim, tomando como base inicial, através de estudo histórico e bibliográfico e método dedutivo-indutivo, explicaremos como foi inserido no ordenamento pátrio e do que se trata a figura e, por seguinte identificaremos aspectos positivos e negativos do Juiz das Garantias por intermédio do direito comparado em países que já o empregam. Traremos as controvérsias constitucionais suscitadas no Supremo Tribunal Federal (STF) com exposição de opinião, demonstraremos o posicionamento da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), discutiremos as controvérsias estruturais a respeito das comarcas de Vara única, chegando ao confronto da atual situação jurisdicional com a necessidade da implementação do instituto já previsto em lei.

2. A PREVISÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Projeto de Lei nº 882 de 2019, de origem do Ministério da Justiça, na figura do então ministro Sergio Moro, propôs importantes mudanças no Direito Penal e Processual Penal Brasileiro no ano de 2020. O intitulado “pacote anticrime”, dentro do processo de discussão e aprovação nas instâncias pertinentes deu ensejo ao aparecimento de uma peculiar figura.

Após a proposta ser apresentada, a Câmara dos Deputados em processo de apreciação deste pacote introduziu a figura do Juiz das Garantias que, apesar de não constar no texto da proposta inicial, em apreciação pelo Presidente da República, não sofreu veto, assim passando a fazer parte do que se tornaria a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Claramente a Constituição Brasileira de 1988 (CF/88) em seu arcabouço constituinte assinala para o direito penal brasileiro um sistema acusatório, onde se vislumbra em seu arcabouço uma divisão estrutural em dois níveis, o primeiro onde se investiga e acusa e outro onde se julga, devendo-se, em ambos, observar a máxima do respeito aos direitos fundamentais e humanos.

Ada Pellegrine Grinover (1990, p. 13) afirma que o Brasil, pioneiro na posituação constitucional dos direitos do homem, tem mantido a tradição de prestigiar e assegurar as posições das partes dentro do processo, visando garantir as condições necessárias para a formação e o desenvolvimento de um processo justo[4], ao menos em teoria, contrastando-se com a notória realidade carcerária e processual penal inclusive objeto de questionamento no âmbito de entidades internacionais de proteção aos direitos humanos.

Sustenta ainda, que, tanto em matéria penal, quanto substancial ou processual, as constituições brasileiras têm sido repletas de garantias específicas, tais como a proibição de penas degradantes, a proteção da liberdade física, a elevação da individualização e da incomunicabilidade da pena a princípio constitucional, a edição de normas disciplinadoras da prisão ilegal, a proteção da integridade física e moral do preso e, em especial, a garantia do contraditório e da ampla defesa[5].

Grinover (1990, p. 01) salienta que as vantagens pertencentes às partes dentro do processo, se por um lado podem ser compreendidas como direitos públicos subjetivos, privilegiando o interesse individual sobre o social; por outro lado, podem ser percebidas também como garantias tanto para as partes como também para o andamento do justo processo, dando ênfase ao interesse geral na justiça da decisão[6].

Logo, dentro do processo penal, evitar a confusão entre direitos e garantias é de grande valia, ainda que estes se entrelacem. Segundo José Afonso da Silva (2004, p. 415), "os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens"[7].

Tradicionalmente no Brasil o juiz que participa da fase processual penal chamada preliminar é intitulado de prevento, tal qual ao final do processo será o responsável por formular seu parecer decisório de acordo com suas convicções no estrito cumprimento do seu dever legal. Para Aury Lopes Jr. (2001, p. 20), o processo, como instrumento para a implementação do direito penal, deve realizar sua dupla função: "de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado"[8].

Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal de modo a coibir eventuais arbítrios praticados, onde a decisão final do julgamento seja norteada de modo a garantir plena efetividade aos direitos

individuais constitucionalmente previstos, como a ampla defesa, o juiz natural, o contraditório, a imparcialidade e a publicidade, presunção de inocência, entre outros.

Quando nos referimos à investigação preliminar, Lopes Jr. (2001, p. 01) leciona que “o processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista”[9].

Lopes Jr. (2001, p. 331-332) define a investigação preliminar como o conjunto de atividades desenvolvidas de modo encadeado por órgãos do Estado, a partir de uma *notitia criminis*, com caráter prévio e de natureza preparatória em relação à fase judicial, cujo objetivo é a apuração da autoria e das circunstâncias de um fato supostamente delitivo, de modo a fundamentar o processo ou o não-processo[10].

Para Lopes Jr. (2001, p. 47), o principal fundamento da investigação preliminar é a função de evitar acusações injustas. A mitigação de acusações imprudentes e temerárias se dá exatamente por meio do esclarecimento do fato através de um juízo provisório e de probabilidade e, com isso, também é assegurada à sociedade a inexistência de arbitrariedades e abusos por parte do poder persecutório estatal. Segundo o autor, “se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por processar um inocente”[11].

Nesse sentido, de acordo com Lopes Jr. (2005, p. 251), a postura do legislador constituinte no artigo 5º, LV da CF/88, foi nitidamente garantidora, e o equívoco terminológico (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de empecilho para a sua aplicação no inquérito policial[12].

A partir das ponderações iniciais supracitadas, tomaremos algumas conclusões iniciais balizando as promessas trazidas pelo pacote “anticrime”.

Segundo a regra do art. 3-B, inserido no Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) pela Lei 13.964 de Dezembro de 2019 (Brasil, 2019), o juiz de garantias “é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais” do cidadão investigado[13].

O chamado Juiz das Garantias surge de confronto ao que é tradicionalmente praticado no Brasil, na verdade o Juiz das Garantias aparece no cenário brasileiro com a promessa da promoção de um processo penal galgado ainda mais com as rédeas da imparcialidade com dois magistrados regendo a persecução penal. Um primeiro, o das garantias, que atuará na fase preliminar de investigação criminal exercendo controle de legalidade e salvaguardando direitos individuais fundamentais e o segundo, que assumirá a instrução processual e julgará o feito. Segundo Lopes Jr. e

Ritter (2016, p. 76), "Trata-se, o juiz das garantias, do aprimoramento (e até se poderia dizer tentativa de salvação) da jurisdição penal atual, que inválida, ilegítima e ilegal, se não for exercida de forma imparcial"[14].

O juiz de garantias é um personagem o qual Luigi Ferrajoli (2002, p. 465) chama de "forma triagonal da relação processual"[15]. Nesta forma triagonal distinguem-se claramente quem é quem no jogo do processo, ou seja, quem é o agente julgador, ou o órgão acusador, ou o personagem responsável pela defesa.

Giacomolli (2012, p. 305) atribui ao Juiz das Garantias a condição de garantidor de um processo penal democrático, em contraponto ao exercido atualmente, o processo penal totalitário, segundo ele. Afirma que a separação do juiz da fase decisória é ideal, na medida que otimiza a prestação jurisdicional no sentido de propiciar garantias constitucionais, evitando excessos persecutórios[16].

3.O JUIZ DAS GARANTIAS NO DIREITO COMPARADO

A figura do Juiz das Garantias, apesar de ser novidade no âmbito brasileiro, não é instituto novo em âmbito global, alguns países o possuem com traços semelhantes aos quais levaram a inspiração de diversos autores a cogitá-lo na estrutura brasileira.

Na busca de tornar o processo penal livre do resquício inquisitorial, surgiu a figura do juiz mero espectador, refém de uma espécie de jogo privado de interesses, pautado no discurso de não corromper sua imparcialidade.

Nesse sentido, preleciona Ferrajoli (2002, p. 489/490):

"Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos (...). É nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas (...) Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes,

submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor. De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório (a oitiva) das testemunhas pelo juiz (...); a ditadura por parte dele nas atas de interrogatório; o poder ilimitado do juiz de admitir ou não admitir provas e, por fim, aquele substituto moderno da tortura, que é a advertência das testemunhas por meio de incriminação e condenação por falso testemunho ou por silenciarem, salvo retratações.”[17]

Para fortalecer a aplicação do garantismo, criou-se em países da Europa e América Latina como Espanha, seguida pelo México, Chile e Bolívia, a figura do Juiz das Garantias.

A partir dessa constatação, passaremos a analisá-lo de forma breve, principalmente no Chile, onde poderemos averiguar sua aplicação neste país em comparação com o Brasil. Longe, talvez, obviamente de ser um trabalho de direito comparado aprofundado, analisando a estrutura política e construção legislativa de cada país, mas, buscando compreender suas semelhanças para ao final construir opinião analítica sobre tais. Para entendermos esses traços de semelhança, primeiro devemos ter uma noção básica do sistema processual Chileno, sua construção e modificações ao longo do tempo. À luz do trabalho de Carvalho e Milanez (2020).

No Chile, não havia a instituição do Ministério Público, cabendo, ao juiz, investigar os fatos típicos, instruir a ação penal e prolatar a sentença. Logo, percebe-se a tendência característica inquisitorial à época do governo Pinochet, que se estendeu até a data de 1990[18].

Com a passagem de um sistema autoritário para a reconstrução democrática do país, viu-se a necessidade de uma reforma no modelo processual que se adequasse ao novo sistema, pois o antigo já não buscava qualquer fundamento para coexistir com uma república democrática.

Carvalho e Milanez (2020) afirmam que, na reforma penal chilena, adotou-se o princípio da lesividade, assegurando relevância à vítima no campo processual penal. A atividade jurisdicional passa a assumir certa passividade, uma vez que passa somente decidir os conflitos que são promovidos pelas partes, frente a qual mantém uma atitude imparcial[19]. Enquanto no sistema inquisitivo o conhecimento do caso penal era construído de forma progressiva pelo jurisdicionado registrado por escrito

no inquérito policial, no acusatório as provas eram construídas pelas partes, trazidas em audiência oral, pública e contraditória, e neste era o momento em que o juiz tomava conhecimento das provas produzidas diante de si.

Como a forma de se obter uma decisão jurisdicional só se daria por meio de audiência pública, oral e contraditória, os autores afirmam que “a atividade das partes permite ao juiz se manter equidistante, alheio à investigação e à decisão sobre as provas que serão usadas no julgamento”[20]. Desta forma cabendo ao juiz somente decidir como terceiro imparcial.

O Código Orgânico de Tribunales[21], que regula a organização e as atribuições dos tribunais de justiça integrantes do poder judiciário chileno, nos traz a função do Juiz das Garantias em seu artigo 14, a), que, dentre outras é de: “*Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal*”[22]. Demonstrando a previsão expressa e a função garantidora desta figura em repercussão do seu próprio nome.

Após tecer estas informações, Carvalho e Milanez (2020, p. 15-16) tomam algumas conclusões sobre o modelo processual penal chileno do Juiz das Garantias:

“(a) a figura do juiz de garantias chileno é representativa de uma tendência democrática, que caminharia para um modelo acusatório adversarial, em que o conflito primário deve ser disposto e conduzido pelas partes; (b) o juiz de garantias chileno não assume qualquer função investigativa, tampouco a gestão da prova em colaboração com os órgãos de persecução penal, mas pode deferir o prosseguimento das investigações quando a vítima o requerer e sendo tal requerimento fundado; (c) o mérito da decisão de acusar é do MP, sob o controle da vítima, que pode oferecer querela quando esta instituição optar por não acusar; (d) o juiz de garantias chileno fica, em princípio, impedido de atuar na fase de conhecimento em nome da imparcialidade, mas pode fazê-lo nos procedimentos abreviado, simplificado e monitório.”[23]

Logo, em que pese o Juiz das Garantias ser previsto no ordenamento jurídico chileno, o modelo processual penal destoa do brasileiro. Porém a função principiológica do instituto é condizente com os objetivos propostos para a implantação no Brasil.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988, ainda não se realizou uma reforma em todo o sistema processual penal, nos valendo de modificações

parciais ao longo do tempo, empurrando a condição democrática acusatória com resquícios inquisitoriais do CPP/41 para realização de resoluções contemporâneas. Em 2009, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei n. 156/2009 (PLS 156/2009) que tratava do Novo CPP, o projeto foi enviado à Câmara Federal e lá tramita como Projeto de Lei n. 8045/2010 (PL 8045/2010) (SANTOS, 2017)[24].

Conhecido anteprojeto, trouxe, em seu texto, significativas mudanças para aprimoramento do processo penal em consonância com a CF/88 que em seu artigo 5.º estabeleceu diversas previsões que embasaram os princípios do processo penal e as garantias do indivíduo quando submetido, ou na iminência de se submeter, a um processo penal, beneficiando a mudança no que se refere à promoção e afirmação mundial dos direitos humanos.

Segundo Santos (2017), no artigo 14 deste projeto de lei, aparece o controvertido Juiz das Garantias, prevendo que o juiz da fase investigatória não seja o mesmo da fase processual, atribuindo-lhe as atividades em um rol constante no artigo 15 do anteprojeto[25]. Esta informação nos mostra que o tema acerca do Juiz das Garantias não é novo no sistema brasileiro, onde já foi suscitado pela reforma global do código de processo penal, até hoje estagnado.

Através do site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministro Toffoli ressaltou que trabalho semelhante ao do Juiz das Garantias atualmente já é exercido no Brasil por meio das centrais de inquéritos. Afirmando que “Segundo dados do levantamento do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ), sete tribunais de Justiça – Amazonas, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Piauí e São Paulo – já possuem juízes dedicados ao acompanhamento de investigações”[26]. Porém, o Juiz das Garantias toma protagonismo aparecendo definitivamente em 2019 e é impregnado no CPP por meio da Lei 13.964/19.

Sobre análise dessa figura, Carvalho e Milanez (2020, p. 29) extrai as seguintes impressões:

“(a) a figura do juiz de garantias brasileiro é representativa de uma tendência democrática; (b) o juiz de garantias brasileiro não assume qualquer função investigativa, tampouco a gestão da prova em colaboração com os órgãos de persecução penal; (c) o mérito da decisão de acusar é do MP, exclusivamente, podendo, a vítima, recorrer à chefia da instituição; (d) o juiz de garantias brasileiro fica impedido de atuar na fase de conhecimento do mesmo caso penal, em prestígio ao princípio da imparcialidade.”[27]

Resta, por fim, explicitar de forma objetiva algumas similaridades e distinções apontadas pelo autor supracitado entre as figuras do Juiz das Garantias no Brasil e no Chile. Ambos atuam na fase investigativa, realizando o controle de legalidade das investigações e a iniciativa *ex officio*, ou seja, por iniciativa própria, é absolutamente vedada.

“No Brasil, após a investigação e o eventual juízo positivo de admissibilidade da acusação, os autos são distribuídos ao juiz da fase processual. No Chile, após a formalização e encerramento da *indagatoria preliminar*, a admissibilidade da acusação é realizada na *etapa intermedia*. Se o caso não for resolvido através de soluções alternativas, passa-se à etapa do *juicio oral*, realizada por um órgão jurisdicional colegiado de primeiro grau.” (CARVALHO E MILANEZ, 2020 p. 30)[28].

No Brasil quem é responsável pelo Inquérito Policial é a autoridade policial, tendo o Ministério Público poderes investigativos próprios, podendo, como autoriza o art. 129, VIII, da CF/88[29], requisitar diligências investigatórias. Carvalho e Milanez (2020), no Chile quem conduz as investigações é a *fiscalia* (Ministério Público), com auxílio da polícia. Ainda narra que tanto no Brasil como no Chile, todos os atos investigativos são produzidos sem qualquer iniciativa do Juiz das Garantias, que é abarcado, ainda, pela inércia jurisdicional[30].

Em ambos os países o Juiz das Garantias é o responsável pela análise dos pedidos de quebra de sigilo, autorização de buscas e apreensões, bem como imposição de cautelares reais ou pessoais[31].

Carvalho e Milanez (2020) também trazem pontos distintos, sejam eles: no Brasil, o juiz de garantia não possui qualquer ingerência na decisão de arquivamento das investigações, que passou de um regime judicial de controle para um regime hierárquico administrativo (art. 28, do CPP). Já no Chile, em determinadas hipóteses é possível que o *juez de garantia* decrete o arquivamento definitivo do caso[32].

“No Brasil, o juiz de garantias está impedido de atuar na instrução e julgamento de processo nos quais tenha exercido o controle de legalidade da acusação. Logo, o âmbito de cognição do mérito do caso penal, pelo juiz de garantias brasileiro, é bastante restrito, limitando-se à admissibilidade da acusação (art. 395, do CPP), quando analisará as condições da ação, bem como às hipóteses de absolvição sumária (art. 397, do CPP).

No Chile, o âmbito de cognição do mérito do caso penal pelo juez de garantia é um pouco maior, seja porque detém competências de arquivamento das investigações (quando pode valorar provas para averiguar a inocência do imputado—art. 250, b, do CPP), ou mesmo nas situações excepcionais em que tem competência não apenas para o controle de legalidade das investigações, mas também para presidir a instrução e julgamento do caso penal, como no procedimento abreviado, simplificado e monitório (art. 406 e ss., do CPP).” (CARVALHO E MILANEZ, 2020, p. 32)[33]

Outro ponto importante de distinção é o fato de que, no Chile o investigado pode requerer ao Juiz das Garantias que determine ao MP praticar diligências a seu favor, o que não foi previsto no Brasil.

Ao momento da reforma global do código processual chileno foi prevista regra de transição, o que não foi feito no Brasil, desta forma emergindo o entendimento que se aplicaria a regra geral da imediatidade (*tempus regit actum*), das leis processuais penais, na forma do art. 2º, do CPP[34]. Contudo, o Min. Dias Toffoli ao decidir a medida cautelar na ADI 6.298-MC/STF, dilatou o prazo de *vacatio* para 180 (cento e oitenta) dias, somente para os dispositivos que se referiam ao Juiz das Garantias, estabeleceu as seguintes regras de transição:

"(i) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento em que os tribunais efetivamente implementarem o juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias fixado por esta decisão), o início da eficácia da lei, ora protraído, não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento, porque, segundo o art. 2º do CPP, a lei processual penal não pode retroagir. Ademais, tratando-se de impedimento superveniente, esse não poderia atingir o juiz já legitimamente vinculado à ação penal, relacionando-se, portanto, com a garantia do juiz natural e o corolário da *perpetuatio jurisdictionis*. Ressalte-se, inclusive, que se assim não fosse, teríamos a necessidade de redistribuição de grande parte das ações penais em curso no país.

(ii) quanto às investigações que já estiverem em andamento no momento da efetiva implementação do juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da

investigação continuará a conduzir a investigação do caso específico. Portanto, não será necessário, a partir do início de eficácia da lei, designar novo juiz para officiar como juiz de garantias na respectiva investigação. Neste caso, uma vez recebida a denúncia ou queixa e instaurada a ação penal, o processo será enviado ao juiz da instrução e do julgamento. Nessa hipótese, do mesmo modo, evita-se a necessidade de redistribuição de inúmeras investigações já em curso no país.”[35]

Em análise dos comparativos supracitados, primeiramente o da decisão, percebe-se que em caso de processos penais em curso há similaridade com as regras do modelo chileno, em que os processos antigos seguiriam pelas regras processuais antigas e os processos novos seguiriam as regras novas. Distinguem-se nas investigações em curso, onde o juiz da investigação se tornará o das garantias e posteriormente com o recebimento da ação penal, o processo seria distribuído para o juízo da instrução e julgamento, aplicando as normas do art. 2º, do CPP, seja por fatos anteriores ou posteriores à vigência da nova lei.

Entender esse processo comparativo é de suma importância para a compreensão das controvérsias que esse novo instituto trouxe para o cenário brasileiro.

4.CONTROVÉRSIAS E QUESTIONAMENTOS ACERCA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

A figura do Juiz das Garantias nasce no Brasil gerando diversos questionamentos, certezas e incertezas por juristas, advogados, procuradores, magistrados e outros especialistas, que vagam desde o alcance do seu objetivo precípua até questões estruturais de aplicação do instituto.

A lei estabelece um rol de 18 situações em que o Juiz das Garantias vai atuar, forçoso citar todas, porém a título de exemplo podemos citar que este decidirá sobre habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia, interceptação telefônica, busca e apreensão domiciliar. A lei previa que o instituto passaria a valer no dia 23 de janeiro, mas o presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, estendeu o prazo em seis meses. Em termos gerais, a Lei não detalha como será implantado o juiz de garantias, apenas diz no parágrafo único do seu art. 3º-D que “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados”[36] e no art. 3º-E “será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito federal”[37].

A partir do esclarecimento dessas considerações, as diversas controvérsias começaram a ser suscitadas, seja no âmbito estrutural junto ao CNJ, seja no âmbito de constitucionalidade junto ao STF.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a sanção da Lei 13.964/2019, o seu presidente, ministro Dias Toffoli, assinou Portaria CNJ nº 214/2019, que instituiu Grupo de Trabalho (GT) que está responsável pela tarefa da elaboração de estudo relativo ao efeito de aplicação do instituto na estrutura judiciária. A portaria foi publicada na edição do Diário da Justiça Eletrônico do dia 27 de dezembro de 2010 e, a priori, o grupo teria o prazo até o dia 15 de janeiro de 2020 para a conclusão dos trabalhos e apresentação de proposta de ato normativo[38].

Contudo, Com a decisão que estabeleceu o prazo de 180 dias para a aplicação da Lei que cria o Juiz das Garantias pelo presidente do CNJ e STF, Ministro Dias Toffoli, estendeu-se, primeiramente, até 29 de fevereiro, o prazo que era previsto para o Grupo de Trabalho elaborar o relatório com a proposta de regulamentação, logo em seguida prorrogado mais uma vez até o dia 30 de junho.[39]

Retomando ao dia 30 de dezembro de 2019, o CNJ lançou uma consulta sobre a estruturação e implementação no poder judiciário do Juiz das Garantias com objetivo de ouvir os tribunais, associações de juízes e de magistrados e entidades correlatas a respeito do assunto, como o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Defensoria Pública da União (DPU) e o Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (Condege), os interessados teriam até o dia 10 de janeiro de 2020 para enviar sugestões[40]. Ao final do prazo foram contabilizadas 111 propostas recebidas de todo o país[41].

Magistrados participaram com 77 propostas que auxiliam a implantação do juiz de garantias, 27 participações de tribunais e 7 instituições e associações jurídicas também participaram da consulta. Como isso, o CNJ buscou sistematizar as principais sugestões e disponibilizou por meio do “release sobre a consulta pública sobre juiz das garantias” em seu site[42]. Desta forma, trago a baila as sugestões:

“Principais sugestões enviadas por tribunais e magistrados

- Para varas únicas: realização de rodizio de juízes de outras localidades ou, quando há, entre os juízes titulares e substitutos.
- Para localidades com mais de uma unidade judiciária com competência criminal: adoção de unidade centralizada com

competência para a análise do flagrante até o recebimento da denúncia (conhecidas como centrais de inquéritos regionais)

- Para violência doméstica e familiar: sugestões oscilaram entre a recomendação de não adoção do dispositivo para os casos de Lei Maria da Penha, ou quando da adoção do juiz das garantias este seja realizado preferencialmente por magistrados das varas especializadas (seja pela criação de um central de inquéritos especializadas na temática ou não), nos demais casos, seja adotada mesma regra das varas únicas.

- Quando da utilização de rodízios: falou-se em distribuição automática a todos magistrados com competência criminal (isto é, cada processo sofreria duas distribuições) ou na adoção de escala idêntica à de substituição em casos de afastamentos.

Principais sugestões enviadas por associações e outros órgãos

- Necessidade de se proceder a rápida e prioritária digitalização dos processos

- Criação de varas especializadas para atuarem somente como juízo das garantias

- Alteração da Resolução CNJ nº 213/2015 para que as audiências de custódia possam ser realizadas por meio do sistema de videoconferência

- Sugere-se que a regulamentação para efetivação das garantias seja feita mediante dois sistemas distintos: I – regras para as futuras investigações e processos que venham a se iniciar; II - regras de transição para as investigações e processos em curso

- Recomendação da não adoção dos dispositivos para os casos da Lei Maria da Penha ou, quando da adoção do juiz das garantias, que seja realizado preferencialmente por magistrados das varas especializadas (seja pela criação de uma central de inquéritos especializada na temática ou não). Nos demais casos, que seja adotada a mesma regra das varas únicas

- Sugestão para que o juiz das garantias não se aplique a processos com ritos próprios, como aqueles dos juizados criminais, Lei Maria da Penha e Tribunal do Júri
- Sugere-se que seja aplicado somente para inquéritos policiais e processos Novos
- Adoção de unidade centralizada com competência para a análise do flagrante até o recebimento da denúncia (conhecidas como centrais de inquéritos regionais)."[43]

Cada solução apontada nos remete, logicamente, a um problema a ser enfrentado, relacionados a dificuldades práticas principalmente. A título de exemplo, citamos a sugestão de se proceder a rápida e prioritária digitalização dos processos frente à evidência de que grande parte dos processos brasileiros sejam físicos, dificultando a dinâmica logística de manuseio e sigilo sugeridas pela lei, causando por consequência um engessamento nos processos, desta forma os juízes poderiam também ter acesso aos processos remotamente facilitando até a distribuição. Doutra, a sugestão de rodizio frente às comarcas onde só existe um juiz.

O coordenador do GT, ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Humberto Martins, apresentou dados sobre a estrutura judiciária do país, de relevante importância para o enfrentamento das controvérsias do Juiz das Garantias. Atualmente, na Justiça Estadual, 21,4% do total dos processos em tramitação na fase de conhecimento são criminais. Na Justiça Federal, esse número é de 3,8%. Além disso, em ambos os segmentos, as varas únicas representam quase 20% do total das unidades judiciárias e correspondem a 60% do total de localidades[44].

"O DPJ identificou, ainda, que 59% das comarcas são constituídas por uma única vara, com competência geral para julgar qualquer tipo de processos, sejam eles cíveis, criminais, de direito de família ou outros. Essas comarcas recebem apenas 10% dos processos criminais e 13% dos procedimentos investigatórios de todo país. Ou seja, dos 5.570 municípios, 2.700 são sede do Poder Judiciário e, dessas, quase 1.600 são compostos apenas por uma unidade judiciária.

Os dados apontam também que apenas 19% das unidades judiciárias estaduais funcionaram durante o ano de 2018 com apenas um juiz, sem substituto por mais de 60 dias; enquanto nas varas únicas da Justiça Federal essa situação ocorre em 18% dos casos. O cálculo foi feito levando em consideração o

número de dias que cada magistrado trabalhou nas unidades judiciárias. Foram contabilizadas as audiências realizadas e as sentenças proferidas por eles, independentemente do período que os magistrados atuaram, sejam eles de forma simultânea ou não, dentro da mesma vara. Foram descontados os períodos de atividade inferiores a 60 dias a fim de evitar o cômputo das substituições automáticas que ocorrem em razão de férias.

Os dados demonstram também que a rotatividade dos juízes, nesse caso, em relação à Justiça Estadual, não difere muito das comarcas com mais de uma unidade judiciária. Na Justiça Federal, houve maior incidência de dois juízes atuando na mesma vara (53%) do que com três ou mais (26% dos casos), o que também não representa diferenciação significativa entre varas únicas e comarcas com mais de uma unidade com competência criminal. Para a diretora executiva do DPJ, Gabriela de Azevedo Soares, os números podem demonstrar que não haverá dificuldades para que as varas possam se adaptar às exigências da lei.”[45]

Os dados do DPJ têm base no ano de 2018 e são demonstrados na íntegra através do site do CNJ pelo documento de Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciais com competência criminal[46].

No mais, o pacote anticrime e suas controvérsias suscitaram quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) junto ao STF. Segundo o próprio STF, os autores das ações são: A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) na ADI 6298, os partidos Podemos e Cidadania na ADI 6299, o Partido Social Liberal (PSL) na ADI 6300 e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) na ADI 6305. Nas quatro ações, houve pedido de liminar para suspender a eficácia das novas regras, acatada pelo Ministro Relator Luiz Fux, vice-presidente do STF, derrubando a decisão que previa prazo de 180 dias proferida pelo Ministro Dias Toffoli.

Entre outros argumentos, a AMB e a Ajufe alegam que a União extrapolou sua competência ao impor a observância imediata do Juiz das Garantias no âmbito dos inquéritos policiais e que a criação de classe própria de juiz pelo Legislativo contraria o artigo 93 da Constituição Federal, que reserva ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de lei complementar para dispor sobre o Estatuto da Magistratura. Gerando vício de iniciativa, onde a criação do juiz de garantias deveria ocorrer por proposta

de lei de iniciativa dos tribunais, e não dos parlamentares[47]. Ou seja, não houve respeito ao processo legislativo previsto na constituição.

Sustentam, ainda, que não é possível instituir no prazo previsto na lei (de 30 dias a partir de sua publicação) a nova regra processual[48]. Violando assim o princípio da proporcionalidade.

Os partidos políticos, por sua vez, além dos vícios de iniciativa, argumentam que a norma viola o princípio da razoável duração do processo e contraria o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) ao impor ao Judiciário gastos obrigatórios sem qualquer estudo de impacto sobre os recursos necessários para a implantação da medida[49].

Argumenta o PSL a criação de despesas sem a fonte de custeio prevista "Na prática, o trabalho que hoje é feito por um único juiz passará a ser feito por dois". Segundo o partido, "ainda que a ideia do instituto pareça boa", não houve qualquer estudo prévio do impacto econômico, orçamentário e organizacional desse novo órgão jurisdicional em toda a Justiça brasileira. "A lei está obrigando os estados, no que diz respeito aos Tribunais de Justiça, a abrirem créditos suplementares ou especiais para fazer frente às novas despesas, violando o pacto federativo", sustenta[50].

Segundo a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), a norma inviabiliza a atuação funcional plena e fere a autonomia dos membros do Ministério Público, além de contrariar o sistema acusatório e os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na ADI, a Conamp reconhece a necessidade de atualização das leis penais e processuais penais do país, mas sustenta que a lei, em vários dispositivos, mitiga e atinge indevidamente o papel conferido pela Constituição ao Ministério Público no processo penal e estabelece os contornos gerais das funções do Juiz das Garantias de modo contrário à própria essência do instituto. Entre os pontos questionados estão o que obriga o membro do MP a comunicar ao juiz de garantias todo inquérito ou investigação instaurada, o que autoriza o juiz de garantias a determinar de ofício (sem provocação das partes) o trancamento de uma investigação e um trecho que determina a criação de sistema de rodízios de juízes de garantias nas comarcas onde há apenas um magistrado. Para a Conamp, a determinação de rodízio fere a autonomia das Justças estaduais de definirem seu funcionamento[51].

Em nota, a presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), entidade que representa a Magistratura estadual, federal, trabalhista e militar em âmbito nacional, externou sua irresignação à sanção do instituto "juiz de garantias",

sobretudo em virtude dos custos relacionados à sua implementação e operacionalização.

Em suas palavras, disse que, “a implementação do instituto juiz de garantias depende da criação e provimento de mais cargos na Magistratura, o que não pode ser feito em exíguos trinta dias, prazo da entrada em vigor da lei.” Sustenta ainda que a Magistratura conhece o seu papel institucional e do seu compromisso com o Estado Democrático de Direito, e no modelo atual, os magistrados já atuam de forma a controlar a legalidade do procedimento inquisitivo e salvaguardar os direitos e garantias fundamentais.[52]

Observamos assim alguns pontos de controvérsias suscitados pelas mais diversas entidades que deverão ser esclarecidos ao debruçar do STF sobre as ADIs, restando-nos apenas tecer discussão jurídica própria sem caráter finalístico, mais sim de questionamento como bem sugere o meio acadêmico e doutrinário.

A pergunta a se fazer no momento é: o Juiz das Garantias realmente afronta a constituição? No ponto em que a AMB levanta a ideia da criação de classe própria de Juiz das Garantias, estaríamos diante de outro tipo de juiz e não o mesmo juiz pertencente ao mesmo poder judiciário desempenhando uma função diferente? A questão é a parametricidade com a constituição, afinal as normas constitucionais não são em grande parte um esquema condicional pronto de aceite e recusa, mas sim conceitos gerais que necessitam de uma ampla liberdade de escolha pelo legislador para atingir sua finalidade, atributo esse que Canotilho (1994) chama de liberdade de conformação do legislador[53]. Talvez, nesse ponto de vista o legislador estaria dentro da sua liberdade de conformação quando institui uma norma que consagra a própria principiologia constitucional.

O Ministério Público tem suas garantias semelhantes a da magistratura, apoiadas e fundadas no sistema acusatório, este que agora consta formalmente no texto do CPP, implementado pelo Juiz das Garantias, nos levando a crer que o MP estaria indo contra si mesmo, quando diz que o instituto contraria o sistema acusatório. Quando talvez, por motivos óbvios, deveria ser o primeiro a defender o instituto.

De fato, devemos sempre buscar a parametricidade com a Constituição Federal até mesmo para constatar a ausência de inconstitucionalidade, seja formal, quando o Ministro Dias Tofolli verifica similitudes com a central de inquiridos de São Paulo, doutra, difícil seria sustentar a validade desta também; seja material, pois segundo a promessa trazida por esse instituto, ele trará ainda mais garantias ao investigado e respeito ao princípio da imparcialidade, reforçando o alcance do

princípio protetor do juiz natural sendo uma função a mais na magistratura e não um usurpador. Resta aguardar como o STF decidirá a respeito, será o Juiz das Garantias inconstitucional ou a nova lei estaria pecando por cumprir em demasia a constituição?

Creemos que argumentos alegando o tempo curto, ou que trará dificuldades, ilegitimidade do parlamento, que gerará despesas, não deve prosperar, pois, mais parecem conflitos pragmáticos que não nos remete ao âmbito jurídico constitucional.

Outro nos parece à problemática das comarcas de Vara única, onde a realidade brasileira realmente dificulta o processo de implementação. Segundo Freitas (2019):

“Nas comarcas de uma Vara, não será simples a vinda de um juiz de outra comarca. Imaginemos Boca do Acre, Estado do Amazonas, a 1.028 km de Manaus, 4 dias e 10 hs de barco. A comarca mais próxima é Lábrea e “O tempo estimado do percurso da viagem entre as duas cidades é de aproximadamente 21h41min”. Não será muito simples o juiz de uma ir até a outra para atuar como juiz de garantias. E poucos brasileiros sabem que em muitos locais da Amazônia não há internet e, portanto, processo eletrônico.”[54]

Não somente no local supracitado, mas os reflexos negativos atingirão diversas partes do Brasil. Freitas (2019) alerta que “No Sudeste, o estado de Minas Gerais possui 176 comarcas com uma vara única.”[55] Isso significará que outro juiz irá se deslocar de outra comarca para ser o Juiz das Garantias destas comarcas, ocasionado por obvio custas com pessoal afetando o orçamento judiciário, doutra é que no momento desse deslocamento os processos do juiz que se afastou ficarão parados.

São problemas de implementação que o Grupo de Trabalho busca solucionar junto com as sugestões encaminhadas, porém, como observado, a problemática é de difícil solução devido a nossa estrutura judicial atual somada as peculiaridades regionais, mas tratam-se de problemas pragmáticos que não afastam a possibilidade da existência do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

5. IMPARCIALIDADE DO JUIZ E DO PROCESSO PENAL.

Além dos demais, esse tópico ajuda-nos a esclarecer o questionamento levantado, onde, o juiz na atual situação processual já seria suficiente para garantir a

imparcialidade do processo penal. Porém, talvez o Juiz das Garantias não apareça como um conflito.

Grinover (1999, p. 9) leciona que a defesa técnica é, claramente, indispensável, “na medida em que, mais do que garantia do acusado, é garantia da paridade de armas indispensável à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do julgador.”[56] Para a autora, “durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares”[57].

Embora não exista previsão expressa na constituição federal do direito ao julgamento por juiz imparcial, isso não significa, absolutamente, que ela não o assegura. Isso porque segundo Badaró (2008), a imparcialidade é ‘*conditio sine qua non*’ de qualquer juiz. Juiz parcial seria uma contradição em termos,[58] pois, não seria possível imaginar-se uma atividade jurisdicional válida e legítima que não fosse exercida por um juiz equidistante das partes processuais.

Ainda, a previsão legal de hipóteses de impedimento do juiz, e o mesmo vale para as hipóteses de suspeição, se destina a assegurar a imparcialidade, ou melhor, o julgamento por um juiz que não seja alguém de cuja parcialidade se possa suspeitar”[59].

No regramento constitucional da magistratura, há a previsão de uma série de prerrogativas para assegurar a independência dos juízes, pressuposto indispensável, consoante lição de Eugênio Raúl Zaffaroni (1995), para que se possa manifestar a imparcialidade.[60]

No confronto entre a pretensão de se efetivar o Direito Penal Material e a pretensão de liberdade do acusado, o Juiz deve manter-se equidistante, para permitir a produção da prova acusatória sem que se ofendam os direitos fundamentais do réu e sem que sua atividade comprometa a exigência fundamental de imparcialidade ao julgar e resolver a lide. Porém ao acusado deve-se de alguma forma garantir seus direitos individuais e a legalidade da investigação, remetendo assim o Juiz das Garantias a uma solução própria para a concretização de um sistema acusatório e não suscitando a dúvida a atual condição da magistratura. No direito costuma-se usar a frase ‘quem pode mais, pode menos’, nos referindo assim, não a um conflito onde um não pode existir com a presença do outro, mas sim ao fortalecimento estrutural do princípio dentro do ordenamento processual.

6.CONCLUSÃO

Parafrazeando Guilherme de Souza Nucci, o Direito Penal não é só punitivo, na verdade o Direito Penal é a linha divisória entre a prepotência do Estado e os direitos individuais. Logo, observamos nesse trabalho que, quando levamos em consideração a mutação social para adaptar o ordenamento jurídico, principalmente quando se trata de direito referente a última ratio, ou seja, o ultimo recurso, deve-se ponderar todos os pontos, a fim de garantir o cumprimento da função social da norma, a garantia do seu alcance para a sociedade e o alcance do fim a que se propõe.

O Juiz das Garantias surge com a promessa da condução de um processo penal ainda mais imparcial.

Identificamos a presença do Juiz das Garantias em outros países, com o direcionamento para o Chile, onde devemos buscar pontos positivos com a experiência proposta, afim que essa realidade seja alcançada no Brasil, sendo trabalhado desde o principio para evitar vícios, pois se existe a possibilidade de alcançar o que se promete com a figura, interessante é filtrar os pontos relevantes.

Em relação às controvérsias foi possível observar pontos principais que surgiram dentro das respectivas competências como discussões procedimentais e constitucionais. Até a presente conclusão deste trabalho, ausente ainda a decisão do STF acerca das Ações de Inconstitucionalidades, onde foi suscitado, entre outras, o vício de iniciativa pelo suposto descumprimento de processo legislativo constitucional com a criação de nova classe de juiz, violação do principio da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade se referindo principalmente ao prazo para a implementação, criação de despesa sem a fonte de custeio prevista, ainda, que a norma fere a autonomia do Ministério Público. Porém foi possível vislumbrar na tendência conceitual deste trabalho que, deve-se sempre buscar a parametricidade com a constituição, tanto em aspectos formais quanto materiais, afinal a norma nasce para realizar os anseios sociais, e nela está o principal objetivo a que se propõe, seja para uma nova tendência, para reforçar o já existente ou então uma mudança nos paradigmas atuais. Logo, não devemos tender para o que talvez possa chamar-se contemporaneamente de excesso de inconstitucionalização ou uma inconstitucionalidade desejada, onde se torna inconstitucional aquilo que se deseja.

Percebe-se que as diversas controvérsias levantadas como, tempo para começar a vigorar, impacto financeiro, celeridade e dinâmica distributiva dos processos, necessidade de um novo cargo no quadro de magistrados, entre outros, se direcionam mais para problemas pragmáticos que devem ser resolvidos no âmbito pratico estrutural, trabalho este incumbido ao Grupo de Trabalho do CNJ, afinal o Juiz das Garantias será a mesma classe de magistrados executando uma função garantidora de direitos individuais do acusado. Certo é, que talvez uma das controvérsias mais difíceis de solucionar seja a dinâmica de funcionamento em

comarcas de vara única e que possuem um único juiz, até o momento a solução sugerida pela lei se trata de rodizio, porém, como demonstrado, a solução deve ser melhor trabalhada, pois a atual estrutura do nosso judiciário somada com a complexidade logística regional brasileira exige muito mais do que simplesmente um singelo rodizio.

Subjetivamente, quando nos referimos ao princípio da imparcialidade, onde questiona-se se a atual prerrogativa do magistrado já não é suficiente para garanti-la, percebemos que o Juiz das Garantias não é um usurpador, mas sim um verdadeiro contribuinte para a construção de um Brasil Penal onde o acusado se sinta mais seguro com a justiça tendo suas garantias amparadas, levando conseqüentemente credibilidade ao judiciário, momento que talvez careça disso. O Juiz das Garantias pode vir a ser um avanço, afinal o legislador deixa claro logo de início que iremos adotar um sistema processual penal de estrutura acusatória, será o fiscalizador do inquérito ou qualquer outra investigação criminal, sendo isso de fundamental importância, quando observamos que o Ministério Público ao realizar suas investigações, que são os procedimentos investigatórios criminais, terá que comunicar o Juiz das Garantias, coisa que não era feita.

O Juiz das Garantias é das garantias dos direitos individuais do investigado que receberá a denúncia, distinguindo-se do juiz da instrução, justificadamente, porque ele é quem terá contato com o inquérito e com as provas produzidas. Desta forma podemos falar que temos um sistema acusatório, ideia essa que a maioria dos processualistas penais brasileiros já propaga e é o que consta como um perfil na constituição federal agora efetivado. Segundo os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira (2009), observa-se então, que a medida encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação[61].

Por fim, não vemos problemas em defender a constitucionalidade da figura, com o perdão da ironia, talvez o Juiz das Garantias esteja pecando em cumprir em demasia a Constituição da República Federativa Brasileira, nossa base utópica de direcionamento em direitos humanos a qual, mesmo não conseguindo cumprir na íntegra o que nela está escrito, devemos sempre lutar para tentar chegar o mais próximo disso possível.

REFERÊNCIAS

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuíza ação contra juiz de garantias. Supremo Tribunal Federal - STF, 21 de jan. de 2020. Disponível em:<

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435151&ori=1> >
. Acesso em: 25 de abr. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso: 16 de março 2020.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso: 16 de março 2020.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm >. Acesso em: 01 de março de 2020.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra Editora, Limitada, 1994.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de Garantias Brasileiro e o Juiz de Garantias chileno: breve olhar comparativo**. Centro de Estudios de Justicia de Las Americas. Biblioteca Virtual. 2020. Disponível em: < <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645?show=full> >. Acesso em: 16 de março de 2020.

CNJ divulga sugestões recebidas sobre juiz das garantias. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 21 de jan. 2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-sugestoes-recebidas-sobre-juiz-das-garantias/> >. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

CNJ institui grupo de trabalho para estudar impactos da Lei 13.964/2019. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 26 de dez. 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-institui-grupo-de-trabalho-para-estudar-impactos-da-lei-13-964-2019/> >. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

Código Orgânico de tribunales. Disponível em: < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> >. Acesso em: 16 de março de 2020.

Consulta sobre estruturação e implementação da Lei n.º 13.964 no âmbito do Poder Judiciário. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/consultas-publicas/consulta-sobre-estruturacao-e-implementacao-da-lei-no-13-964-2019-no-poder-judiciario/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

Criação de juiz das garantias é objeto de ações no Supremo. Supremo Tribunal Federal – STF, 30 de dez. de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433929&ori=1>>. Acesso em: 25 de abr. de 2020.

Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciais com competência criminal. Concelho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal_2020_01-09.pdf>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

Decisão estende prazo para aplicação da lei que cria o juiz das garantias. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 15 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/decisao-estende-prazo-para-aplicacao-da-lei-que-cria-o-juiz-das-garantias/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal.** 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça.** Revista Consultor Jurídico, 29 de dez. de 2019, 8h00. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>>. Acesso em: 04 de mai. De 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juiz de garantias: um nascituro estigmatizado.** In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). 70 Anos de código de processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 299-308. p. 305.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 27, 1999.

_____. **Novas Tendências de Direito Processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

Juiz das garantias não é juiz para proteger criminoso, diz Toffoli. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 03 de jan. de 2020. Disponível em: <

<https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-nao-e-juiz-para-proteger-criminoso-diz-toffoli/>>. Acesso em: 05 de abr. de 2020.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Revista Duc In Auto Cadernos de Direito, vol. 8, nº 16, set.-dez. 2016, p. 76. Disponível em: <<https://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Nota Pública – Juiz de garantias. Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, 25 de dez. de 2019. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/?p=65693>>. Acesso em: 01 de mai. De 2020.

Release Sobre a Consulta Pública Sobre Juiz das Garantias. CNJ, 21 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Release-questiona%CC%81rio-Juiz-de-garantias-21-jan.pdf>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

Reunião do Grupo De Trabalho para Elaboração de Estudos Sobre a Aplicação da Lei 13.964/2019. Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/reuni%C3%A3o-GT-13964.pdf>>. Acesso em 20 de abr. de 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **O curso de Processo Penal**. 11ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370.

SANTOS, Cláudia Viviane Vieira dos. **O juiz das garantias no processo penal brasileiro: um instituto (des)necessário diante do sistema processual penal brasileiro**. Orientador: Mauro Fonseca Andrade. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/166266>>. Acesso em: 16 de março de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STF - ADI 6.298-MC, Rel. Min. Luiz Fux, trecho da decisão cautelar do Min. Dias Toffoli, no exercício da presidência. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751790428&prcID=5840275&ad=s#> > Acesso em: 25 de abr. de 2020.

STF recebe nova ADI questionando criação do juiz das garantias. STF, 02 de jan. de 2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434018&ori=1> > . Acesso em: 25 de abr. de 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Poder Judiciário. **Crise, Acertos e Desarcetos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 91.

NOTAS:

[1] Juan Pablo Ferreira Gomes – Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Bacharel e Mestre em Direito pela UEA, domiciliado em Manaus/AM. Telefone: (92) 982492129. E-mail: pgomes@uea.edu.br.

[2] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

[3] IBID.

[4] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 13.

[5] IBID, p. 13-14.

[6] IBID, p. 01.

[7] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 415.

[8] LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.20.

[9] IBID, p. 01.

[10] IBID, p. 331-332.

[11] IBID, p. 47.

[12] LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 251.

[13] BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 01 de março de 2020.

[14] LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Revista Duc In Auto Cadernos de Direito, vol. 8, nº 16, set.-dez. 2016, p. 76. Disponível em: <<https://www.faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

[15] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2002, p. 465.

[16] GIACOMOLLI, Nereu José. **Juiz de garantias: um nascituro estigmatizado**. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). 70 Anos de código de processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 299-308. p. 305.

[17] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2002, p. 489/490.

[18] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de Garantias Brasileiro e o Juiz de Garantias chileno: breve olhar comparativo**. Centro de Estudios de Justicia de Las Americas. Biblioteca Virtual. 2020. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645?show=full>>. Acesso em: 16 de março de 2020.

[19] IBID.

[20] IBID.

[21] Código Orgánico De Tribunales. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>>. Acesso em: 16 de março de 2020.

[22] "Garantir os direitos do acusado e de outros participantes no processo criminal, de acordo com a lei de processo penal" - Tradução Livre.

[23] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de Garantias...** Acesso em: 16 de março de 2020, p. 15-16.

[24] SANTOS, Cláudia Viviane Vieira dos. **O juiz das garantias no processo penal brasileiro: um instituto (des)necessário diante do sistema processual penal brasileiro.** Orientador: Mauro Fonseca Andrade. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/166266>>. Acesso em: 16 de março de 2020.

[25] SANTOS, Cláudia Viviane Vieira dos. **O juiz das garantias ...** Acesso em: 16 de março de 2020.

[26] Juiz das garantias não é juiz para proteger criminoso, diz Toffoli. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 03 de jan. 2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-nao-e-juiz-para-protoger-criminoso-diz-toffoli/>>. Acesso em: 05 de abr. de 2020.

[27] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de Garantias Brasileiro e o Juiz de Garantias...** Acesso em: 16 de março de 2020, p. 29.

[28] IBID, p. 30.

[29] BRASIL. [Constituição (1988)]. Art. 129, VIII – “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”.

[30] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de Garantias Brasileiro e o Juiz de Garantias...** Acesso em: 16 de março de 2020.

[31] IBID

[32] IBID.

[33] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de Garantias Brasileiro e o Juiz de Garantias...** Acesso em: 16 de março de 2020, p. 32.

[34] BRASIL. Código de Processo Penal. “Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

[35] STF - ADI 6.298-MC, Rel. Min. Luiz Fux, trecho da decisão cautelar do Min. Dias Toffoli, no exercício da presidência.

[36] BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

[37] IBID.

[38] **CNJ institui grupo de trabalho para estudar impactos da Lei 13.964/2019**. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 26 de dez. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-institui-grupo-de-trabalho-para-estudar-impactos-da-lei-13-964-2019/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

[39] **Decisão estende prazo para aplicação da lei que cria o juiz das garantias**. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 15 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/decisao-estende-prazo-para-aplicacao-da-lei-que-cria-o-juiz-das-garantias/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

[40] **Consulta sobre estruturação e implementação da Lei n.º 13.964 no âmbito do Poder Judiciário**. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/consultas-publicas/consulta-sobre-estruturacao-e-implementacao-da-lei-no-13-964-2019-no-poder-judiciario/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

[41] **CNJ divulga sugestões recebidas sobre juiz das garantias**. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 21 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-sugestoes-recebidas-sobre-juiz-das-garantias/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

[42] **CNJ divulga sugestões recebidas sobre juiz das garantias**. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 21 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-sugestoes-recebidas-sobre-juiz-das-garantias/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

[43] **Release Sobre A Consulta Pública Sobre Juiz Das Garantias**. Concelho Nacional de Justiça - CNJ, 21 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Release-questiona%CC%81rio-Juiz-de-garantias-21-jan.pdf>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

[44] **Reunião Do Grupo De Trabalho Para Elaboração De Estudos Sobre A Aplicação Da Lei 13.964/2019**. Concelho Nacional de Justiça - CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/reuni%C3%A3o-GT-13964.pdf>>. Acesso em 20 de abr. de 2020.

[45] **Juiz das garantias não é juiz para proteger criminoso, diz Toffoli.** Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 03 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-nao-e-juiz-para-proteger-criminoso-diz-toffoli/>>. Acesso em: 05 de abr. de 2020.

[46] **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciais com competência criminal.** Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciais-com-competencia-criminal_2020_01-09.pdf>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

[47] **Criação de juiz das garantias é objeto de ações no Supremo.** Supremo Tribunal Federal – STF, 30 de dez. de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433929&ori=1>> . Acesso em: 25 de abr. de 2020.

[48] IBID.

[49] **Criação de juiz das garantias é objeto de ações no Supremo.** Supremo Tribunal Federal – STF, 30 de dez. de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433929&ori=1>> . Acesso em: 25 de abr. de 2020.

[50] **STF recebe nova ADI questionando criação do juiz das garantias.** Supremo Tribunal Federal – STF, 02 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434018&ori=1>> . Acesso em: 25 de abr. de 2020.

[51] **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuíza ação contra juiz de garantias.** Supremo Tribunal Federal – STF, 21 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435151&ori=1>> . Acesso em: 25 de abr. 2020.

[52] **Nota Pública – Juiz de garantias.** Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, 25 de dez. de 2019. Disponível em: < <https://www.amb.com.br/?p=65693>>. Acessado em 01 de mai. De 2020.

[53] CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.** Coimbra Editora, Limitada, 1994.

[54] FREITAS, Vladimir Passos de. **Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça**. Revista Consultor Jurídico, 29 de dez. de 2019, 8h00. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>>. Acesso em: 04 de mai. De 2020.

[55] IBID.

[56] GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In Revista Forense, v 347, jul-set. 1999, p. 9

[57] IBID, p. 9

[58] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

[59] IBID.

[60] ZAFFARONI, Eugenio Raul. Poder Judiciário. **Crise, Acertos e Desarcetos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 91.

[61] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O curso de Processo Penal. 11ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370 .

A IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA CARCERÁRIO

EDGAR BORGES LOUZADA NETO:

Graduando do Curso Bacharel em Direito no Centro Universitário Luterana de Manaus.

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo trata sobre o instituto da audiência de custódia, o qual garante ao preso em flagrante a apresentação diante de um Juiz, no prazo de 24 horas, no intuito de que se decida sobre a necessidade de haver ou não a prisão provisória. O presente tema fora escolhido por motivo de que recentemente foi implantado no ordenamento jurídico brasileiro a audiência de custódia, o novo diploma trouxe uma proposta de uma alternativa viável em busca da redução do número de encarcerados provisórios que superlotam as penitenciárias brasileiras. Almejando analisar a importância da audiência de custódia, com base em pesquisas bibliográficas, será realizada, inicialmente, abordagem histórica do instituto da audiência de custódia, assim como conceitos, espécies de prisões e a importância.

Palavras chaves: Audiência de Custódia; Prisão provisória; Sistema penitenciário brasileiro; Pesquisa empírica.

ABSTRACT: This article deals with the institute of the custody hearing, which guarantees to the inmate in the act of presenting before a Judge, within 24 hours, in order to decide on the need for provisional arrest. The present theme was chosen because the custody hearing was recently implemented in the Brazilian legal system, the new diploma brought a proposal for a viable alternative in search of reducing the number of provisional prisoners that overcrowd the Brazilian prisons. Aiming to analyze the importance of the custody hearing, based on bibliographic research, the historical approach of the custody hearing institute will be initially performed, as well as concepts, types of prisons and the importance.

Keywords: Custody Hearing; Provisional arrest; Brazilian prison system; Empirical research.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2.1. Início dos sistemas penitenciários e cadeias; 2.2. Da pena privativa de Liberdade; 3. PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL; 3.1. Prisão em flagrante; 3.2. A prisão preventiva; 3.3. Prisão Temporária. 4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA; 4.1. Conceito e origem de audiência de custódia; 4.1.1. Prazo da

apresentação do preso. 4.2.A importância da Audiência de Custódia para o Sistema Carcerário. 5. CONCLUSÃO. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise ao instituto da audiência de custódia, como fator importante a superação da cultura do encarceramento adota por muito tempo no Brasil, onde será abordado a estrutura inicial do sistema penitenciário brasileiro, e a problemática atinente a implantação das audiências.

Para tal, o primeiro capítulo trata de analisar sobre o sistema carcerário brasileiro em seu contexto histórico, em como eram as prisões em tempos antigos, buscando razões de sua origem. Iniciando um breve histórico sobre os cárceres na Idade Média, seguindo pelo início dos sistemas penitenciários e passando para pena privativa de liberdade.

No segundo capítulo se faz necessário dialogar sobre as prisões cautelares no Brasil, falaremos sobre as três principais a prisões, primeiro: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, seus conceitos e efeitos.

Já no terceiro capítulo audiência de custódia, o conceito e origem de audiência de custódia, o prazo da apresentação do preso, além de tratar sobre a importância da Audiência de Custódia para o Sistema Carcerário na diminuição populacional carcerária no Brasil, além da coibição dos abusos de autoridade e prisões com alguma ilegalidade.

Desta forma, como será comprovado no decurso deste trabalho, analisa-se que é necessária implementação de mudanças tão somente no sistema procedimental das audiências, mas como também na mentalidade da sociedade que emana uma cultura do encarceramento.

2. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: PARTE HISTÓRICA

Em 1764, a capital da Capitania de São José do Rio Negro, ainda subordinada a governo do Grão-Pará, era Barcelos. Com uma péssima administração a cargo do então coronel Joaquim Tinoco Valente, as construções feitas de madeira e barro estavam arruinadas. Já nesta época, a vila não possuía um local digno para ser uma cadeia.

As primeiras prisões foram os fortes, aqueles utilizados para conquistas e manutenção do território e ao lado deles formavam-se igrejas e povoações. Os fortes

eram como uma casa coberta de telha e cercada por um muro de pedra e cal, paredes bastante grossas com altura de mais ou menos dois homens.

De acordo com a formação das cidades também se formavam muitos fortes em volta delas e ainda assim, mesmo com crescimento constante, não se autorizava a construção de um lugar específico para servir de cadeia, sendo os calabouços dos fortes as celas existentes para os civis criminosos e para os soldados colonizadores. Uma das coisas que poderiam levar os moradores à cadeia era a deserção e esta era o motivo mais comum de prisões de índios e de soldados em toda a região.

As condições materiais e maus comportamentos dos soldados contribuíam para a prática de crimes. Quando um grupo de soldados passava muito tempo servindo na mesma fortaleza de uma vila ou povoado, normalmente com superiores despreparados e soldados atrasados, as insurreições ocorriam e eram quase sempre solucionados com a prisão de todo os subordinados, que eram levados presos para o forte de outra localidade.

Nesta época, desde 1603, as normas vigentes eram das Ordenações Filipinas, que de fato nada continham a respeito de regulamento prisional. Tanto é que as prisões ficavam a mercê dos carcereiros e tinham aspectos terríveis e completamente desumanos. Certa vez descrita por um de seus ocupantes como um lugar úmido, insalubre, sem local para fazer suas necessidades fisiológicas com uma poça de urina no meio e um balde de excrementos que eram esvaziados apenas uma vez por dia, além de uma quantidade de vermes que cobriam o piso.

O padre Antônio Vieira também descreveu os cárceres da época como sendo “tantos os presos em que se conservam aquela imundície é incrível o que neles padecem estes miseráveis, e no verão são tantos os bichos que andam os cárceres cheios, e os fedores são tão excessivos, que é benefício de Deus sair dali homem vivo” (SOUZA, 1986, p.327).

No entanto, a pena de prisão não era a principal das ordenações e nem a das piores ou desumanas. A pena de morte era a primordial e poderia ser executada de três maneiras: morte cruel, por intermédio de suplícios; morte atroz, quando após a morte havia a queima do cadáver, o esquartejamento ou outra prática; morte simples, através da degolação ou enforcamento.

Restava claro o desinteresse social na busca de um tratamento digno e eficaz ao delinquente. Uma vez que nossa colonização se deu, em partes, através do degredo, uma das penas do Rei Felipe, sanção esta que ditava o envio dos delinquentes para o Brasil, África ou Índia. Uma pena desumana que transcreve o descaso com o criminoso.

Contudo, além da pena de morte e da prisão por tempo determinado ou indeterminado, havia o desterro, a tortura, morte civil, pena de multa, a mutilação, os açoites e o trabalho forçado. Estas foram desaparecendo com o desuso e o tempo, exceto a de tortura que por excesso de uso perdurou por mais aproximadamente 26 anos.

E neste mesmo ano de 1764, após passar por uma experiência de privação de liberdade, o italiano Cesare Beccaria publicou sua obra *Dos delitos e das penas*, onde afirmava que "é necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo, que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu". Começara a surgir uma nova doutrina preocupada com a legalidade, com a humanização e com a finalidade da pena.

2.1. Início dos sistemas penitenciários e cadeias

Como a colonização no Amazonas se expandia, as tribos acabaram se tornando povoados e vilas e índios, em cidadãos. Surgiam e estruturavam-se as cidades de forma precária e desajustada. Assim, surgiram as "Casas de Câmara e Cadeia", como eram conhecidas as carceragens, pois eram geralmente anexadas as casas das Câmaras ou nessas mesmas casas era reservada uma sala ou quarto para que servisse de cadeia.

Paralelamente a este cenário, nascia nos Estados Unidos, na Filadélfia, a doutrina que considerou o primeiro sistema penitenciário do mundo. Fundada por Benjamim Franklin no ano de 1787, este sistema promoveu a necessidade do isolamento dos presos a fim de evitar a aglomeração que imperava naquele tempo. Este sistema começou a ter sua primeira organização na prisão construída em 1776, Walnut Street Jail.

O então Sistema Filadélfico, tinha algumas regras e entre elas, o isolamento total dos internos de dia e de noite ausência total de visitas externas com exceção dos professores, capelão, diretor e membros das sociedades filantrópicas. Por ser o delito caracterizado como pecado, era permitida apenas a leitura da bíblia como atividade para o recluso.

Este sistema acabou recebendo muitas críticas, inclusive uma definição de tortura refinada que "desaparece aos olhos do mundo, mas continua sendo uma sevícia insuportável, embora ninguém toque no apenado. O repouso e a ordem são estados iniciais da desolação e da morte", disse Von Henting.

Foi qualificado como aberração sob afirmação de que este debilitara o senso moral e social do condenado sendo ineficaz, pois os presos poderiam se comunicar entre si de diversas maneiras, além de ser um sistema extremamente caro para se sustentar. Contudo este sistema, adotado na Filadélfia foi considerado o primeiro sistema penitenciário.

Outro surgiu na prisão de Newgate em Nova Iorque no ano 1799, sistema auburniano, nascido como alternativo ao da Filadélfia. Com regras de isolamento durante a noite e trabalho em comum durante o dia, porém em absoluto silêncio para garantir a ordem do estabelecimento, tinha também normas derivadas de princípios espirituais de emenda e reflexão. Este, de igual modo, alvo de muitas críticas.

Foi então que na primeira metade do século XIX, surgiu na Europa um sistema que após a sua evolução, se transformara no nosso atual sistema penitenciário. Com uma orientação voltada a ressocialização do apenado e mais dinâmico, surge então o nosso Sistema progressivo.

A priori um sistema dividindo o período da pena em etapas de maior ou menor grau de rigor disciplinar. De autoria do capitão inglês Maconochie, que adotou em 1840 na Colônia Penal de Norfolk, onde existia a possibilidade de a pena ser reduzida de acordo com a melhora no comportamento ou no rendimento do trabalho, mesmo sendo uma sentença fixa, esta passava a ser indeterminada de acordo com o comportamento.

Este sistema possui diversas formas diferentes de aplicabilidade onde foi implantado, foram encontradas várias falhas nele e estas vêm sendo aprimoradas e aperfeiçoadas por vários órgãos que surgem para que se faça cumprir com sua finalidade.

Atualmente o sistema adotado pelo Brasil é o sistema progressivo que tem como ideia central a diminuição da intensidade da pena, conforme o lapso temporal passado em cada regime e o comportamento do apenado, conforme dispõe o artigo 112, da Lei nº 7.210 de 1984:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

No que diz respeito ao espaço físico, ainda sob as ordens do Reino, os presos eram mantidos nas mesmas cadeias da época do descobrimento. Com a Declaração do Direito do Homem e do Cidadão em 1789 e a Independência dos Estados Unidos em 1776, foi criada uma comissão integrada por Pascoal de Melo Freire, para elaboração de projetos de Direito Público e Direito Criminal com base nos princípios da proporcionalidade da pena, no caráter utilitário da sanção, entre outros que eram contrárias as penas cruéis vigentes. Mesmo sendo abandonados, estes projetos já sinalizavam a inserção das ideias iluministas no posicionamento jurídico daquele momento.

Em meio a tanta dificuldade da penetração das ideias iluministas no sistema jurídico do momento era ainda pior alcançar qualquer tipo de conquista relacionada a melhoria ou mudança das cadeias. Auguste de Saint-Hilaire, em uma de suas viagens, descreveu os cárceres que encontrou naquela época:

Existe uma prisão em cada vila ou sede de termo. Os andares térreos das casas da câmara são, em todas as localidades, reservados aos presos, e são vistos às grades, solicitando a piedade dos transeuntes ou conversando com eles. É necessário, aliás, que os encarcerados estejam, tanto quanto possível, em contato com os cidadãos, pois estes últimos é que os alimentam com suas esmolas. Não podem regatear elogios à humanidade dos mineiros: é, porém, fácil esquecer aos que se não veem, e asseguram-me que presos houve que morreram de fome. (SAINT-HILAIRE, Auguste de. Viagens pelas províncias.2000, p159)

Em 1821, quando Manaus ainda era Lugar da Barra, nossa primeira cadeia pegou fogo juntamente com outras que eram cobertas de palha, causando enormes prejuízos enquanto todos continuavam inertes. Porém, a partir de então, as cadeias passaram a funcionar em casas alugadas já que o governo não possuía prédios para alojar os presos.

Por volta de três anos após o incêndio, Arthur Reis narra o episódio que levou à construção da cadeia:

O ouvidor Ramos Ferreira deixou nome nos anais amazonenses pela energia, pela correção do seu proceder como magistrado. A 12.08.1824, em ofício, indagou da Câmara a razão da demora da construção. Os vereadores (25 de agosto) saíram-se com a desculpa de que havia outras 'despesas oportunas'. O ouvidor não concordou. Voltou à carga a 31 do mesmo mês. Insistiu na medida. A câmara desta vez (18 de setembro) mexeu-se. Foram ouvidos como técnicos, os carpinteiros Manoel Ferreira da Silva e José Lemos Corrêa. A obra foi então à arrematação pública,

levando já o orçamento das despesas. Obrigaram-se logo ao serviço Justino Antônio Freire e Miguel Francisco Garcia, abastados comerciantes do lugar, ambos com armazém de secos e molhados, este último também com casa de fazendas. Todavia, foi arrematante, por 900\$000, Francisco Souza Mafra, a 22.02.1825. (Fundação de Manaus.1994, p.50)

Depois descobriu-se que o dinheiro recolhido para os cofres públicos eram notas falsas de cinco mil réis, deu-se mais um escândalo na época.

Não se sabe precisar ao certo o local onde a primeira cadeia foi construída, sabe-se apenas que as cadeias estiveram sempre ao redor da praça D. Pedro II, que na época era Praça do Quartel. Entretanto, os relatos são de um panorama carcerário geral daquela época eram como sendo sombrio, sem o mínimo de segurança, espaço físico construído com barro e coberto por palhas, sem a menor higiene e ainda sobre os terríveis castigos dos carcereiros da época.

2.2. Da pena privativa de liberdade

Em nosso sistema penal, é adotado por cada ação ofensiva ao Estado, ou seja, infração penal, é adotado uma pena, como forma de punição para crimes.

As penas foram as formas de punição e correção trazidas pela legislação almejando controlar as pessoas em seus comportamentos perante a sociedade, assim como proteger os cidadãos que possuem a conduta ilibada, e proteger também seus interesses. As sanções penais trazidas pelo Estado restringem o direito à liberdade daquele delinquente, com intuito de castiga-lo pela pratica do fato ilícito e culpável, assim, o Estado preveni atos futuros, e trabalha na reincidência daquele autor, portanto, este criminoso serve de exemplo para demais atos iguais ao dele” (NUCCI, 2006, p. 85).

Sendo assim, o código penal, traz em seu art. 32 que as penas a que estão sujeitos os indivíduos que cometem a infração penal, se dividem em três características, sendo elas: penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa.

De acordo com Escola Brasileira de Direito (2017, online), explique que:

A pena privativa de liberdade é meio de punição e ressocialização do transgressor, de modo que toda pessoa – imputável - que praticar um crime se sujeitará a uma

determinada pena pelo período previsto no tipo penal respectivos.

Sendo assim, uma vez que é determinada a pena privativa de liberdade, sendo ela detenção ou reclusão, carecerá ao juiz firmar o regime inicial para que o autor da infração penal venha a cumprir. No art. 33, do Código Penal, colabora da seguinte maneira:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a)** o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b)** o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c)** o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Como foi explicado, existem três tipos de regimes, o regime fechado consiste na permanência integral na penitenciária, possuindo a liberdade de trabalhar internamente durante o dia e dormir à noite.

Já o regime semiaberto, para o legislador, consiste na possibilidade de o preso ser transferido da penitenciária para uma colônia penal agrícola ou industrial, durante o dia, retornando à penitenciária à noite (Escola Brasileira de Direito, 2017, online).

E por fim, o regime aberto, para o legislador, reside na hipótese em que o condenado teria autonomia durante o dia e passaria a noite e feriados em uma casa de albergado (local específico, no qual lhe seria oferecidos cursos e palestras), (Escola Brasileira de Direito, 2017, online).

Sendo assim, é conhecida como pena privativa de liberdade a prisão que opera o encarceramento do indivíduo, impedindo de exercer seu direito de liberdade, ou seja, ir e vir (NUCCI, 2016, Cap. XXII).

3. PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL

Assim sendo, aquela pessoa que cometer um ato mesmo que condenável, é necessário que o Estado assegure sua dignidade, ou seja, não pode de forma automática restringir sua dignidade. Dessa forma, verifica-se que deste princípio origina-se outros, como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, a legalidade, a presunção de inocência, a individualização da pena, entre outros.

A legislação penal atual no Brasil antevê 3 (três) principais espécies de prisões cautelares no ordenamento jurídico, sendo elas: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária.

3.1. Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é um tipo de prisão cautelar que tem como característica a restrição de liberdade daquele agente que foi pego em flagrante delito, sendo assim é a situação no qual o contraventor é surpreendido durante, logo após ou logo depois da ocorrência do crime, dentro de um contexto fático que permita inferir ser o mesmo autor da conduta delitiva.

De acordo com Pedro Lenza (2013, pág. 449) a prisão em flagrante se caracteriza:

“Trata-se de modalidade de prisão processual expressamente prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, e regulamentada nos Arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal”

“Em princípio, a palavra “flagrante” indica que o autor do delito foi visto praticando ato executório da infração penal e, por isso, acabou preso por quem o flagrou e levado até a autoridade policial” (LENZA, 2013, p. 449).

Portanto, a prisão em flagrante nas palavras de Pedro Lenza nada mais é que o agente infrator sendo flagrado no ato do crime, ou logo após o ato criminoso.

Ainda acerca do conceito de prisão em flagrante Vicente Greco (2012), vejamos:

O flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial. Duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova. (GRECO, 2012, P. 412)

Ocorre que o legislador, querendo dar maior alcance ao conceito de flagrância, estabeleceu, no art. 302 do Código de Processo Penal, quatro hipóteses em que referido tipo de prisão é possível, sendo que, em algumas delas, o criminoso até já deixou o local do crime.

A primeira hipótese é flagrante próprio ou real, sob tal denominação estão abrangidas as hipóteses dos incisos I e II do art. 302 do CPP. Inciso I - Considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal. "Conforme mencionado, trata-se de situação em que o sujeito é visto durante a realização dos atos executórios da infração penal ou colaborando para sua concretização. Assim, pode ser preso em flagrante, por exemplo, aquele que for visto efetuando os disparos contra a vítima do homicídio ou apontando a arma para a vítima do roubo" (LENZA, 2013, p. 449).

É aquele flagrante delito que é flagrado no ato, na hora do acontecimento ou o sujeito está colaborando para sua concretização.

Já o inciso II - Considera-se em flagrante delito quem acaba de cometer a infração. Considerando que nas modalidades flagranciais dos incisos III e IV do art. 302 do CPP o agente "é preso após deixar o local do crime, resta para esta modalidade do inciso II a hipótese em que o sujeito é encontrado ainda no local dos fatos, imediatamente após encerrar os atos de execução do delito" (LENZA, 2013, p. 449).

Neste caso, o agente que é pego logo após o ato criminoso pode ser preso em flagrante, por exemplo: há uma denúncia de roubo, onde é descrito as características do agente, e a autoridade policial ao procurar o sujeito o avista em outro lugar e o reconhece, neste caso, pode haver a prisão em flagrante.

O Flagrante impróprio ou quase flagrante, de acordo com o art. 302, III, do CPP, considera-se em flagrante delito quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração.

De acordo com Pedro Lenza preleciona que:

Premissa dessa modalidade de prisão em flagrante é que o agente já tenha deixado o local do crime, após a realização de atos executórios, e que seja perseguido. A lei esclarece que tal perseguição pode se dar por parte da autoridade (policiais civis ou militares), do ofendido (vítima) ou de qualquer outra pessoa — o que, aliás, tornaria desnecessária a menção aos demais (LENZA, 2013, p. 451)

O Flagrante presumido ou ficto, segundo o art. 302, IV, do CPP, considera-se ainda em flagrante delito quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Acerca do assunto, Lenza alude que:

Nessa modalidade, o sujeito não é perseguido, mas localizado, ainda que casualmente, na posse das coisas mencionadas na lei, de modo que a situação fática leve à conclusão de que ele é autor do delito. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém rouba um carro e, algumas horas depois, é parado em uma blitz de rotina da polícia que constata a ocorrência do roubo e, por isso, leva o condutor do veículo até a vítima que o reconhece, ou, ainda, quando o furtador de uma bolsa feminina é flagrado por policiais em uma praça, vasculhando o interior da bolsa minutos após o furto. (LENZA, 2013, p. 452)

Sendo assim, a prisão em flagrante é uma das principais prisões, uma vez que ela é realizada no ato criminoso, e também possui a possibilidade de ocorrer logo após o ato criminoso.

3.2. A prisão preventiva

É a prisão que possui a modalidade de prisão processual decretada exclusivamente pelo juiz de direito quando presentes os requisitos expressamente previstos em lei. Por se tratar de medida cautelar, pressupõe a coexistência do *fumus comissi delicti e do periculum libertatis*.

Segundo Vicente Greco (2012), no que diz respeito à prisão preventiva:

A prisão preventiva é a prisão processual, decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e para a segurança da aplicação da pena. Poderá, também, ser decretada em caso de descumprimento

das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares adiante indicadas (GRECO, 2012, P. 412).

Portanto, a prisão preventiva nada mais é que aquela prisão processual, ordenada pelo Juiz de Direito para garantir a ordem pública e econômica, e precisa ter o seguinte *fumus comissi delicti e do periculum libertatis*, o que veremos a seguir.

O *Fumus comissi delicti* nada mais é do que a exigência de que o fato investigado seja criminoso, bem como da existência de indícios de autoria e prova da materialidade da infração em apuração. É o que se chama, no processo civil, de *fumus boni juris*.

Já o *periculum libertatis* diz respeito à necessidade de segregação do acusado, antes mesmo da condenação, por se tratar de pessoa perigosa ou que está prestes a fugir para outro país etc. É o chamado *periculum in mora* do processo civil.

De acordo com Pedro Lenza, acerca da prisão preventiva, *in versis*.

A prisão preventiva é, evidentemente, medida excepcional, embora tenha se tornado comum em razão da escalada da criminalidade violenta em nosso país. Em face dessa excepcionalidade, o instituto rege-se ainda pelos princípios da taxatividade, adequação e proporcionalidade, não se sujeitando a regime de aplicação automática. Não pode a lei determinar hipóteses compulsórias de decretação da prisão preventiva que, assim, sempre pressupõe análise do fato concreto pelo juiz a fim de verificar a necessidade desta forma de prisão (GRECO, 2012, P. 477).

Sendo assim, a prisão preventiva tem caráter excepcional, só é decretada pelo Juiz quando há indícios que irão ferir a ordem pública, e paz social.

3.3. Prisão Temporária

É uma medida privativa da liberdade de locomoção, decretada por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações de crimes considerados graves, durante o inquérito policial. Sua disciplina encontra -se na Lei n. 7.960/89.

Nos termos do art. 1º, da Lei n. 7.960/89, caberá prisão temporária, quando:

I - Quando for imprescindível para as investigações durante o inquérito policial, ou seja, quando houver indícios de que, sem a prisão, as diligências serão mal sucedidas.

II - Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

III - Quando houver indícios de autoria ou de participação em um dos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão ou extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia ou envenenamento de água ou alimento, quadrilha, genocídio, tráfico de entorpecentes ou crime contra o sistema financeiro.

A prisão temporária só pode ser decretada durante o inquérito policial, nunca durante o tramitar da ação. A prisão temporária só pode ser decretada pelo juiz, que, entretanto, não pode fazê-lo de ofício, dependendo de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. No último caso, antes de decidir, o juiz deve dar oportunidade para o Ministério Público se manifestar (art. 2º, caput, e § 1º).

Portanto, essas são as principais espécies de prisões utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de basilares no processo penal, quando há a prisão, é feito todo procedimento para o juiz, inicia-se a audiência de custódia para verificar se o réu permanece preso ou se é solto, e qual a importância da audiência de custódia para o sistema carcerário brasileiro.

4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia se encontra conjecturada em tratados e pactos internacionais em que o Brasil é assinante, sendo ele o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A assinatura deste Tratado se deu em 1992, no entanto, foi recentemente que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou as medidas a fim de colocar a Audiência de Custódia em prática.

4.1. Conceito e origem de audiência de custódia

Consiste em audiência de custódia ou chamada de apresentação na condução do detido a presença de uma autoridade judicial, celeremente, no qual deverá verificar a legalidade da prisão ou da ilegalidade da prisão, assim como a imposição de sua manutenção, além de analisar eventual ocorrência de tortura sofrida pelo custodiado. Portanto, trata-se os presos de forma mais humana e igualitária, dando o direito ao contraditório e assegurando a ampla defesa, ambos previstos na Constituição Federal de 1988.

Desta forma, no que diz respeito ao conceito de audiência de custódia, Caio Paiva (2015), explica da seguinte forma:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões de maus tratos ou tortura. (Paiva, 2015, p. 31)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no que lhe diz respeito, relata que se trata de:

Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades (CNJ, 2015, online)

Todavia, a audiência de custódia concerne ao comparecimento do preso em um rápido à autoridade judicial competente, ou seja, de forma imediata, para analisar a legalidade e a possível necessidade de prisão, apreciando se possui indícios de tortura e maus tratos aos presos custodiados no que se refere aos agentes de segurança que figuram o Estado, uma vez que o Pacto São José da Costa Rica assegura a proibição da tortura, este procedimento é o exemplo nítido da ampla defesa e o contraditório (PAIVA, 2015, p. 30).

“No dia 15 de dezembro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça, promulgou a Resolução nº 213, que alude sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas” (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p.30).

4.1.1. Prazo da apresentação do preso

Como o sistema brasileiro não especifica o prazo para a apresentação da audiência de custódia, usa-se o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a apresentação do preso a autoridade judiciária, sendo um prazo razoável para que a referida audiência seja realidade e atinja seus objetivos legais e principais, achando-se para evitar prisões e banir a prática de tortura e violência cometida contra os presos na busca da verdade dos fatos.

De acordo com Luciana Pimenta (2016, online):

De acordo com a Resolução 213/2015, o prazo para apresentação do preso em juízo é de 24 horas, mas há casos, de crimes de extrema complexidade e de âmbitos transnacionais em que a própria lavratura do auto de prisão em flagrante percorrerá período superior a este prazo. Assim, a dúvida é que fica: a partir de quando se conta tal prazo? Seria da situação flagrancial, do momento em que for dada voz de prisão, da apresentação ao delegado, do registro da ocorrência, do ato da lavratura, quando tomar ciência dos direitos e garantias.

Ou seja, no prazo de 24 horas deve ser levado o preso para a audiência de custódia, para que seja analisado as condições que deu sua prisão, e ser exercido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Sendo assim, a audiência de custódia é um importante instrumento que garanti direitos fundamentais ao preso, que emergem na Constituição Federal e Convenção de Direitos Humanos no que se refere a proibição da tortura e violência nas prisões, portanto, para que seja feita essa avaliação se os direitos humanos e a integridade física do preso não foram violadas, deve ser respeitado o prazo de 24 horas para apresentação do preso.

A realização da audiência de custódia contribuirá para que haja a superação da "fronteira do papel" do sistema puramente cartorial, que é praticado pelo sistema processual penal brasileiro, pois exige que o membro do Ministério Público e o juiz vejam e conversem com o preso, o que contribuirá para a humanização da jurisdição penal (PAIVA, 2015, p. 56)

Ao ser respeitado o prazo para apresentação do preso, ou seja, as 24 horas, que se terá a eficácia da audiência de custódia.

4.2. A importância da Audiência de Custódia para o Sistema Carcerário

É sabido que as penitenciárias em todo o País estão abarrotadas de pessoas, a falência do sistema carcerário brasileiro já vem de muito tempo atrás, são nítidas a precariedade e as condições desprezíveis que se encontram os presos vivem nos presidiários, as celas são insalubres e imundas, as doenças veneras se espalham rapidamente, a alimentação é precária, ambiente insuportáveis, falta de saneamento básico e higiene básica para os presos e falta de sanitários. Há diversos homicídios, tortura, espancamentos, violência sexual contra os presos é comum. A assistência judiciária é limitada, bem como o acesso à saúde, à educação e trabalho. Nesse cenário calamitoso, não é de se espantar a ocorrência de rebeliões cada vez mais assustadoras.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2015), a população carcerária do Brasil é de 711.463 presos, tendo o Brasil a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e China.

A audiência de custódia tem por objetivo a apresentação do preso perante a autoridade judiciária para questionar a existência de alguma irregularidade em sua prisão. Desse modo, assegura o artigo 9º item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (BRASIL, 1992).

Portanto, o ato de violência contra o preso durante sua prisão, seja ela agressão física, ou tortura fere os direitos fundamentais descritos na Constituição Federal, assim como, a Convenção de Direitos humanos.

A audiência de custódia surge no intuito de inibir essas ações, mas no que se refere ao sistema carcerário brasileiro, no que a audiência de custódia contribui? É sabido que a privação da liberdade, do direito de ir e vir, é o pior castigo que o ser humano pode receber, privar o ar, o andar, o ver, é um castigo severo, e a audiência de custódia, surge como salvador da pátria, uma última chance para aquele preso, que possui todos os requisitos descrito no processo penal para ser absolvido e responder seu crime em liberdade.

Como foi mencionado, a população carcerária brasileira é uma das mais superlotadas do mundo, a audiência de custódia surge para tentar diminuir essa população carcerária, ela não surge tão somente para fiscalizar prisões irregulares, movidas a torturas e agressões, ela surge na necessidade de averiguar se aquele indiciado realmente precisa ter sua liberdade cessada, vários fatores são levados em consideração, como: se é réu primário, se possui bons antecedentes, em quais circunstância o crime ocorreu e etc...

A prisão brasileira é um ninho de maldade, apesar de a mesma ter surgido para punir e fazer os criminosos repensarem seus atos, ela possui o efeito contrário, ela os deixa pior, segundo PEREIRA E MATOS:

Mas, também é um castigo corporal. Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão, que degrada os corpos. A privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a promiscuidade com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes; o odor, a cor da prisão, as refeições sempre frias onde predominam as féculas – não é por acaso que as cáries dentárias e os problemas digestivos se sucedem entre os presos! Estas são provações que agridem o corpo, que o deterioram lentamente (PEREIRA E MATOS, 2017, online).

Portanto, os presídios não reincidem nenhum preso, pelo ao contrário, faz o que presos por pequenos roubos, saiam de lá grandes assassinos, a importância da audiência de custódia é essa, é garantir a integridade física daquele preso que não possuem habitualidade com o crime, além de tentar diminuir a superpopulação carcerária brasileira.

Sendo assim, para tentar atenuar esse problema que é o uso irrestrito das prisões cautelares, e assegurar os direitos fundamentais dos presos, se faz necessário a tomada de diversas medidas, dentre essas, a implementação da audiência de custódia, que está prevista em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, cujo nosso País é signatário.

Ainda assim, é cediço que a Audiência de Custódia contribui para a diminuição de tortura aplicada pelos agentes de segurança pública:

Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois está se realiza naquela. A integridade física-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do

indivíduo. Daí por que as lesões corporais são punidas pela legislação penal. Qualquer pessoa que as provoque fica sujeita às penas da lei. Mas a Constituição foi expressa em assegurar o respeito à integridade física dos presos (art. 5º, XLIX). As constituições anteriores já o consignavam, com pouca eficácia. Utilizam-se habitualmente várias formas de agressões físicas a presos, a fim de extrair-lhes confissões de delitos. Fatos esses que já estão abolidos desde a Constituição de 1824, quando, em seu art. 179, XIX, supriu as açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis, o que foi completado pelo art. 72 parágrafo 20, da Constituição de 1891, ao abolir a pena de galés e o banimento judicial (SILVA, 2012, p.201).

Em vista disso, a audiência tem um importante papel para garantir direitos sociais aos presos, além de fiscalizar prisões irregulares, garantindo ao direito à ampla defesa e ao contraditório, ela verifica em quais procedências se deram as prisões, se houve tortura e etc... além de evitar a superpopulação carcerária, trazendo outras opções de punições para crimes.

5. CONCLUSÃO

No que se refere a todas as problemáticas trazidas por este trabalho, não há de se negar a importância da audiência de custódia no processo penal brasileiro, que ainda sofre bastante preconceitos.

Mesmo com o advento das medidas cautelares diversas da prisão, trazidas pela Lei n.º 12.403/2011, a pena privativa de liberdade permaneceu em exponencial crescimento, sendo as prisões cautelares as campeãs dentre as demais medidas, conforme se pôde observar.

Vale ressaltar que apesar de ser recente seu surgimento no ordenamento jurídico, é possível apreciar os avanços trazidos pela audiência de custódia. Visto que o Brasil é campeão que se alude sobre a criminalidade, ao longo da história do sistema carcerário no Brasil podemos perceber que as celas estão abarrotadas de presos que esperam por seus julgamentos, e que as penas que deveriam durar apenas 4 anos, duram o dobro.

Diante disso, a audiência de custódia surgiu com a intenção de afrouxar o sistema presidiário, além de no prazo de 24 horas fiscalizar prisões em flagrantes, se há alguma irregularidade, apurar prisões excessivas, ou desnecessárias, assim como apurar violência policial.

Assim, visando a obtenção de um sistema penitenciário onde os princípios do nosso ordenamento sejam, de fato, aplicados, e a prisão preventiva deixe de ser a regra, passando a ser a exceção, faz-se necessário um monitoramento mais eficiente das audiências de custódia, a fim de fornecer subsídios para aliciar mudanças. O objetivo primordial deste trabalho foi demonstrar a importância da audiência de custódia para o sistema carcerário brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigues. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ARAUJO, Guilherme Silva. (2015). **A audiência de custódia como contenção à violência policial em desfavor da pessoa presa**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-audiencia-de-custodia-como-contencao-a-violencia-policial-em-desfavor-da-pessoa-presa-por-guilherme-silva-araujo/>> />. Acesso em: 11/08/ 2020.

Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 19/08/2020.

LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Revista Liberdades, 17ed. São Paulo, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

NOTAS:

[1] Professor orientador do Trabalho de Conclusão de Curso no Centro Universitário Luterana de Manaus. E-mail: rubens.silva@ulbra.br.

EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

DANIELE DE JESUS OLIVEIRA ARAUJO:

Acadêmica de direito da Universidade Luterana do Brasil.(ULBRA)Manaus-AM

Resumo: Este presente trabalho tem como escopo explicar o direito em âmbito jurídico social e histórico com foco no que condiz a lei, atrelado com os pressupostos disponíveis na carta constitucional, ao tratar com especificações o direito que todos necessitam com amplitude igualitária e outros fatores como primazia a vida do cidadão brasileiro. Assim também como abordará sobre as políticas públicas e reivindicações pois foi com muita luta de homens e mulheres que se empenharam em busca dessa conquista. É preciso lembrar que essa conquista foi se aperfeiçoando através de novas leis e emendas que vão surgindo ao logo dos tempos. Então a Carta Maior, refere-se a vida com prioridade, sem discriminação a suas etnias ou condições sócio- econômica, a tratar todos com igualdade com dignidade, portanto por toda extensão deste artigo se irá tratar de forma especial o artigo 6º juntamente com artigo 5º da Carta constitucional de 1988.

Palavra chave: Direitos sociais. Direitos fundamentais. políticas públicas.

Sumário. 1. Introdução - 2. Direito à educação e a cultura: 3. Direito à saúde: 4. Direito à alimentação e assistência aos desamparados: 5. Direitos trabalhistas: 6. Quanto à moradia transporte e lazer: 7. Quanto à segurança de todos: 8. Direito à previdência social: 9. Direito à proteção a maternidade e a infância: 10. Considerações Finais: 11. Referências Bibliográficas.

Introdução

Assegurados constitucionalmente direcionado à sociedade para o bem de todos, conquistados através de marcos históricos inclusive a Revolução Industrial do século XVIII com início na Inglaterra e se espalhou ao Norte pelos séculos seguintes, No Brasil nesse mesmo tempo houve uma revolução significativa, e o efeito dessa revolução se deu por volta dos anos de 1930-1940 por conta do desenvolvimento industrial dessa época, surgimento de máquinas e redução de mão de obras teve por consequência uma vasta desigualdade social por conta do desemprego pela ausência de condições que compõe uma dignidade humana, deixando precário a saúde, a educação, entre outros.

Devido ao seu marco histórico a Constituição Federal de 1988, foi designado com amplitude em direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico, teve e tem como foco principal proteger o bem maior, a vida humana, e dar qualidade

para que todos possam viver em uma sociedade mais digna evitando assim o abuso de poder das autoridades governamentais.

O mínimo existencial para sobrevivência do ser humano a cada tempo há um aprimoramento com intuito de que a igualdade prevaleça perante todo povo brasileiro. A destacar que através da democracia faz com que tenhamos o direito de escolher a quem governar o país para efetivação desses direitos, de acordo com as leis vigentes. Cabe lembrar que o artigo 6º da Constituição Brasileira é um dos mais emendados justamente para que seja efetivado com inclusão social com abrangência global. É nítido quando ao ler-se observa-se, a mesma não faz distinção de cor, etnias, raça, religião, sexo ou qual quer diferença pelo contrário inclui todos priorizando a vida como um bem maior.

O Estado é responsável na efetivação desses direitos, porém o cidadão não pode agir com neutralidade diante de uma situação de vulnerabilidade na qual não lhe é alcançado, os benefícios que a lei propõe, ou diante de uma irregularidade de distribuição. É importante frisar que a função estatal é proteger o cidadão brasileiro, para obter dignidade. E a fiscalização é função de todo o povo. As políticas públicas é um meio de buscar o direito que não foi efetivado ou concretizado através da democracia nela instituída assim para não haver o retrocesso social.

1. Direito a educação e a cultura.

Por base, a família tem um papel promissor diante da educação, A Constituição de 1988 em seu artigo 205 deixa explícito, o principal influenciador na formação do caráter da criança, as primeiras aprendizagens que formam o carácter na fase da infância e é ensinado dentro do convívio familiar. E conseqüentemente os profissionais de ensino darão incentivos para aperfeiçoar esse ensinamento, e também continuidade para formação de profissionalizantes prontos para o mercado de trabalho. (BRASIL,1988). Em muitos casos a criança chega a escola sem esse carácter iniciado parece ser pouco certamente fará toda diferença quando obter a maior idade, uns por algum motivo, não tem condições mínimas para incentivar seus filhos na escola, outros não se importam por não ter princípios básicos educacionais, acabam perdendo o domínio bem cedo se seus filhos perdendo para o mundo das drogas e da marginalização, prostituição e outros. A função da chefia estatal é fornecer educação, a estar, em acompanhamento educacional perante a sociedade, tanto a educação básica como também as de ensino superior para quem não tem condições financeira para pagar seus estudos em redes de ensino particular ou pública para que tenham mesmo nível de formação.

Diante desse contexto o José Afonso, diz que garantia da educação básica se dá através da lei suprema quando se refere a gratuidade dos 4 aos 17 anos de idade

conformidade poderá ser exigível. (DA SILVA,2011, p. 77) como direito subjetivo e eficácia plena, contudo se não houver irregularidade. Desde os primórdios de quando surgiu a socialização no Brasil, se mantém até nos dias de hoje a mesma questão, o fator principal é não desistir de algo que é tão essencial na vida do indivíduo. A necessidade de mais investimento se faz necessária, a pensar no futuro de um país de qualidade para aperfeiçoamento e universalidade para abranger os Estados carentes

Antes nem todos tinham condições financeira, para estudar em Universidade, apenas os que tinham poder aquisitivo, mas nos dias atuais mudou bastante, não depende tanto da condição financeira e sim do interesse do aluno em estudar e escolher qual profissão de formar para ter um futuro brilhante na vida e se tornar um profissional de qualidade. O Estado dispõe de diversos programas que integra o aluno a Universidade públicas e particulares. Isto traz benefícios tanto para o indivíduo quanto para a melhoria do Estado pois são os profissionais do futuro. E se o Estado fornecer uma educação de péssima qualidade isto reflete na prejudicialidade do próprio Estado. A educação é dos pilares para o desenvolvimento do país como todos sabem, porém em muitos estados ainda há escassez na efetivação quanto às atribuições e competências. A cada 15 anos ou mais o analfabetismo atinge cerca de 14,4 milhões de pessoas principalmente os mais pobres os da cor preta e parda e também os idosos isso se dar no Norte e Nordeste. (MARTINS,2010, p.130)

O ensino deverá preencher os requisitos do artigo 205 e seguintes da Carta Constitucional, com abrangência em todo território nacional, cabe a sociedade, a ser parte vulnerável, fiscalizar o serviço público prestado pelo órgão estatal para assim exigir seus direitos. Nessa senda entende-se em concordância da pesquisa referente ao IBGE o analfabetismo, ainda é consistente na região nordeste e norte, em pessoas com 15 anos ou mais. (<http://www.ibge.gov.br>, 2018)

Isto se torna preocupante, uma vez que o índice de alfabetização, e de desenvolvimento educacional, se faz necessária um olhar especial, para assim obter igualdade, cidadania e principalmente a erradicação da pobreza e conseqüentemente o escape da criminalidade. A educação abrange todo país, porém necessita de um cuidado e fiscalização de como é distribuída diante dos que mais precisam, para assim gerar o desenvolvimento educacional englobar-se todos, e fazer prevalecer o conhecimento, igualitário, pois assim certamente os outros problemas que que ainda afetam a sociedade será sanado, a subjetividade do ensino obrigatório público como direito de todos, se faz preciso a efetivação do plano nacional de educação a compreender todas as esferas e a ter como consequência a erradicação do analfabetismo universalização de atendimento escolar ensino de qualidade,

formação para o trabalho desenvolvimento científico e tecnológico para o ser humano e para o país. (WOLFF,2015, p.79)

A relação do estudante em sociedade tomado conta pelo desânimo, e deixando educação para segundo plano, traz por consequência a falta de interesse e desistência, e obter o vínculo efetivo de aluno e aprendizagem, respeito entre alunos e profissionais da educação, independentemente de suas diferenças, a valorização da diversidade cultural e da miscigenação brasileira traz uma influência positiva e estará contribuindo para uma educação de qualidade. nesse contexto os ensinamentos a ter por base fundamental o princípio da igualdade, acessibilidade, permanecer na escola para assim ter liberdade em aprender, pesquisar, buscar conhecimentos de forma acadêmica tanto em ensino público quanto privado e consequentemente valorizar os profissionais de educação. (WOLFF,2015, p.78)

2.Direito a saúde

A política nacional de saúde teve grandes avanços em 1990 com início do SUS (Sistema Nacional de Saúde). Atualmente prevalece esse sistema garantido expressamente Carta Magna, através das políticas públicas conseguiram êxito com previsão legal reservados e com igualdade. A Carta de1988 especifica quanto a saúde, por ser um direito essencial para irradiação de doenças contagiosas, infecciosas, prevenção e assistência e recuperação às pessoas que necessitam, entre outras, para assim garantir o bem a todos dentro da coletividade na sociedade. O artigo 196 expressa em Carta Magna: Como uma garantia de todos sob incumbência estatal, promover saúde com universalidade e administrativamente para prevenção e irradiação tratamento proteção adequada para todos terem acesso com igualdade. (BRASIL, 1988).

A precariedade do sistema governamental traz consigo muitas consequências como a desigualdade social falta do mínimo existencial para os menos favorecidos, e a corrupção da máquina estatal, os que mais sente com tudo isso é a população mais carente, os trabalhadores, e os que precisam do auxílio assistencial social. Cumpre destacar, que cabe ao Estado efetivar uma administração de qualidade para que todos possam usufruir de seus direitos como demanda a própria lei. Ao incentivar o respeito a igualdade a segurança para todos, a saúde a educação o esporte o lazer a alimentação de qualidade estará contribuindo por uma sociedade mais digna. Em termos materiais a desigualdade tem vínculo com as condições socioeconômicos e estruturas política de cada sociedade. (MARTINS,2010, p.75)

A função estatal tem por objetivo zelar pela sociedade, para que todos possam ter saúde de qualidade isto através da prestação de serviço pelo órgão competente e designado com especificidade, independente de políticas sociais, ou

qualquer outro meio de obtenção de direito. Após a Revolução industrial possui liberdade a ser o pressuposto principal, redução de desigualdade, ou seja, não adiantaria possuir liberdade sem ter condições mínimas para sobrevivência, principalmente educação e saúde. (CAVALCANTE FILHO, <http://www.stf.jus.br>)

Certamente muito tempo de lutas e conquistas para que hoje possa existir o mínimo existencial, a importância do não retrocesso social. Todas as pessoas tem o mesmo direito diante da sociedade, isto é o mesmo valor intrínseco, independente de cor, raça, sexo, religião e origem nacional ou social merecem todos respeito e consideração a igualdade formal. (BARROSO,2011). Por tanto o acesso a saúde independe de diferenças e sim da aplicabilidade que seja imediata diante da ocorrência dos fatos.

O artigo 197 da Constituição, ressalta. Essencialmente, como obrigação estatal de disponibilizar serviços de saúde para todos, também como esclarecer expressamente sobre o fiscalizar, o controlar e o regulamentar, e desempenhar seu serviço através de pessoas físicas ou jurídicas e de direito privado. (BRASIL, 1988).

3.Direito á alimentação e assistência aos desamparados.

A desigualdade social e econômica no país, se dar pela ausência do mínimo existencial, no tocante, a educação alimentar continua precária diante de poucos que tem condições de obter cotidianamente as principais refeições para si e suas famílias, isto porque não estão inclusos no mercado de trabalho ou não tem outro meio para obter o necessário. A falta da alimentação adequada traz consigo uma série de problemas para a saúde, para isto o governo fez alguns programas sociais mas isto não é a solução para combater a fome, o custo da alimentação cada dia mais está mais alto, leva-se a pensar como vai ficar os que ganham menos ou que não tem condições de se sustentar. Dentre os problemas que pode ocasionar menciona-se, o crescimento delimitado das pessoas é verificado através da altura e a idade e doenças infecciosa que ocorrem, e com repetições. (FILKELMAN, 2002)

A própria necessidade vital para sobrevivência do ser humano, já percebe o direito natural, sem alimento não há condições de ter vida digna. Apesar de ser um assunto muito discutido, porém pouco generalizado ao englobar toda a sociedade, principalmente aos que vivem em lugares de pouco desenvolvimento inclusive as periferias, favelas e as de difícil acesso como os ribeirinhos e os da zona rural e também os moradores de rua por não ter condições econômicas. Esse direito foi incluso somente em 2010 através, da emenda Constitucional 64, à alimentação como garantia no artigo 6º da Constituição Federal. (BRASIL,1988).

Grande parte do país passa fome por não ter recursos financeiros principalmente a região Norte e Nordeste, sabe-se que para se ter uma alimentação adequada e regular, antes de mais nada precisa-se ter algum meio para adquiri-lo. Quando não existe esse meio de sobreviver sozinho, cabe a população reivindicar por meio das políticas públicas. Apesar de muitos não saberem como, nem o que é, mas cabe o sistema responsável observar os que estão em situação de vulnerabilidade. segundo o dispositivo legal necessitados são aqueles que não possuam o mínimo existencial por não ter condições pra sua sobrevivência e o suficiente para se manter com dignidade. (MENDES,2012 p.728)

A entidade governamental tem por incumbência de fiscalizar, de qual forma a ser a distribuição desde o leite, e auxílios que o governo oferece, se atende todos igualmente, a merenda escolar se estar sendo de qualidade se realmente há distribuição, se engloba todos os Estados Regionais e se os representantes agem com honestidade. É de obrigação de um Estado social de direito fornecer melhores condições de vida a todos que necessitam ele conceitua como uma verdadeira liberdade positiva, a concretização dos direitos sociais isto é o papel de um Estado democrático de direito, pelo que reza a Carta Constitucional no seu artigo 1º inciso IV. (MORAIS, 2003)

O principal contratempo que gera a escassez de maior parte do país, é a desigualdade, já fora dito a situação financeira de extrema pobreza, o índice de pobreza é muito elevado no nosso país, apesar que através de muitas políticas públicas já feitas para buscar o seus direitos e avaliar o que lhes faltam, mas ainda requer muitas melhorias principalmente para irradiação da fome. Isto acontece por falta de apoio e recursos que eles mesmos não conhecem que é função de administração do Estado lhe fornecer um meio de assistência social para solucionar o problema dos que necessitam. A pobreza extrema no Brasil tem crescido desenfreadamente desde 2015 a 2018 já soma 13,5 milhões de pessoas que conseguem sobreviver com 145 reais por mês segundo o Instituto de Geografia e Estatística, (IBGE) isto acontece nas regiões do Norte e Nordeste do país. (<http://agenciadenoticias.ibge.gov.br>)

Existe vários programas assistenciais aos desamparados e também, que fornece alimentos e também bolsas que auxiliam aqueles de baixa renda ou que não tem renda nenhuma para terem pelo menos o mínimo necessário. Cabe ressaltar que esses programas alcançam todos os desamparados que aderem ao programa, mas ainda não faz com eles saem da miséria e isto faz com que a desigualdade continue. É de obrigação de um Estado social de direito fornecer melhores condições de vida a todos que necessitam ele conceitua como uma verdadeira liberdade positiva, a

concretização dos direitos sociais isto é o papel de um Estado democrático de direito, pelo que reza a Carta Constitucional no seu artigo 1ºIV. (MORAIS, 2003,)

É necessário observar-se como um meio de proteção a família, e aos portadores de deficiência, e aos idosos com a idade estipulada, com condições mínimas para sua manutenção, também para integração na sociedade, essa assistência garante um salário mínimo mensal de forma a sustentar-se, criadas pelo governo federal com intuito de garantir a alimentação e o que lhe falta com o acolhimento de sua família. Regulada pela lei 8.472/93. (BRASIL, Lei.1993)

4.Direitos trabalhistas

É muito comum se ouvir dizerem, que o (trabalho dignifica o homem), certamente sabe-se através do mesmo adquirem-se o suprimento das necessidades básicas sociais para provimento de sua manutenção diária, tanto na alimentação, quanto na moradia transporte lazer e todos os direitos básicos diretamente ou indiretamente. Por outro lado, também traz consigo um crescimento profissional para bem suceder. Através do trabalho o homem para garantir sua manutenção e o crescimento do país, também se ganha respeito, liberdade e principalmente a dignidade do trabalhador como especifica o artigo 5º, XIII;6º,7º da Constituição de 1988. (BRASIL,1988)

Explícito no artigo 7ºda Constituição Federal detalhadamente, os direitos trabalhistas através de um rol de especificações no qual garante e motivam a relação de empregado e empregador, não somente, mas também existe a CLT (Consolidações das Leis Trabalhistas) e entre outras leis súmulas e jurisprudências além das doutrinas que firmam de forma disciplinar essa relação. Nos dias atuais, a relação trabalhista vem se aprimorando cada vez tanto no trabalho rural, quanto no urbano, autônomos e entre outros, visando melhorias trabalhistas sobre uso de equipamentos para garantir a segurança dos trabalhadores adotado essas normas com obrigatoriedade as empresas tendem a se adequar com respeito mútuo em relação de trabalho.

A procura por emprego no Brasil é muito grande, é muito comum encontrar pessoas profissionais desempregadas fazendo algum tipo de serviço autônomo para garantir sua sobrevivência, perceber ao redor pessoas pedindo, seja para comer, beber ou até mesmo sustentar algum vício. E a sociedade olha com diferença, caso esse que claramente se ver pela pesquisa do IBGE(Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), relata que além da extrema pobreza no país, o desemprego afeta principalmente os mais vulneráveis, e com menos condições de ingressar no mercado de trabalho, (<http://agenciadenoticias.ibge.gov.br>) por conta do analfabetismo, a

preferência dos mais jovens deixar de ir a escola e tentar trabalho para não passar fome.

Condições dignas de trabalho reguladas pelo artigo 7º a 11º da Constituição Federal prevê a relação de empregador e empregado no objetivo de não causar prejudicialidade e garantir o direito de ambas partes. Como também assegura a obrigatoriedade da assinatura da carteira de trabalho com finalidade de resguardar direitos afins, Maria Palma implementa mais ainda sobre os relatos descritos acima, estabelece garantias como o seguro desemprego recolhimento do FGTS, salário mínimo estipulado, salário família se houver, descanso remunerado, a proteção da mulher ao mercado de trabalho, licença maternidade ou paternidade, direito de greve, livre associação sindical, aposentadoria e outros. (WOLFF,2015, p.80)

5.Quanto à moradia, transporte e lazer.

A universalidade dos direitos faz com que o indivíduo se sinta mais amparado conforme os parâmetros que condiz a própria lei, de forma a impor direitos e obrigações para se adquirir uma vida com dignidade. Diante dos que vivem em áreas de rico, em lugares inapropriados que tenham uma vida regular e sejam de renda baixa, não tenham o mínimo para sua sobrevivência de qualidade. Atualmente há vários programas criadas pelo Governo Federal com o propósito de auxiliar a aquisição da moradia própria tanto para quem tem trabalho como também para quem não trabalha, com forma de adesão diferente. É essencial que esse programa tenha abrangência para todos que precisam pois ainda há muitas pessoas que moram em casas improvisadas por não ter condições financeiras suficiente para ter sua residência e outros que vivem tempos pagando aluguel, trabalham e o que ganham só é suficiente para sua manutenção. A moradia se configura como residência quando há habitação permanente seja em casa ou apartamento e quando e o direito à moradia não quer dizer especificamente o direito a casa própria mas um teto com condições básicas para que assim possam se abrigar juntamente de suas famílias permanentemente, (DA SILVA, 2011, p.315).

Quanto ao direito ao transporte ver-se que claramente, todos tem esse direito de acesso aos transportes públicos por tarifas bem pequenas, para se locomover para qualquer parte de suas cidades respectivas. Os idosos, e os necessitados de atendimento especiais tem acesso com preferencial no acento pra qualquer tipo de transporte público sem pagar passagem, mas o que convêm avaliar são as condições desses transportes públicos no país, relacionado a questão do ônibus na maioria dos Estados a superlotação e comum dentro do coletivo, isto requer que as autoridades competentes para tal gestão verifique e tome solução para o devido problema. Especificado pela Constituição Federal como norma

constitucional está resguardado como direito subjetivo de eficácia plena a gratuidade do transporte coletivo ao idoso. (MORAIS,2003)

6.Quanto a segurança de todos.

Artigo 5º da Carta magna, no tocante, garante a “inviolabilidade de garantias sobre preceitos que protegem a sociedade de forma individualizada, isso também diz respeito ao direito a segurança seja qual for, seja no domicílio, nas comunicações pessoais, nas ruas, nas escolas, na internet seja moral ou material, até mesmo contra os mais vulneráveis, tanto idosos como crianças e pessoas portadores de alguma necessidade especial e entre outros. (BRASIL,1988)

Evidentemente, o Estado sob compromisso de zelar pela sociedade de forma a coibir ou até mesmo prevenir casos que possa constranger, ou afligir a sociedade, quando a lei assegura essa faculdade quanto a segurança, deve ser efetivado a buscar estratégias para que todos possam se sentir realmente seguros, andar nas ruas sem medo de assaltos, poder está em sua casa e ter a certeza que não será violado seu domicílio. A segurança tem como função de assegurar a eficácia do pleno direito, a trazer tranquilidade para a sociedade como especifica o artigo 144 da Constituição Federal. (WOLFF,2015, p.83)

O Estado tem vínculo direto com a população por se tratar de direitos e deveres, contudo, além da expressividade democrática regido pelo voto direto ,a responsabilidade social deve ser exercida para todos, ou seja que seja efetivo e que priorizem principalmente os regiões do país que mais necessitam principalmente quanto a segurança de todos isso se dar pela inviolabilidade do direito do outro. O direito do cidadão é condicionado pela liberdade, mas essa liberdade consiste na inviolabilidade também da segurança de cada cidadão. (DIAS,2004)

Nos dias atuais é muito comum presenciar, pessoas tirando a vida de outras para pegar seus pertences, além de assaltos e furtos em transportes coletivos. Até mesmo a violência se faz presente em domicilio por conta dos assaltos constantes. O custo da segurança pública é comparado com o do sistema penitenciário ou das forças armadas portanto há um custo alto, portanto, a efetivação se faz óbvia, pois nem o direito a segurança ou a liberdade estão isentos de custos. (DIAS,2004)

7.Direito a previdência social

Ramo público de direito, a previdência, como função primordial, objetiva o amparo financeiro aos cidadãos como assistência social por idade, doença, portadores de necessidades especiais , morte, prisão, auxilio maternidade, como direito básico referente ao trabalhador, com previsão legal, com finalidade de

proporcionar um benefício contínuo pago pelo INSS(Instituto Nacional da Seguridade Social).A organização da previdência, tem por finalidade dar seguridade e manutenção aos de idade avançada, por incapacidade seja laboral ou não laboral, prisão ou morte assim garanti-lhes aos seus dependentes, salário devido, e também serviços para sua proteção de seu bem-estar em relação à saúde.(BRASIL, lei 3.807/1960)

Assegurados, são aqueles que perderam sua capacidade laboral seja temporária ou permanente, que já chegaram a idade determinada, pelo tempo de trabalho e de contribuição, também auxílio em forma de pensão para a família por morte acidental, ou por doença; que chamam de invalidez, e auxílio doença, licença maternidade; são beneficiadas as gestantes após o nascimento da criança para sua manutenção durante alguns dias determinados pela CLT(Consolidação das Leis Trabalhistas), deficientes; relativos ao trabalho também inclui como beneficiários neste mesmo direito entre outras. O artigo 194 da Constituição Federal traz um rol de especificações de forma a assegurar os direitos relativos à saúde, seguridade social e assistência com amplitude atendimento com benefícios equivalentes e tanto em zona urbana quanto rural. (WOLFF,2015, p.75)

A assessoria assistencial por meio da previdenciária, ampara os deficientes natos que não tiveram condições de contribuir para a previdência, assim como também os idosos; especialmente todos aqueles que alcançam a idade de aposentadoria e não tiveram condições de se aposentar inclui também os trabalhadores rurais, e etc.

Esse amparo é sustentado justamente por todos que tem vida laboral ativa, com finalidade de irradiação da pobreza e desigualdade social. Estruturado pelo Estado, através de conselhos trabalham conjuntamente aos órgãos competentes previdenciário com finalidade de administrar, arrecadar, e distribuir para a sociedade. (LEI, 3.807/1960 Art.1º)

8.Direito a proteção a maternidade e a infância.

Em relação ao amparo a maternidade e infância pois além do exposto da Carta Constitucional do artigo 6º, ele também tem amparo legal por diversos artigos tanto na Constituição quanto em Estatuto próprio da Criança e adolescente, proteção esta que tem por objetivo defender a mãe em seu período gestacional com todos seus direitos reservados,(em relação ao trabalho, quanto exames e pré-natal acompanhamento pelo sus) até um período determinado e desde o nascimento até no início da pré-adolescência. A proteção à criança vem desde seu nascimento com o crescimento familiar, incentivando na escola, para integração na sociedade, na cultura livre de todo dano ou negligência que possa lhe ocasiona junto da

convivência familiar e comunitária amparados pelos programas sociais. (WOLFF,2015, p.82)

Conforme a emenda constitucional de 65/2010 dispõe sobre ao dever da família e da sociedade e do chefia governamental é promover, incentivar os jovens a criança e os adolescentes o direito à vida a saúde a alimentação, lazer profissionalismo, cultura dignidade, respeito, livres, o convívio social protegendo-as de toda forma que agride sua integridade física ou moral. (EMENDA,65/ 2010)

A proteção é estendida à criança desde seu nascimento até seu desenvolvimento assim até completar os 6 anos de idade, participando de programas sociais do governo. Artigo 227 inciso 6º da Carta Constitucional expressa sobre os filhos, de relacionamentos de casamentos ou não, os adotados têm o mesmo direito bloqueando toda discriminação referente a subordinação filial. (BRASIL,1988)

Considerações Finais.

Diante da exposição deste artigo verifica-se as transformações que surgiram ao longo do século até chegar ao século atual, grandes lutas foram enfrentadas, porém resultaram em grandes conquistas para que o ser humano tivesse sua dignidade como primazia em sua vida, refere-se aos que não tinham ou não tem acesso ao mínimo necessário para se existir.

A educação por ser prioritária juntamente com a saúde, moradia, transporte e lazer percebe-se a necessidade de complemento um ao outro pois sem educação é difícil emprego, para se ter uma saúde de qualidade, ter acesso ao transporte lazer e outros para ter-se uma vida digna. Os direitos conquistados e expressados na Constituição, trouxe proteção à vida do indivíduo, efetivado de forma igualitária principalmente favorecendo os mais necessitados do nosso país. Seria bem viável se todos tivessem livre acesso a todas as garantias que a Constituição nos traz, mas é só observar nas regiões, mas pobres do país que logo se ver a desigualdade extrema. Destarte, as políticas públicas são questões de relevância principalmente quando há fragilidade na assistência social, e quando os próprios vulneráveis não têm conhecimento sobre o certo e garantias que as imunizam, a reivindicação não efetivada causa precariedade em seu favor. Portanto seria imprescindível o olhar governamental diante desses que mais sofrem.

O Brasil é muito rico em culturas e diversidades, imprescindível o incentivo do Estado principalmente aos indígenas quilombolas e outros. O incentivo ao respeito deve-se ultimamente se priorizar principalmente aos negros, e aos diferentes de gênero, sexo, religião classe econômica e etc. E isso contribui para uma sociedade liberal a promover o amor e o respeito ao próximo, reduzindo a violência

e conseqüentemente a criminalidade proporcionando tranquilidade a todos cidadãos. Esse Direito foi criado por finalidade de resolver as questões sociais, de forma igualitária e fazer com que todos tenham o mínimo para sobrevivência, com liberdade dignidade e fraternidade. Nada mais justo do que a efetivação de direitos que é prioridade.

Referência:

BARROSO, Luís Roberto, **O constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto**, 2011 disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br>> acesso em 29 de fev. de 2020

BRASIL. **Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL, **Emenda Constituição n.65 de 13 de julho de 2010** disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm> acesso em 01 de març.de2020

BRASIL, **Lei, 8.742 de 7 de dezembro de 1993.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm > acesso em 01 de març.de 2020

CAVALCANTE FILHO, João Trindade, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

DA SILVA, Afonso José. Curso de Direito Constitucional **Positivo**, ed. 35° p77, 2011.

DIAS, Maria Clara. **Direitos Sociais Básicos: uma investigação filosófica dos direitos humanos**, Porto Alegre.2004.

BRASIL. Lei, **3.807 de 26 de agosto de 1960.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil leis/1950-1969/13807.htm> > acesso em 01 mar 2020

MARTINS, Cleber Ori Cute. **Cidadania Ética e Política**, p.130 Canoas: 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 7ed.p.728, 2012.

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

WOLFF, Maria Palma. **Direitos Sociais: Fundamentos e Políticas de Implementação**, 1 ed. São Paulo: 2015.

A OBSERVÂNCIA DAS DECISÕES EMANADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 71, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

VIVIAN BUONALUMI TACITO YUGAR

RESUMO: Tribunal de Contas da União: instituto republicano de controle externo federal. Fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União. Princípio da Supremacia do Interesse Público. Controle de verbas públicas. Imputação de pagamento de débito, em caso de irregularidades que resultem em extravio ou perda de bens, dinheiros e valores públicos, com dano ao erário (Art. 71, II, Constituição Federal). Julgamento técnico das contas prestadas, sem perquirição de dolo ou culpa, embora resguardada a via regressiva (art. 37, § 6º, CF). Princípio da Separação dos Poderes. Aplicabilidade da Doutrina Chenery (postura deferencial entre os Poderes), com consequentes limites ao controle judicial sobre julgamento administrativos do TCU.

Palavras-Chave: Tribunal de Contas da União. Controle de execução de verbas públicas. Julgamento administrativo pelo TCU. Critérios técnicos, contábeis e econômicos. Expertise. Deferência pelo Poder Judiciário. Doutrina Chenery.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. DESENVOLVIMENTO 2.1. DAS FUNÇÕES PÚBLICAS E DO SISTEMA DE JURISDIÇÃO ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.2. DA TECNICIDADE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, BASEADAS NO ART. 71, II, CF. DAS LIMITAÇÕES À REVISIBILIDADE E AO CONTROLE JUDICIAL – 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União consiste em órgão administrativo republicano, instituído por influência do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, por meio do Decreto 966-A de 1890[1], com posterior consagração na Constituição de 1891. Tem por função primordial o controle externo federal de despesas públicas, auxiliando ao Poder Legislativo – embora sem relação de subordinação –, no que pertine à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União[2], nos termos do art. 71, “caput” da Constituição Federal de 1988.

Tal arcabouço jurídico efetiva o sistema de freios e contrapesos (“checks and balances”), essencial a um Estado Democrático de Direito e secundado pelo Princípio da Separação de Poderes (Art. 2º, CF). Apesar da expressão designativa “*Tribunal*”, segundo o Supremo Tribunal Federal, em julgamento sob Repercussão Geral-Tema 899[3], as Cortes de Contas não exercem função

jurisdicional, de modo que, onde se lê "julgar" entre as suas atribuições constitucionais se deve entender "examinar as contas".

No mesmo sentido entende a doutrina majoritária, conforme leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2010, p. 1094): *"não tendo o sentido normalmente atribuído aos juízes no exercício da função jurisdicional, o sentido do termo é o de `apreciar, examinar e analisar` as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas, na hipótese, é de caráter eminentemente administrativo[4]".* E, ainda, JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 255), para quem a expressão "julgar" (art. 71, II, CF/88) não implica função jurisdicional, *"pois [o TCU] não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses, mas apenas exerce julgamento técnico de contas[5]".*

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Das funções públicas e do sistema de jurisdição adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, a Função Típica ou Atípica de Julgamento não se confunde, todavia, com *"judicialidade"* tampouco com *"jurisdição"*.

Isto porque, de um lado, a moderna teoria constitucional-administrativista concebe serem, de fato, os Poderes Constituídos dotados de funções típica e atípicas[6], conforme o Poder referido. Assim, no âmbito do Poder Executivo, sua função típica consistiria na função administrativa (ou gerencial, após a Emenda Constitucional n. 19/1998), ao passo que suas funções atípicas seriam a normativa (i.e. Decretos Regulamentares – Art. 84, IV, CF; Medidas Provisórias – Art. 62, CF) e a de julgamento (i.e. no caso de decidir, ao final, pela extradição de alguém). No âmbito do Poder Legislativo, a função típica deste seria legislar, sendo atípicas as funções administrativas (gerenciamento "interna corporis") e a de julgamento (i.e. Comissões Parlamentares de Inquérito – Art. 58, CF). Por fim, no âmbito do Poder Judiciário, seria típico deste a função de julgamento (judicial), sendo atípicas as funções administrativas (gerenciamento "interna corporis") e normativa (i.e. Provimentos; Regimentos Internos).

De outro, no Brasil, adotou-se o Sistema Inglês de Jurisdição Única[7], insculpido, no Art. 5º, XXXV, CF[8], segundo a doutrina de TAVEIRA BERNADES e ALVES FERREIRA (2020, p. 33-34), também entendido atualmente como sendo a jurisdição a *"última ratio"*, no âmbito da resolução de conflitos:

Em todo o mundo, adotam-se diferentes Sistemas (ou modelos) para correção dos atos administrativos ilegais ou

ilegítimos, praticados pelo Poder Público: a) o Sistema do Contencioso Administrativo (Sistema Francês), restringe o controle dos atos da Administração, pelo Poder Judiciário. Nesse Sistema, em regra, os atos da Administração sujeitam-se à jurisdição do contencioso administrativo, formado por órgão da Administração Pública (...); b) Sistema Judiciário (Sistema Inglês ou Sistema de Jurisdição Única) permite que o controle de todos os atos da Administração seja feito pelo Poder Judiciário. Nesse Sistema, em regra, as decisões administrativas, mesmo tomadas em um ambiente 'contencioso' (i.e. decisão de uma Junta de Recursos), podem ser revistas pelo Poder Judiciário. [Este último] é o Sistema adotado pelo Brasil, conforme evidencia a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao estabelecer que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão' (art. 5º, XXXV, CF).

É dizer, adota-se o Sistema de Jurisdição Única, porém, é possível que conflitos, inclusive os envolvendo Entes Públicos, sejam resolvidos fora da sede jurisdicional (Art. 26 e 27, ambos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[9]; e Art. 32 a 40, Lei 13.140/15).

Com isso, a função jurisdicional não pode, "*a priori*", ser exercida fora do Poder Judiciário[10], visto que apenas o Poder Judiciário tem, legitimamente, Poder de Coerção, bem como autoridade de conferir Coisa Julgada a suas decisões (Art. 5, XXXVI, CF[11]). O Tribunal de Contas, por sua vez, a despeito de sua nomenclatura sugestiva, consiste em Tribunal Administrativo, sendo órgão administrativo auxiliar do Poder Legislativo, conforme expressa disposição do art. 71, "caput", CF.

Ademais, inobstante a Constituição Federal prever, no art. 73, § 3º, CF[12], prerrogativas e impedimentos aos Conselheiros de Contas inerentes aos Magistrados, tal circunstância não o torna órgão jurisdicional tampouco com decisões dotadas de judicialidade (estas, privativas dos órgãos arrolados no art. 92, "caput", CF[13]).

Nesse sentido, é, inclusive, o disposto no art. 71, §3º, CF[14] ao dispor serem as decisões do TCU "*títulos executivos*", havendo silêncio eloquente quanto à sua judicialidade.

Para tanto, a doutrina invoca o art. 784, XII, do Código de Processo Civil[15] (CPC) e o art. 515, CPC[16]. Assim, segundo a doutrina, embora executáveis,

tais títulos do TCU necessitam de um órgão jurisdicional dotado de judicialidade, característica inerente ao Poder Judiciário, para serem efetivados com poder de coerção.

2.2 Da tecnicidade das decisões do Tribunal de Contas da União, baseadas no art. 71, II, CF. Das limitações à revisibilidade e ao controle judicial

As decisões dos Tribunais de Contas (da União, dos Estados e, eventualmente, dos Municípios – art. 75, CF[17]) conferem transparência e legitimidade ao uso das Verbas Públicas (“*accountability*”). Nesse sentido, o art. 71, II da Constituição Federal, consolidando o rechaço a um uso patrimonialista-privado do Estado, atribuiu ao Tribunal de Contas da União em auxílio ao Congresso Nacional, em sede de controle externo, julgar as contas dos administradores públicos, bem como as contas daqueles que causarem prejuízo ao erário – em caso de irregularidade, perda ou extravio de bens e valores públicos.

Como expressão do mencionado princípio republicano, nos processos de controle de contas, as decisões do TCU não realizam julgamento de imputação subjetiva de responsabilidade, isto é, não perquirem a existência ou ausência de culpa “*lato sensu*” sobre os atos analisados. Em vez, “...especificamente, realiza o julgamento técnico das contas a partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de obter o respectivo ressarcimento [nos termos do art. 37, § 6º, CF][18]”.

O Art. 71, II, CF se refere primordialmente às Contas de Gestão, correspondentes às Prestações de Contas feitas por aqueles que, eventual ou habitualmente, gerirem dinheiro, bens e valores públicos, sendo-lhe parâmetro o orçamento público, conforme se trata de agente público, ou respeito a contrato administrativo, convênio, conforme se trata de agente privado no uso de verbas públicas. Diferem-se das Contas de Governo, referentes às contas anuais do Chefe do Poder Executivo e respeitantes à Atividade Financeiro-Orçamentária do exercício anterior, sendo-lhe parâmetro o Orçamento Público fixado, conforme as Leis Orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei Orçamentária Anual).

Em ambas, o Tribunal de Contas procede a avaliações, emitindo julgamento definitivo para contas de gestão; e opinião consultiva para as contas de governo. Isto porque, quanto a este último, o Tribunal de Contas aprecia as contas do Chefe do Poder Executivo e o Parlamento respectivo (Congresso Nacional; Assembleia Legislativa; Câmara Legislativa do Distrito Federal; Câmara de

Vereadores) decide pelo acolhimento ou não do Tribunal de Contas (art. 31, §2º, CF; Art. 51, II, CF; Art. 52, I, CF).

Como órgão administrativo que é – a despeito de suas respeitáveis peculiaridades –, os julgamentos do Tribunais de Contas baseados no art. 71, II, CF não têm, como se disse, cunho tipicamente jurisdicional.

Ainda que assim seja, não são, tampouco, decisões administrativas típicas, pautadas em julgamentos de conveniência e oportunidade, senão por critérios técnicos, com uso de habilidades específicas de contabilidades, economia e administração (art. 73, §1º, III, CF). Tal constatação implica que não é porque o julgamento do Tribunal de Contas não é mero Ato Administrativo que será possível ao Poder Judiciário lhe adentrar o mérito, reformando-lhe o conteúdo.

Não, tampouco nos casos envolvendo julgamentos administrativos da Corte de Contas, baseadas no art. 71, II, CF será possível fazer-lhe reforma judicial, pois se trata de decisão definitiva, amparada por exceção expressa ao Art. 5º, XXXV, CF, isto é, pelo art. 71, CF. Nesse sentido, entendeu o STF no mencionado Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (Tema 899):

Em face de sua própria natureza, esses exames e análises das contas não observam as mesmas garantias do devido processo judicial, além de não preverem e não permitirem o contraditório e ampla defesa efetivos, anteriormente à formação do título executivo (ARIDES LEITE SANTOS. Tomada de Contas Especial, O exercício do contraditório perante o Tribunal de Contas da União, São Paulo: Scortecci, 2ª rev. atual., 2018, p. 110-111), apesar de existir procedimento administrativo no âmbito da Corte de Contas levado a efeito, em regra, por meio do processo de tomada de contas especial, instrumento legal, posto à disposição dos Tribunais de Contas, com a finalidade de apurar a totalidade dos fatos lesivos ao Erário, identificar os responsáveis pelo dano e quantificando-o, promover-lhe o ressarcimento (WALTON ALENCAR RODRIGUES. O dano causado ao erário por particular e instrumento da tomada de contas especial I. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v. 29, n. 77, jul/set 1998, p. 2 ss).

Nos casos de evidente ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, por ocasião dos julgamentos administrativos da Corte de Contas, excepcionalmente, será possível controle judicial, porém, em razão da incidência da hipótese de lesão ou ameaça de lesão a direito a atrair a atuação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF). Ainda

que assim seja, reside-se no âmbito do Controle de Legalidade pelo Poder Judiciário, a fazer incidir o Princípio da Insindicabilidade do Mérito.

Nesse sentido, inclusive, ressalta ARAUJO (2010, p 480) para quem " a atuação do Poder Judiciário deve respeitar a atribuição constitucional de outros órgãos, para o exercício da atividade de julgamento de temáticas específicas que foram consagradas, em função de uma opção política fundamental, a órgãos que não se inseriam na estrutura do Poder Judiciário. A submissão ao crivo do Judiciário dessas matérias é uma limitação de ordem jurídica e lógica. De ordem jurídica, pois, se a Constituição atribuiu a órgão diverso do Judiciário a competência para julgar, é porque esse julgamento tem a mesma raiz de qualquer julgamento, seja proveniente de qualquer autoridade, seja judiciária, seja legislativa, seja de órgão de controle, o que impõe ao Judiciário o dever de somente aquilatar o julgamento em seu aspecto extrínseco, vale dizer: observando-se se o 'due process law' foi efetivamente respeitado pelos órgãos aos quais se incumbiu o texto originário da Constituição em deferir, de modo deslocado, mas não impróprio, essa competência decisória, ressalvada a possibilidade de se invalidar a decisão meritoriamente teratológica, que não guarde qualquer harmonia com a situação de fato na qual hipoteticamente se basearia[19]".

Logo, será possível ao Poder Judiciário revisar o julgamento administrativo da Corte de Contas, cassando-o ou anulando-o, porém, sem se lhe substituir.

Trata-se de decorrência do debate antigo acerca da independência e harmonia entre os Poderes, ao qual se agrega, modernamente, a questão da deferência entre si. Referida discussão foi trazida ao Direito Brasileiro pelo Superior Tribunal de Justiça, ao adotar a Doutrina *Chenery*[20], quando do julgamento do Agravo Interno em Pedido de Suspensão de Segurança n. 2240 de origem norte-americana, caracterizada pela premissa de que determinados órgãos administrativos detêm conhecimentos técnicos específicos, no âmbito de suas atribuições, os quais não são detidos, porém, por outros. Naquela ocasião, ressaltou a Relatora Ministra LAURITA VAZ que:

segundo a doutrina *Chenery* – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para

concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos[21].

Tal divisão de "*expertise*", em vez de enfraquecer o Estado, enriquece-o, em termos de gerência e eficiência. Como consequência, para que o sistema funcione de forma estável, será necessário postura deferencial entre os órgãos governamentais.

Tendo em vista tais noções, existem, portanto, limites à reversibilidade judicial quanto às decisões dos Tribunais de Contas, baseadas no art. 71, II, CF. Trata-se, por um lado, de observância ao Princípio da Separação de Poderes, e, por outro, de postura deferencial, respeitosa, pelo Poder Judiciário, em face das decisões técnicas adotadas pela Corte de Contas, que conta com "*expertise*" nem sempre partilhada por outros órgãos como o Poder Judiciário.

3.CONCLUSÃO

À vista disso, conclui-se pela imprescindibilidade da existência de Cortes de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro, no controle da execução de verbas públicas, como expressão de fiscalização sobre a Administração Pública (interesse público secundário) e expressão de controle social de seus cidadãos (interesse público primário), o que reforça a concepção de um Estado Democrático de Direito (Art. 1º, "*caput*", CF[22]) e de um Governo Republicano, tal como o brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Júlio César Manhães de. **Controle da Atividade Administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**, Curitiba: Juruá, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** 23ª ed., São Paulo: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Decisão que suspende reajuste das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:
<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/237168031d88451c78fd8d6d6378c0b2>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

CRETELLA JUNIOR, José. Naturezas das decisões do Tribunal de Contas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94, p.193, abril/junho. 1987.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Compreendendo a atividade de controle: a origem 2019, Brasília. Disponível em: https://jacobyfernandesreolon.adv.br/wp-content/uploads/2019/07/Apostila_Workshop_TCU.pdf Acesso em: 18 ago. 20.

_____. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Forum, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 888, ano 98, out. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo Interno no Pedido de Suspensão de Segurança n. 2240, Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72995340&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=91&formato=PDF Acesso em 18/8/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 636.886 – Tema 899, Min. Relator Alexandre de Moraes, Julgamento em 20/4/2020, Diário de Justiça Eletrônico em 25/6/20. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 18 ago. 2020.

TAVEIRA BERNARDES, Juliano; ALVES FERREIRA, Olavo Augusto Viana. **Sinopse Direito Administrativo**, 10ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NOTAS:

[1] *"Em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto 966-A criou o Tribunal de Contas da União, norteados pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia". Anteriormente, Dom João VI, quando de sua instalação no Brasil em 1808, havia instalado o "...Erário Régio e criado o Conselho da Fazenda, que tinha como atribuição acompanhar a execução da despesa pública".* JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Compreendendo a atividade de controle: a origem 2019, Brasília. Disponível em: https://jacobyfernandesreolon.adv.br/wp-content/uploads/2019/07/Apostila_Workshop_TCU.pdf Acesso em: 18 ago. 20.

[2] CRETELLA JUNIOR, José. Naturezas das decisões do Tribunal de Contas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94, p.193, abril/junho. 1987.

[3] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 636.886 – Tema 899, Min. Relator Alexandre de Moraes, Julgamento em 20/4/2020, Diário de Justiça Eletrônico em 25/6/20. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899> Acesso em: 18 ago. 2020.

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** 23ª ed., São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 1094. No mesmo sentido, José Cretella Junior, para quem "*as decisões do Tribunal de Contas não são decisões judiciais, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca à conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade (Manual de Direito Administrativo, 4ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 49). Em sentido contrário: Portanto, mesmo que o julgamento das cortes de contas não fosse um ato jurisdicional típico, mas apenas um ato administrativo, seu mérito jamais poderia ser revisto pelo poder judiciário. A disposição do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal tem por destinatário o legislador infraconstitucional, mas não veda que a própria Constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão, não integrante do poder judiciário, ou, mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial. No atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício da função jurisdicional pelos tribunais de contas"* (Id, 2003, p. 120/122). Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Forum, 2003.

[5] DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 755.

[6] "*Consolidou-se o entendimento clássico de que o Estado possui três funções (legislativa, jurisdicional e administrativa), realizada por seus Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo), de forma típica ou atípica. Importante lembrar que cada Poder, além de sua função típica, também possui funções atípicas. Assim, por exemplo, embora a função típica do Poder Legislativo envolva a criação de normas jurídicas que inovam o ordenamento jurídico (função legislativa), seus órgãos também exercem função administrativa, notadamente na relação com seus servidores ou quando realizam contratações públicas. Outrossim, o Legislativo exerce função jurisdicional, atipicamente, ao julgar o Presidente da República (art. 52, I, CF)".*

TAVEIRA BERNARDES, Juliano; ALVES FERREIRA, Olavo Augusto Viana. **Sinopse Direito Administrativo**, 10ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 27.

[7] *Ibid.*, 2020, p. 33-34.

[8] "Art. 5º, XXXV – A lei não excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito".

[9] "Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2º (VETADO). Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos".

[10] "Por essa nova perspectiva (...) restariam ao Poder Judiciário, em registro residual (o 'last resort', referido na experiência norte-americana), as controvérsias que, em razão de fatores tecnicamente consistentes (complexidade da matéria, peculiaridade das partes, inviabilidade de solução por outras formas ou esgotamento delas, ações ditas 'necessárias'), efetivamente exigem passagem judiciária". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 888, ano 98, p. 9-36, out. 2009.

[11] "Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

[12] "Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 (...) § 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de

Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40'.

[13] "Art. 92, "caput". São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; II-A – o Tribunal Superior do Trabalho; III – os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios".

[14] "Art. 71 (...) § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo".

[15] "Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva".

[16] "Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; VII - a sentença arbitral; VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça; X - (VETADO)".

[17] "Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros".

[18] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 636.886 – Tema 899, Min. Relator Alexandre de Moraes, Julgamento em 20/4/2020, Diário de Justiça Eletrônico em 25/6/20. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 18 ago. 2020.

[19] ARAÚJO, Júlio César Manhães de. **Controle da Atividade Administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**, Curitiba: Juruá, 2010, p. 480.

[20] "A doutrina *Chenery*" (*Chenery doctrine*) surgiu a partir de um julgamento da Suprema Corte norte-americana (*SEC v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80, 1943). Segundo essa teoria, o Poder Judiciário não pode anular um ato político adotado pela Administração Pública sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica. Isso porque, em temas envolvendo questões técnicas e complexas, os Tribunais não gozam de expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos ou não. Assim, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário. A 'doutrina *Chenery*' é bem explicada por um autor norte-americano chamado Richard Posner, que trata sobre a análise econômica do Direito, ou seja, sobre os reflexos econômicos das decisões judiciais (*Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996*). CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Decisão que suspende reajuste das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/237168031d88451c78fd8d6d6378c0b2>>. Acesso em: 18/08/2020.

[21] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo Interno no Pedido de Suspensão de Segurança n. 2240, Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72995340&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=91&formato=PDF Acesso em 18/8/2020.

[22] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos".

LEI 13.827/2019 ALTERA A LEI MARIA DA PENHA PARA PERMITIR AO DELEGADO DE POLÍCIA A CONCESSÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

KATIA SILVEIRA BONFIM: Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Brasil - Campus de Fernandópolis/SP e Servidora Pública Municipal de Aspásia/SP

EDA LECI HONORATO SEIKE
(Orientador temático)

ÉRICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS
(Orientador metodológico)

RESUMO: Esta pesquisa apresenta como tema principal, o estudo da Lei nº 13.827/2019, que permite a concessão de medida protetiva de urgência pelo Delegado de Polícia. Inicialmente, exibe uma análise da Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”, onde traz informações relevantes de como surgiu a Lei, o âmbito de incidência desta, bem como a aplicação das medidas protetivas de urgência abrangidas pela norma em comento. Posteriormente, procura destacar que, devido a alteração, foi permitido à autoridade policial, nos Municípios em que não for sede de comarca e, assim que verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher, decretar o afastamento do agressor do lar de convívio com a ofendida, no prazo de 24 horas. Procura ainda esclarecer que, não retirou do juiz a apreciação da medida, podendo este mantê-la ou revogá-la. Por fim, foi possível concluir que, a alteração na Lei tornou mais célere esse procedimento, uma vez que a vítima já sai protegida na Delegacia.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Medidas Protetivas de Urgência; Delegado de Polícia.

ABSTRACT: This research has as its main theme, the study of Law No. 13.827/2019, which allows the granting of an emergency protective measure by the Police Chief. Initially, it displays an analysis of Law 11.340/2006, better known as “Maria da Penha Law”, where it brings relevant information on how the Law came about, its scope, as well as the application of emergency protective measures covered by the standard in comment. Subsequently, it seeks to highlight that, due to the alteration, the police authority was allowed, in the Municipalities where it is not the seat of the district and, as soon as the existence of current or imminent risk to the life or physical integrity of the woman was verified, to decree the removal of the aggressor of the home with the victim, within 24 hours. It also seeks to clarify that it did not withdraw the judge’s assessment of the measure, which the judge may maintain or revoke. Finally, it was

possible to conclude that the change in the Law made this procedure faster, since the victim is already protected at the police station.

Keywords: Maria da Penha Law; Emergency Protective Measures; Police Chief.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Lei Maria da Penha: 2.1. Histórico e Visão Geral; 2.2. Aplicabilidade. 3. Das Medidas Protetivas de Urgência. 4. Lei 13.827/19. 5. Considerações finais. 6.Referências

1. INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher tem ocupado um espaço significativo na sociedade, dentre elas, a mais preocupante é a violência doméstica e familiar, aquela entendida por qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que resulte em morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e até mesmo dano moral ou patrimonial. Diante da necessidade de criar medidas para proteger as mulheres contra práticas abusivas, foi criada a lei nº 11.340 de 07 de Agosto de 2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”, com o intuito de coibir e prevenir essa violência.

Dessa maneira, este trabalho tem como objetivo analisar a lei nº 13.827/19, que alterou a lei 11.340/06 e permitiu o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida por autoridades policiais, desde que verificada a existência de risco iminente à vida ou à integridade física da mulher. Nesse viés, a escolha do tema deu-se em virtude da demora que a mulher encontra na busca por tal direito, que em muitos casos podem trazer circunstâncias que tornem o prazo legal muito extenso, fazendo com que a vítima continue sendo submetida à violência mesmo depois de comunicada a infração penal, ou seja, na prática, ela não deixa a delegacia já protegida por uma medida protetiva.

A pesquisa será fundamentada em diferentes bibliografias, tendo como base doutrinas, legislações e jurisprudências, com o intuito de demonstrar que anteriormente só o juiz que podia decretar o afastamento do agressor e a pedido da própria vítima ou do Ministério Público, e que diante da alteração na lei, há uma maior celeridade na concessão dessa medida de urgência pelo delegado de polícia, por exemplo.

O artigo divide-se em três seções. A primeira, com título “LEI MARIA DA PENHA” e subseção “Histórico”, procura-se destacar sobre a evolução histórica da referida lei, bem como estabelecer uma visão geral, que são informações iniciais. Na subseção seguinte, “Aplicabilidade”, traz sobre o âmbito de incidência da lei. Na segunda seção, “DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA”, propõe uma

abordagem geral, para entender que tais medidas visam garantir a proteção às vítimas. Na terceira e última seção, "LEI Nº 13.827/19", aborda a recente alteração trazida pela lei em comento, com ênfase sobre a concessão da medida protetiva de urgência pela autoridade policial, assim que verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher.

Por fim, procura-se exibir os reflexos que a lei em comento pretende-se alcançar, principalmente no que diz respeito à celeridade da aplicação da medida de urgência em questão, visto que o delegado de polícia tem o primeiro contato com a vítima, tendo esta capacidade de conceder a medida de afastamento do agressor, a qual a lei confere. Por último, apresenta-se os benefícios que a mudança pode ter trazido e do mesmo modo, quais as possíveis críticas a respeito do tema em discussão.

2. LEI MARIA DA PENHA

2.1. Histórico e Visão Geral

Inicialmente, há vários instrumentos destinados à proteção das mulheres para coibir a violência doméstica e familiar. No art. 226, § 8º, da Constituição Federal, dispõe: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Ademais, no cenário internacional, o Brasil é consignatário de vários instrumentos destinados à proteção das mulheres, como por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher, adotada pela ONU, em 1979, de que trata:

Art. 3º. Os Estados-Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

Nesse contexto, também na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar a Violência contra a Mulher, do Pará, em 1974, conclui em seu art. 7º que: "Os Estados-Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convém em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência".

Para Garcia (2019), tanto no âmbito doméstico como no cenário internacional e regional de proteção dos direitos humanos buscou-se garantir amplamente o bem-estar feminino, através de ações afirmativas e mandados de criminalização. Nesse viés, tão somente em 22 de setembro de 2006, que entrou em vigor a Lei nº 11.340, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”.

Por sua vez, é necessário entender os fatos que deu origem a essa lei e faz saber que, Maria da Penha Maia Fernandes conheceu Marco Antônio Heredia Viveros no ano de 1974 e, dois anos depois, em 1976, casaram-se. No início do casamento, o marido demonstrava ser muito amável, porém, com o passar dos anos, a história começou a mudar e vieram então as agressões. Em 1983, houve uma tentativa de homicídio – simulação de assalto com uso de espingarda - por parte de seu marido. Primeiro, ele deu um tiro em suas costas enquanto ela dormia, o que fez com que ela ficasse paraplégica. Após cirurgias, internações e tratamentos, ela voltou pra casa e por conseguinte, foi mantida em cárcere privado durante 15 dias e foi vítima mais uma vez pelo mesmo agressor, que tentou eletrocutá-la durante o seu banho, sem lograr êxito.

Diante dessa situação, o caso foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos, responsável pela promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano, que em 2001, reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro na omissão relacionada à violência doméstica, sendo-lhe aplicadas recomendações para cumprir o compromisso previstos nos tratados e convenções.

Somente no ano de 2002, Marco Antônio foi preso, cumprindo apenas dois anos de prisão, após a anulação do julgamento e interposição de recursos. Como se vê, foi após a pressão internacional que o Brasil criou uma lei específica com mais rigor para tratar do assunto.

Oportuno destacar que, no art. 5º, *caput*, da Lei Maria da Penha, conceitua que: “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” e assim assevera que ela pode ocorrer no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive de agregados; no âmbito da família, assim entendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou até por vontade expressa; e por fim, em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

As formas de violência são trazidas em um rol exemplificativo, no art. 7º, da Lei nº 11.349/2006, que assim estabelece:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I) violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II) violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III) violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza à comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade; que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV) violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetivos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V) violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

(BRASIL, LMP, 2006)

Para extrair um melhor conceito de violência doméstica, pode-se afirmar que é necessária uma interpretação conjunta dos arts. 5º e 7º da referida lei, pois seria muito vago atentar-se a um ou a outro apenas. (DIAS, 2019)

Todavia, é imprescindível dizer que essas condutas reconhecidas como violência doméstica, não necessariamente são delitos que podem ensejar uma ação penal, mas sim, na concessão de medidas protetivas, onde a palavra da vítima deve-se ser dotada de credibilidade.

2.2. Aplicabilidade

Importante destacar que, a Lei Maria da Penha não criou nenhum tipo penal novo, sendo assim, a lei incide sobre as situações que se adequam ao seu art. 5º, que então esclarece que é necessária a existência de uma ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher, no âmbito da unidade doméstica, da família ou nas relações íntimas de afeto.

No que diz respeito ao âmbito doméstico, entende-se que é aquele ambiente do lar, em que as pessoas tenham convivência umas com as outras, se relacionando constantemente, tendo ou não vínculo familiar. Também abrange as pessoas que encontram-se esporadicamente agregadas no lar, como nos casos de cuidadoras de idosos, enfermeiras particulares e babás.

Quanto ao âmbito da família, compreende-se aqueles que possuem vínculo familiar, seja ele conjugal, parentesco ou ainda por vontade expressa. Aqui cabe ressaltar que, a incidência da lei se caracteriza no caso do filho adotivo que coabita na mesma residência que a mãe de criação, pois as agressões ocorrem em razão de aspectos familiares.

Por último, tratando-se dos casos de relações íntimas de afeto, faz-se necessário saber que não há necessidade de coabitação entre as partes, ou seja, ambos não precisam residir debaixo do mesmo teto, basta que tenham tido uma convivência ou que ainda tenha. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), diante da Súmula nº 600 expõe: *“Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da lei 11.340/2006, lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”*.

Sobre a vulnerabilidade e hipossuficiência, o autor Thiago Garcia expõe:

De fato, analisando os dispositivos legais do seu bojo, não é possível encontrar a vulnerabilidade ou a hipossuficiência na condição de pressupostos de aplicabilidade. Na verdade, bem como já decidiu o Tribunal da Cidadania, elas são alguns dos fundamentos da Lei nº 11.340/2006, motivo pelo qual é cabível

a interpretação no sentido de que são presumidas nas situações elencadas no art. 5º. (GARCIA, 2019, p. 56)

Nesse raciocínio, a desproporcionalidade física e existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente, é indiscutível, sendo assim, desnecessária seria essa comprovação.

3. DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Inicialmente, é de suma importância entender o que é uma medida protetiva de urgência, e assim, esta pode ser entendida como uma determinação do juiz para proteger a mulher em situação de violência doméstica e familiar ou na relação de afeto, tendo o magistrado o prazo de até 48 horas para conceder, conforme estabelece o art. 18, da Lei nº 11.340/2006:

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para o ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente;

III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

IV - determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor.

(BRASIL, LMP, 2006)

Nos arts. 18 e 19 da Lei Maria da Penha, encontram-se previstas as disposições gerais sobre as medidas protetivas. Por sua vez, no art. 22, das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e, nos arts. 23 e 24, à ofendida.

Cumpra salientar que essas medidas protetivas são concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como ser substituídas por outras de maior de eficácia.

Nas lições de Dias (2019), tratam-se medidas cautelares inominadas, onde visam garantir direitos fundamentais da mulher, tendo como finalidade impedir atos ilícitos e, ainda esclarece que não são acessórias de um processo principal e tão pouco vinculadas a estes.

Por oportuno, é necessário destacar que, é possível também pleitear as medidas protetivas na esfera cível, pois há a necessidade de buscar a tutela jurisdicional prevista na lei processual civil, como a tutela inibitória e a tutela reintegratória, assim, com o intuito de inibir a prática da violência e respectivamente impedir a sua continuação.

No que diz respeito às medidas que obrigam o agressor, estas estão elencadas no art. 22, da Lei Maria da Penha e o inciso I prevê a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, o que implica dizer que é uma providência assertiva por parte do legislador, pois, a restrição é válida para evitar algo pior, uma vez que se o homem agride fisicamente, no futuro é possível que ele pratica um homicídio.

Sobre o assunto em debate, é necessário fazer uma distinção entre dois termos utilizados no inciso I, do art. 22. Suspender caracteriza-se em uma privação temporária da utilização da arma; quanto ao termo restringir, subentende-se uma limitação. Desse modo, por exemplo, o juiz pode determinar que um policial porte sua arma apenas no serviço, evitando-se que a carregue para o seu lar. (CUNHA, 2015, p. 146, *apud* DIAS, 2019, p. 168)

Nesse viés, cabe destacar que dispondo o agressor da posse regular e regularização de uso, essa medida de desarmar o agressor, só pode ocorrer mediante solicitação da vítima como medida protetiva. Outrossim, considerada a situação em que a vítima teme à sua vida e denuncia este agressor à autoridade policial e justificando a necessidade de desarmá-lo, é instalado expediente que será remetido a juízo, que então no caso de deferimento, a decisão deverá ser comunicada ao órgão competente que procedeu o registro e concedeu a licença. Incumbe ao juiz assegurar a execução da medida, podendo solicitar auxílio da força policial a qualquer momento. (LMP, art. 22, §3º)

De acordo com o inciso II, do mesmo dispositivo, o agressor poderá ser afastado do ambiente familiar do qual mantinha a convivência com a ofendida, a fim de resguardar a vida desta e de seus familiares. Por sua vez, o inciso subsequente impõe algumas proibições, onde proíbe o agressor de se aproximar até determinada distância ou de manter contato com a vítima, seus familiares e testemunhas, com intuito de fazer cessar as agressões ou até de evitar possíveis coações.

Quanto à proibição de frequentar determinados lugares, tem como escopo resguardar ainda mais a integridade física e psicológica da ofendida. Também são previstas a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, sendo a equipe de atendimento multidisciplinar ouvida; da mesma forma, a prestação de alimentos provisionais ou provisórios se for o caso; assim como o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação- essa é uma medida nova, que tem como finalidade fazer o agressor refletir sobre seus atos e não mais praticá-los; por fim, o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

No tocante às medidas protetivas de urgência à ofendida, estas encontram-se previstas no art. 23, da referida Lei. Cabe à autoridade policial providenciar o deslocamento quando é determinado o encaminhamento da vítima e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento e assim está claro na própria Lei. Em relação aos incisos II e III do artigo citado acima, é imperioso destacar que a vítima tanto pode ser reconduzida ao seu lar, após o afastamento do agressor, como ser afastada deste mesmo lar mantendo seus direitos, o que é justificável. Outro ponto relevante para o debate, é sobre a obrigação alimentar que têm o homem que sustenta a casa, o que ocorre em muitos casos. Ora, não se pode desonerar deste a obrigação de sustentar a mulher e os filhos, mesmo que afastado do lar.

O legislador também se preocupou em assegurar a proteção patrimonial da ofendida, assim instituiu o art. 24, da Lei 11.340/2006, que prevê liminarmente medidas para a restituição de bens subtraídos pelo agressor; a proibição temporária de compra, venda ou locação de bens em comum; a suspensão de procuração outorgada pela vítima e a prestação de caução provisória, por perdas e danos materiais decorrentes de violência doméstica e familiar.

Nesse entendimento, menciona Dias (2019, p. 176):

No momento em que é assegurado à vítima o direito à restituição de seus bens, a referência é tanto aos bens particulares como aos que integram o acervo comum, pois metade lhe pertence. Assim, se um bem comum é subtraído pelo varão que passa a deter sua posse com exclusividade, significa que houve a subtração da metade que pertence à mulher.

Desse modo, faz-se necessário saber que não só a alienação do bem pode ser vedada, a mulher tem o direito de insurgir contra a compra de bens, ainda que estes integrem o patrimônio em comum dos cônjuges, do contrário, seria prejudicial

aos interesses da mulher e da família. A possibilidade do juiz suspender procurações outorgadas pela ofendida ao agressor, é de suma importância, pois é possível que o homem possa desviar tais patrimônios, utilizando-se dessas procurações.

No que tange à caução provisória, estabelecida no artigo em tela, garante uma satisfação de um direito que posteriormente venha a ser reconhecido em demanda judicial, contudo, trata-se de uma medida acautelatória. Por fim, todas essas medidas dispostas no art. 24, da Lei Maria da Penha, são de natureza extrapenal, que podem ser formuladas perante a autoridade policial.

4. LEI 13.827/19

É oportuno destacar que a “Lei Maria da Penha” não surgiu apenas com a pretensão de reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas, sobretudo, veio com a finalidade de atuar como um verdadeiro instrumento de prevenção e assistência às mulheres vítimas dessa barbárie e, diante desse pressuposto, as medidas protetivas de urgência previstas na norma legal, garantiram essa proteção. No entanto, na prática, o procedimento para a sua concessão depende de um rito burocrático e, considerando o seu teor de urgência, surge então a Lei 13.827/2019, que visa uma maior celeridade. Eis o teor da Lei em comento:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Art. 2º O Capítulo III do Título III da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 12-C:

“Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do **caput** deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.”

Art. 3º A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 38-A:

“Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência.

Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A inovação finalmente permitiu ao Delegado de Polícia conceder medida protetiva à ofendida, não sendo tal incumbência exclusivamente do Poder Judiciário, mas não tirou deste a sua apreciação final. Cumpre salientar que apenas uma medida protetiva pode a autoridade policial conceder: o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, ou seja, aquela prevista no art. 22, II, da Lei Maria da Penha. As demais protetivas ainda continuam sendo exclusivas do juiz.

De acordo com a exigência de dois pressupostos no dispositivo, risco atual ou iminente deve ser interpretado como aquele que deve estar presente ou prestes a acontecer, o que significa dizer que o risco ocorrido no passado não atrai essa norma. Outro ponto interessante que a atualização trouxe, foi que o legislador

protegeu apenas a vida e a integridade física da vítima (ou de seus dependentes), excluindo a integridade psicológica e moral por não mencionar estas no texto.

Assim que verificado todos os pressupostos exigidos, como o *periculum in mora* (risco atual ou iminente), *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e se o Município não for sede de comarca, é que então o Delegado concederá a medida protetiva de afastamento, devendo comunicar o juiz no prazo máximo de 24 horas, e este no mesmo prazo, decidirá se manterá ou revogará e ainda deverá dar ciência ao Ministério Público.

Diante da situação em que o Município não for sede de Comarca e não havendo Delegado disponível no momento da denúncia, a Lei menciona que o policial pode decretar a medida de afastamento, deixando portanto ampla essa interpretação. Nessa perspectiva, o autor Thiago Garcia nos ensina:

O Direito não é um fim em si mesmo! É apenas um meio para alcançar os interesses da sociedade, e a proteção da vida é um deles. Logo, se o afastamento do homem tem condição de evitar fatos graves, como a morte da vítima, ainda que seja decretado por agente público que não é autoridade, as circunstâncias especiais já apontadas legitimam esse procedimento. (GARCIA, 2019, p. 117)

Em referência à constitucionalidade da Lei nova, Garcia (2019), sustenta que apresenta uma inconstitucionalidade material, por ferir o princípio da igualdade, uma vez que mulheres em situações iguais podem receber tratamento diferente, pois aquela que for vítima de violência e seu Município for sede de comarca, sairá da Delegacia apenas com um boletim de ocorrência em mãos, sem a almejada proteção imediata, além de aguardar o prazo de 48 horas para ser remetido ao juiz o pedido, mais o mesmo prazo para este apreciar, o que somando totaliza 96 horas- tempo demais para quem está correndo perigo. Em contrapartida, a mulher que residir em Município que não seja sede de comarca, será imediatamente protegida já na Delegacia. Por fim, esclarece que na prática, apenas um pequeno grupo de mulheres será beneficiado, porque há cidades pequenas que também são sedes de comarca.

Em consonância, é o raciocínio de Neto (2019), por defender que a Lei em discussão dá tratamento distinto entre as vítimas nas mesmas situações. Nas lições de Rodrigo Foureaux, pode-se extrair:

A finalidade da lei é proteger qualquer mulher de agressões e, conseqüentemente, resguardar a sua vida e integridade física, razão pela qual incide manifesta inconstitucionalidade ao dar

tratamento diferenciado que faça incidir grupos de mulheres em proteção deficiente. (FOUREAUX, 2019)

Nesse diapasão, é imperioso destacar que foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6138 contra o art. 12-C, requerida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em maio de 2019. A Ação questiona a competência do Delegado ou o policial para determinar a medida de afastamento do agressor, sustentando que viola a liberdade do indivíduo sem o devido processo legal, bem como pode mitigar a inviolabilidade de domicílio sem observância das hipóteses constitucionais autorizadas, em dissonância com a reserva de jurisdição. Contudo, cumpre salientar que a Suprema Corte não julgou essa Ação.

Todos esses argumentos não devem prosperar, haja vista que trata apenas de uma concessão subsidiária, sem retirar do juiz a palavra final. Na lição de Guilherme de Souza Nucci, pode-se entender:

Construiu-se, por meio de lei, uma hipótese administrativa de concessão de medida protetiva – tal como se faz com a lavratura do auto de prisão em flagrante (e quanto ao relaxamento do flagrante pelo delegado). Não se retirado do juiz a palavra final. Antecipa-se medida provisória de urgência (como se faz no caso de flagrante: qualquer um pode prender quem esteja cometendo um crime). (NUCCI, 2019)

Em sentido semelhante, manifesta Rogério Sanches, ao afirmar que agentes policiais praticam rotineiramente atos que restringem direitos fundamentais de cidadãos e que nem por isso deve-se cogitar arguir a inconstitucionalidade desta prática, ademais, a decisão tomada pela autoridade policial não é soberana, sendo submetido ao juiz no prazo de 24 horas para dar o aval. (CUNHA, 2019)

Nota-se portanto, que a dignidade da pessoa humana é o que se quis privilegiar, sendo a mais importante e está acima de todos os demais princípios. Outrossim, o Delegado de Polícia é um operador do Direito, dotado de conhecimento necessário para avaliar a medida protetiva.

Destaca-se, que o §2º do art. 12-C, não prevê a liberdade provisória ao preso nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, o que na verdade é desnecessário estabelecer isso no texto da lei, pois é óbvio que a soltura é um risco, sendo assim, não justificaria o caso de lhe conceder a liberdade provisória segundo o que dispõe as regras para a decretação da prisão preventiva no Código de Processo Penal.

Por fim, a nova alteração determina ao juiz que providencie o registro da medida protetiva de urgência, o qual deverá ser feito no banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantindo o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, permitindo um maior controle das decisões tomadas em prol da mulher agredida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que a existência da violência doméstica e familiar contra a mulher seja um assunto de extrema importância e que merece uma atenção especial do Estado, criou-se em Agosto de 2006, a Lei nº 11.340, popularmente conhecida como a “Lei Maria da Penha”, considerada hoje uma das leis de maior eficácia no Brasil. Nesse contexto, a lei em comento tem como objetivo coibir, prevenir, punir e erradicar essa violência, bem como, adotar medidas protetivas de urgência, para que então essas vítimas possam ter seus direitos garantidos, de forma eficaz e mais célere.

Nessa perspectiva, a referida lei sofreu uma alteração em maio de 2019, onde facilitou a aplicação de medidas protetivas de urgência a mulheres, em casos de violência doméstica ou familiar. Logo, a Lei nº 13.827, de 13 de Maio de 2019, trouxe uma maior agilidade na concessão dessas medidas pela autoridade judicial e pela autoridade policial, quando o Município não for sede de comarca, ou pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia; contando com um prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

É indubitável que essa alteração representa um avanço no combate à violência contra a mulher, pois permite que o Delegado de Polícia conceda a medida protetiva, o que antes só o juiz poderia decretar. Dessa maneira, é muito mais eficaz o Delegado decretar já na delegacia, haja visto que este é dotado de conhecimento jurídico e que tem o primeiro contato com a vítima, assim como, não dá para esperar o agressor matar a ofendida, enquanto o juiz analisa o pedido.

Destarte, a lei dispõe sobre a protetiva relacionada apenas ao afastamento do agressor do lar ou local em que se conviva com a mulher, o que se pode afirmar que é muito limitada essa lei. Por outro lado, a nova mudança ampliou o poder do Delegado em ajudar as mulheres, porém, imperioso destacar que, poucos poderão fazer valer esse afastamento, uma vez que as capitais, as cidades grandes e algumas cidades pequenas, são sede de comarca, o que restará à vítima aguardar o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para encaminhamento do pedido ao juiz, mais o mesmo prazo para apreciação deste.

Inferese, portanto que, a Lei nº 13.827/19 carece de ajustes, sendo necessário que a medida protetiva de urgência, concedida pelo Delegado, seja possível a todas às mulheres, sem essa limitação geográfica que o dispositivo trouxe. Contudo, tratando-se da existência do risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher, é urgente o preenchimento dessa lacuna.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF, 07 de Ago. 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> . Acesso em: 20 maio. 2020

BRASIL. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 20 maio. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima**. Súmula nº 600. Terceira Seção. Data de Julgamento: 22 de novembro de 2017, ement. V. 46, p. 843. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=600&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6138/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data: 16 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6138&processo=6138>>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984**. Brasília, DF, set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 01 agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.** Brasília, DF, ago. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm >. Acesso em: 21 maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 6. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GARCIA, Thiago. **Tudo que você precisa saber sobre:** Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância. São Paulo: Rideel, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.827/19: Altera a Lei Maria da Penha para permitir a concessão de medida protetiva pela autoridade policial.** Revista Meu Site Jurídico, 2019. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/14/lei-13-82719-altera-lei-maria-da-penha-para-permitir-concessao-de-medida-protetiva-pela-autoridade-policial/> > Acesso em: 22 jun. 2020.

FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei nº 13.827/19 e a aplicação de medidas protetivas de urgência pelas autoridades policiais.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5795, 14 maio 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/73964> >. Acesso em: 23 jun. 2020.

NETO, Francisco Sannini. Medidas protetivas de urgência podem ser decretadas pelo Delegado de Polícia. **Canal Ciências Criminais, 2019. Disponível em:** < <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/708733355/medidas-protetivas-de-urgencia-podem-ser-decretadas-pelo-delegado-de-policia> >. Acesso em: 23 jun. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. **Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em:** < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo> >. Acesso em: 23 jun. 2020.

A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES DE NATUREZA CONTRATUAL AO FORNECEDOR REGISTRADO NA ATA DE REGISTRO DE PREÇO EM DECORRÊNCIA DE RESTRIÇÃO ADVINDA DE APLICAÇÃO DE PENALIDADE CONTRATUAL POR OUTRO ÓRGÃO PÚBLICO

JULIANA MELISSA LUCAS VILELA E MELO:

Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Cível e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduada, com especialização em Direito Público (Direito Constitucional) e Privado (Direito Civil). MBA em Licitações e Contratos.

ADRIANA MARTINELLI MARTINS^[1].

CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI^[2]

(coautores)

Resumo: O presente artigo tem como principal característica a análise da impossibilidade de aplicação de sanções de natureza contratual ao fornecedor registrado na ata de registro de preço, em decorrência da inviabilidade de efetivação de contrato (ou documento equivalente, tal como emissão de nota de empenho), em virtude de não manutenção das condições de habilitação, resultante de restrição inscrita no SICAF, advinda de aplicação de penalidade contratual por outro órgão público, por se configurar *bis in idem*, que seria uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira, cabendo, apenas, a consequência administrativa de cancelamento da Ata de Registro de Preço.

Palavras-chave: Ata de Registro de Preço. Impossibilidade de realização de contrato ou emissão de nota de empenho. Sanção administrativa aplicada por outro órgão público. Inviabilidade de nova penalidade. Cancelamento da Ata de Registro de Preço.

Abstract: The main feature of this article is the analysis of the impossibility of applying sanctions of a contractual nature to the supplier registered in the price registration minutes, due to the impossibility of effecting the contract (or equivalent document, such as the issue of a commitment note), due to the failure to maintain the qualification conditions, resulting from the restriction registered in the SICAF, resulting from the application of a contractual penalty by another public body, as it constitutes a *bis in idem*, which would be a second administrative sanction for those who have already suffered, for the practice of the same conduct, a first, with only the administrative consequence of canceling the Price Record Minutes.

Keywords: Price Record Minutes. Impossibility of entering into a contract or issuing a commitment note. Administrative sanction applied by another public agency. Invalidation of new penalty. Cancellation of the Price Registration Act.

Sumário: Introdução. 1. Infrações e aplicação de sanções administrativas ao licitante e ao contratado: dever da Administração Pública. 2. Ata de registro de preço: natureza jurídica pré-contratual. 3. Da necessidade da manutenção das condições de habilitação pelo fornecedor registrado na ata de registro de preço para realização de contrato (ou emissão de nota de empenho). Princípio da boa-fé objetiva. 4. Impossibilidade de penalização do fornecedor registrado em ata de registro de preço em decorrência de penalidade inserida por outro órgão no SICAF durante sua vigência. Possibilidade De Cancelamento Da Ata. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O presente estudo discorre sobre a impossibilidade de aplicação de penalidade ao fornecedor registrado na Ata de Registro de Preço, no decorrer de sua vigência, em virtude do impedimento de assinatura de contrato ou emissão de empenho, por estar o referido com restrição junto ao SICAF, decorrente de penalidade aplicada por outro órgão público resultante de descumprimentos da sua relação contratual com este.

Inicialmente, aborda-se no presente artigo o dever da Administração Pública de aplicar sanções aos licitantes e contratados, quando cometem infrações contratuais administrativas.

Em seguida, estuda-se a natureza jurídica pré-contratual da Ata de Registro de Preço, considerando tratar-se apenas de compromisso do fornecedor de realizar contrato futuro com a administração, de acordo com o preço registrado.

Após, esclarece-se a necessidade de manutenção das condições de habilitação pelo fornecedor registrado na Ata de Registro de Preço para possível realização de contrato (ou emissão de nota de empenho), em atendimento ao princípio da boa-fé objetiva.

Posteriormente, demonstra-se a impossibilidade de penalização do fornecedor registrado em Ata de Registro de Preço, pela impossibilidade de assinatura de contrato ou emissão de empenho, em decorrência de penalidade inserida por outro órgão no SICAF durante a vigência da ata, sendo viável, apenas, a medida administrativa de cancelamento da Ata de Registro de Preço.

O interesse e a escolha da temática do presente artigo originam-se da necessidade de demonstrar que a penalização de um fornecedor registrado em Ata de Registro de Preço, e que não tenha firmado contrato ou instrumento equivalente resultante desta, em decorrência de infração contratual cometida junto a outro órgão público, não é possível, pois seria caracterizado *bis in idem*, ou seja, o fornecedor seria penalizado mais de uma vez pela mesma infração.

E, por fim, o intuito do presente artigo é demonstrar que, na hipótese acima, caberia, apenas, a consequência administrativa de cancelamento da Ata de Registro de Preços, devendo a administração registrar novo fornecedor.

1. Infrações e aplicação de sanções administrativas ao licitante e ao contratado: dever da Administração Pública

A apuração de infrações e aplicação de sanções administrativas pela Administração Pública ao licitante ou contratado faltosos é uma das cláusulas constantes no edital e no contrato administrativo, que decorre do interesse público, e que se visa resguardar, uma vez que a licitação tem como um dos objetivos maiores a economicidade das contratações para o Poder Público, e a falta, acaso cometida por um licitante/contratante, pode causar dano ao erário.

Sabe-se que a Administração, diferentemente da esfera cível e particular, é totalmente regida pelo Princípio da Legalidade, ou seja, enquanto o particular só pode ser proibido de fazer algo em virtude de lei, a Administração não pode em nenhum momento dela se afastar.

Isto implica dizer que, mesmo que por vezes não se vislumbre uma efetiva lesão ao erário, a Administração não pode deixar de apurar, haja vista a indisponibilidade do dinheiro público e a determinação de apuração nos dispositivos legais, como o previsto na Lei de licitações.

Assim, destaque-se que, muito embora a legislação estabeleça expressamente que a Administração “poderá” aplicar ao licitante e ao contratado sanções, a expressão não traz uma discricionariedade ao administrador público de aplicar ou não a sanção administrativa, quando verificada a infração pelo particular, trata-se, na verdade, de um dever!

Nesse sentido, entende o TCU:

"Acórdão: 2077/2017 – Plenário

Enunciado: 20

A apuração das condutas faltosas praticadas por licitantes não consiste em faculdade do gestor público com tal atribuição, mas em dever legal. A aplicação de penalidades não se restringe ao Poder Judiciário, mas, nos termos das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, cabe também aos entes públicos que exercem a função administrativa.

Acórdão: 1793/2011 – Plenário

*9.2. determinar à (...) que: 9.2.1. oriente os gestores dos órgãos integrantes do Sisg: 9.2.1.1. a autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, **alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções**, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992'. (grifos nossos)*

Dessa forma, a única discricionariedade do Administrador está em, após o regular procedimento administrativo de apuração e constatação da falta, escolher a penalidade, dentre as sanções cabíveis e mais adequadas ao caso concreto: (i) a advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração Pública/União, estas de competência do ordenador de despesas, e, ainda: (iv) a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, de competência do Ministro de Estado.

O poder deferido ao ente público de impor sanções aos seus contratados decorre do poder disciplinar. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2006, p. 105) define tal poder como "aquele que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa".

Trata-se de uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza. Segundo há anos observa o doutrinador português Marcelo Caetano (CAETANO, 1932, p. 25), "o poder disciplinar tem sua origem e sua razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público".

2. Ata de registro de preço: natureza jurídica pré-contratual

A Ata de Registro de preços não se confunde com o contrato. Ela precede o contrato, pois possui natureza jurídica de acordo preliminar. Logo, ela nada mais é do que o compromisso que o fornecedor assume com a Administração Pública de realizar o fornecimento nas condições estabelecidas na licitação. Tal conceito está disposto no artigo 14 do Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços:

“Art. 14. A ata de registro de preços implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, após cumpridos os requisitos de publicidade”.

Nesse mesmo sentido, Joel de Menezes (Niebuhr, 2015, p.683) define com sabedoria que “...a ata de registro de preço é documento que formaliza relação pré-contratual unilateral, por meio da qual o seu signatário assume o compromisso de firmar contratos com a Administração em relação ao objeto consignado na ata, de acordo com as condições e preços ofertados por ele durante a licitação, dentro do prazo da validade da ata.”

Portanto, “Registro de Preços significa a licitação não para compras imediatas, mas para eleição de cotações vencedoras, que, ao longo do prazo máximo de validade do certame, podem ensejar, ou não, contratos de compra” (RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio, 2002, p.227).

A ata é precedente ao contrato. Inclusive, de uma Ata de Registro de preços poderão ser realizados diversos contratos (instrumento contratual ou documento equivalente), respeitados a quantidade máxima estimada.

Logo, o Sistema de Registro de Preços reveste-se de três fases: licitação, assinatura da Ata de Registro de Preços e assinatura de Contrato ou termo equivalente, conforme necessidade da Administração. Sendo assim, após ser homologada com a melhor proposta, a empresa vencedora do certame assina Ata de Registro de Preço para promessa de fornecimento futuro e incerto de bens ou prestação de serviços.

Destarte, toda vez que a Administração necessita do item registrado na Ata de Registro de Preço, um novo contrato pode ser realizado, isto é, durante sua vigência (até 12 meses), vários contratos poderão ser efetivados, de acordo com a necessidade do órgão contratante. Pode, ainda, ser elaborado um único contrato, com prazo longo e prorrogável, o qual transmudará a característica de ata para relação contratual.

Quanto a manutenção da ata com realização de sucessivos contratos, esclarece-se que, em regra, na prática, a minuta de contrato é substituída por nota de empenho, nos termos do permissivo legal contido no artigo 15 do Decreto nº 7.892/2013 e no caput do art. 62 da Lei nº 8.666/93, observada a recomendação contida no § 2º do mesmo artigo, *in verbis*:

“Art. 15. A contratação com os fornecedores registrados será formalizada pelo órgão interessado por intermédio de instrumento contratual, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento hábil, conforme o art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 2º Em “carta contrato”, “nota de empenho de despesa”, “autorização de compra”, “ordem de execução de serviço” ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei”.

Desta feita, após a assinatura de contrato ou emissão da nota de empenho pela Administração Pública, a relação existente passa a ser contratual. Contudo, sem a referida, entende-se que há relação apenas pré-contratual.

3. Da necessidade da manutenção das condições de habilitação pelo fornecedor registrado na ata de registro de preço para realização de contrato (ou emissão de nota de empenho). Princípio da boa-fé objetiva.

Como é cediço, antes de qualquer contratação para prestação de serviços ou pagamento à fornecedor, deve a Administração verificar no SICAF sua viabilidade, sem prejuízo de nova consulta ao CADIN, conforme disposto no artigo 30 da Instrução Normativa nº 03, de 26 de abril de 2018:

“Art. 30. Previamente à emissão de nota de empenho, à contratação e a cada pagamento, a Administração deverá realizar consulta ao Sicaf para identificar possível suspensão temporária de participação em licitação, no âmbito do órgão ou entidade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como ocorrências impeditivas indiretas, observado o disposto no art. 29”.

Sendo assim, no decorrer da vigência da Ata de Registro de Preço, e anteriormente à assinatura de instrumento de contrato ou emissão de nota de empenho, deve a Administração consultar se a empresa (que possui seu preço registrado) mantém em dia toda a documentação exigida na fase da licitação.

Nesse sentido, transcreve-se a norma prevista no art.14, do Decreto n. 7.892/2013, segundo a qual “a ata de registro de preços implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, após cumpridos os requisitos de publicidade”.

Quando a Administração resolve utilizar o sistema de registro de preços para atender as suas necessidades, presume-se que tenha realizado previamente um planejamento, com o intuito de verificar a melhor solução e o quantitativo estimado que poderá ser contratado.

Diante disso, entende-se que a boa-fé é um dos principais elementos que direciona a relação jurídica essenciais que norteiam a relação jurídica formada entre à Administração e o particular que participará da licitação, com interesse em efetivar contrato com aquela.

A conduta das partes deve ser orientada, conforme discorre Pablo Stolze (GAGLIANO, 2017, p.406) por uma “diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídica”. Segundo a doutrina, a boa-fé subjetiva consiste no estado de ânimo do sujeito que pratica determinado ato - animus; a boa-fé objetiva traduz-se em regra de comportamento, de conteúdo ético e juridicamente exigível.

É sabido, como já dito, que não existe um vínculo contratual com assinatura da ata de registro de preços. Todavia, as partes envolvidas no liame jurídico se encontram em posições próprias, devendo ser fiéis às obrigações assumidas, estabelecendo uma relação baseada na confiança que, conseqüentemente, produz segurança jurídica.

Contudo, nessas situações a atuação dos envolvidos deve ser direcionada pela boa-fé, em especial no sentido objetivo, de forma que a Administração se

compromete a efetivar as contratações futuras com o fornecedor registrado (e que foi o primeiro classificado no procedimento licitatório), e o licitante vencedor responsabiliza-se pela obrigação de fornecer seus bens e/ou serviços pelo valor e quantidade registrados.

Assim, fundamental a manutenção de tais compromissos sustentados pela boa-fé objetiva, que requer das partes agir conforme a confiança depositada, segundo a manifestação de vontade anterior, exceto na situação em que o valor registrado se torne menor que o do mercado, e, por tal razão, não possa ser exercido pelo fornecedor pois se tornou inexecutável.

Outrossim, importante enfatizar que a ata de registro de preços é documento vinculativo, de caráter obrigacional.

Além disso, não se pode permitir que a Administração alimente falsas expectativas aos licitantes, se utilizando incorretamente do sistema de registro de preços, sem qualquer planejamento, e sem uma motivação adequada. Da mesma forma, não se pode permitir que o particular tenha comportamentos contrários, os quais venham a frustrar a expectativa que gerou no órgão licitante, por meio da sua anterior manifestação de vontade. É a chamada “Teoria dos atos próprios – *venire contra factum proprium*”.

Nessa linha de pensamento, Flávio Tartuce (TARTUCE, 2017, P.424) nos ensina que “pela máxima *venire contra factum proprium non potest*, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva”.

Portanto, deve o licitante vencedor, que possui seu preço devidamente registrado, se manter apto a uma possível assinatura contratual (ou a emissão de nota de empenho), a fim de que seja mantida a segurança jurídica do ajuste.

4. Impossibilidade de penalização do fornecedor registrado em ata de registro de preço em decorrência de penalidade inserida por outro órgão no SICAF durante sua vigência. Possibilidade de cancelamento da ata.

Diante do exposto, em um primeiro momento, aparenta-se que, ao ser realizada a verificação da regularização do fornecedor registrado na ata junto ao SICAF e, constatada sua impossibilidade de contratar com o poder público, esse sofreria uma das penalidades previstas na Ata de Registro de Preço, conforme disposto no artigo 5º, X, do Decreto nº 7892/2013.

Contudo, a aplicação de uma sanção pelo(s) órgão(s) que possui(em) esse fornecedor registrado em ata, em decorrência de impossibilidade de emissão de empenho ou assinatura de contrato, por estar o mesmo com restrição junto ao SICAF decorrente de penalidade aplicada em relação contratual com outro órgão, configuraria *"bis in idem"*, pois, se órgão diverso penalizou a contratante por conduta inadequada naquele contrato específico, não cabe aos outros órgãos (que possuem o fornecedor registrado em ata) também penalizá-lo em contratos que não chegaram sequer a serem assinados, pois resultaria em um efeito cascata de penalidades.

O princípio do *non bis in idem* assegura que uma punição administrativa já aplicada por um órgão afastará outra possível, por outro órgão, e pelo mesmo acontecimento, em razão de já ter o apenado sido penalizado por aquele fato.

Nesse sentido, Mello (MELLO, 2007, p. 210) aponta que a vedação ao *bis in idem* "impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira [sanção]." Sendo assim, não há a possibilidade de um novo órgão impor uma nova sanção por fato idêntico.

Vejamos, nessa mesma linha, o entendimento do Tribunal de Contas da União no Acórdão 11909/2011 da Segunda Câmara:

*"A aplicação de multa por tribunal de contas municipal obstaculiza a imposição de nova sanção pelo TCU se as ocorrências examinadas no órgão federal constituíram fundamentos para apenação do gestor no órgão de controle externo municipal. **Nesse contexto, incide o princípio do non bis in idem, que não permite a apenação de dado responsável duas vezes pelo mesmo fato sob idêntico fundamento**". (grifo nosso)*

Nestes termos, a ausência da documentação exigida, durante a vigência da Ata de Registro de Preço, antes da assinatura de novo contrato (ou emissão da nota de empenho), por estar o fornecedor com restrição junto ao SICAF, decorrente de penalidade aplicada por outro órgão, enseja apenas o cancelamento da ata de registro de preço previsto no art. 20, IV, do Decreto nº 7892/2013. *In verbis*:

"Art. 20. O registro do fornecedor será cancelado quando:
I - descumprir as condições da ata de registro de preços;

II - não retirar a nota de empenho ou instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração, sem justificativa aceitável;

III - não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese deste se tornar superior àqueles praticados no mercado; ou

IV - sofrer sanção prevista nos incisos III ou IV do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, ou no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

Parágrafo único.

*O cancelamento de registros nas hipóteses previstas nos incisos I, II e IV do **caput** será formalizado por despacho do órgão gerenciador, assegurado o contraditório e a ampla defesa". (grifo nosso)*

Assim, resta clara ausência de amparo legal para aplicação de qualquer sanção de natureza contratual ao fornecedor que tem seu preço registrado em ata, e que impossibilitou à administração realizar contrato com este (ou emitir nota de empenho em favor deste) por ter sido aplicada penalidade contratual por outro órgão público, pois tanto o art. 87 da Lei nº 8.666/93 quanto o art. 7º do Decreto Lei nº 10520 referem-se à infrações decorrentes de inexecuções contratuais, o que não pode lhe ser aplicado, já que nem mesmo chegou a ser firmada relação contratual.

Salienta-se que cancelar o registro do fornecedor consiste em uma providência administrativa legalmente determinada, e não possui a mesma estatura das reprimendas a que aludem as legislações supracitadas, devendo ser realizada uma interpretação restritiva sob a égide dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Acerca da matéria, Gilberto Pinto Monteiro Diniz (DINIZ, 2014, p.79) conclui; "... o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso constitui baliza para a prática de atos administrativos, cuja execução deve ser dotada na exata medida, para atingir o fim maior almejado pela Administração, o interesse público. Tal princípio ganha exponencial relevo e importância, em se tratando de atos de imposição de sanções, quando a Administração deve adotar providências adequadas e razoáveis para consecução dos fins pretendidos. O princípio da proporcionalidade, com efeito, consta expressamente no inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999 que assim dispõe: "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações,

restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Conclui-se, portanto, que é incabível a aplicação de outra penalidade em virtude do impedimento de emissão de empenho ou assinatura de contrato, por estar o mesmo com restrição junto ao SICAF, decorrente de penalidade aplicada por outro órgão, sob pena de se configurar *“bis in idem”*, e por não poder ser aplicadas as penas referentes a descumprimento contratual, por se tratar de relação pré-contratual, cabendo, apenas, a medida administrativa de cancelamento da ata de registro de preço.

Considerações Finais

A Administração Pública, embora a legislação disponha quanto a possibilidade de aplicação de sanção ao licitante e ao contratante, tem o dever de realizá-la, quando verificada a existência de cometimento de infração pelo particular, não sendo, portanto, uma discricionariedade do administrador.

Todavia, quando a relação firmada entre o particular e a Administração Pública foi estabelecida através de uma Ata de registro de preço, essa não pode ser confundida com contrato, já que precede a esse, e tem natureza jurídica de acordo preliminar, ou seja, é uma relação pré-contratual. Sendo assim, ela é apenas um compromisso do fornecedor perante à Administração de fornecer nas condições estabelecidas na licitação.

Desta feita, apenas após a assinatura de contrato ou emissão da nota de empenho pela Administração Pública, decorrentes da Ata de Registro de Preço, é que a relação existente entre as partes passará a ser contratual.

No entanto, é certo que, no decorrer da vigência da Ata de Registro de Preço, há a necessidade da manutenção das condições de habilitação pelo fornecedor registrado, sendo essa uma condição para realização de contrato (ou emissão de nota de empenho). Por tal razão, anteriormente à assinatura do instrumento contratual (ou equivalente), a Administração tem o dever de consultar se a empresa (que possui seu preço registrado) mantém em dia toda a documentação exigida na fase da licitação.

Salienta-se que é obrigação das partes (administração e particular) manter os compromissos sustentados pela boa-fé objetiva, ou seja, devem agir conforme a confiança depositada. Assim, deverá a Administração se comprometer a efetivar as contratações futuras com o fornecedor registrado (e que foi o primeiro classificado no procedimento licitatório), bem como terá o licitante vencedor que se

responsabiliza pela obrigação de fornecer seus bens e/ou serviços pelo valor e quantidade registrados.

Portanto, deve o licitante vencedor, que possui seu preço devidamente registrado, se manter apto durante a validade da ata de registro de preço para uma possível assinatura contratual (ou emissão de nota de empenho), a fim de que seja mantida a segurança jurídica do ajuste.

Contudo, em que pese essa obrigação de manutenção das condições de habilitação pelo licitante registrado, anteriormente à assinatura do contrato ou da emissão da nota de empenho, quando da verificação das referidas condições, em principal junto ao SICAF, certo é que a existência de penalidade aplicada em relação contratual desse fornecedor com outro órgão não possibilita a aplicação de uma sanção pelo(s) órgão(s) que possui(em) esse fornecedor registrado em ata, em decorrência de impossibilidade de emissão de empenho ou assinatura de contrato (por estar o mesmo com restrição junto ao SICAF), pois tal se configuraria "*bis in idem*", já que órgão diverso já o penalizou por aquele referido ato. Não caberia aos outros órgãos (que possuem o fornecedor registrado em ata) também penalizá-lo em contratos que não chegaram sequer a serem assinados, pois resultaria em um efeito cascata de penalidades.

Assim, a ausência da documentação exigida do fornecedor registrado na Ata de Registro de Preço, durante sua vigência, antes da assinatura de novo contrato (ou emissão da nota de empenho), por estar o fornecedor com restrição junto ao SICAF, decorrente de penalidade aplicada por outro órgão, enseja restritivamente apenas o cancelamento da ata de registro de preço previsto no art. 20, IV, do Decreto nº 7892/2013

Desta monta, conclui-se pela impossibilidade de aplicação de outra penalidade ao fornecedor nessa situação, cabendo, apenas, a medida administrativa de cancelamento da ata de registro de preço.

Referências

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

Decreto nº 7.892/2013, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm

CAETANO, Marcelo. Do poder disciplinar. Lisboa, 1932.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. Registro de Preços – Análise da Lei nº 8.666/93, do Decreto Federal nº 7.892/13 e de Outros Atos Normativos – 2 ed. Fórum. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contratos Administrativos, 4. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Manual prático das licitações: Lei nº 8.666/93. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2017. pág. 424.

NOTAS:

[1] Advogada Pública com atuação em Direito Administrativo, Civil e Trabalhista, e na área da saúde. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Pós-graduada lato sensu - Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para Ensino no Magistério Superior, pós-graduada lato sensu - MBA Profissional em Comportamento Organizacional, pós-graduada Lato Sensu em Gestão Estratégica, Inovação e Conhecimento. (e-mail: adriana.martins@ebserh.gov.br);

[2] Advogado Público. Graduação - Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduado em Direito Civil UFRGS e pós-graduado direito público - faculdade anhanguera. (e-mail claudio.maldaner@hotmail.com).

REDAÇÃO: REDAÇÃO OFICIAL

VIRGÍNIA PAULA RODRIGUES DO CARMO:

Servidora do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO - Ministério Público de Minas Gerais. Bacharel e licenciada em Geografia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Português pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli.

Resumo: O homem é capaz de pensar, então há uma necessidade de comunicar, de expressar, e como a escrita é o meio utilizado, pelo homem, para expressar seus pensamentos e sentimentos, vem a necessidade de estudar e compreender a arte de redigir. Redigir é uma ação importante para a comunicação, e no caso da redação oficial, pela necessidade de se fazer uma comunicação clara, objetiva e eficaz. O servidor público tem uma obrigação de redigir bem, em respeito ao princípio da eficiência. Em geral, as pessoas têm grande dificuldade em redigir, mas neste Artigo há de se concluir que redigir é hábito, e que é possível redigir, pois não é uma questão de vocabulário rebuscado, mas sim vocabulário que transmita com clareza o que realmente deseja exprimir. Será abordado sobre as principais dúvidas que surgem na hora de redigir uma correspondência oficial, tais como, pronomes de tratamento, vocativo, signatário, entre outras. Através de uma Pesquisa Bibliográfica, será exposta as informações mais importantes acerca da redação, de modo a propiciar os conhecimentos necessários ao aprendizado não somente da teoria da redação, como da sua aplicação, do seu aperfeiçoamento, como meio de incentivo à criatividade intelectual.

Palavras-chave: redação, clareza, objetividade.

Abstract: Man is able to think, so there is a need to communicate, to express, and as writing is the means used by man to express his thoughts and feelings, there is the need to study and understand the art of writing. Writing is an important action for communication, and in the case of official writing, due to the need to make a clear, objective and effective communication. The public servant has an obligation to write well, respecting the principle of efficiency. In general, people have great difficulty in writing, but in this Article it must be concluded that writing is a habit, and that it is possible to write, as it is not a matter of elaborate vocabulary, but vocabulary that clearly conveys what you really want to express. It will be addressed the main doubts

that arise when writing an official correspondence, such as, and pronouns of treatment, vocative, signatory, among others. Through a Bibliographic Research, the most important information about writing will be exposed, in order to provide the necessary knowledge to learn not only the theory of writing, but also its application, its improvement, as a means of encouraging intellectual creativity.

Keywords: writing, clarity, objectivity.

Sumário: Introdução 1 Redação e seus pressupostos. 1.1 A importância de redigir. 1.2 Dificuldades encontradas no ato de redigir. 1.3 Possibilidade de prática em redação. 2 Redação oficial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A necessidade de conhecer melhor a língua materna e ter um certo conhecimento acerca de redação é ressaltado por Castelo Branco (1983, p.27) quando diz que ninguém vive isolado em uma ilha, sem se comunicar com os vizinhos, que não é preciso que o cidadão seja um gramático ou um escritor, conhecendo todas as regras da arte de escrever, mas é necessário que tenha conhecimento suficiente para a convivência social, que faz parte do homem civilizado. Diz ainda que "Se conhecer bem a língua materna é dever do cidadão civilizado, mais do que dever é necessidade premente para quem dela usa na sua profissão". Para tanto é preciso preocupar-se com o ensino no sentido de devolver a ação de escrever sua essência fundamental de expressão humana, que é a comunicação.

É necessário compreender a importância da prática da leitura e da escrita, não como uma obrigação, mas como um diferencial competitivo para o mercado de trabalho, para a formação de opiniões e para o aumento do conhecimento de cada um. Afinal, mesmo com toda evolução tecnológica, é através da escrita, da redação que podemos expressar nossas ideias, como também podemos ler o que as outras pessoas escrevem possibilitando nossa melhoria cognitiva e intelectual.

É comum encontrar situações, principalmente em repartições públicas, ou em lugares onde há atendimento ao público, em que as pessoas são prolixas, não conseguem dizer do que precisam, e no caso de ter de expressar por escrito as suas necessidades, como uma petição, uma justificativa, a dificuldade é maior ainda. Há situação também que as pessoas sabem falar, têm o pensamento, mas não sabem como escrever, normalmente sentem dificuldade e insegurança em "colocar no papel", pelo simples fato de não ter o hábito de redigir. Esse estudo poderá proporcionar um conhecimento melhor sobre as técnicas de redigir, para que os

pensamentos possam ser organizados da melhor forma e expressados de maneira mais clara e objetiva.

Este trabalho, acerca de redação em prosa, em que o objetivo maior é propiciar a boa comunicação, principalmente no âmbito profissional, objetiva demonstrar sobre o valor e significado de redigir, com intuito de comunicar com clareza e eficácia, levar a pessoa a perceber que redigir é uma ação que está ao alcance de todos, desde que queiram, e tenham pré-requisito necessário, ou seja, ser alfabetizado/letrado. Deve-se escrever bem pra comunicar bem, uma vez que ao homem foi dado o dom de expressar pensamentos e opiniões.

Um fato determinante na escolha do tema redação, e de maneira mais específica sobre redação oficial, as particularidades ou peculiaridades da correspondência oficial, com tantas formalidades e padronizações. Com esse estudo, busca-se entender melhor essas características. Importante ressaltar que uma vez mal redigida uma correspondência, faltando clareza na comunicação, seu objetivo não será atingido.

A linguagem falada é muito dinâmica, reflete de forma imediata o pensamento, podendo complementá-lo ou retificá-lo também de imediato, o que não ocorre na linguagem escrita, que é a mais usada no dia a dia de um servidor público, uma vez que tudo o que se faz, precisa e deve ser documentado.

A busca da eficiência na prestação do serviço público, do aprimoramento profissional, da responsabilidade nas funções desempenhadas leva ao anseio do servidor público por um suporte em suas atividades profissionais, como, por exemplo redigir, endereçar e encaminhar correspondências, uma vez que o trabalho do servidor público deve ser executado sem erros e também sem demora desnecessária, para não prejudicar os interessados.

A metodologia utilizada para este estudo foi qualitativa, através de revisão literária de obras pertinentes ao tema abordado, com opção pela pesquisa bibliográfica, com levantamento do referencial teórico, seleção desse material e organização dos dados levantados.

1 A Redação e seus pressupostos

Na oportunidade que ora se oferece de apresentação desse estudo, é proveitoso e esclarecedor iniciar com a definição de escrita, segundo Higounet (2003, p.9) "escrita é, acima de tudo, um procedimento do qual atualmente nos servimos para imobilizar, para fixar a linguagem articulada, por essência fugidia..." Trata-se de uma forma de guardar a palavra, mesmo que não tenha sido proferida, é uma forma

de externalizar o pensamento, é o que já fazia o homem primitivo com os mais simples traços desenhados em pedra ou papel.

A escrita sempre tem estreita relação com a oralidade, ou seja, com a linguagem falada, ou ainda com a necessidade de comunicar, de expressar. Essa necessidade de comunicação é fruto da capacidade de pensar do ser humano, logo transmitir seus pensamentos, expor suas ideias, expressar seus sentimentos, desejos e necessidades e se fazer entender.

Diante da necessidade de um meio de expressão permanente, o homem primitivo recorreu a engenhosos arranjos de objetos simbólicos ou a sinais materiais, por vezes com simples traços ou desenhos feitos em pedra. Alguns povos primitivos utilizaram meios de expressão momentâneos para comunicar-se, como por exemplo, na África e na Melanésia utilizavam o tambor para transmitir notícias rapidamente.

Hoje através das letras, de acordo com cada idioma, são formadas as palavras carregadas de significado. De uma forma mais particularizada podemos citar também siglas, abreviaturas até sinais padronizados, como as sinalizações de trânsito, o pedido de silêncio nos hospitais, etiquetas de frágil. Aprofundando um pouco mais, podemos lembrar, dentre outros, dos sinais, hoje muito usados na linguagem virtual, como as carinhas demonstrando estar feliz, triste, irritada, etc.

Na redação oficial, além do texto propriamente dito, encontramos carimbos ou etiquetas como por exemplo: urgente, em branco, cancelado, reservado, sigiloso e outros que são bastante significativos, objetivos e vastamente usados no serviço público e que são muito eficazes na comunicação.

Da mesma forma que o conjunto de sinais utilizados na escrita evolui, também evolui o meio de guardar informações. O que antes era desenhado em pedra como forma de imobilizar, de fixar a linguagem, em nossos dias, é, além da escrita, em meios magnéticos, como gravadores, *Cds, pen drives*, etc.

É muito comum nos tempos de hoje, o uso de programas como *MSN, Skipe, whatsApp, e-mail, facebook* entre outros meios cibernéticos que são destinados à comunicação, tamanha é a necessidade do ser humano em comunicar, seja com amigos ou profissionalmente.

Para falar, usamos o corpo todo, mexemos as mãos e a cabeça, modificamos a voz, enfim, usamos vários recursos que não tem como usar na linguagem escrita. Por isso, uma coisa é falar com alguém que está à nossa frente e que, com um simples gesto ou olhar, nos informa que está entendendo tudo; ou caso contrário podemos retificar instantaneamente; outra coisa muito diferente é escrever.

Na escrita é necessário que as ideias estejam claras, é preciso fazer com que a outra pessoa entenda bem o que queremos expressar. Para redigir um bom texto, é preciso bastante leitura para ampliar o vocabulário, e praticar a redação. Exige dedicação, esforço e concentração, pois é necessário escrever, ler, modificar, acrescentar frases, tirar frases até a ideia ficar exposta com clareza.

Vale dizer que neste artigo, foi abordado a redação em prosa, com objetivo de uma boa comunicação, para Castro (1988, p.8) a forma e o conteúdo do texto dependem da intenção de quem escreve, do objetivo que se quer atingir. Esse objetivo é diferente quando se conta um fato (narrativa); se caracteriza um ser ou objeto (descrição); se expressa uma opinião sobre determinado assunto (dissertação); ou quando se utiliza como veículo de comunicação a expressão escrita (correspondência). Em se tratando de texto, a qualidade não contém nenhum juízo de valor preso a produção artística, e sim com as características de coesão, clareza e concisão, para que seja cumprido seu objetivo primordial, a comunicação.

1.1 A importância de redigir

Ler e escrever corretamente é um diferencial no mercado de trabalho, mesmo que não tenha necessidade, dependendo da profissão, que se faça uma narrativa, uma dissertação ou algo do gênero, mas sempre haverá necessidade, mais cedo ou mais tarde, de se redigir uma ata, um ofício, um comentário, um comunicado, entre outros.

Vivemos numa sociedade letrada que exige o domínio da língua escrita. Se alguém quiser investir numa carreira profissional, deve desenvolver essa capacidade, pois todos podem aprender a escrever bem, é questão de prática. Não se trata de aprender a ser poeta ou escritor, o que exige bem mais da pessoa. É possível aprender, em pouco tempo, as técnicas básicas para escrever bem, se expressar de modo claro, redigir um relatório de trabalho, uma correspondência comercial, um trabalho para a faculdade, uma redação para concurso. Uma forma, é ler bastante, e com atenção para ver como outras pessoas elaboram seus textos, e praticar.

A competência de escrever de forma fluente, clara, sem cometer erros grosseiros de ortografia ou concordância enriquece muito o currículo profissional, pois o modo como alguém se expressa é uma espécie de cartão de visitas, podendo causar boa ou má impressão à primeira vista. Num mundo como o nosso, em que a comunicação é fundamental, saber escrever bem é um requisito indispensável para o sucesso profissional.

1.2 Dificuldades encontradas no ato de redigir

Importante salientar que apesar da importância de redigir, as pessoas encontram muitas dificuldades em fazê-lo. Quando há necessidade de colocar as ideias no papel, apesar de ter o pensamento já pronto, sentem dificuldades em escrever. Essa dificuldade ou insegurança advém da falta de prática, e até mesmo da falta de leitura, com conseqüente pobreza de vocabulário. As pessoas não disponibilizam de tempo para ler, além do que têm a facilidade de receberem informações através de aparelhos mais rápidos, como a televisão, vídeos, internet, etc.

Para Cópia (s.d, p.11) a distância entre a pessoa e a redação vai criando uma barreira, às vezes até mesmo psicológica, que pode bloquear qualquer possibilidade. Aconselha, ainda, que não se deve acovardar em frente a um tema recebido, é preciso desenvolvê-lo de acordo com o conhecimento, ou aprimorar esse conhecimento para então desenvolver a redação.

Castelo Branco (1983, p. XIII) acredita que a arte de escrever está em plena decadência, sendo poucas as pessoas que não encontram dificuldades, e aponta outra causa como o atual desvirtuamento do ensino da língua materna, muitas regras teórica e falta de exercícios práticos.

Para Castro (1988, p.7) "a linguagem falada está se reduzindo cada vez mais ao estritamente necessário, aos "nés" e "tás". Como a palavra escrita não se reduz, mais e mais afasta-se do cotidiano das pessoa" Uma vez que a linguagem escrita é reflexo do pensamento, se a linguagem falada fica reduzida, logo a dificuldade em escrever conseqüentemente aumenta bastante.

Atualmente, podemos perceber claramente o fato de que uma linguagem paralela nasceu com o uso intenso da informática: abreviaturas, supressão de acentos e pontuação. Tudo isso, de fato, torna a comunicação mais ágil, principalmente nesses programas em que os jovens se comunicam. Mas pode-se observar que, com o passar do tempo e a popularização dessa forma de comunicação, as pessoas têm empobrecido seu vocabulário e, conseqüentemente perdido a capacidade de escrever corretamente e de empregar palavras e termos certos nos textos.

Com o hábito de escrever como se fala, e abreviando para ser mais ágil, a gramática vai ficando muito distante, e os erros de ortografia começam surgir, de forma bastante grosseira. Na verdade, é que nesses casos, a língua escrita se confunde com a língua falada, o que não deve acontecer, pois aprendemos a falar naturalmente, sem regras, apenas repetindo o que ouvimos, o que não acontece na linguagem escrita.

1.3 Possibilidade de prática em redação

Agora que se entende a importância de redigir, pode-se amenizar as dificuldades encontradas, pois redigir é o simples ato de transferir para o papel as ideias, os pensamentos. Aqui vale citar as palavras de Cópia (s.d, p.11) "Redação não comporta a menor genialidade, mas sim o hábito de escrever, baseado em exercícios." No momento de falar, todos o fazem sem temor, mas quando se trata de escrevê-las, as pessoas encontram muitas dificuldades, de sorte que essa falta de confiança é adquirida com a falta de prática.

É bom salientar que quando se fala em escrever, existem vários tipos de redação, em prosa, em verso, carta, entre outros. Nesse trabalho será dada ênfase na redação em prosa, com objetivo de comunicar o necessário de maneira objetiva.

A própria escolha das palavras, na redação de um texto, é motivada pela intenção: no texto narrativo, utilizam-se verbos que indicam ação e palavras que definem o tempo e o espaço; no texto descritivo há o predomínio dos adjetivos e dos verbos de estado; no texto dissertativo, a grande maioria dos verbos exprime deíxa de julgamento, avaliação, definição, contestação, verificação: na correspondência empregam-se termos adequados às várias situações de comunicação.

Para Faulstich (1993, p.9) "Produzir texto é uma das tarefas mais complexas. De fato não possui uma receita infalível para tal, bem como os modelos os quais que podem ser seguidos. Redigir exige requisitos próprios, tais como, saber ler e saber entender". Assim sendo, em um primeiro momento, qualquer redator deve motivar-se a partir da leitura de bons textos para, com base no "velho" criar o "novo". Deve saber que, só depois do entendimento das ideias as quais vai expor, é-lhe possível extrapolar e criar seu texto, segundo um plano pré-elaborado, uma vez que todas as ações corriqueiras são, normalmente planejadas, pois a escrita é um ato corriqueiro.

Em quase todos os livros pesquisados, os autores são unânimes em afirmar essa possibilidade das pessoas escreverem. Para Castro (1988, p.7) "Ao contrário do que se pensa, a palavra escrita não é um dom de iluminados, é uma simples consequência do ato de pensar. Por que pensar, se o que se imagina ou concebe não é compartilhado? Só pode ser compreendido quem se faz compreender."

Embora para Castelo Branco(1983, p. XI) redigir tenha algumas teorias, ele também acredita que não é uma tarefa tão difícil assim. "Desvendados os segredos da redação, qualquer pessoa será capaz de escrever corretamente as mais diferentes composições." A atividade intelectual está ao alcance de todos os homens inteligentes, ainda que sejam bastante jovens ou bastante idosos, ainda que possuam

cursos universitários ou sejam apenas autodidatas, ainda que morem nos grandes centros ou residam no interior, em povoados ou em lugares distantes.

Para Castro (1988, p.8) é através da prática que se atinge o domínio de uma atividade, essa prática, esse aperfeiçoamento é conseguido através da leitura, quando se tem a oportunidade de observar as diferentes técnicas de redação, a forma como se organizam os diferentes elementos dentro de um texto, os recursos expressivos disponíveis; da reflexão, a partir da qual surgem as ideias; e da discussão, quando o debate dessas ideias pode levar a um resultado enriquecedor, e sem dúvidas a leitura enriquece o vocabulário, trazendo mais alternativas que facilitam a expressão do pensamento.

Outro aspecto a ser considerado é o fato de o texto não nascer pronto. Ele é resultado de um trabalho não só mental, mas também físico, no sentido de que o texto é feito, refeito, emendado, na procura da melhor forma para expressar a mensagem que se quer transmitir, redigir é fruto de um trabalho constante e, até certo ponto, moroso, pois a ideias não surgem prontas, elas precisam ser trabalhadas, aperfeiçoadas.

O ideal, num primeiro momento é “jogar” no papel o pensamento, mesmo que desordenado, e depois organizar as ideias, acrescentar outras coisas que vão surgindo, retirar o excesso, “lapidar”. O texto baixo mostra uma comparação muito interessante.

Catar feijão se limita com escrever:

joga-se os grãos na água do alguidar

e as palavras na folha de papel

e depois, joga-se fora o que boiar.”

(João Cabral de Melo Neto. Poesias Completas) em (CLAVER, 2006. 179p.)

Muitas vezes uma ideia sobre determinado assunto pode perder-se no meio do emaranhado de frases mal construídas e do discurso mal formulado. Porém para comunicar-se com eficácia é importante saber articular adequadamente o pensamento, principalmente, ao redigir. É preciso estruturar de modo apropriado as ideias, e expressá-las de forma a obter a melhor comunicação possível com quem vai ler o que foi escrito. A expressão escrita bem desenvolvida e aprimorada não é um dom, é uma possibilidade para todos, através do exercício.

Com relação à qualidade do texto Castro (1988, p.8), ensina que primeiramente, o texto deve apresentar uma ligação lógica entre as palavras, orações, períodos, parágrafos; que todas as suas partes devem articular-se para formar uma unidade, onde tudo gira em torno de uma ideia principal, ou seja, é o que se chama de coesão. Um texto também deve ser coerente, apresentando uma relação harmoniosa entre suas partes, as ideias devem desenvolver em uma ordem lógica, conectadas, com nexos e sem contradições.

O texto deve ser claro, para que o pensamento expresso possa ser entendido sem problemas por quem lê, deve fazer acontecer uma comunicação. Deve-se buscar palavras adequadas, que traduzem de maneira mais fiel possível o que se está pensando, que encerre exatamente o significado que se procura, e não usar uma linguagem muito rebuscada.

Outro fator importante para melhorar o texto é a concisão, ou seja, é a qualidade que o texto apresenta quando comunica o essencial, sem se perder em palavras supérfluas, adjetivação excessiva e períodos grandes, evitando a prolixidade. Deve haver objetividade, escrevendo o necessário.

Em geral, no serviço público a necessidade de redigir é de acordo com o assunto já solicitado pela chefia imediata. A linguagem técnica, que deve ser utilizada por profissionais, não deve ser usada aleatoriamente, pois torna o texto de difícil entendimento. Escrever tecnicamente exige uma experiência ou conhecimento anterior, como por exemplo a redação forense, que é bem específica da área de Direito.

Para Castelo Branco (1983, p.47) a redação forense, como qualquer outra redação, depende do conhecimento pelo bacharel em direito das regras gramaticais da língua portuguesa, pelo menos das mais necessárias (concordância, ortografia, pontuação, acentuação), capazes de dar forma e sentido aos trabalhos escritos, próprios da profissão. Não basta pois saber escrever, mas também saber apresentar o que foi escrito, com o devido cuidado com a estética e padronizações, pois é preciso lembrar que o magistrado não pode perder tempo com a leitura de grossos calhamaços, mal redigidos. O objetivo almejado provavelmente não vai ser conseguido, com o prejuízo aliás do próprio advogado.

2 Redação oficial

Nesse estudo é interessante lembrar o conceito de correspondência oficial, que conforme Lima (2005, p.2) “[...] é a comunicação que se estabelece oficialmente entre expeditor e receptor que representem, ou pelo menos um deles, algum órgão da Administração Pública”.

Já que na redação oficial está se representando algum órgão da Administração Pública, a liberdade é restringida, pois há regras ou padronizações a serem respeitadas. Essas correspondências obedecem as normas regeadoras das comunicações escritas das repartições pública, sua redação é, portanto, padronizada, alterando-se apenas o conteúdo específico de cada comunicação.

A redação oficial é a maneira que o Poder Público redige correspondências e comunicações em geral, e de acordo com o Manual de redação da Presidência da República (2018, p.16), deve caracterizar-se pela clareza, precisão; objetividade; concisão; coesão, coerência; impessoalidade; formalidade, padronização; e uso da norma padrão da língua portuguesa. Esses atributos, fundamentalmente são norteados por princípios dispostos na Constituição Federal, no art. 37 que dispõe:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:...”

Ao introduzir os estudos acerca de redação oficial, é mister dizer da importância dos papéis ou documentos, e da responsabilidade da pessoa que o produz ou manuseia tem sobre ele. O funcionário não pode escrever levemente. Há instruções para que não ocorram erros, pois podem ser responsabilizados pelo serviço que executam.

As comunicações oficiais devem apresentar formalidade principalmente no uso do pronome de tratamento, em respeito a hierarquia existente na administração pública. É importante também o cuidado de não se cometer erros, principalmente de grafia e concordância.

Para elucidação de algumas dúvidas frequentes na hora de redigir, e evitar erros, principalmente de grafia, é necessário ter em mãos um dicionário e uma gramática, é bom procurar atualizar-se sempre, como por exemplo conhecer as mudanças da gramática após o novo acordo ortográfico da Língua Portuguesa.

Generalizamos, quando falamos em redação oficial, uma vez que a mesma comporta vários tipos, que segundo (Back, 1976) são: fichas, autorização de venda, recibo, procuração, contrato, requerimento, declaração, atestado, certidão, ata, carta comercial, carta oficial, ofício, circular, memorando, edital, relatório, parecer, comunicação ou comunicado, exposição de motivos, memorial, ordem de serviço, informação, atos administrativos, decreto, portaria, entre outros.

É bom salientar que nesse estudo, será dado um enfoque maior às correspondências oficiais e ao ato de redigir propriamente.

Segundo Lima (2005), as normas sobre a sistematização das comunicações administrativas no âmbito das instituições públicas visam alcançar alguns objetivos como orientar no adequado conhecimento dos documentos oficiais, informar as técnicas e padrões para elaboração desses documentos, definir aspectos visuais do texto, segundo a sua natureza, entre outros.

Interessante dizer o cuidado que Back (1976, p.68) tem ao aconselhar que escreva de maneira legível, quando da necessidade de escrever “a mão”, num despacho ou anotação qualquer. Faz ainda, a comparação que do mesmo modo que falar de boca cheia é falta de educação, gaguejar sem encontrar palavras ou não pronunciá-las bem é contraproducente, na escrita, escrever de modo ilegível é não querer que os outros entendam, é dificultar a leitura e deixar os outros irritados, letra ilegível e feia, é falha de comunicação. Acrescenta ainda que para ter o exercício profícuo e seguro da comunicação escrita como instrumento gerador de consequências jurídicas e administrativas, é necessário preocupar-se com a forma correta de redigir textos, comunicar o necessário de maneira clara e objetiva.

Quando se fala de qualidade, um texto deve ser coeso e coerente, por esse motivo é preciso conhecer as conjunções, que funcionam como conectivos, ajudando muito na hora de redigir, auxiliando na conexão de um parágrafo ao outro ou de uma oração à outra. Os conectivos ao fazer essa ponte contribui para a clareza das ideias, evitando repetição de termos.

Pode-se citar as principais conjunções, de acordo com Cegalla, (1989)

ideia de adição: e, nem, mas também, mas ainda, senão também, como também, bem como.

Alternativas, ideia de escolha ou alternância: ou...ou, ora...ora, já...já, quer...quer.

Conclusão, acontece o esperado: logo, portanto, por isso, por conseguinte, pois (posposto ao verbo).

- Explicativa, que é diferente de causal. Explica uma ordem, um pedido ou uma suposição: que, porque, porquanto, pois (anteposto ao verbo).
- Adversativa, que não deve ser confundida com as concessivas, tem ideia de oposição, de ressalva, de compensação, de contraste, contrário ao

esperado: mas, porém, todavia, contudo, entretanto, no entanto, não obstante, senão, antes (é o mesmo que pelo contrário), ao passo que.

- Concessivas, dão ideia de concessão, abrir mão de algo: embora, malgrado, conquanto, que, ainda que, mesmo que, ainda quando, mesmo quando, posto que, por mais que, por muito que, por menos que, se bem que, nem que, dado que, em que (pese), sem que, embora não, a despeito.
- Causais: porque, pois, que, como, porquanto, visto que, visto como, já que, uma vez que, desde que.
- Consecutivas: de sorte que, de modo que, de forma que, de maneira que, sem que, que (precedido de termos intensivos como tal, quanto, tamanho).
- Condicionais: se, caso, contanto que, desde que, salvo se, a não ser que, a menos que, dado que, sem que, se não.
- Conformativas: como, conforme, segundo, consoante.
- Finais: para que, a fim de que, que, para que.
- Comparativas: como, tal (qual), tal e qual, assim como, tão ou tanto como, mais que ou do que, menos que ou do que, tanto quanto, que nem, feito, do mesmo modo que, o mesmo que, outrossim.
- Proporcionais: à proporção que, à medida que, ao passo que, quanto mais...tanto mais, tanto mais...mais, tanto...quanto.

Com essa lista de conjunções, esclarece também algumas dúvidas de grafia, pois são comumente usadas na redação oficial.

Atualmente não se pode falar em grafia, sem falar do novo acordo ortográfico da Língua Portuguesa, e para quem tem como instrumento de trabalho a comunicação, é importante que esteja sempre atualizado. Esse acordo ortográfico trouxe alterações na grafia de algumas palavras. Nada difícil como parece à primeira vista, é só uma questão de conhecer as alterações, aceitando-as, exercitando e colocando-as em prática para acostumar com o novo visual da palavra.

De acordo com o novo acordo ortográfico, a Língua Portuguesa ganhou alterações como algumas abaixo:

- As letras “k”, “w” e “y” passam a fazer parte do alfabeto, que agora é formado por 26 letras.
- O trema não existe mais na Língua Portuguesa. Será mantido apenas em nomes próprios já grafados com trema e seus derivados, por exemplo, Müller, Mülleriano.
- Acentuação: Os ditongos abertos “ei” e “oi” não são mais acentuados em palavras paroxítonas, porém o acento permanece nas palavras oxítonas e monossílabas. Vale lembrar que o acento no ditongo aberto “eu” continua existindo. Exemplos: ideia, jiboia, dói, véu.
- Não se acentua mais “i” e “u” tônicos em paroxítonas quando precedidas de ditongo, ex. Feiura, cheiinho.
- Não se acentua o “u” nas formas verbais rizotônicas, quando precedidos de “q” ou “g” e antes de “e” ou “i”(que, gue, qui, gui), ex. Argui, averigue, oblique
- Os hiatos “ee” e “oo” não são mais acentuados, ex. Enjoo, voo, creem.
- Embora haja um descontentamento de alguns estudiosos, o acento para diferenciar palavras homógrafas, ou seja, palavras de mesma grafia e significados diferentes, deixou de existir, sendo que o contexto é que vai definir o seu significado, ex. Para (verbo ou preposição) pela (substantivo e verbo), pelo (substantivo e verbo), pera (substantivos fruta e pera-fita), polo (extremidades e falcão). Esclarecendo que o acento diferencial permanece no verbo “poder”, no pretérito (pôde) para diferenciá-lo do presente, e no verbo “pôr” para diferenciar do da preposição “por”.
- Quanto ao hífen, houve consideráveis alterações, que ao redigir, deve-se sempre consultar à gramática.

Na redação oficial quem comunica é sempre o Serviço Público, o que se comunica é sempre algum assunto relativo às atribuições do órgão que comunica; o destinatário dessa comunicação não é necessariamente um órgão público, pode ser um cidadão, o conjunto dos cidadãos, ou outro órgão qualquer.

Portanto o tratamento impessoal necessário nas comunicações oficiais, segundo Manual de redação da Presidência da República (2018, p.20) decorre da ausência de impressões individuais de quem comunica, que embora se trate, por exemplo, de um expediente assinado por Chefe de determinada Seção, é sempre em

nome do Serviço Público que é feita a comunicação. Há também a impessoalidade de quem recebe a comunicação, com duas possibilidades, ou seja, ela pode ser dirigida a um cidadão, sempre concebido como *público*, ou a outro órgão público. Decorre também do caráter impessoal do próprio assunto tratado, se o tema das comunicações oficiais se restringe a questões de interesse público, então não deve ter qualquer tom particular ou pessoal.”

Com relação ao nível de linguagem usada nas comunicações oficiais, é próprio pelo caráter público, devem ser compreendidas por todo e qualquer cidadão brasileiro, evitando o uso de uma linguagem restrita a determinados grupos, para que não tenha sua compreensão dificultada, até mesmo por respeito ao princípio da eficiência e da publicidade.

A redação oficial é marcada pela linguagem escrita, que é bem diferente da linguagem falada. A linguagem falada é dinâmica e permite o enriquecimento através de gestos, expressões e até mesmo da possibilidade de retificação imediata, diante do entendimento ou não da mensagem. A linguagem escrita vale-se apenas de si mesma para comunicar, incorpora mais lentamente as transformações, o *feed back* é demorado, tem a característica da permanência, o que conseqüentemente leva a fazer outra redação no caso de qualquer retificação. Tudo isso, além de dificultar o entendimento, com certeza demanda bem mais tempo, comprometendo a obtenção do objetivo e a eficiência.

Na linguagem da redação oficial deve ser usado o padrão culto da língua, pois estar acima das diferenças lexicais, morfológicas ou sintáticas, regionais; não deve apresentar modismos vocabulares e nem particularidades linguísticas, pois sua finalidade é informar com o máximo de clareza e concisão. No Manual de redação da Presidência da República 2018,p.21) recomenda:

- “- a língua culta é contra a pobreza de expressão e não contra a sua simplicidade;
- o uso do padrão culto não significa empregar a língua de modo rebuscado ou utilizar figuras de linguagem próprias do estilo literário;
- a consulta ao dicionário e à gramática é imperativa na redação de um bom texto.”

A linguagem técnica deve ser empregada apenas em situações que a exijam, não devendo usá-la indiscriminadamente. Certos vocabulários próprios a

determinada área, são de difícil entendimento por quem não esteja com eles familiarizado.

‘Na comunicação em geral, e principalmente no serviço público é comum a necessidade de escrever ou falar com pessoas com as quais temos pouco ou nenhum grau de familiaridade. É nesses casos que as formas de tratamento, em respeito aos atributos da impessoalidade e uniformidade, assumem uma condição, adequando-se à categoria hierárquica das pessoas a quem nos dirigimos, pois é em nome do serviço público que se faz a comunicação, quem assina é quem está ocupando o cargo.

A palavra é a representação do pensamento ou ideia da pessoa, e transmite também estados psíquicos de pessoa para pessoa, determinando seu grau de civilidade. Por isso deve haver uma preocupação com uma polidez padronizada, no trato entre pessoas, observando assim, a impessoalidade, uma uniformidade até no uso de papéis e na correta diagramação do texto. Se considerar a graduação afetiva entre o receptor e o emissor da mensagem, esse processo poderia sofrer uma mudança na forma de tratamento.

Emprego dos pronomes de tratamento Vossa Excelência, para as seguintes autoridades:

Poder Executivo: Presidente da República, Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Advogado-Geral da União, Governadores e Vice-Governadores de Estado e do Distrito Federal, Oficiais-Generais das Forças Armadas, Embaixadores, Secretários Executivos de Ministérios e demais ocupantes de cargos de natureza especial, Prefeitos Municipais;

Poder Legislativo: Deputados Federais e Senadores, Ministro do Tribunal de Contas da União, Deputados Estaduais e Distritais, Conselheiros dos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, Presidentes das Câmaras Legislativas Municipais; **Poder**

Judiciário: Ministros dos Tribunais Superiores, Membros de Tribunais, Juízes, Auditores da Justiça Militar;

Ministério Público: Membros do Ministério Público.

Vossa Senhoria é empregado para as demais autoridades e para particulares

O vocativo a ser empregado, sempre seguido de vírgula, em comunicações dirigidas aos Chefes de Poder é *Excelentíssimo Senhor*, seguido do cargo respectivo:

Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional, Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal. As demais autoridades serão tratadas com o vocativo Senhor, seguido do cargo respectivo: Senhor Senador, Senhor Juiz, Senhor Ministro, Senhor Governador.

No envelope, o endereçamento das comunicações dirigidas às autoridades tratadas por *Vossa Excelência*, tem a seguinte forma:

A Sua Excelência o Senhor
Fulano de Tal
Cargo
nome da rua e número
Cep– Cidade. Sigla do Estado

O vocativo e o endereçamento das comunicações dirigidas às autoridades tratadas por *Vossa Senhoria* tem forma: Senhor Fulano de Tal.

No envelope, deve constar do endereçamento:

Ao Senhor
Fulano de Tal
nome da rua e número
Cep– Cidade. Sigla do Estado

Em comunicações oficiais, segundo Manual de redação da Presidência da República (2018, p.27) está abolido o uso do tratamento *digníssimo* (DD), pois dignidade é pressuposta. Fica dispensado o emprego do superlativo *ilustríssimo* para as autoridades que recebem o tratamento de *Vossa Senhoria* e para particulares, sendo suficiente o uso do pronome de tratamento *Senhor*. Acrescente-se que *doutor* não é forma de tratamento, e sim título acadêmico. Evite usá-lo indiscriminadamente.

Com relação ao fecho das comunicações oficiais, com finalidade de arrematar o texto e saudar o destinatário, o Manual de redação da Presidência da República (2018) estabelece o emprego de somente dois fechos diferentes: para autoridades superiores, inclusive o Presidente da República: Respeitosamente. Para autoridades de mesma hierarquia ou de hierarquia inferior: Atenciosamente.

E para finalizar, todas as correspondências, obviamente devem ser identificadas pelo signatário, trazendo o nome e o cargo da autoridade que a expede, abaixo do local de sua assinatura. exemplo

(espaço para assinatura)

Nome

Cargo

CONCLUSÃO

Espera-se que este estudo tenha atendido à crescente demanda dos interessados na forma correta de redigir textos. Com esse levantamento bibliográfico, pôde ser visto que com a prática da redação, ou seja, a arte de escrever em prosa, a pessoa passa a ter maior capacidade e segurança de escrever corretamente as mais diferentes composições, organizando e expressando seu pensamento de maneira mais clara e objetiva. é só uma questão de prática.

“com a redescoberta da arte de escrever, com a prática da redação, abre-se para o candidato ao emprego público a possibilidade de passar nos concursos; ao jovem advogado recém-formado, a capacidade de redigir as suas petições, alegações e razões; ao jornalista neófito, a aptidão de realizar suas notícias, as suas crônicas e os seus artigos importantes; ao funcionário recém-nomeado, a habilidade de oferecer os seus pareceres e relatórios; ao intelectual, a oportunidade de mostrar a sua inteligência, com as suas composições em prosa ou verso. O ensino (estudo) da redação põe nas mãos do estudioso as chaves da língua materna, seja para uso do profissional, seja para uso do intelectual, possibilitando a todos, enfim, novas e gratificantes atividades”. (CASTELO BRANCO, 1983, p.XVI)

Na redação das correspondências oficiais deve-se comunicar o necessário, pois o objetivo é estabelecer comunicação com o outro, solicitando ou esclarecendo algo, que se escreve. O princípio da eficiência, no Serviço Público, e a necessidade de alcançar objetivos com a comunicação, implica escrever de forma fluente, clara, objetiva e sem cometer erros de ortografia ou concordância, daí a necessidade de conhecer as conjunções e o novo acordo ortográfico da Língua Portuguesa.

Na redação oficial, existe uma formalidade e padronização, em respeito, principalmente ao princípio constitucional da impessoalidade, o que demanda do servidor público, o conhecimento e correto uso dos pronomes de tratamento. A redação oficial deve ser isenta da interferência da individualidade de quem a elabora.

Redigir bem, além de elevar o conceito do profissional, engrandece o setor público, que terá maior eficácia e na prestação do serviço, ora oferecido.

REFERÊNCIAS

BACK, Eurico e MATTOS, Geraldo. Redação Oficial e Comercial. 4.ed. São Paulo. FTD, 1976. 142p.

BRASILIA. Presidência da República. Casa Civil. Manual de redação da Presidência da República. coordenação de Gilmar Ferreira Mendes, Nestor José Forster Júnior [et al.]. 3. ed., rev., atual. e ampl. 2018. 189 p. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/assuntos/manual-de-redacao-da-presidencia-da-republica/manual-de-redacao.pdf>

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. Arte de escrever em prosa e verso – Redação jornalística, Redação forense, Redação oficial, Redação literária. São Paulo, Pioneira. 1983. 193p.

CASTRO, Maria da Conceição. Redação Básica. 1.ed. São Paulo, Saraiva, 1988. 160p.

CEGALLA, Domingos Paschoal. Novíssima Gramática da Língua Portuguesa. 31 ed. São Paulo. Companhia Editora Nacional. 1989. 556p.

CLAVER, Ronald. Escrever sem doer – Oficina de redação. 2.ed. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006. 179p.

CÓPIA, Sérgio Luiz. Redação: uma questão de hábito. Campinas, Átomo, s.d. 217p.

FAULSTICH, Enilde L. De J. Como ler, entender e redigir um texto. 5.ed. Petrópolis, Vozes, 1993. 117p.

HIGOUNET, Charles. História concisa da escrita. (Lecriture) Trad. Marcos Marcionilo. 2.ed. São Paulo, Parábola Editorial, 2003, 187p.

LIMA, A. Oliveira. Manual de redação oficial: Teoria, modelos e exercícios. 3.ed. Rio de Janeiro. Elsevier, 2005. 374p.

SILVA NETO, Serafim. Introdução ao estudo da língua portuguesa no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro. Departamento de Imprensa Nacional. 1950.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE TERÇO DE FÉRIAS E AVISO PRÉVIO INDENIZADO

LUCAS CALDEIRA GUIRALDELLI: Graduado em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário de Votuporanga, Pós Graduado em Contabilidade, Perícia e Auditoria, e Bacharelado em Direito na Universidade Brasil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Profa. M.^a. Roberta Favalessa Donini. Prof. Gustavo Antônio Nelson Baldan.

RESUMO: Desde o início da atividade industrial foi necessário tomar cuidado com os custos operacionais, constituindo os tributos parte muito expressiva de tais custos. Com o aperfeiçoamento do Estado surgem, cada vez mais, intervenções nos contribuintes como forma de gerar receitas públicas para arcar com a função social do Estado. Como a carga tributária é alta, todo esforço legal para não ser tributado erroneamente é plausível, inclusive para que o Estado adeque seu orçamento. A Contribuição Previdenciária Patronal surge como uma contribuição de destinação específica e representante de uma grande fatia tributária. Para verificar sua correta arrecadação realizou-se uma pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial para aprofundamento no tema e apresentação da não incidência de tal contribuição sobre o aviso-prévio indenizado e o terço de férias, sendo eles verbas não salariais. É fato que além de reduzir os custos empresariais a correta aplicação dessa contribuição sobre essas verbas possibilita ao empregador ter um melhor poder de contratação, vez que, ela incide diretamente sobre a folha de pagamento, obtendo mais contratações é gerado enormes benefícios sociais, como distribuição de renda e giro da economia, o que inclusive indiretamente aumenta as arrecadações pelo Estado.

Palavras-chave: Tributação patronal; custo; verbas indenizatórias; Incidência.

ABSTRACT: Since the beginning of the industrial activity, it was necessary to be careful with operating costs, with taxes being a very significant part of these costs. With the improvement of the State, interventions in taxpayers increasingly appear as a way to generate public revenues to support the social function of the State. As the tax burden is high, any legal effort not to be taxed erroneously is plausible, including for the State to adjust its budget. The Employer's Social Security Contribution appears

as a specific destination contribution and represents a large tax share. In order to verify its correct collection, a bibliographic, legal and jurisprudential research was carried out to deepen the theme and present the non-impact of such contribution on the indemnified advance notice and the third of holidays, being non-salary amounts. It is a fact that in addition to reducing business costs, the correct application of this contribution on these funds allows the employer to have a better hiring power, since, it affects directly the payroll, obtaining more hires generates enormous social benefits, such as distribution income and turnover of the economy, which even indirectly increases collections by the State.

Keywords: Employer taxation; cost; indemnity funds; Incidence.

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Espécies de tributos; 2.1. Impostos; 2.2. Taxas; 2.3. Contribuições de melhoria; 2.4. Empréstimos compulsórios, 2.5. Contribuições, 3. O que são verbas não salariais; 3.1. Terço constitucional de férias; 3.2. Aviso prévio indenizado, 4. Não incidência da contribuição previdenciária patronal sobre aviso prévio indenizado e terço de férias; 4.1. Terço constitucional; 4.2. Aviso prévio indenizado, 5. Considerações finais, 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nesse presente estudo será abordado um tema muito importante para o direito brasileiro, principalmente em tempos de economia instável, visto que, toda atividade empresarial atual sofre com grande carga tributária, que por vezes acaba sufocando sua existência, diante disso faz-se muito importante o estudo voltado a enfrentar legalmente a excessiva tributação.

A nossa Constituição Federal em seu artigo 195, inciso I, alínea a, diz que a seguridade social será financiada, além de por outras maneiras, mediante contribuições sociais do empregador incidentes sobre a folha de salário de quem lhe preste serviço, mesmo que sem vínculo empregatício.

Todavia nem todas as verbas pagas, independente do vínculo empregatício, sofrem a incidência da contribuição previdenciária, dentre as quais se destacam as de natureza indenizatória e eventual, ou ainda quando não há contraprestação em serviços. Entende-se que tal incidência deve ocorrer apenas sobre valores destinados a retribuir o trabalho e o tempo à disposição do empregador, sendo estes, inclusive, os valores que servirão de base para cálculo para a aposentadoria do trabalhador.

O sistema judicial pátrio, sendo operado por seres humanos não deixa de ser falível, sujeito a incidência de erros e incompetências. Sendo, acabou em trazer,

por vezes, divergências nas conclusões sobre a incidência de contribuições previdenciárias patronais sobre o terço de férias e o aviso prévio indenizado.

Será realizada uma pesquisa, fundamentada em bibliografias, legislação e julgados, principalmente de tribunais, visando demonstrar a não incidência da contribuição previdenciária patronal sobre terço de férias e o aviso prévio indenizado, pois as mesmas não tem natureza salarial, com isso, não sofrem a incidência de tal contribuição.

A fonte da pesquisa será o Direito Tributário, pois o mesmo que traz todo o conceito de tributos e seus fatos gerados, mas o Direito Constitucional será de suma importância para conceituar seguridade social e suas origens de recursos, bem como o Direito Previdenciário cumulado com o Direito Trabalhista são de uso para nortear quais são as verbas salariais, servindo elas para o cálculo da aposentaria.

O artigo se divide em três capítulos. O primeiro deles, com título “Espécies de tributos”, que explica quais são as espécies de tributos. No segundo abordamos “O que são verbas não salariais” demonstrando e explicando o que são tais verbas. O terceiro capítulo, tendo por título “Não incidência de contribuição previdenciária patronal sobre aviso prévio indenizado e terço de férias” que aborda a respectiva incidência de tal tributo.

A finalidade do presente estudo é possibilitar a demonstração do entendimento pacífico sobre a não inclusão do terço de férias e do aviso prévio indenizado na base de cálculo da contribuição previdência patronal, com o objetivo de trazer a correta e legal tributação às empresas. Vale lembrar que o direito brasileiro é positivista e para tudo há uma base legal a ser demonstrada.

2. ESPÉCIES DE TRIBUTOS

O Código Tributário Nacional conceitua tributo de forma muito eficiente clareando e provendo o seu correto entendimento. Aduz:

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

Com tais dizeres entende-se que tributo é toda obrigação de prestar ao Estado, devendo ser expressa em moeda, não sendo voluntário ou facultativo e sim obrigatório, também não é confundido com uma penalidade, como ocorre no caso das multas. Há também o requisito da legalidade, pois todo tributo deve ser

instituído em lei. Quando se fala em cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada quer se dizer que o tributo deve ter seu lançamento efetuado pelo ente que tenha competência para tal.

Lançamento é o ato administrativo que verifica a existência do fato gerador da prestação correspondente, determina a matéria objeto, calcula o valor do tributo devido e identifica o sujeito passivo.

Definido conceitualmente no art. 142 do CTN como *atividade administrativa plenamente vinculada*, o lançamento mostra -se como procedimento de exigibilidade do tributo. Consuma -se em ato documental de cobrança, por meio do qual se pode quantificar (*quantum debeatur*) e qualificar (*an debeatur*) a obrigação tributária que lhe é preexistente. (Sabbag, 2017 pag. 727).

A respeitada corrente teórica majoritária assim como reiteradas decisões judiciais sobre o tema entendem pela existência de 5 espécies de tributos, a Constituição Federal pátria veio por trazer através de menção expressa três espécies de tributos, sendo eles os impostos, as taxas e contribuições de melhoria, porém alguns autores como Ricardo Lobo Torres chegam a dizer que ela é confusa ao trazer essas espécies de tributos apenas.

Porém, inclusive conforme entende Eduardo Sabbag, na definição de tributos trazida pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional estão inclusos os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais, visto que, elas constituem prestações pecuniárias, obrigatórios, não decorrentes de ato ilícito e instituídas por lei.

Baseando nisso o melhor entendimento é aquele que roga a existência de cinco tipos de tributos, sendo eles respectivamente: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e as contribuições especiais, sendo esta última, a mais importante para nossa discussão.

2.1. IMPOSTOS

Conforme bem aduz o artigo 16 do Código Tributário Nacional Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Ou seja, imposto é a prestação pecuniária compulsória em dinheiro que não decorre de qualquer atuação do poder público, ela ocorre única e exclusivamente da atividade particular exercida pelo sujeito passivo, sendo este o contribuinte.

Os impostos presentes no sistema tributário nacional são taxativamente elencados no Título III do Código Tributário Nacional, de forma que em cumprimento estrito ao princípio da legalidade esse ról deve sempre ser observado.

2.2. TAXAS

Taxas são os tributos cobrados pelo Estado com fato gerador no exercício do poder de polícia, ou baseados no uso, efetivo ou potencial, de serviço público específico divisível, prestado ao sujeito passivo ou a ele deixado disponível.

A taxa se vincula diretamente atuação estatal remunerando tal atuação direta, ou seja, ela se vincula a atividade pública e não do particular, diferente do ocorrido com os impostos. Um exemplo corriqueiro é a taxa de fiscalização que os entes públicos podem vir a cobrar, a fiscalização é uma atividade estatal o contribuinte que precisa aproveitar essa atividade é taxado como forma de contraprestação.

2.3. CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA

O registro de cobrança da primeira contribuição de melhoria advém da França com a cobrança referente a abertura de uma rua na cidade de Paris. A abertura da rua fez com que os objetos da cobrança se valorizassem e serviu de arcar com os custos das obras públicas

Conforme diz o artigo 81 do Código tributário Nacional a contribuição de melhoria é instituída para dar contrapartida ao custo de obras estatais de que venham a aumentar valor de imóveis, tendo como valor total a despesa empenhada e como limite individual o aumento de valor que da obra resultar para cada bem sujeito a cobrança. Requisito fundamental necessário para ocorrer a cobrança de tal tributo é a valorização imobiliária, vez que, isoladamente o atividade estatal que não ocasione tal valorização não pode ser fato gerador de cobrança.

A devolução do enriquecimento auferido de maneira dolosa pelo proprietário do imóvel, decorrente de valorização oriunda de obra pública no local em que se situa o prédio, atende o princípio da justiça e encerra vera moralidade, ao se restituir parcialmente a benesse do dinheiro público.[...] (Sabbag, 2017 pag. 879).

Esse tributo serve como modo de repassar parte do enriquecimento auferido pelo proprietário do imóvel ao ente público que realizou as obras geradoras da valorização, pois não se faz justo toda a sociedade como detentora do Estado arcar

com o custo de obras que trazem benefícios a apenas certo grupo restrito de pessoas.

2.4. EMPRÉSTIMOS CUMPULSÓRIOS

Empréstimo compulsório é tipo de tributo que pode ser instituído apenas em situações dotadas de grande excepcionalidade e sua aplicação deve ser vinculada aos gastos correspondentes à situação que originou a sua ocorrência. São nada mais do que o governo, em certas situações, retendo valores dos contribuintes a título de empréstimos, porém de forma compulsória, ou seja, o contribuinte não tem escolha quanto a sua tomada.

Conforme bem explana a Constituição Federal:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

O Estado com sua autonomia e soberania, amparado pelo princípio da legalidade, toma o empréstimos compulsórios, para custeio de atividades competentes a ele, de quem tem determinada capacidade contributiva, deixando uma promessa de posteriori restituição, em tempo determinado ou não.

2.5. CONTRIBUIÇÕES

Espécie autônoma de tributo, como forma de cobertura de gastos públicos com finalidade específica, a contribuição sempre vincula o destino de aplicação das receitas publicas delas oriundas, sendo com isso uma forma muito importante de tributo para a sociedade em geral, inclusive pela facilidade de fiscalização da sua correta destinação.

Elas podem ser contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico, e contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Como forma de contribuição temos Contribuição previdenciária patronal que é um tributo que, por vezes, também é conhecido como INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) Patronal, faz parte da grande carga tributária que é arcada pelos empregadores. Daí surge a importância de saber sobre o que ela incide e sobre o que deixa de incidir.

Ele é arrecadado por contribuintes optantes pelo regime de tributação do Lucro Real ou do Lucro Presumido.

A contribuição previdenciária patronal visa, entre outros, financiar os recursos do Regime Geral da Previdência Social e a seguridade social. A previdência social serve para prover renda ao segurado quando existe a ausência de sua capacidade para exercício do trabalho.

Segundo Lenza (2016, pág. 1534) A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social [...].

Define-se saúde no artigo 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Previdência Social, por sua vez, serve para garantir a quem dela faça parte os meios indispensáveis para sua manutenção, quando surgir algumas situações como idade avançada, desemprego involuntário etc.

Já Assistência Social é aquela prestada a quem dela necessitar e para proteção das necessidades básicas como a proteção a família, ao deficiente, ao idoso, entre outros.

3. AS VERBAS NÃO SALARIAIS

Como verbas não salariais pode-se definir aquelas que não visam retribuir o trabalho ou o tempo que se dispêndia à disposição da empresa, sendo diferentes de

verbas salariais, que são aquelas que trazem um bônus ao trabalhador que não tem como contrapartida a retribuição que ele trouxe ao empregador. Do ponto de vista do empregador elas constituem parte fundamental do custo com a folha de pagamento, vale lembrar que esse custo não se constitui somente com os pagamentos aos funcionários, mas também há parcela composta por encargos.

O salário por sua vez, constitui uma verba que retribui o trabalho prestado pelo funcionário servindo para a sua subsistência, trabalha-se para auferir o salário que é a contraprestação direta do serviço realizado, logo não sendo verba não salarial por sua natureza de contraprestação.

Principalmente em tempos atuais que os contribuintes enfrentam grandes dificuldades com seus custos e com a necessidade de se manter no mercado a redução licita de qualquer tributo faz-se de plena importância.

A regra matriz de incidência da contribuição previdenciária é a remuneração ao trabalho ou ao tempo a disposição da empresa, sendo esses valores que servem para os cálculos dos benefícios previdenciários que podem ser auferidos pelos trabalhadores.

3.1. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS

De acordo com BARROS (2017, p. 735), o conceito de férias diz respeito a um direito do empregado "de deixar de trabalhar e de estar à disposição do empregador durante um determinado número de dias consecutivos por ano, sem prejuízo da remuneração, desde que preenchidos os requisitos exigidos por lei". Em outras palavras:

É o direito do empregado de interromper o trabalho por iniciativa do empregador, durante um período variável em cada ano, sem perda da remuneração, cumpridas certas condições de tempo no ano anterior, a fim de atender aos deveres de restauração orgânica e de vida social (GOTTSCHALK, 1956, p. 541)

Deste modo, as férias têm como escopo preservar a saúde e integridade física e mental do empregado, posto que o repouso a ser usufruído nesse período visa recuperar as energias gastas e permitir que o trabalhador retorne ao serviço em melhores condições físicas e psíquicas. Trata-se de estratégia concertada de enfrentamento dos problemas de saúde e segurança no trabalho, visto que propiciam a ampla recuperação após longo período de prestação de serviços (DELGADO, 2017).

O surgimento das férias remonta as Revoluções Industriais dos séculos XVIII e XIX, período em que o trabalho se deslocava do campo e das manufaturas artesanais de corporações de ofício, partindo para a escala industrial de fábricas, para o trabalho repetitivo, controlado e assalariado (DELGADO, 2018).

Com o desenvolvimento tecnológico, houve intensificação da mão de obra, inclusive de mulheres e crianças, com jornadas de trabalho incessantes. Nesse contexto, surgiram movimentos sindicalistas de insatisfação, reivindicações e greves, dando espaço à instabilidade político-institucional.

Arnaldo Sussekind (1977, p. 23) afirma que coube à Inglaterra, em 1872, promulgar a primeira lei sobre férias para os operários industriais. A partir daí, foi criada em 1919 a Organização Internacional do Trabalho (OIT), tendo como objetivo pressionar os países a criarem regulamentações internas e efetivá-las para que o trabalhador tivesse condições mínimas de trabalho. O primeiro documento da referida instituição acerca das férias foi a convenção nº 52 da OIT (1936), ratificada pelo Brasil em 1938, e com o advento da CLT em 1943, o direito à férias é estendido a todos os trabalhadores.

A natureza jurídica das férias é dupla, tendo em vista que constitui um direito do empregado de gozá-las nos prazos e pelo período previstos em lei e também um dever de não trabalhar para outro empregador nesse período, a menos que esteja obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele (art. 138, CLT).

Apesar de tratar-se de um período sem trabalho e no qual o empregado não está à disposição do empregador, as férias são consideradas como tempo de serviço para todos os efeitos legais, consoante o disposto no art. 130, § 2º, CLT.

Assim, sendo remuneradas e computadas, para todos os efeitos, como tempo de serviço, as férias caracterizam-se como período de interrupção do contrato de trabalho, haja vista a cessação temporária e parcial do referido contrato.

As normas relativas às férias possuem atributo de imperatividade, fazendo com que o direito a gozá-las seja irrenunciável pelo empregado. A indisponibilidade do direito tem por finalidade assegurar o repouso do empregado durante o período respectivo.

O empregado deve usufruir das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho, tais como com familiares, atividades recreativas como lazer, entre outras atividades extra laborais.

A não concessão de férias, além de obstar a integração do trabalhador à sociedade, frustra seu projeto de vida, e ainda ofende o direito da personalidade do trabalhador, ensejando o chamado dano existencial, relacionado à própria existência da pessoa. O TST encorpou às suas decisões a noção de dano existencial, modalidade de dano extrapatrimonial reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998, onde o termo mais usado é "dano ao projeto de vida". Tal modalidade viola não somente direitos trabalhistas inegociáveis, como é o caso do descanso, como também direitos fundamentais como a vida pessoal e à honra.

No que se refere ao terço constitucional de férias, a Constituição Federal, em seu art. 7º, XVII, assegura aos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos "gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal". Sobre o tema, Delgado (2018) esclarece:

Terço constitucional de férias é a parcela suplementar que se agrega, necessariamente, ao valor pertinente às férias trabalhistas, à base de um terço desse valor. [...] A análise de sua natureza jurídica desenvolve-se a partir da constatação de que a verba tem nítido caráter acessório: trata-se de percentagem incidente sobre as férias. Como acessório que é, assume a natureza da parcela principal a que se acopla. Terá, desse modo, caráter salarial nas férias gozadas ao longo do contrato; terá natureza indenizatória nas férias indenizadas na rescisão (DELGADO, 2018, p. 976-977).

Conclui-se que o terço constitucional nada mais é do que um adicional na remuneração do empregado durante o gozo de suas férias, um acréscimo, possuindo, em verdade, natureza indenizatória/compensatória. O terço constitucional não é pago em retribuição direta do trabalho, mas como simples adicional, onde a verba principal já não possui a qualidade de retribuição direta de serviços prestados.

3.2. AVISO PRÉVIO INDENIZADO

Consiste na garantia das partes em relação à ruptura inesperada do contrato de trabalho. Martins (2015, p. 414) define como a "comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva".

Outrossim, Delgado (2016) leciona:

É instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso (DELGADO, 2016, p. 1307)

Este instituto teve seu marco inicial no âmbito do direito civil e direito comercial, utilizado nas extinções unilaterais de trabalho. Cassar (2011, p. 1083) afirma que “nas corporações de ofício, o companheiro não poderia se desligar do trabalho sem antes conceder aviso prévio ao mestre, apesar de não ser recíproco”. Nessa conjuntura, o Código Comercial, seguido pelo Código Civil de 1916, faziam previsão do aviso prévio. No âmbito do Direito do Trabalho, o Decreto 16.107/23 foi a primeira norma a tratar sobre o tema, prevendo a aplicação do aviso prévio nos contratos com prazo indeterminado e também nos por prazo determinado. Posteriormente, o art. 6º da Lei nº 62/35, ordenava que o empregado notificasse o empregador com antecedência mínima de 8 (oito) ou 30 (trinta) dias, da extinção unilateral do contrato. Entretanto, o inverso não era necessário, uma vez que o empregador não tinha a mesma responsabilidade. Somente com a entrada em vigor da CLT, o direito foi ampliado também ao empregado, tornando-o recíproco.

O aviso prévio é previsto pelo art. 7º, XXI, da Constituição Federal como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, sendo estendido aos trabalhadores avulsos (art. 7º, XXXIV, CF) e aos domésticos (art. 7º, parágrafo único, CF), devendo ser concedido pelo prazo mínimo de 30 dia, nos termos da lei.

A regulamentação do aviso prévio está contida nos arts. 487 a 491 da CLT. A Lei n. 12.506/2011 trouxe a proporcionalidade da duração do aviso prévio em relação ao tempo de serviço do empregado.

Trata-se de instituto típico dos contratos por prazo indeterminado, devido sua finalidade de evitar a surpresa da ruptura abrupta do contrato de trabalho. Não obstante, por meio da Súmula 163, o TST adotou entendimento no sentido de ser cabível o aviso prévio nos contratos por prazo determinado, em caso de rescisão antecipada.

De acordo com Martins (2015, p. 415), “a natureza jurídica deste instituto é tríplice ou tridimensional”. Primeiramente, diz respeito à comunicação a outra parte do contrato de trabalho que não há mais interesse em permanecer com a relação de emprego; além disso, é o período mínimo que a legislação estabelece para que seja informada a parte contrária de que o contrato será rescindido; por fim, relaciona-se

ao pagamento a ser realizado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviço durante o restante do contrato de trabalho.

Destarte, trata-se de direito potestativo, a que a outra parte não pode se opor, sendo uma declaração unilateral de vontade, independentemente da aceitação da parte contrária.

Tem ainda natureza indenizatória, haja vista ser uma indenização reparadora pela despedida imotivada. No tocante ao aviso prévio indenizado, não há que se falar em natureza salarial, pois se trata de ressarcimento de uma parcela trabalhista não cumprida. Neste caso fica evidente o enquadramento do instituto em ser de natureza indenizatória (DELGADO, 2018).

Não há formalidade prevista em lei para a concessão do aviso prévio, mas, como em decorrência do quanto previsto nos §§ 1º e 2º do art. 487 da CLT é necessário que seja comprovada a sua concessão, torna-se conveniente que seja dado por escrito.

Em conformidade com entendimento adotado pelo TST, a contagem do prazo do aviso prévio é feita nos termos do caput do art. 132 do Código Civil. É o que prevê a Súmula 380, TST.

O cômputo do período do aviso prévio como tempo de serviço para todos os efeitos legais é verificado inclusive em relação ao aviso prévio com duração maior do que a prevista em lei, assegurada por norma coletiva.

4. NÃO INCIDENCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE AVISO PRÉVIO INDENIZADO E TERÇO DE FÉRIAS

4.1. TERÇO CONSTITUCIONAL

A Lei 8.212/91 estabelece em seu artigo 28, inciso I, o conceito de salário de contribuição e sua incidência:

Art.28: Entende-se por salário-de-contribuição:

I - a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade de rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos

serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços (...)

Ademais, existe previsão legal expressa dispondo a não aplicação da referida contribuição quanto às férias indenizadas, consoante art. 28, parágrafo 9º, alínea "d", da lei 8.212/91.

Sob outra perspectiva, o STF assentou entendimento a partir de 2005 no sentido de que não há que se falar da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias:

I – A orientação do Tribunal é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor.

II - Agravo regimental improvido”

(AI n. 712.880-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 11.9.2009).

Nesse contexto, em 2009, o STJ, no mesmo sentido do STF, decidiu por meio de Incidente de Uniformização de Jurisprudência não incidência da contribuição em comento sobre o terço de férias:

1. Realinhamento da jurisprudência do STJ à posição sedimentada no Pretório Excelso de que a contribuição previdenciária não incide sobre o terço constitucional de férias, verba que detêm natureza indenizatória e que não se incorpora à remuneração do servidor para fins de aposentadoria. (STJ, PET 7296, - 1ª Seção. Rel Ministra ELIANA CALMON, DJe 10/11/2009).

Tendo em vista que a jurisprudência versava do sistema de previdência especial, vinculado à cargos públicos, sobreveio a incerteza se tal entendimento se aplicava também ao sistema geral da previdência social.

Acerca da matéria, a Primeira Seção do STJ entendeu pela não incidência da contribuição em questão sobre o terço de férias para empresa privada com empregados no regime celetista:

A jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte já está consolidada no sentido de afastar a

contribuição previdenciária do terço de férias também de empregados celetistas, podendo-se citar os seguintes precedentes envolvendo trabalhadores de empresas privadas (...) AgRg no Eresp 957.719/SC

Igualmente, o entendimento foi reiterado pela 1ª Seção do STJ no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 16.759/RS, julgado em 01/09/2011.

No julgamento do REsp. 1.230.957/RS, sendo relator o Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 18.3.2014), sob o rito dos recursos repetitivos previsto art. 543-C do CPC/1973, entendeu que não incide a Contribuição Previdenciária sobre o adicional de um terço de férias, através do tema repetitivo 479.

Isto posto, vê-se o tema firmado e já pacificado quanto a não possibilidade de aplicação de contribuição previdenciária relativa ao terço de férias previsto constitucionalmente.

4.2. AVISO PRÉVIO INDENIZADO

O aviso prévio indenizado fazia parte do rol das verbas as quais não era aplicada a contribuição, de acordo com alínea "f", inciso V, do § 9º, artigo 214 do Decreto 3.048/99. Ocorre que, tal norma foi revogada pelo Decreto 6.727/09, fazendo com que parte da teoria entendesse que, a partir de então, tal instituto integraria como salário de contribuição e como efeito, como base para aplicação da contribuição. Ressalta-se que antes da revogação, houveram tentativas no mesmo sentido sobre a questão, por via de instruções normativas.

A citada revogação possibilitou a incidência da contribuição devida pelo empregador sobre as remunerações, consoante art. 22, I, da Lei 8.212/91, ocasionando aumento da carga tributária.

Além disso, não se inclui no rol do §9º do art. 28 da Lei 8.212/91 que o aviso prévio desta referida modalidade não compõe o salário de contribuição.

Apesar disso, o STJ, por meio de suas turmas, firmou entendimento no sentido de não incidir contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, haja vista sua natureza indenizatória:

A Segunda Turma do STJ assentou o entendimento de que o valor pago ao trabalhador a título de aviso prévio indenizado, por não se destinar a retribuir o trabalho e possuir cunho indenizatório, não está sujeito à incidência da contribuição previdenciária sobre a folha de salários. REsp 1218797/RS, Rel.

Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 04/02/2011)

Assim como em relação ao terço constitucional de férias, finalizada a discussão sobre o tema e firmado entendimento através do Resp. nº 1.230.957, mediante o rito dos recursos repetitivos, de que não incide a contribuição social sobre as verbas de aviso prévio indenizado.

Conclui-se que o entendimento atual dos tribunais superiores a respeito da celeuma é que o terço constitucional de férias e o aviso prévio indenizado fazem parte do recebimento de verbas de natureza indenizatórias e não habituais, portanto, não integram os ganhos recorrentes que compõem o salário do empregado. Apenas estes últimos citados estão sujeitos a tal tributação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No trabalho realizado foi exposto com precisão quais as cinco formas de tributos presentes na atual legislação pátria, assim como a diferenciação entre elas, sendo os mesmos de acordo com a teoria pentapartite classificados em impostos, taxas contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Sendo a Contribuição Previdenciária Patronal parte integrante das contribuições especiais.

Vimos no presente que as verbas não salariais são pagamentos realizados pelos empregadores aos seus funcionários que não são retribuições sobre o trabalho efetivamente realizado ou o tempo que os mesmos ficam a disposição da empresa, de forma a ficar aguardando que sejam requisitados de alguma maneira.

Atualmente a carga tributária que afeta os empregadores é muito alta e qualquer esforço lícito para diminuí-la é de plena importância e utilidade, com isso, vimos que sobre o aviso prévio indenizado, que é aquele mês pago pelo empregador quando demite o funcionário sem justa causa e não quer que ele trabalhe mais o mês do aviso, e que sobre o terço de férias, valor pago pelo empregador correspondente a um terço do valor das férias do funcionário como forma do mesmo usufruir das suas férias possuindo recursos financeiros, não incide a contribuição respectiva, pois não se trata de verbas salariais.

Foram cumpridos todos os objetivos propostos, vez que, foram abordados com precisão os temas, possibilitando a compreensão do que é a contribuição especial estudada, o que são as duas verbas não salarias objeto do trabalho e verificando a não incidência da contribuição sobre elas. O objetivo de demonstrar

uma forma de trazer economia, com o correto recolhimento de tributos pelos empregados já tão afetados pela alta carga tributária, foi plenamente concluído.

Diante de tudo isso esse trabalho foi muito importante para o aprofundamento do conhecimento na área tributária, acrescentando reflexão muito importante sobre a incidência da Contribuição Previdenciária Patronal sobre o terço de férias e o aviso prévio indenizado.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

GOTTSCHALK, Elson Guimarães. **Férias anuais remuneradas**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva. 9ª edição 2017.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à nova Lei de Férias**. São Paulo, LTr, 1977.

TORRES, Ricardo Lobo, **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 12ª Ed., Rio de Janeiro, 2005.

A EFETIVIDADE DO SUBSISTEMA RECURSAL ESTABELECIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 QUE ASSEGURA A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS: ANÁLISE ESTATÍSTICA DE DADOS DO TJDFE E TRF1

ANA LUÍSA MELO SANTIAGO TAYAR:

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Mestranda em Direito na área de Políticas Públicas, Processo e Controle Penal pelo Centro Universitário de Brasília.

RESUMO: O presente artigo visa a análise da efetividade do microsistema recursal de impugnação das decisões interlocutórias disciplinado pelo novo Código de Processo Civil, que trouxe alterações de extrema importância no que concerne aos recursos de agravo. Diversas foram as divergências assentadas na doutrina e jurisprudência acerca da natureza do rol do artigo 1.015, do CPC, já que o referido sistema não dá a certeza do que é ou não agravável mediante o aludido recurso. O tema é de grande relevância e merece estudo minucioso, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, em regime de recursos especiais repetitivos, no final de 2018, firmou seu entendimento no sentido de adotar a teoria da taxatividade mitigada ao referido rol, ou seja, abriu a possibilidade ao cabimento de agravo de instrumento das decisões interlocutórias que seu conteúdo não está expressamente previsto em lei, desde que haja o requisito da urgência. Com o propósito de atingir o objetivo deste trabalho acadêmico, far-se-á um estudo de dados estatísticos obtidos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região dos anos 2014 a 2018, quanto a interposição dos recursos de agravo de instrumento e apelação.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Código de Processo Civil de 2015. Decisão interlocutórias. Recorribilidade. Agravo de instrumento. Efetividade.

Sumário: Introdução. 1. A recorribilidade das decisões interlocutórias à luz do código de processo civil de 1973. 1.1 Previsão no Código de Processo Civil de 1973. 1.2 Alterações na vigência do Código de Processo Civil de 1973. 1.2.1 Alterações trazidas pela Lei nº. 9.139/95. 1.2.2 Alterações trazidas pela Lei nº. 10.352/01. 1.2.3 Alterações trazidas pela Lei nº. 11.187/05. 2. O recurso de agravo de instrumento no código de processo civil de 2015. 2.1 A decisão interlocutória. 2.2 O procedimento do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015. 2.3 A limitação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. 2.4 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao rol do artigo 1.015 do CPC/15. 3. Análise estatística e estudo comparativo da distribuição de agravos de instrumento no tribunal de justiça do distrito federal e territórios e tribunal regional federal da 1ª região. 3.1 Distribuição de recursos de agravo de instrumento e apelação no TJDFE e no TRF1 nos anos de

2014 e 2015. 3.2 Distribuição do recurso de agravo de instrumento e apelação no TJDF e no TRF1 após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. 3.3 Efetividade do regime de recorribilidade das decisões interlocutórias normatizado pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº. 13.105/2015), significativas foram as alterações visando conferir maior celeridade e economia processual, com importantes modificações estruturais em seus dispositivos, objetivando aliviar o poder judiciário que sofre constantemente com a imensidade de ações protocoladas todos os dias e com o fato de ser conhecido como um sistema recursal nada célere.

A entrada em vigor, em 18 de março de 2016, do Novo Código de Processo Civil apresentou fundamental mudança em relação ao recurso de agravo de instrumento, reduzindo as hipóteses de interposição a um rol limitado de decisões, que antes se apresentava cabível contra qualquer decisão interlocutória de primeiro grau.

O presente artigo tem a pretensão de analisar o agravo de instrumento e suas alterações no Código de Processo Civil de 2015, bem como realizar uma análise estatística quanto aos números de distribuição do recurso de agravo de instrumento nos anos de 2014 e 2015 e após a entrada em vigor do novo livro processual no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e no Tribunal Regional Federal da 1ª região, para que realize-se ao final, a conclusão acerca da efetividade do novo regime recursal.

O tema guarda relevância ao Direito, especialmente por introduzir a controvérsia instaurada pelo Código de Processo Civil de 2015, a qual estabeleceu importante divisão de entendimento e interpretação na doutrina e jurisprudência de forma igual e legítima no que tange à recorribilidade de decisões interlocutórias não incluídas no rol do artigo 1.015 do livro processual.

Portanto, o objetivo é de esclarecer as mudanças trazidas pela nova sistemática recursal do Código de Processo Civil de 2015 no tocante ao agravo de instrumento, com a abolição do ordenamento jurídico brasileiro a figura do agravo retido e a delimitação da interposição de agravo de instrumento a um rol inicialmente taxativo. Para tanto, analisam-se entendimentos doutrinários e jurisprudenciais da lei processual civil.

1 A recorribilidade das decisões interlocutórias à luz do código de processo civil de 1973

1.1 Previsão no Código de Processo Civil de 1973

O recurso de agravo no Código de Processo Civil de 1973 tinha duas modalidades principais para atacar as decisões interlocutórias, as quais estavam previstas no artigo 522 do referido diploma legal: o agravo retido e o agravo de instrumento.

O agravo retido existia para que os litigantes pudessem impugnar eventuais decisões interlocutórias, proferidas pelo juízo de 1º grau, que não trouxessem prejuízo imediato. Logo, para que a parte não sofresse os efeitos da preclusão, ela interpunha um recurso de agravo retido e ele ficava, sugestivamente, retido nos autos até que houvesse, após a prolação da sentença, um eventual recurso de apelação que fizesse o processo subir ao Tribunal competente, para que, caso a parte desejasse, solicitasse ao Tribunal a análise da questão que havia sido debatida no agravo retido.

Agravo de instrumento era cabível contra qualquer decisão interlocutória, interposto no prazo de 05 dias, perante um juiz de primeira instância, ficando a cargo do agravante a indicação de quais peças seriam copiadas pelo escrivão podendo o agravado, quando intimado para oferecer contrarrazões, também indicar peças a serem copiadas. O agravo, no entanto, não era dotado de efeito suspensivo, cabendo ao juiz reformar ou manter sua decisão, onde caso mantida os autos prosseguiam para o Tribunal para exame do recurso⁷.

Dessa forma, apesar dos esforços emanados pelo legislador processualista civil, a nova lei também clamava por mudanças. Ante a não suspensividade do processo, mesmo subindo ao Tribunal imediatamente o recurso, não haveria impedimento ao prosseguimento do rito do processo na primeira instância. Logo, pela demora na resolução da questão o agravante acabava por se valer do mandado de segurança para obter o almejado efeito suspensivo do agravo em segunda instância, até o julgamento do agravo.

Em razão do exposto, essa sistemática por muitas vezes causava congestionamento do foro em 1º e 2º graus, e trazia o gravíssimo inconveniente de

7 DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodvm, 2016. v. 3. p. 203.

desenvolver a instauração simultânea de dois procedimentos em torno do mesmo incidente: o agravo e o mandado de segurança⁸.

1.2 Alterações na vigência do Código de Processo Civil de 1973

1.2.1 Alterações trazidas pela Lei nº. 9.139/95

Em 1995, a Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, trouxe em sua redação alterações no recurso de agravo, ao passo que a designação para a espécie recursal passou a ser somente “agravo”, porém continuava se manifestando em duas modalidades principais: agravo retido ou agravo de instrumento.

Com a redação dessa lei o recurso passou a ser interposto diretamente no tribunal, sendo ônus da parte agravante apresentar as peças obrigatórias, além daquelas que entendesse úteis para apreciação do recurso. Distribuído ao relator, caberia a este a análise da admissibilidade do recurso passando-se posteriormente à intimação do agravado e ao seguimento para apreciação do mérito.

À parte agravante incumbia, no prazo de 03 dias, informar o juízo *a quo* que havia interposto recurso de agravo no Tribunal, possibilitando ao juiz da causa reconsiderar sua decisão, evidenciando aí a principal finalidade da lei. Ademais, a legislação aumentou os poderes do desembargador relator, que poderia indeferir liminarmente o agravo, requisitar informações ao juiz da causa, atribuir efeito suspensivo ao recurso e intimar o agravado para resposta.

Logo, a Lei nº. 9.139/95 trouxe três importantes e principais contribuições com a modificação do artigo 522 do Código de Processo Civil de 1973, quais sejam: a simplificação da redação acerca do cabimento do recurso de agravo, restando clara sua função de impugnar as decisões interlocutórias; a unificação da nomenclatura da espécie recursal como agravo, podendo assim ser interposto na forma retida e por instrumento, conforme a vontade da parte; e a dilação do prazo de 05 para 10 dias para interposição do recurso.

Outro fato relevante é que a legislação de 1995 acabou trazendo ao artigo 524 a redação que se manteve inclusive no Código de Processo Civil de 2015, que constituiu que fosse estabelecida a interposição do agravo de instrumento

⁸ PISSURNO, Marco Antônio Ribas. Comentários aos arts. 522 a 529 do CPC. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 14, n. 2128, 29 abr. 2009.

perante o tribunal competente, e que isso deveria acontecer por meio de petição na qual estivesse contida a exposição do fato e do direito das razões pelas quais se pediria a reforma.

Desse modo a lei agilizou o processamento do recurso de agravo de instrumento, mas não se apresentou de forma satisfatória para a onda reformista. Assim, após a entrada em vigor da lei, ante as interpretações realizadas e pela jurisprudência que estava sendo firmada percebeu-se a presença de falhas que requeriam certo acerto, bem como a necessidade de complementação, uma vez que a reforma não atingiu todos os obstáculos à celeridade processual e ao acesso à justiça⁹.

1.2.2 Alterações trazidas pela Lei nº. 10.352/01

A edição da Lei nº. 10.352/01 trouxe diversas alterações ao Código de Processo Civil de 1973, no entanto, demonstraram já a intenção do legislador em restringir o uso do agravo de instrumento, diminuindo, dessa forma, o volume de processos nos tribunais. Portanto, houve a ampliação do agravo na sua forma retida e restrição na sua forma de instrumento, instituindo-se agora a obrigatoriedade do agravo retido.

A redação do artigo 523, § 4º do Código de Processo Civil de 1973, estabelecia que decisões proferidas após a sentença (com exceção daquelas que não admitissem o recurso de apelação e das que tratassem dos efeitos em que a apelação é recebida) seriam impugnadas apenas por meio do recurso de agravo retido.

Caberia também apenas o agravo retido para decisões proferidas nas audiências de instrução e julgamento e posteriores à sentença, sendo o cabimento do agravo de instrumento restrito às decisões proferidas após a sentença desde que houvesse dano de difícil e incerta reparação. A lei obrigou ainda que a parte agravante informasse ao juiz da causa acerca da interposição do recurso, sob pena de não ser conhecido o agravo, entretanto, informar o juízo do não cumprimento desta exigência é um ônus do agravado.

Assim como a Lei nº. 9.139/95, a legislação que trouxe alterações ao Código de Processo Civil de 1973 em 2001, modificou as providências a serem tomadas pelo relator do agravo. Nesse sentido, os incisos II e III do artigo 527 permitiam o relator a converter o agravo de instrumento em agravo retido quando

⁹ COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**: Leis nº. 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

verificada a não urgência da decisão, remetendo-o de volta ao juízo da causa, bem como a conceder medida de urgência indeferida em primeira instância, visando, assim, acabar com o mandado de segurança para impugnar decisão que negava a liminar em antecipação de tutelas.

Imperioso reconhecer que, com a reforma, o legislador tentou impedir o uso excessivo do agravo de instrumento, tendo em vista a sua preocupação com o excesso tumultuário do uso do agravo de instrumento, que, segundo reclamos dos Tribunais, embaraçava a tramitação e julgamento dos demais recursos em segunda instância¹⁰.

1.2.3 Alterações trazidas pela Lei nº. 11.187/05

Em razão da redação original da lei processual civil de 1973 e das posteriores mudanças que o recurso de agravo passou, o mesmo adquiriu celeridade, ganhou efeito suspensivo e ativo. Todavia, o montante de agravos nos tribunais se tornou um peso para o poder judiciário, e foi com a Lei nº. 10.352/01 que o processo de reformas para restringir o uso dessa espécie recursal se iniciou.

Entretanto, a medida mais eficaz foi a Lei nº. 11.187/05, que tornou o agravo retido a regra processual e o agravo de instrumento a exceção. Portanto, pode-se dizer que cabia agravo retido antes da sentença e agravo de instrumento após a sentença (nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos que a apelação fosse recebida), com exceção aos casos de lesão grave para a parte.

Nesse sentido conclui Bernardo Pimentel Souza que o agravo deve ser por instrumento:

“da decisão interlocutória proferida na liquidação de sentença, da decisão de rejeição da impugnação ao cumprimento da sentença, da decisão contrária ao recebimento da apelação, da decisão relativa aos efeitos da admissão da apelação, da decisão de decretação da falência, enfim, de qualquer decisão interlocutória geradora de lesão grave e de difícil reparação, como nos casos previstos no artigo 558 do Código de Processo Civil”¹¹.

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3. p. 1041.

¹¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 364.

Caso o agravo de instrumento fosse interposto para impugnar decisão que não se enquadrava nessas hipóteses, seria ele convertido pelo relator em agravo retido.

A lei trouxe ainda, no artigo 527 do Código de Processo Civil de 1973, a não recorribilidade da decisão que convertesse o agravo de instrumento em agravo retido, da decisão que atribuísse o efeito suspensivo ao recurso e da decisão que concedesse antecipação de tutela. As referidas decisões somente poderiam ser reformadas por ocasião do julgamento do recurso, salvo os casos em que houvesse reconsideração do próprio relator (artigo 527, parágrafo único, Código de Processo Civil de 1973).

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo cabimento de mandado de segurança no caso do agravo de instrumento haver sido indevidamente convertido em retido, em situações em que a conversão se mostrava passível de causar lesão grave e de difícil reparação.¹²

Portanto, é clara a incumbência do agravante em demonstrar o risco da manutenção da decisão impugnada, para ter direito a recorribilidade por meio deste recurso. Por consequência, na hipótese de conhecimento do recurso, resta configurado o risco da lesão.

A Lei nº. 11.187/05 ainda trouxe outras alterações de menor relevância à sistemática do agravo, como a interposição oral de agravo retido nas audiências de instrução e julgamento. Conforme a nova redação do artigo 523, § 3º, do CPC/73.

Assim sendo, presentes os requisitos para interposição do agravo por instrumento, quer dizer que a decisão a ser impugnada tem o condão de causar lesão grave e de difícil reparação, o que por consequência só poderá ser evitado mediante a suspensão da eficácia da decisão ou de diligência suficiente para impedir o dano.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 35061/DF**. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. CABIMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Recorrente: J H S.A e outro. Recorrido: Distrito Federal. Relator Min. Raul Araújo. Brasília, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24876322/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-35061-df-2011-0182285-2-stj/inteiro-teor-24876323?ref=juris-tabs>, Acesso em: 8 maio 2019.

2 O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2.1 A decisão interlocutória

No âmbito do processo, o Juiz, conforme disciplina o artigo 203 do Código de Processo Civil de 2015, pode se manifestar de três maneiras, quais sejam: despacho, decisão interlocutória ou sentença.

Os despachos são pronunciamentos judiciais que não apresentam nenhum tipo de conteúdo decisório, ou seja, não resolvem qualquer questão suscitada e limitam-se a promover o andamento do processo. A sentença, por sua vez, é o pronunciamento judicial que põe fim à fase cognitiva do procedimento comum e extingue a execução, em outras palavras, é a declaração decisória capaz de dar por encerrada a fase cognitiva ou executiva que se desenvolva em um processo¹³.

Já por decisão interlocutória, entende Alexandre Freitas Câmara ser o pronunciamento decisório que não se enquadre na definição de sentença. Isto é, todo o pronunciamento com conteúdo decisório proferido no curso do procedimento, que não encerra a fase cognitiva nem o processo de execução¹⁴.

Trata-se, portanto, de um conceito atingido por exclusão, sendo que "se o pronunciamento decisório encerra a fase cognitiva ou a execução, tem-se sentença; se não encerra a fase cognitiva nem a execução, mas não tem conteúdo decisório, é o despacho de mero expediente. Todo o resto é decisão interlocutória¹⁵."

Ensina Humberto Theodoro Júnior¹⁶ que pouco importa a natureza da matéria enfrentada por uma decisão para que esta seja qualificada como interlocutória, sendo que tanto questões processuais como materiais, durante o

13 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

14 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 129.

15 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. p. 468.

16 THEODORO JUNIOR, Humberto. **O problema da recorribilidade das decisões interlocutórias no processo civil brasileiro**. Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20C%20Anior%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 11 maio 2019. p. 3.

curso do processo, podem exigir que o Magistrado as solucione, em qualquer etapa da marcha processual.

Dessa forma, as decisões interlocutórias tratam conteúdo de considerável importância ao processo, definindo questões incidentais – que surgem no curso do processo – e, deferindo ou indeferindo requerimentos formulados pelas partes. No atual Código de Processo Civil, ainda, as decisões interlocutórias podem apresentar força de sentença, fazendo coisa julgada para um ou mais pedidos formulados pela parte, conforme explica o artigo 356, do Código de Processo Civil de 2015, que trata das decisões parciais de mérito.

É por conta da importância destas decisões, portanto, que a legislação processual civil prevê um recurso específico como forma de ataque ao seu conteúdo: o Agravo **de Instrumento, hoje previsto nos artigos 1.015 a 1.020 do novel Código de Processo Civil.**

2.2 O procedimento do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015

O novo Código de Processo Civil provocou uma grande mudança no regimento do recurso de agravo, passando a prevalecer o recurso de agravo de instrumento. Ele manteve a previsão do agravo interno contra as decisões proferidas no segundo grau de jurisdição pelo relator, a teor do que disciplina seu artigo 1.021 e seguintes, cumulados com o artigo 1.070, e ainda, ao excluir o agravo retido das espécies recursais, o Código de Processo Civil de 2015 considera o recurso de agravo de instrumento como o único cabível para impugnar as decisões interlocutórias durante o processo em trâmite no primeiro grau.

Não bastasse isto, afastou-se consideravelmente do antes previsto na lei processual civil de 1973, e com uma redação inovadora, estabeleceu um rol de decisões interlocutórias agraváveis, retirando a preclusão da fase de conhecimento e determinando que as decisões não agraváveis devem ser impugnadas em sede de preliminar de recurso de apelação ou nas contrarrazões (artigo 1.009, § 1º, Código de Processo Civil de 2015).

Contudo, este regime restringe-se à fase de conhecimento, não se aplicando às fases de liquidação e cumprimento de sentença, bem como ao processo de execução de título extrajudicial. Nestas situações, toda e qualquer decisão interlocutória tem sua recorribilidade resguardada pelo agravo de instrumento. Importante ressaltar o cabimento de agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida no processo de inventário (artigo 1.015, § único, do Código de Processo Civil de 2015).

Dessa forma, o objetivo da referida espécie recursal é levar ao conhecimento do tribunal questões que exigem uma apreciação imediata, porque podem causar lesão grave ou de difícil reparação, como se verifica nos casos das tutelas provisórias, que são questões de caráter urgente e precisam de reexame imediatamente, quando a parte estiver sendo prejudicada por uma decisão interlocutória de primeiro grau.

A teor do que dispõe o artigo 1.015 do novel Código de Processo Civil, as hipóteses de cabimento de interposição do agravo de instrumento são:

“I) tutelas provisórias; II) mérito do processo; III) rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV) incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V) rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI) exibição ou posse de documento ou coisa; VII) exclusão de litisconsorte; VIII) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; e XI) redistribuição do ônus da prova nos termos do § 1º do art. 373; XIII) outros casos expressamente referidos em lei” 17.

Com a unificação dos prazos recursais pelo Código de Processo Civil de 2015, o agravo de instrumento teve seu prazo para ampliado 15 dias, bem como para apresentação de contrarrazões (artigo 1.003, §5º, do CPC), ganhando ainda, como forma de reforço, artigo específico que trata do prazo para interposição dos recursos de agravo, qual seja o artigo 1.070, do CPC, “é de 15 (quinze) dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal” 18.

Além disso, importante ressaltar o cabimento do agravo de instrumento contra decisões de mérito. É possível que algumas decisões interlocutórias tenham o condão de analisar o mérito do processo, isso pode ocorrer no caso de, o juiz verificando a possibilidade de julgamento parcial do mérito, profere

17 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. Acesso em: 8 maio 2019.

18 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. Acesso em: 8 maio 2019.

uma decisão interlocutória resolvendo apenas uma parte do mérito do processo e segue o processo com relação a algum outro pedido que não tenha sido objeto da referida decisão. Nesse caso, se a parte quiser impugnar essa decisão que tem conteúdo de mérito, mas não é uma sentença, porque não é decisão proferida no final do processo de conhecimento, a parte poderá impugnar, então, por meio do agravo de instrumento, evitando assim a ocorrência da coisa julgada.

Quanto às formalidades legais do agravo de instrumento, o artigo 1.016 do atual Código de Processo Civil estabelece que a petição do recurso deverá ser dirigida diretamente ao tribunal competente. O relator, ao receber o recurso e perceber existência de vício sanável, deve conceder às partes oportunidade para que elas o corrijam antes de dar prosseguimento ao julgamento do recurso.

A formação do instrumento desse agravo resta disciplinada pelo artigo 1.017 do Código de Processo Civil de 2015, trazendo as peças obrigatórias para instruírem o agravo, sem as quais o recurso será inadmitido. O referido dispositivo legal ressalta também a responsabilização pessoal do advogado caso não haja declaração de inexistência de qualquer das peças obrigatórias, bem como a faculdade do agravante em juntar outros documento que reputar úteis. Sendo os autos eletrônicos, as peças obrigatórias são dispensadas, porque o tribunal tem acesso ao processo.

Esta espécie recursal requer o recolhimento de preparo e o seu protocolo poderá ser feito diretamente no tribunal competente para apreciá-lo, ou na própria comarca, seção ou subseção judiciária através do protocolo integrado. Ainda por carta com aviso de recebimento ou fac-símile.

O artigo 1.018 do Código de Processo Civil de 2015 determina que não sendo eletrônicos os autos, a parte agravante deve trazer para o primeiro grau, no prazo de três dias, informações de que agravou a decisão e a relação dos documentos que instruíram o recurso. Caso esta determinação não seja cumprida, cabe ao agravado prestar essa informação para que o recurso não seja admitido. Neste caso o juiz pode reformar inteiramente a decisão retratando-se, caso em que restará prejudicado o recurso.

Por outro lado, o artigo 1.019 da legislação processual civil prevê a possibilidade do relator atribuir efeito suspensivo ao recurso como forma de exceção, uma vez que a regra do recurso de agravo de instrumento é pela ausência da suspensividade; ou deferir a antecipação de tutela recursal, comunicando nesse caso, o juiz da sua decisão.

Cabe ao relator ainda, ordenar a intimação do agravado por carta com aviso de recebimento, quando não tiver advogado constituído nos autos, ou pelo diário da justiça destinado ao procurador da parte, para que apresente contrarrazões ao agravo de instrumento interposto no prazo de 15 dias, havendo a faculdade de juntada de documentos que entender úteis ao julgamento do recurso, com o fim de assegurar o contraditório.

O artigo 1.019 faz referência ao artigo 932 do mesmo diploma legal, quando da atuação singular do relator. Acerca da decisão de mérito do recurso, prevista no inciso IV, o relator pode julgar monocraticamente o mérito do recurso quando este contrariar enunciado ou súmula dos tribunais superiores, assim como acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em demandas repetitivas.

Entretanto, há de se estabelecer cautela neste julgamento que nega provimento ao recurso nos termos do artigo 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, porque deve-se também realizar uma interpretação à luz do artigo 489, § 1º, não podendo o relator ficar preso somente a esta súmula, devendo ele enfrentar os fundamentos determinantes dos precedentes que geraram aquele texto.

Por fim, o artigo 1.020 determina que o relator solicitará dia para julgamento em prazo não superior há um mês da intimação do agravado, apesar disso, tal determinação resta meramente administrativa, não havendo nenhum efeito preclusivo para tal fim.

2.2 A limitação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento

O objetivo da sistemática recursal acerca do cabimento do agravo de instrumento consta da exposição de motivos da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto que se tornou o PLS nº. 166 de 2010:

“Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, sido alterado o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação.

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa¹⁹.

Logo, o anteprojeto de 2009 assegurava a recorribilidade imediata apenas das interlocutórias: (i) tutelas provisórias; (ii) interlocutórias de mérito; (iii) proferidas na execução ou no cumprimento de sentença; (iv) demais casos previstos expressamente em lei.

Como explica a Min. Nancy Andrighi, por meio da manifestação ofertada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) verificou-se, especialmente na Câmara dos Deputados, sucessivas tentativas de alargar o conteúdo e até mesmo alterar a natureza do rol que elenca as hipóteses de cabimento ao recurso de agravo de instrumento.

Entretanto, ao ser o projeto devolvido para o Senado Federal, o Parecer nº. 956 de 2014 de relatoria do Senador Vital do Rêgo assinalou expressamente que:

“O projeto de Novo Código de Processo Civil segue o caminho da simplificação recursal e do desestímulo ao destaque de questões incidentais para discussões em vias recursais antes da sentença, especialmente quando, ao final do procedimento, esses temas poderão ser discutidos em recurso de apelação.

Por essa razão, no PLS, não se exacerbou na previsão de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento. Essa espécie recursal ficou restrita a situações que, realmente, não

¹⁹ BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Comissão de juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar anteprojeto de novo Código de processo civil. 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 11 maio 2019. p. 33.

podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”²⁰.

Evidente a intenção do legislador em restringir o cabimento desta espécie recursal. Entretanto, não obstante a preocupação do legislador em abarcar no artigo 1.015, todas as decisões que podem ocasionar imediato prejuízo, é possível visualizar situações não atendidas pelo referido dispositivo legal, que trazem às partes, igualmente danos se não forem resguardadas por uma medida recursal imediata. Em muitas das vezes, a impugnação apenas em sede de recurso de apelação pode ser não efetiva e tardia.

Para exemplificar, pode usar-se das decisões em matéria probatória, vez que o dispositivo legal que elenca as decisões agraváveis prevê apenas o cabimento de agravo de instrumento para impugnação da decisão que determina a atribuição diversa do ônus da prova, nos termos do artigo 373, § 1º do Código de Processo Civil de 2015. Apesar disso, não traz o referido dispositivo legal a possibilidade de interposição de agravo de instrumento em face da decisão que indeferir qualquer prova cuja produção for pretendida pela parte. Há hipóteses em que a prova pericial, ou até mesmo testemunhal há de ser produzida imediatamente sob pena de perecimento desta prova, ou seja, pode ocorrer a impossibilidade material da produção da prova quando houver prolação de sentença, e por consequência, possível recurso de apelação.

Por essa razão a doutrina vinha sustentando a possibilidade de cabimento de mandado de segurança em razão da ausência de recurso imediato cabível contra a decisão interlocutória que não tenha sido elencada no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015. Assim entende Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau

²⁰ BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº. 956, de 2014**. Da comissão temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PSL) nº. 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Relator Senador Vital do Rêgo. Disponível em: [file:///C:/Users/user/Downloads/MATE_TI_159354%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/MATE_TI_159354%20(1).pdf). Acesso em: 12 maio 2019. p. 78.

por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar”²¹.

Em razão dessas considerações, fica evidente que se não for o caso do cabimento do agravo de instrumento, haverá situações em que a decisão será absolutamente irrecurável, não havendo qualquer meio adequado de impugnação.

2.3 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao rol do artigo 1.015 do CPC/15

Durante mais de dois anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, houve intenso debate na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de interposição de agravo de instrumento para guerrear decisões interlocutórias não previstas no rol do artigo que trata das hipóteses de cabimento da referida espécie recursal.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), contudo, pacificou o tema em sede de recurso especial repetitivo no ano de 2018, no sentido de que é cabível a interposição de agravo de instrumento quando verificada urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recuso de apelação. Contudo, forçoso entender com cautela os motivos para fixação da tese²².

Nesse sentido, surgiram três principais correntes de interpretação a respeito do rol previsto no artigo 1.015 do novel Código de Processo Civil. A primeira defende ser o rol absolutamente taxativo, devendo haver interpretação restritiva do mesmo. Esta corrente é capitaneada por Alexandre Freitas Câmara, que sustenta ser impugnável por agravo de instrumento apenas a decisão interlocutória que venha a se enquadrar em alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.015.

Em relação à segunda corrente, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha firmam sua percepção doutrinária no sentido de admitir-se uma interpretação extensiva do cabimento do recurso de agravo de instrumento, manifestam que:

“As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo; a taxatividade não é, porém, incompatível com a

21 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo CPC**: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015. p. 1453.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.520/MT**. Corte Especial. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 maio 2019

interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos. [...] Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária”²³.

William Santos Ferreira se presta a acolher o rol do art. 1.015 como exemplificativo, de modo a considerar que a recorribilidade da decisão interlocutória deve ser sempre imediata, ainda que a situação não conste nas hipóteses de cabimento elencadas pelo legislador. Explica ele:

“Se não há identificação literal das hipóteses legalmente previstas para agravo de instrumento, em primeiro momento, se defenderia a apelação, contudo se o seu julgamento futuro será inútil por impossibilidade de resultado prático pleno (ex. dano irreparável ou de difícil reparação), como no caso de uma perícia inadmitida, em que o prédio que seria objeto da perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido, desaparecendo a utilidade de julgamento futuro da apelação, não é possível defender-se o cabimento da apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento.

Em outras palavras, há uma taxatividade fraca, decorrente da própria definição de recorribilidade geral das interlocutórias, mas ainda taxatividade, porque o agravante tem o ônus de demonstrar que é necessário o agravo de instrumento em razão da inutilidade de interposição e julgamento futuros de apelação”²⁴.

Isto posto, forçoso reconhecer que a maioria da doutrina se posicionou no sentido de que o legislador foi impróspero ao tentar criar um rol exaustivo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento na fase de conhecimento. Isso porque o rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015,

23 DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodvm, 2016. v. 3.

24 FERREIRA, William Santos. Cabimento do Agravo de Instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 263, jan, 2017. p. 193 a 203.

como aprovado e em vigor, é insuficiente, uma vez que deixa de abarcar uma série de questões urgentes e que demandariam o reexame imediato por parte do tribunal.

O sistema demanda a existência de uma via processual sempre aberta para que tais questões urgentes sejam desde logo reexaminadas, considerando que se a sua apreciação for adiada, isso poderá causar prejuízo às partes e até mesmo a inutilidade de que o tema seja apreciado no futuro. Em outros termos, existem questões que não podem aguardar e que não estão no rol do art. 1.015, da legislação processual civil.

A intenção do legislador brasileiro ao criar o rol das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento para atacar decisões interlocutórias, foi o de prever ali situações urgentes, que não poderiam, portanto, aguardar para que fossem decididas em eventual recurso de apelação. Ocorre que o estudo da história do direito demonstra que um rol taxativo não consegue, por óbvio, prever todas as hipóteses possíveis.

Logo, se uma decisão interlocutória precisa ser enfrentada imediatamente, sob pena de a sua espera gerar dano irreparável às partes, deve-se permitir o recurso imediato contra esta decisão, considerando que isso atenderia o direito ao efetivo acesso à justiça.

Diante dessa inadequação, o STJ entendeu que nenhuma das três correntes elencadas para resolver a questão apresentada solucionava adequadamente a situação. Senão vejamos, a primeira corrente (taxatividade com interpretação restritiva) é incapaz de tutelar adequadamente todas as questões, isso porque existem decisões interlocutórias que, se não forem reexaminadas de imediato, poderão causar irreparáveis danos às partes.

A segunda corrente (interpretação extensiva) também deve ser afastada, tendo em vista, segundo a Relatora Ministra Nancy Andrighi:

“não haver parâmetro minimamente seguro e isonômico quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra, o uso dessas técnicas hermenêuticas também não será suficiente para abarcar todas as situações em que a questão deverá ser reexaminada de imediato”²⁵.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.520/MT**. Corte Especial. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981>

De igual modo, não deve prosperar a terceira corrente (rol meramente exemplificativo), uma vez que a opção do legislador em limitar o cabimento do recurso de agravo de instrumento seria absolutamente ignorada.

O STJ, então, construiu a ideia de que o rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 é de taxatividade mitigada. Significa que, em regra, somente há recorribilidade de decisões interlocutórias nas hipóteses listadas no referido dispositivo legal. Entretanto, excepcionalmente, é possível a interposição de agravo de instrumento fora das situações elencadas pelo legislador, desde que preenchido um requisito objetivo: a urgência, critério este que “decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação²⁶”. Em outras palavras, para fins de cabimento de agravo de instrumento, significa que a decisão interlocutória proferida trouxe, para a parte, uma situação na qual ela não pode aguardar a rediscussão futura em eventual recurso de apelação.

A expressão “taxatividade mitigada” foi apresentada pela Ministra Nancy Andrighi com o objetivo de dizer que houve uma opção do legislador em prever um rol taxativo, e isso deve ser, na medida do possível, respeitada. No entanto, trata-se de uma taxatividade mitigada (amenizada, suavizada) por um único requisito objetivo: a urgência. A razão pela qual houve a imposição de comprovação deste requisito, é o respeito às normas fundamentais do próprio Código de Processo Civil de 2015.

Dado o exposto, o tema foi apreciado pela Corte Especial em sede de recurso repetitivo e o STJ fixou a seguinte tese:

“O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação²⁷”.

665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 maio 8019. p. 44-45.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.520/MT**. Corte Especial. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 maio 8019. p. 45.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.520/MT**. Corte Especial. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 maio 8019.

Entretanto, indispensável analisar como fica a questão da preclusão. Nesse sentido, se o juiz profere uma decisão interlocutória que se enquadra em uma das hipóteses elencadas pelo art. 1.015 do CPC, a parte prejudicada poderia interpor agravo de instrumento indubitavelmente. Por outro lado, se o juiz profere uma decisão interlocutória que não se amolda em um dos incisos do art. 1.015 do CPC, a lei processual civil afirma que, neste caso, como não há previsão legal de recorribilidade imediata, a parte não pode recorrer de imediato e não deve sofrer os efeitos da preclusão, havendo a possibilidade de impugnar essa decisão ao apresentar o recurso de apelação, conforme disciplina o art. 1.009, § 1º, do CPC.

Assim, pelo referido dispositivo legal, haverá preclusão para a parte se preenchidos dois requisitos cumulativos: a decisão interlocutória a ser guerreada está expressamente elencada no art. 1.015 do CPC; e apesar disso, a parte não impugnou por meio de agravo de instrumento.

Contudo, se o juiz profere uma decisão e o conteúdo desta não está expressamente previsto no dispositivo legal, a parte não tem o ônus de ingressar com o agravo de instrumento, mas se ela gerar, em tese, uma situação de urgência, haverá a opção da parte em interpor agravo de instrumento ou aguardar para impugnar essa decisão. Mas, nesse caso, se a parte optar pela interposição do agravo de instrumento mesmo fora das hipóteses elencadas no art. 1.015, e o tribunal, contudo, considerar que não existe urgência e não conhecer do recurso, com base no entendimento firmado pelo STJ, a parte poderá ainda questionar essa decisão ao interpor apelação, pois não terá havido preclusão.

Destarte, o cabimento do agravo de instrumento na hipótese excepcional preenchido o requisito objetivo de urgência:

“está sujeito a um duplo juízo de conformidade: um, da parte, que interporá o recurso com a demonstração de seu cabimento excepcional; outro, do Tribunal, que reconhecerá a necessidade de reexame com o juízo positivo de admissibilidade. Somente nessa hipótese a questão, quando decidida, estará acobertada pela preclusão”²⁸.

Dessa forma, analisando o entendimento firmado pelo STJ, depreende-se que a taxatividade mitigada se traduz no cabimento de recurso de

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.520/MT**. Corte Especial. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 maio 2019. p. 50.

agravo de instrumento em duas situações. A primeira diz respeito à regra geral, ou seja, quando houver previsão legal expressa, onde a urgência se presume por escolha do legislador. E a segunda em casos excepcionais, quando houver comprovação da urgência de reanálise da decisão interlocutória decorrente da “inutilidade futura do julgamento do recurso de apelação”.

3 ANÁLISE ESTATÍSTICA E ESTUDO COMPARATIVO DA DISTRIBUIÇÃO DE AGRAVOS DE INSTRUMENTO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Com o objetivo de averiguar a efetividade do regime de recorribilidade das decisões interlocutórias trazido pela novel legislação processual civil, neste momento será apresentada uma análise de dados estatísticos dos anos de 2014 a 2018, quando a distribuição dos recursos de agravo de instrumento e apelação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e no Tribunal Regional Federal da 1ª região (TRF1).

3.1 Distribuição de recursos de agravo de instrumento e apelação no TJDFT e no TRF1 nos anos de 2014 e 2015

No Código de Processo Civil de 1973, estavam previstas duas modalidades de agravo para impugnar as decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau: por instrumento e retido nos autos.

Após alterações pontuais e de extrema importância realizadas durante a vigência da legislação processual civil de 1973, o agravo retido – recurso interposto contra decisão cujo exame não era realizado de imediato, mas sim numa fase posterior – foi estabelecido como meio adequado para atacar as interlocutórias proferidas em primeira instância.

Portanto, foi restringido o cabimento do agravo de instrumento à impugnação dos pronunciamentos suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, que indeferia o seguimento da apelação, bem como realizasse exame dos efeitos a que ela era recebida. A referida espécie recursal deveria ser interposta diretamente perante o órgão *ad quem* para que se realizasse apreciação imediata.

Destarte, a principal distinção entre os recursos de agravo trazidos pelo Código Buzaid se assenta no fato de que o agravo retido tinha sua apreciação diferida para a fase posterior a sentença, qual seja a de interposição de recurso de apelação, como não ocorria no caso do agravo de instrumento, onde sua análise era realizada de forma imediata.

Com o objetivo de analisar o novo sistema recursal trazido pela Lei nº. 13.105/2015 no que concerne aos recursos de agravo de instrumento e apelação, imperioso analisar em que quantidade ocorria distribuição deles a fim de que seja possível realizar uma precisa comparação.

Isto posto, foram levantados os referidos dados no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) referente aos anos de 2014 e 2015. No TRF1, em 2014 foram distribuídos 62.330 agravos de instrumento e 162.385 recursos de apelação. Já no ano de 2015, os números foram reduzidos para 39.201 agravos de instrumento e 83.085 apelações.

No âmbito do TJDFT, a interposição de agravos de instrumento no ano de 2014 chegou a 15.207 e 17.021 em 2015. Quanto a distribuição de recursos de apelação, em 2014 foram interpostos 35.112 e 37.612 em 2015.

3.2 Distribuição do recurso de agravo de instrumento e apelação no TJDFT e no TRF1 após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015

Como visto anteriormente, o agravo de instrumento é o recurso cabível para garantir a recorribilidade das decisões interlocutórias – quais sejam todos pronunciamentos com conteúdo decisório, que não encerra a fase cognitiva nem o processo de execução. Nesse sentido, o legislador originário do novo Código de Processo Civil, optou, inicialmente, por estabelecer um rol de doze incisos característico pela sua taxatividade, onde o que não estivesse ali estabelecido, deveria ser atacado por meio de preliminar em eventual recurso de apelação – espécie recursal cabível contra sentenças –, consoante o disposto no artigo 1.009, §1º, do CPC.

Logo, das decisões interlocutórias que seu conteúdo se adequasse à alguma das hipóteses elencadas no rol do artigo que inaugura o capítulo que trata da referida espécie recursal, caberia o agravo de instrumento de recorribilidade imediata, e, caso não houvesse expressa previsão em lei, o pronunciamento deveria, necessariamente, ser impugnado por meio de preliminar de apelação após declarado o fim da fase cognitiva, sem que houvessem incididos os efeitos da preclusão.

Dessa forma, a fim de concluir acerca da efetividade do sistema trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, no tocante ao regime de recorribilidade das decisões interlocutórias, necessária faz-se a análise de dados estatísticos levantados no TJDFT e TRF1, quanto ao número de distribuição dos recursos de agravo de instrumento e apelação também após a entrada em vigor da nova legislação processual civil, ou seja, após 18 de março de 2016.

No TJDF, espantosamente no ano de 2016 o número de distribuição de agravos de instrumento subiu de maneira descomunal, alcançando o patamar de 36.149 distribuições, o que deixou evidente que no ano da entrada em vigor do novo CPC, no tocante a questão objeto de discussão, o objetivo do legislador processual civil em descarregar o poder judiciário e zelar pelos princípios da economia e celeridade processual, foi notoriamente desprezado. Quanto a distribuição de apelações, não foram verificadas grandes oscilações, no mesmo ano foi atingido o número 37.004.

Nos anos de 2017 e 2018, a interposição de recursos de agravo de instrumento se normalizou, retornando a faixa que se verificou nos anos em que o Código de Processo Civil de 1973 ainda estava vigente, se estabelecendo em 14.391 e 14.791 distribuições, respectivamente.

Mudando de esfera, no TRF1, a partir de 2016, de igual modo não foram notadas diferenças alarmantes nos dados recolhidos. No que concerne aos recursos de agravo de instrumento, em 2016 foram distribuídos 41.392, em 2017 43.017 e, em 2018 foi onde o número se mostrou razoavelmente elevado, alcançando 51.546 distribuições, mas ainda muito longe da quantidade auferida no ano de 2014.

Quanto aos recursos de apelação interpostos em 2016, 2017 e 2018, a distribuição chegou a 110.981, 99.750 e 113.747, respectivamente. Evidenciando que em 2018, o número se elevou como nos agravos de instrumento, ressaltando apenas o aumento de distribuição de recursos e consequente sobrecarga da 2ª instância.

3.3 Efetividade do regime de recorribilidade das decisões interlocutórias normatizado pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015)

Por efetividade entende-se a obtenção de sucesso no objetivo traçado, ou seja, a capacidade de atingir as metas previamente estabelecidas. Notório que o legislador originário do Código de Processo Civil de 2015 primava pela simplificação recursal sem que houvesse a restrição do direito de defesa, bem como pelo “desestímulo ao destaque de questões incidentais em vias recursais antes da sentença”, conforme expôs o Senador Vital do Rêgo no Parecer nº 956 de 2014, tudo isso com o objetivo de combater o excesso de formalidade para que se obtivesse a tão almejada celeridade processual.

Evidente a intenção em gerar um processo mais célere e justo, e muito menos complexo. De fato medidas como a exclusão do agravo retido e a consequente alteração no regime das preclusões, ou a regra de alegar em preliminar de eventual recurso de apelação as matérias tratadas por decisões que não

comportem agravo de instrumento, acarretaram na simplificação do subsistema recursal. Entretanto, a pretensão de proporcionar a redução do número de recursos interpostos diariamente, que acabam por ocupar os órgãos de decisões com matérias de baixa relevância, impedindo ou dificultando a apreciação das mais complexas, não parece ter sido atingida.

Diante da breve análise realizada dos dados estatísticos levantados no TJDFT e no TRF1 quanto à distribuição de recursos de agravo de instrumento e apelação, restou inconteste que o objetivo expresso do legislador desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto, em estabelecer um rol taxativo não gerou efeito algum, vez que pôde se verificar por meio das informações obtidas que não houve redução significativa e que se manteve a situação das partes recorrerem das decisão que não lhe são favoráveis, mesmo que em caráter não urgente.

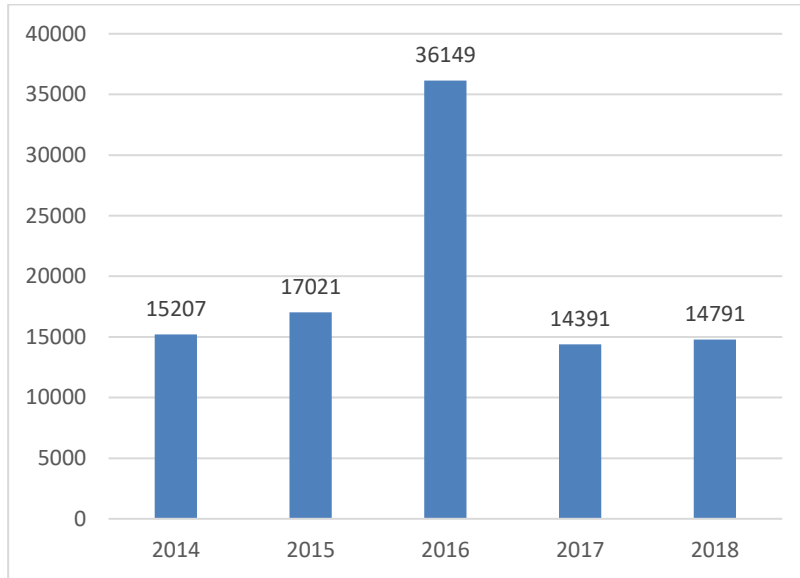
Ressalte-se que se chegou a essa conclusão pelos números até o ano de 2018, sem que houvesse incidido a decisão do Superior Tribunal de Justiça em adotar a teoria da taxatividade mitigada às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, uma vez que o referido entendimento foi firmado apenas no dia 5 de dezembro de 2018. Isto é, se não houve atenuação na interposição dos recursos de agravo de instrumento no momento em que o rol ainda era considerado como taxativo majoritariamente, se prevê uma tendência de aumento nestes dados por consequência da possibilidade que o STJ abriu em interpor esta espécie recursal contra situações fora do rol que o legislador originariamente estabeleceu. Aqui resta latente a necessidade que o julgador terá de realizar um juízo cauteloso do requisito de urgência no momento da admissibilidade ou não do recurso interposto contra decisão que não comporta agravo de instrumento.

No mundo do dever ser, o ideal e mais democrático seria buscar pela via legislativa a alteração do rol do artigo 1.015, do CPC, objetivando, como forma de sugestão, trazer uma enumeração de hipóteses das quais não caberia o recurso de agravo de instrumento, retirando a apreciação do que seria ou não urgente. Para tanto, seria necessário realizar um estudo com o propósito de analisar quais situações não teriam capacidade de gerar prejuízo irreparável às partes. E assim, estabelecer de forma taxativa, as hipóteses em que não houvesse recorribilidade imediata de maneira alguma.

A finalidade da proposta aqui apresentada é a de se evitar a insegurança jurídica criada pelas diversas e divergentes decisões judiciais a serem proferidas que naturalmente ocorrerão tendo em vista o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que deixou a cargo do Tribunal de Justiça definir, no caso concreto, o que é ou não urgente, bem como concretizar o intuito do legislador

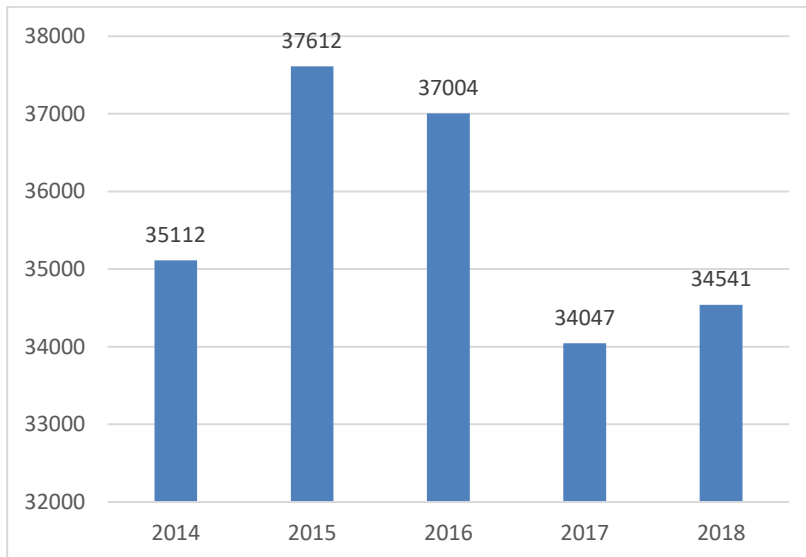
processual civil em reduzir os casos em que a o agravo de instrumento pode ser interposto, desafogando assim o Poder Judiciário.

Gráfico 1 – interposição de agravo de instrumento no TJDFT



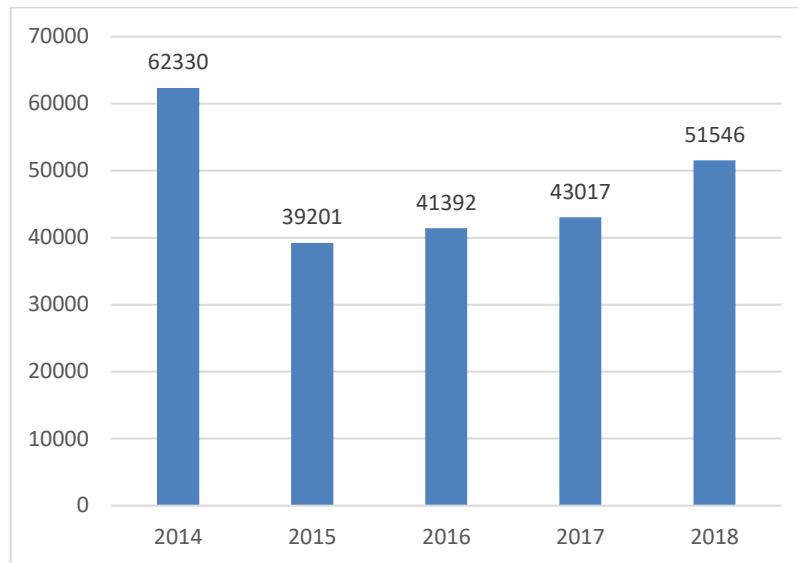
Fonte: elaborado pela autora.

Gráfico 2 – interposição de apelação no TJDFT



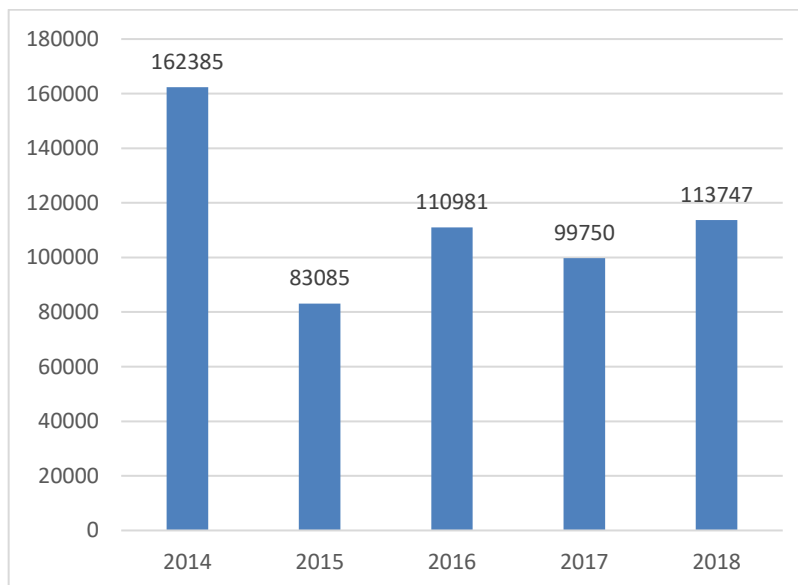
Fonte: elaborado pela autora

Gráfico 3 – interposição de agravo de instrumento TRF1



Fonte: elaborado pela autora.

Gráfico 4 – interposição de apelação TRF1



Fonte: elaborado pela autora.

CONCLUSÃO

Busca-se a todo momento solucionar o problema do crescente número de processos judiciais e recursos interpostos diariamente perante o poder judiciário, sem que haja prejuízo na eficiência dos instrumentos processuais colocados à disposição das partes. Com o novo Código de Processo Civil não foi

diferente, vez que já na Exposição de Motivos do Anteprojeto o legislador deixou claro seu objetivo em gerar um processo mais célere, justo e menos complexo.

A legislação processual civil de 2015 reformou consideravelmente o recurso de agravo. No que concerne ao agravo de instrumento, suas hipóteses de cabimento foram, aparentemente, limitadas em um rol taxativo no artigo 1.015 que elenca as decisões interlocutórias passíveis de agravo.

Foi extinto o recurso de agravo retido, e a decisão que antes era agravável por meio desta espécie recursal, passou a ser discutida em preliminar de eventual recurso de apelação ou nas suas contrarrazões, após prolação da sentença, caso a parte mantiver o interesse em rediscutir o conteúdo da decisão interlocutória não passível de agravo de instrumento. Logo, caso a parte vencida resolva apelar para impugnar tão somente a sentença, será o momento em que então todas as matérias veiculadas por decisões interlocutórias estarão preclusas.

Natural que no momento de realização de qualquer alteração significativa no cotidiano processual, logo surgem diversas correntes doutrinárias que buscam interpretar e analisar a norma, levantando as vantagens e desvantagens. Isto ocorreu de forma abrangente no tocante à análise do rol taxativo do artigo 1.015, CPC/15, vez que antes mesmo da entrada em vigor da nova legislação processual civil, a doutrina já tratava discussões em relação à taxatividade do rol previsto no artigo 1.015 do referido Código, o qual elenca as decisões interlocutórias passíveis de recorribilidade por meio do recurso de agravo de instrumento.

A maioria da doutrina se posicionou no sentido de que o legislador foi impróspero ao criar um rol exaustivo das decisões interlocutórias agraváveis de imediato, por ter deixado de abarcar uma série de questões urgentes que demandariam apreciação imediata do tribunal e não ter reconhecido que a realidade é muito mais ampla do que a interpretação dele.

Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela interpretação do Código de Processo Civil, em sede de recursos especiais repetitivos e após quase 3 anos de vigência do novo Código, firmou seu entendimento no sentido de adotar ao rol que elenca as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento a teoria da taxatividade mitigada. Isto é, reconheceu que, em regra, somente cabe agravo de instrumento quando a decisão interlocutória a ser impugnada trate de matéria elencada no artigo 1.015 do CPC/15, mas, excepcionalmente, é possível a interposição da referida espécie recursal fora deste rol desde que preenchido o requisito objetivo da urgência.

De modo a embasar o estudo, realizou-se uma análise estatística de dados referentes a distribuição de agravos de instrumento no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal Regional Federal da 1ª região dos anos de 2014 a 2018. Se pôde verificar com o objetivo do legislador em garantir e possibilitar a celeridade processual não foi atingido, vez que os número se mantiveram no mesmo patamar antes e depois da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Surpreendentemente, a única alteração significativa verificada foi apenas na elevação do número no ano de 2016.

Por essa razão, foi possível identificar a urgente necessidade em haver intervenção legislativa no que concerne ao meio de impugnação das decisões interlocutórias, vez que mediante a análise dos dados estatísticos do TJDFT e do TRF1, verificou-se que o objetivo originário do legislador processual civil não foi alcançado, ante a manutenção do patamar de distribuição dos recursos de agravo de instrumento.

Em forma de sugestão, se trouxe no decorrer do trabalho que no artigo 1.015 do CPC/15, se trouxesse a enumeração de hipóteses das quais não caberia o recurso de agravo de instrumento de maneira alguma, havendo, para tanto, a necessidade de realizar um estudo com o propósito de analisar quais situações não teriam capacidade de gerar prejuízo irreparável às partes.

A finalidade da proposta aqui apresentada é a de se garantir a segurança jurídica e alcançar o objetivo do legislador processual civil originário, bem como dar plena efetividade ao subsistema recursal de impugnação das decisões interlocutórias.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9139.htm. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm. Acesso em: 6 maio 2019.

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. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.** Comissão de juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar anteprojeto de novo Código de processo civil. 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº. 956, de 2014.** Da comissão temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PSL) nº. 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Relator Senador Vital do Rêgo. Disponível em: [file:///C:/Users/user/Downloads/MATE TI 159354%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/MATE%20TI%20159354%20(1).pdf). Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado PLS nº. 166, de 2010.** Reforma do Código de Processo Civil. Autoria do Senador José Sarney. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550297&ts=1567530892297&disposition=inline>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 35061/DF.** RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. CABIMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS [...] RECURSO PARCIALEMNTE PROVIDO. Recorrente: J H S.A e outro. Recorrido: Distrito Federal. Relator Min. Raul Araújo. Brasília, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24876322/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-35061-df-2011-0182285-2-stj/inteiro-teor-24876323?ref=juris-tabs>, Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.520/MT.** Corte Especial. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&s equencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 maio 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CORRÊA, Josel Machado. **Recurso de agravo**: história e dogmática. São Paulo: Iglu, 2001.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**: Leis nº. 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As recentes 'modificações no agravo'. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 33, dez, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodvm, 2016. v. 3.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do Agravo de Instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 263, jan. p. 193 a 203, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

MELO, Gustavo Medeiros. **O regime do agravo**. São Paulo: IBDS, 2005. Disponível em http://www.ibds.com.br/artigos/MELO_Gustavo_de_Medeiros__O_regime_do_agravo.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Arts. 476 a 565. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O problema da recorribilidade das decisões interlocutórias no processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 11 maio 2019.

PISSURNO, Marco Antônio Ribas. Comentários aos arts. 522 a 529 do CPC. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 14, n. 2128, 29 abr. 2009.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo CPC**: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

DIREITOS HUMANOS – CEDAW E JUSTIÇA INTERNACIONAL PARA MULHERES

LUAN JOSÉ LENDIN DA SILVA: Curso de Ciências Biológicas - Licenciatura plena - Fundação Educacional de Fernandópolis - FEF - 2011 à 2013. e Curso de Direito - Universidade Brasil - 2016 à 2021.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Rodrigo Soncini de Oliveira Guena. Co-orientador: Prof. Dr. Me. André de Paula Viana

RESUMO: Os Direitos humanos permeiam praticamente todo o processo originário de qualquer fonte legal, uma vez que estes emanam da necessidade de abarcar a sociedade na sua totalidade, com o objetivo de garantir, justiça, igualdade e equidade. A partir do evento histórico da Segunda Guerra Mundial, a deflagração de movimentos feministas na década de 70, onde através de estímulo por parte das adeptas, formalizou-se e propiciou o surgimento primeiramente da Conferência da Cidade do México, em 1975 (Primeira Conferência Mundial sobre Mulher) e a posterior adoção, por parte da ONU, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women – CEDAW*), sendo esta convenção considerada o mais importante instrumento internacional sobre os direitos da mulher. Além de buscar enveredar no processo de construção do direito das mulheres, o presente trabalho busca expor este processo de conquista em âmbito de direito internacional através do advento do CEDAW, bem como a posterior internacionalização deste pelos Estados signatários, buscando exprimir o processo de construção dos ditames legais destes Estados para com a reflexão da necessidade de promoção, da igualdade, garantia de direitos e justa inserção da mulher na sociedade.

Palavras Chave: Direitos humanos; Direito internacional; CEDAW; Mulher.

ABSTRACT: Human rights permeate practically the entire process originating from any legal source, since these emanate from the need to encompass society in its entirety, with the aim of guaranteeing, justice, equality and equity. From the historic event of World War II, the outbreak of feminist movements in the 1970s, where

through encouragement from supporters, it formalized and led to the emergence of the Mexico City Conference, in 1975 (First World Conference) Convention) and the subsequent adoption by the UN of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women - CEDAW), this convention being considered the most important international instrument on women's rights. In addition to seeking to embark on the process of building women's rights, this paper seeks to expose this process of conquest under international law through the advent of CEDAW, as well as its subsequent internationalization by the signatory States, seeking to express the process of building the rights of women. legal dictates of these States for reflecting on the need for promotion, equality, guarantee of rights and fair insertion of women in society.

Keywords: Human rights; International right; CEDAW; Woman.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Justiça, Brasil e mulheres. 4. Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra mulheres (Cedaw). 4.1. Introdução a Cedaw. 4.2. Previsão legal. 5. O procedimento de internalização de tratados internacionais no Brasil. 6. O Brasil e a cedaw. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os eixos de domínio inerentes ao Direito internacional, quando colocados sob o espectro da legalidade e dos objetivos à que se destinam, vão apresentar na maioria das vezes um viés bastante fundamentado sob a égide das relações entre os indivíduos, bem como a regulação do bem comum global. Partindo deste ponto, não poderemos deixar de apontar um fato que à todos os indivíduos abarcados pelo Direito é de extrema importância e que se for analisado sob o ponto de vista histórico, irá nos levar à tempos não muito remotos, mas que remontam desde a busca incessante pela garantia de direitos dentro de um entendimento de coletividade, à sua posterior setorização direcionada para grupos específicos e logo em seguida uma nova retomada para a incorporação dos indivíduos outrora excluídos: a luta da mulher por direitos.

Nesta seara, praticamente em todas as Convenções internacionais, percebemos a investidura de práticas à fim de garantir novos direitos e outras vindo no sentido de manter o que até agora fora conquistado, uma vez que a espreita do retrocesso paira sobre as nações e tal fato não seria diferente no que tange à retirada de direito de grupos específicos que outrora encontravam-se à margem da grande fatia social priorizada.

O processo de luta pela conquista de direitos e justa inserção na sociedade, é uma realidade no meio feminino, de modo que necessárias e pontuais foram as intervenções com o objetivo de garantir à mulher justa alocação como sujeito de direito/deveres. Tal fato alcançou as esferas internacionais, de modo que a partir de todos os processos originários a fim de garantir (e manter) esses direitos, a ONU, na Conferência da Cidade do México, em 1975 adota a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e esta passa a ser referência internacional sobre os direitos da mulher.

Ao ser internalizado pelos países-membros, tal Convenção propiciou alterações pontuais nas esferas políticas, sociais, econômicas e legais, dando nova configuração para o status social e promovendo medidas asseguradoras de inclusão, igualdade, equidade etc.

Entender o que foi o CEDAW, bem como os pontos frágeis que ele ousou tocar e promover mudanças, nos cobra o entendimento amplo do que se propõe o Direito internacional, a importância de se ter os direitos humanos regendo nossos ordenamentos, bem como toda a movimentação internacional sobre a manutenção destes direitos e reforçar o movimento que à duras penas, foi a única ferramenta que as mulheres tiveram para cobrar sua devida e justa alocação no espaço que até então, lhes era atmosfera estranha e que as privava de exercer poder na sociedade existente.

Este artigo, se limitará à buscar, nas bases do desenvolvimento à âmbito legal-internacional, através do CEDAW, as políticas desenvolvidas à fim de abarcar a mulher no cenário internacional, bem como a promoção de justiça para este grupo específico dentro do espaço de tempo, que remonta desde às primeiras movimentações sociais pós segunda guerra mundial, até os dias atuais e as novas configurações desenvolvidas pelos estados-membro após a internalização da Convenção.

2. METODOLOGIA

O tema escolhido é bastante maleável e permite sua análise dentro de praticamente todas as técnicas de pesquisa que envolve um artigo científico, sendo assim, tive a alternativa de adequar meu tema ao que eu entendi como justo e necessário para o tipo de abordagem que resolvi fazer. Dentre todas as abordagens de pesquisa, das quais cito: pesquisa bibliográfica; pesquisa experimental; pesquisa descritiva não experimental e pesquisa exploratória entenderam como a mais apropriada para o tipo de abordagem que quero fazer a pesquisa bibliográfica.

O método de pesquisa bibliográfica busca explicar um problema através de teorias publicadas em livros ou obras do mesmo gênero. Buscarei aqui, conhecer e

analisar as principais contribuições teóricas existentes sobre o tema que irei desenvolver. Dentro do processo de construção deste método, tive as influências de diversas etapas, que hora demonstraram ser concomitantes e hora interpostas.

Por se tratar de um artigo, teremos uma apresentação sintética, em forma de relatório escrito, dos resultados de meus estudos realizados a respeito do tema escolhido para meu artigo. Neste, busco um meio rápido de divulgar o referencial teórico, a metodologia, os resultados alcançados e as principais dificuldades que encontrei durante todo o processo de construção do presente trabalho.

A técnica que têm me ajudado a trilhar melhor este caminho de pesquisa/produção do trabalho, é a busca nas fontes literárias inerentes ao me tema, estando esta delimitada basicamente à busca em obras literárias de autores (nacionais e internacionais) que trataram do tema, bem como em artigos científicos existentes e que também deterem-se à tratar o tema de meu interesse.

Como meu trabalho apresenta muitas referências históricas, afinal baseia-se em processo evolutivo da conquista de direitos por um determinado grupo específico, penso que organizar os eventos por ordem de data ajudará a desenvolver melhor o raciocínio e entendimento do tema. O processo legislativo acompanha datas e padrões específicos cronológicos que possibilitam esta prática, em relação à data, número de lei etc.

Também tenho o interesse de falar propriamente de ordenamentos internacionais e também das interferências destes no ordenamento pátrio, no tocante às políticas públicas garantidoras de programas de garantia de justiça para as mulheres. Nenhum desses adventos deu-se de maneira automática e tiveram como fonte, outros eventos que penso serem de importante levantamento, retornando mais uma vez à dados históricos, datas, leis etc.

Por fim, penso que através deste breve tópico expressar meus objetivos e caminhos que estou trilhando para desenvolver meu trabalho. Trabalho este que ainda encontra-se em construção, mas que já têm seus parâmetros bem definidos.

3. JUSTIÇA, BRASIL E MULHERES

Diversos eventos podem ser apontados, cada um dentro de sua significância, bem como adequação ao momento em que ocorreram. Os que esses eventos têm em comum, são as percussoras dos mesmos, percussoras estas, do sexo feminino, lutando para despontar e conseguir tratamento diferenciado dentro do meio padronizado e intimamente "elitizado" da época em que viviam.

Nesse contexto, pode-se afirmar que:

“Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constitui objetivos prioritários da comunidade internacional.” (DECLARAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE VIENA. 1993 art. 18).

Em território pátrio, os eventos de luta e buscas por direitos também foram de extrema significância, bem como a permanente atividade para que os mesmos fossem mantidos. Muito se lutou para adquirir e mais ainda empenhou-se em manter o status “igualitário” ou ao menos justo da realidade. A luta, por si só, não é evento linear e padronizado, quando averiguado no espectro de tempo, porém, dentro do período de 100 anos, o século XX foi palco de diversos eventos dessa luta, seja através da abolição de dispositivos discriminatórios, ou através da aprovação de novas leis que garantiam direitos fundamentais, as mulheres marcaram seu espaço e com muita luta, mantem-se no plano de desenvolvimento de políticas mais justas, igualitárias e inclusivas.

Um evento que para muitos na atualidade é fato corriqueiro, para as mulheres representou grande conquista, quando lhes foi atribuído este direito, que até então, não era previsto. O Brasil, não foi figura expoente no sentido do pioneirismo em garantir às suas cidadãs o direito á participar ativamente do processo de eleição. Na constituinte republicana de 1892, surgiu a proposta de garantia ao direito de voto ás mulheres, porém o projeto de emenda não foi aprovado.

Temos em esfera internacional, a recorrente discussão sobre tratados em prol da promoção da igualdade entre os indivíduos, valendo frisas.

Destaca-se que:

“Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. 1948, art. II, 1).

Santo (2006) neste sentido também trouxe alguns direitos das mulheres resguardados sob a égide da Carta Magna de 1988, dizendo que:

“A Carta de 1988 proclama ainda outros direitos específicos das mulheres, tais como:

a) a igualdade entre homens e mulheres especificamente no âmbito da família (art. 226, § 5º);

b) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho);

c) a proteção especial da mulher do mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei 9.799, de 26 de maio de 1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho);

d) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e

e) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).”

No âmbito internacional, temos um evento contundente e pontual que aconteceu nos Estados Unidos, onde a aprovação do direito ao voto às mulheres enfrentou muita retaliação e à duras dificuldades, conseguiu firmar-se, mesmo afetando a política de independência do local. Por mais que a União expressasse claramente sua tendência à retirada do direito outrora delegado, as autoridades locais mantiveram-se firmes e não abriram mão do que até o momento havia sido conquistado. Destaca-se também neste trabalho, a referência à Nova Zelândia, que em 1893 permitiu o voto feminino. Na França, apesar do advento da Revolução francesa e seu slogan de liberdade, igualdade e fraternidade, as mulheres somente puderam valer-se deste direito em 1945, após Segunda Guerra mundial.

Em território nacional, os movimentos pela obtenção do direito ao voto já começavam a despontar na sociedade, onde, em grupos de mulheres um pouco mais instruídas, que tinham a percepção da importância do que estava acontecendo em nível global acerca do tema, buscaram participar de maneira efetiva no processo eletivo de partidos políticos, e automaticamente, galgando maior visibilidade midiática, bem como o apoio de grupos influentes socialmente, o que a garantiu maior poder de fala. Tal fato pode ser provado através dos fatos em que até mesmo a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) apoiou os fatos na época.

Tais fatos pelas primeiras aparições ou até mesmo materialização do que se podia chamar de poder eletivo dentro de partidos políticos, só ocorreu em 1920, porém foi no ano de 1929, no governo de Getúlio Vargas que as mulheres puderam de fato, vislumbrar um direito adquirido ao voto, materializado no ordenamento pátrio. Ganharam espaço influente, dentro de muitas instituições políticas, que no álibi de abarcamento da causa, garantiram maior força expressiva às mulheres. Fato este era real e de tamanha influência, que foi expresso também em texto de lei na dita Constituição Democrática de 1934, que em seu art. 113 traz:

“Todos são iguais perante a lei. Não há privilégios, nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão, própria ou dos pais, classe social, riqueza, cargos religiosos ou ideias políticas.”

Tal Constituição tinha essa alcunha justamente por, neste mesmo instrumento normativo, trazer e regulamentar outros tantos direitos que dentro do processo de construção da justa alocação do ser feminino na sociedade, que vale a pena referenciar que, nesta Constituição, também tivemos a consignação dos direitos trabalhistas reconhecidos desde 1932, a regulamentação do exercício do trabalho pelas mulheres em estabelecimentos comerciais e industriais, bem como a proclamação de salários iguais entre homens e mulheres, bem como a proteção da maternidade e da infância.

No ano de 1932, tivemos a aprovação do Código Eleitoral, que em seu art. 2º previa que: “É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código.” (DECRETO 21. 076, de 24 de fevereiro).

A década de 1950 também teve um evento bastante marcante e significativo no processo de luta das mulheres. Tínhamos um Código Civil de 1916, que atribuía à mulher, atributos e colocações bastante discriminatórias e estas foram alvo de luta por sua modificação. Neste instrumento normativo, a mulher casada seria considerada relativamente incapaz para o exercício da cidadania, não tinha direito de

exercer o pátrio poder, abrir conta bancária, fixar o domicílio do casal, estabelecer atividade comercial e nem viajar sem autorização expressa do marido. Legalmente, as mulheres casadas eram equiparadas aos silvícolas e pródigos, uma vez que formalmente, seu "tutor" era o marido. Não se exige dizer que tais previsões legais divergiam do movimento que estava em ascensão no contexto feminino, mas infelizmente refletia o padrão de sociedade que tínhamos. Mais uma vez, lutas foram necessárias e não diferente, os obstáculos vieram, porém em 1962, aprova-se no Parlamento o Estatuto da Mulher Casada, que felizmente abolia todas as previsões anteriormente elencadas. Tal Estatuto tem escopo na Lei 4.121, que buscou referências na Organização dos Estados Americanos (OEA), do direito civil moderno, do preâmbulo da ONU, de Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher.

Na década de 1970, tivemos também a pontualidade dos enfrentamentos que a luta das mulheres ainda enfrentava. Nelson Carneiro, que teve grande importância no instrumento anteriormente citado, mais uma vez teve atitude inovadora ao despontar com novas políticas de enfrentamento e modificação daquilo que legalmente estava previsto. Nelson, teve a difícil incumbência no enfrentamento de um tema que além dos setores jurídicos, permeava em território bastante difundido na sociedade de maneira majoritária e que iria exigir, um enfrentamento diferenciado: os ditames da igreja católica. A igreja católica apresentou veementemente reprovação à lei do divórcio e em nenhum momento demonstrou apoio na aprovação desta no Congresso. Até então, tínhamos a insuficiente, porém existente, figura do desquite que legalizava a separação judicial, porém impedia a mulher de contrair novo casamento. Ou seja, constituir uma nova família, com base legal não era permitido à mulher, e marcava, negativamente, as novas uniões existentes, bem como servia de fator diferenciador dos indivíduos constituintes dessa relação e de toda sua prole.

Por ordem de tempo, ou até mesmo de tratar de assuntos outrora evitados de maior caráter religioso, tal luta durou não menos que 20 anos e somente em 1977 houve a aprovação da lei do Divórcio no Brasil: a Lei 6.515/77.

Neste primeiro momento, buscou-se de maneira mais objetiva traçar um limiar de todo o processo (mais precisamente político) da luta e busca da inserção na sociedade pela mulher. Em momento algum, conseguiremos enveredar por todos os processos ou atos que foram responsáveis pelo cenário que se desdobra em nossa frente nos dias atuais.

A construção crítica deu-se em muitos momentos, inclusive no aspecto de expressar a realidade desigual vivida pelas mulheres.

Neste sentido afirma-se:

"A classificação da Mulher tem sido norteadada pela ótica biológica e social, determinante para a desigualdade de gênero, que traz em seu bojo uma relação assimétrica sob a égide de um discurso que se pauta na valoração de um sexo sob o outro." (TÂNIA PINAFI, 2007.p.1).

Grande parte da história acabou se perdendo, ou até mesmo sendo ocultada por conveniência ou entendimentos utilitaristas daquelas épocas e hoje faz falta, pois não se constrói um futuro, sem a certeza e processos que permearam nosso passado. Não somente uma luta figurada pelo ser feminino, hoje podemos enxergar que tais atos contribuíram para o melhor entendimento e afetação das fontes legais, uma vez que não mais se admite a legislação para grupos específicos (no sentido negativo) ou atos normativos que excluam os indivíduos por conta de sua conformação biológica ou qualquer que seja.

4. CONVENÇÃO PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES (CEDAW)

4.1. INTRODUÇÃO A CEDAW

A CEDAW é um dentre os diversos programas desenvolvidos que têm por eixo a tratativa dos direitos humanos, dando enfoque maior no direito das mulheres, com seu desenvolvimento no escopo do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos da ONU. Muito já se falou sobre esta temática e de todo o viés que a mesma exaure, porém o ato de tratar de maneira objetiva e específica os direitos das mulheres ocorreu através da CEDAW, sendo o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher.

A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher foi adotada pela Resolução 34/180 da AGNU no dia 18 de dezembro de 1979, tendo como frente, a grande diferenciação dos demais atos já previstos e internacionalizados, uma vez que obriga os governos a tomarem medidas de coibição e de incentivo na erradicação de práticas excludentes para com as mulheres.

O tempo passou e após anos de atos e processos, a referida Convenção entra em vigor, na roupagem de Tratado Internacional em 03 de setembro de 1981.

O advento desta Convenção, bem como o viés que multifacetário que a mesma ensejava fora objeto de muitas teorizações (antes, durante e após a internalização em ordenamento pátrio). Neste sentido, Pimentel, coloca que a CEDAW, simboliza o

resultado de inúmeros avanços principio lógicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano. (PIMENTEL, 2006, p. 15).

Em Cardoso, o entendimento é de que os Estados que decidiram por adotar a CEDAW, comprometem-se à adoção de medidas adequadas, legislação específica e ações especiais, de caráter provisório, visando acelerar a igualdade entre mulher e homem, com o intuito de possibilitar que a mulher exercite e goze dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (CARDOSO, 2015, p. 39).

No mesmo sentido, vindo para reforçar os ditames já apresentados, Piovesan, esboça que a convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. (PIOVESAN, 1998, p. 141).

Junto com este levante que a Convenção trouxe, temos agora novo horizonte no que diz respeito à busca por políticas e direitos pautados pela busca incessante de garantir a igualdade e justiça para com todos os indivíduos. Tal fato, ensejou num plano internacional e até mesmo em cenários de discussões a movimentação de grupos que mantêm até hoje a forte pressão para que as garantias e previsões contidas na Convenção sejam contempladas e praticadas de maneira plena pelos Estados signatários de tal instrumento.

4.2. PREVISÃO LEGAL

Falar da CEDAW exige debruçar-se sobre o referido documento, não somente para ficarmos apenas num plano idealista, mas para promover o entendimento de seu pleno conteúdo, bem como dos ditames e previsões contidas.

Constituída por um preâmbulo e 30 artigos (organizados estes em 6 partes). De imediato, teremos neste preâmbulo a clara e objetiva menção de que na CEDAW serão aplicados os princípios contidos na Carta das Nações Unidas, seguidos dos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos (princípios da dignidade e valor da pessoa humana, da igualdade de direitos entre homens e mulheres e da não discriminação). Tal fato denota-se pela clara e objetiva intenção deste instrumento, deixando claro à que veio, bem como à que estarão sujeitos àqueles que dela tornarem-se signatários.

5. O PROCEDIMENTO DE INTERNALIZAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL

A Carta Magna de 1988 é clara ao prever em seu artigo 84 que:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X - decretar e executar a intervenção federal;

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral

da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.”

Diante destas duas informações poderemos chegar à conclusão de que nos deparamos com o que tecnicamente se chama de lacuna no ordenamento jurídico pátrio. A previsão de duas legitimidades exclui a possibilidade de hierarquia (no que tange aos Tratados Internacionais), logo, entenderemos que (por padrão) adota-se a corrente dualista para este caso, até mesmo no sentido de que é necessário um decreto legislativo seguido de ratificação pelo Presidente da República. Desse modo, consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional. Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo, onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo. Não gera efeitos a simples assinatura de um tratado se não for referendado pelo Congresso Nacional, já que o Poder Executivo só pode promover a ratificação depois de aprovado o tratado pelo Congresso Nacional. Há, portanto, dois atos completamente distintos: a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo, e a ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação. Assim, celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos. (Piovesan (2012, p. 70).

Porém, as referidas palavras não servirão de base no que tange à internalização dos Tratados internacionais que ditam sobre direitos humanos, uma vez que estes terão status de emenda constitucional, sendo incorporados diretamente ao ordenamento pátrio. Mais uma vez, teremos o advento da colocação de Piovesan (1998, p. 73) “o Direito brasileiro faz opção por um sistema jurídico misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais”.

Os direitos humanos são direitos inerentes á todos os seres humanos, e regem as diversas modalidades de existência, assumindo muitas vezes características plásticas, uma vez que se molda á realidade do indivíduo. No aspecto de

internacionalização, deve-se entender tal ato como atitude legitimadora de garantias aos indivíduos que a partir de agora serão regidos por este novo viés. Atitudes reforçadoras de garantias legítimas e garantidoras são fontes inesgotáveis da possibilidade de existência completa humana e social.

Neste sentido, destaca-se:

“Os direitos humanos servem, assim, para assegurar ao homem o exercício da liberdade, a preservação da dignidade e a proteção da sua existência. Trata-se, portanto, daqueles direitos considerados fundamentais que tornam os homens iguais independentemente do sexo, nacionalidade, etnia, classe social, profissão, opção política, crença religiosa ou convicção moral. Eles são essenciais à conquista de uma vida digna, daí serem considerados fundamentais à nossa existência”. (MARCONI PEQUENO, 2014, p. 2).

6. O BRASIL E A CEDAW

No âmbito nacional, teremos o evento da assinatura da CEDAW pelo Brasil em 31/05/1981, seguindo de sua ratificação em 01/02/1984, através do Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002 (que revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984). O ato de ratificação seguiu-se de ato de reserva, por parte do Brasil nos art. 15º, § 4, art. 16º, § 1, alíneas (a), (c), (g) e (h) e art. 29º, § 1. O Protocolo Facultativo à CEDAW será assinado pelo Brasil apenas em 13/03/2001, seguindo de sua ratificação apenas em 28/06/2002, através do Decreto nº 4.316, e sem reservas.

O Brasil teve como representante brasileira no comitê da CEDAW nos anos de 1987 e 1990, a Sra. Ruth Escobar, tendo também nos períodos de 2005-2008, 2009-2012 e 2013-2016 a Sra. Sílvia Pimentel.

A Sra. Sílvia Pimentel, vai além das incumbências e ocupações inerentes à designação proposta, estando esta enviesada na proposta de representatividade e de reconhecer a importância do movimento deflagrado por uma causa tão necessária e salutar. Neste sentido, para justificar seu envolvimento, Sílvia expõe que sua participação encontra escopo no sentido de que pretendia aproximar o Comitê das muitas mulheres e pessoas que, por senti-lo tão distante e por pouco conhecê-lo, não se utilizam da Convenção como um mecanismo valioso em prol dos direitos humanos das mulheres. (PIMENTEL, 2008).

Em ato de concatenar o seu primeiro relatório bienal, Pimentel se coloca da seguinte maneira:

Ao assumir, em janeiro de 2005, o honroso mandato, por quatro anos, de expert do Comitê da Mulher, da ONU, decidi que este seria, o quanto mais possível, um Mandato Participativo. Um mandato para além das características do mandato previsto pela Convenção, sem perder, no entanto, a autonomia em minha participação no Comitê. Para mim, estava bastante claro que eu o exerceria como partícipe de um coletivo – o movimento de mulheres brasileiro e latino-americano e caribenho – muito mais do que como pessoa individual. Isto significaria pensar coletivamente a possibilidade do exercício de um “mandato participativo”, visando aumentar a potencialidade do papel que estaria desempenhando, como membro do Comitê. Isto porque me vejo como “constructo” do movimento de mulheres, ao qual dei minha parcela de contribuição durante as últimas três décadas. (PIMENTEL, 2008).

A CEDAW exige periodicamente a emissão de relatórios por parte dos Estados-Partes, referente às medidas adotadas no que tange à conformidade com os ditames da referida Convenção. O Brasil segue apresentando seus relatórios, bem como atendendo às previsões do instrumento ao qual é signatário.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de entendimento reiterado e em algumas vezes sob a ótica idealista e inerente a todos, o tema dos direitos humanos. Seguindo na importância do tema, bem como a necessidade de busca de projetos que existam no âmbito de garantia destes direitos, o presente trabalho encontra escopo sob a legítima necessidade de tratativa do tema, buscando tratar do assunto em dois âmbitos: políticas garantidoras no âmbito nacional e internacional.

Se pararmos para analisar o histórico evolutivo de nossa sociedade perceberemos diversas discrepâncias, e se prosseguirmos na análise e usarmos lentes mais específicas perceberão que as mulheres resplandecem dentre os grupos marcados pela segregação e aviltamento de seus direitos. Ser colocado sob posição inferior foi (e ainda é) parte da realidade das mulheres e tal colocação inferiorizada serviu de força propulsora pela busca incessante de garantias e políticas asseguradoras de seus direitos. A perpétua discriminação, violência e desigualdade de gênero deflagraram a busca de garantias e manutenção destas no âmbito nacional e internacional.

Os movimentos que ocorreram ocasionados por essa busca de direitos e garantias poderiam ser elencados neste instrumento acadêmico, porém faz-se mister referenciar o surgimento de um instrumento de ordem internacional de proteção dos direitos da mulher, sob alcunha de Convenção Sobre a Eliminação de Todas as

Formas de Discriminação Contra a Mulher, trazendo como uma de suas principais diretrizes, a ideia de igualdade de gênero e a não discriminação contra a mulher.

Com o advento de referido instrumento, perceberemos a implementação de atos voltados para direitos humanos das mulheres, bem como o direcionamento de organismos internacionais para as tratativas do tema e sua composição.

A partir do surgimento da CEDAW, poderemos estabelecer um novo aspecto sobre a garantia e manutenção dos direitos das mulheres, uma vez que, sob a égide da Convenção, deverão elaborar suas legislações de acordo com esta, os Estados signatários. O fato de ser signatário é pedra angular para vincular e condicionar Estados à moldarem suas normas de acordo com os ditames da Convenção e além disso, adotar medidas asseguradoras da aplicação desta, fazendo valer o seu efetivo exercício.

No aspecto de entendimento e melhor ilustração, podemos reconhecer a CEDAW em suma importância em dois aspectos, sendo o primeiro atrelado à sua existência no plano internacional, o que lhe garante a capacidade de maior abrangência e poder de vinculação para com os Estados signatários, em relação à sua nobre proposta e num segundo modo, a capacidade de homogeneizar ditames e a partir de uma primária centralização, estabelecer parâmetros à serem estabelecidos, seguidos e assegurados por seus signatários. Logo, percebemos o poder desta Convenção no âmbito nacional e internacional.

Considerada como a carta internacional dos direitos das mulheres, a CEDAW exerceu, exerce e continuará exercendo poder para a proteção deste grupo que tanto é vulnerabilizado pela desigualdade de gênero e discriminação. Obviamente, o fato de surgimento da CEDAW não foi suficiente para erradicar do planeta todas as práticas abusivas, subversivas e excludentes direcionadas ao grupo das mulheres, fato é que a violência e os dados estatísticos servem para expressar o quão estamos longe de vivenciar uma sociedade mais igualitária e justa.

No entendimento da realidade pátria, ainda percebemos um preconceito estrutural latente em nossa sociedade e tais fatos não permitem aos ditos grupos objetificados, a possibilidade de uma existência livre de paradigmas, rótulos, preconceitos em exclusões. Fato também é, que a mesma força motriz responsável por deflagrar todo este levante de busca por condições justas e igualitárias de existência ainda encontra território fértil no amago daqueles que buscam por justiça e garantia/manutenção de seus direitos.

No agora, as mulheres seguem livres e lutando.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, H. **Manual de Direito Internacional Público**, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 4377, de 13 de setembro de 2002. Dispõe sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 03 ju.2020.

BRASIL. Direitos Humanos: documentos internacionais. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. 553p.

CAMPOS, Amini; CORRÊA, Lindinalva . **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2009.

CARDOSO, N. **Participação Política no Plano Internacional e Reconhecimento dos Direitos Humanos das Mulheres**. 2012. Monografia (Graduação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015.

COMPARATO, F. K. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES. B.S. Empresas e direitos humanos na perspectiva do trabalho decente. **SCRIBD**, São Paulo, nov.2011. Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-BRA-CO-7.pdf>> Acesso em: 03 jun. 2020.

PEQUENO, M. O fundamento dos direitos humanos. Educação em Direitos Humanos: fundamentos históricos - filosóficos. **DHNET**, Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/02_marconi_pequeno_fundamento_dh.pdf>. Acesso em 20 jun. 2020

PINAFI, T. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. **ARQUIVO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, ed. nº 21 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>> Acesso em 20 de jun. 2020.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTO, I. G. E. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. **AMBITO JURÍDICO**, Rio Grande, n.35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1521>. Acesso em: mar 2020.

SILVA, P. T. G. **Sistema Constitucional das Liberdades e das Desigualdades**. São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, M. C. Os Direitos Humanos das Mulheres sob o Olhar das Nações Unidas e o Estado Brasileiro. **INVESTIDURA PORTAL JURÍDICO**, Florianópolis/SC, abr.2009. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-internacional/3274>. Acesso em: 03 jun. 2020.

A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

RAIANNI DOS SANTOS PEREIRA:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus-
ULBRA

ARMANDO DE SOUZA NEGRAO^[1]

(orientador)

RESUMO: Atualmente a sociedade moderna encontra-se em constante modificação em todos os âmbitos, seja na área tecnológica, educacional, alimentar e até mesmo no âmbito familiar o qual complementa-se pela maneira de se relacionar. Com isso, torna-se obrigatório que a legislação vigente esteja também em consonância com o atual cenário do mundo e conseqüentemente modifique-se a cada mudança apresentada. Ao considerar a relevância desse fator, o presente trabalho versa sobre o direito de família e sua evolução no ordenamento jurídico, assim como os novos modelos de família que surgiram, e por conta disso os conflitos familiares foram aumentando, havendo necessidade de rápida resolução de litígios, por cota disso surgiu o instituto da mediação e com ela é eficaz no direito de família. O presente artigo usou a metodologia baseada em artigos online, portais que falem sobre a mulher e as conquistas, pesquisa bibliográfica e etc.

Palavra-chave: sociedade, evolução, direito de família, mediação familiar.

ABSTRACT: Nowadays modern society is constantly changing in all areas, be it in the technological, educational, food and even family areas, which is complemented by the way of relating. Thus, it is mandatory that the current legislation is also in line with the current world scenario and consequently changes with each change presented. Considering the relevance of this factor, the present paper deals with family law and its evolution in the legal system, as well as the new family models that have emerged, and because of this family conflicts have been increasing, and there is a need for rapid dispute resolution. As a result, the Institute of Mediation arose, and with it is effective in family law. This article used the methodology based on online articles, portals that talk about women and achievements, bibliographic research and so on.

Keywords: society, evolution, family law, family mediation.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DO DIREITO DE FAMÍLIA; 2.1 Evolução histórica da família; 2.2 Conceitos de família; 3. OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA; 3.1 Família no

Código Civil de 2002; 3.2 Do Princípio da Dignidade da pessoa humana no Direito de Família; 4. MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA; 4.1 Conceito de Mediação; 4.2 A mediação na legislação brasileira; 4.3 A mediação familiar; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo a sociedade vem sofrendo grandes transformações as quais incluem o modo como as pessoas vivem e principalmente o modo como se relacionam, e com isso o conceito de família e relacionamento também mudou. Ocorre que a família sempre esteve respaldada pelo Estado, sendo antigamente formada pelo matrimônio, mas aquelas uniões fora do casamento, não eram tratados como família pela sociedade, ficando de fora da proteção do Estado.

A família possui uma importância fundamental, pois constitui o alicerce da sociedade, tendo, portanto, grande responsabilidade no processo de socialização da criança. A escola e família são indispensáveis na formação do indivíduo, pois é participando da vida em grupo que este aprende a viver em sociedade. A sociedade tem passado por diversas transformações e muitas delas têm refletido no modelo familiar considerado "ideal", surgindo novas modalidades de família buscando sempre a melhor forma de integração e formação da criança e a sua adaptação na coletividade.

Vale ressaltar que não houve uma simples transformação na família, mais que isso, houve uma modificação no comportamento da sociedade, com reflexos diretos no Judiciário, que acabou por reconhecer a existência não só de uma, mas de várias espécies de famílias, visto que o ordenamento jurídico tem recepcionado diferentes institutos familiares que apresentem como finalidade o desenvolvimento e proteção daqueles que dela fazem parte.

Desta forma, a sociedade continua evoluindo e requerendo que o legislador dê atenção exclusiva aos atuais litígios, uma vez que os conflitos ocorrem com frequência e requerem equilíbrio e competência para enfrenta-los, acontece muitos desses problemas familiares não são resolvidos, uma vez que essas famílias não conseguem solucionar esses conflitos, acabando levando-os para o judiciário. Por conta disso, o judiciário se torna local utilizado para disputas, rancores e ressentimentos, essas desavenças superlotam as varas de família, isso prolonga-se por longos períodos e os prejuízos são para a vida toda.

Desta forma, surge a mediação familiar com o objetivo para resolução de conflitos, nos quais com o auxílio de um terceiro interventor, chamado de mediador, são resolvidos com maior rapidez e eficácia para as partes envolvidas. De acordo com

doutrinadores a mediação familiar é um instrumento extrajudicial de solução de conflitos e o presente aborda sobre como funciona a mediação familiar e sua eficiência.

2. DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família, primeira célula de organização social surgiu aproximadamente a 4.600 anos e sofreu grandes transformações. O direito canônico (leis e regulamentos adotados pela igreja) teve grande influência nos alicerces das famílias, que a partir de então, formar-se-iam apenas através de cerimônias religiosas. O cristianismo levou o casamento a sacramento e uma vez casados somente a morte poderia desfazê-lo.

No entendimento de Maria Berenice Dias, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. A autora, ainda afirma que:

A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar para o direito. É a preservação do 'LAR' no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2011, P, 27)

2.1 Evolução histórica da família

Ao se estudar a história da humanidade, percebe-se que a entidade familiar é a primeira expressão humana no que se refere à organização social, pois, desde o surgimento do homem, a família existe, ainda que de forma involuntária e natural, tendo como funções básicas a reprodução e a defesa de seus integrantes. A família já existia muito antes da existência do Estado.

Diversas mudanças ocorreram com o modelo de família tradicional no Brasil, sobretudo a partir da década de 1980. O código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio.

Com o passar dos tempos esta sociedade familiar sentiu necessidade de criar leis para se organizar e com isso surgiu o Direito de Família, regulando as relações familiares e tentando solucionar os conflitos oriundos dela.

De acordo a jurista Maria Berenice Dias.

Antes da Revolução Industrial a família possuía caráter patriarcal, ou seja, o homem exercia a função de provedor do lar, enquanto a mulher detinha o dever de procriar e cuidar da prole. A sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, e a lei apenas regulava o casamento, a filiação e o parentesco. (DIAS, 2009-2010, p.30).

Salienta ainda acerca do assunto Silvio Venosa:

Com a evolução da ciência do direito, o casamento passou a ser regulamentado pelo o Estado, que inseriu em suas codificações esse instituto, anteriormente tratado como um dogma da instituição doméstica, passou a ser visto como o baluarte da família moderna. (VENOSA, 2010, p. 4-5)

Não mais vigora no século XXI, essa concepção de família patriarcal, com a revolução industrial a mulher saiu de casa para trabalhar e o homem se tornou mais presente na educação dos filhos.

2.2 Conceitos de família

Família é o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si. A família é considerada responsável por promover a educação dos filhos e influenciar o comportamento dos mesmos no meio social, o papel da família no desenvolvimento de cada indivíduo é de fundamental importância, para que esse menor se desenvolva e se torne um adulto saudável.

No código civil de 1916, ser sujeito de direito representava sujeito de patrimônio, a legislação civil daquela época era totalmente patrimonialista, valorizava mais o ter do que o ser. Naquela época a família patriarcal posicionava-se como coluna central da legislação e prova disso foi a indissolubilidade do casamento, como também a capacidade relativa da mulher.

O artigo 233 do supracitado código designava o marido como o único chefe da família, a mulher era atribuída somente à função de colaboradoras dos afazeres domésticos. (FACHIN, 2003. P.298)

Noutro giro em 1962, foi publicada a lei nº 4121, que versava sobre a situação da mulher casada que a partir de então, a mulher poderia exercer o poder familiar, contudo essa atividade era bastante restrita.

Mesmo assim, a posição da mulher no amago da sociedade e da entidade familiar foi modificada, e representou uma das maiores conquistas da classe feminina perante a legislação brasileira passando então a interferir na administração do seu lar.

No ano de 1977 foram editadas leis que possibilitou o divórcio no Brasil, que concedeu o direito a mulher de optar ou não pelo uso do nome do seu cônjuge. A partir da promulgação da constituição de 1988, a célula familiar foi mais uma vez remodelada, desta vez dando ênfase aos princípios e direitos conquistados pela sociedade.

Esta estrutura trouxe nova base jurídica constitucional, tais como: “a igualdade, liberdade, e dignidade da pessoa humana. Princípios esses que foram transportados para a seara do direito de família” (GONÇALVES, 2002, P.74). A legislação mudou para priorizar a proteção da família e a pessoa dos filhos de forma igualitária.

Em 20 de novembro de 1989 foi instituída a convenção da ONU (Organização das Nações Unidas), sobre os direitos da criança e do adolescente, e em 1990 foi editada a Lei nº 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que representa em grande avanço no reconhecimento dos direitos destas pessoas em desenvolvimento.

Na constituição de 1988 e no código civil de 2002, a mulher teve os seus direitos igualados aos dos homens, no que tange a família. No que se refere à guarda dos filhos, antes era da mãe, agora a regra é que fique com ambos os pais pela guarda compartilhada, mas não havendo acordo a mesma será atribuída para quem melhor revelar condições de exercê-la artigo, nº 1.984, caput, do código civil de 2002.

Já o poder familiar que só era exercido pelo pai, através do pátrio poder agora com o código de 2002, o poder familiar é exercido pela mãe e pelo pai artigo nº 1.630, do código civil de 2002. Com toda essa mudança que se refere à família houve também um grande aumento nos números de divórcios, e por consequência o número de crianças que sofrem com a alienação parental é alarmante.

Desde o início das relações sociais o homem sentiu a necessidade de ter uma família, contudo com o passar dos anos a família para muitos deixou de ser uma prioridade. Com isso surge a separação do casal, os efeitos deste ato não refletem somente nos ex-companheiro, as pessoas mais afetadas são as crianças.

À medida que ocorrem às mudanças no cenário familiar, no que diz respeito à separação conjugal, percebe-se que este evento, afeta não somente o casal que se separa mais sim os filhos, frutos deste relacionamento.

Todo homem, a partir do momento em que nasce, passa a fazer parte integrante de uma instituição natural, uma organização familiar. A ela permanece ligado durante toda sua vida, ainda que venha a constituir família pelo casamento. Os desdobramentos decorrentes das relações construídas entre os componentes da referida organização, originam um conjunto de arranjos, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do Direito das Famílias.

Sendo assim, “a família é sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 38).

Ao longo do tempo, o Direito vem evoluindo, buscando propiciar harmonia entre os indivíduos que compõem uma família, objetivando a evolução de cada um, no sentido de que sejam reconhecidos como cidadãos capazes de construir um futuro digno e produtivo.

A conceituação de família nunca foi algo estático, haja vista as constantes mudanças ocorridas nas sociedades. A seguir apresentam-se então alguns conceitos e definições. Para Rodrigues (2002, p. 4-5) a expressão família:

É usado em vários sentidos. Um é o modo mais amplo, onde família é aquela formada por todas as pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, providas de um tronco ancestral comum. E num modo mais limitado, é compreendido família os consanguíneos em linha reta e os colaterais até o quarto grau. E também o modo mais restrito, onde constitui família o conjunto de pessoas compreendido pelo pai e sua prole.

Para Diniz (2008, p. 12) “família é o grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção”.

Segundo Gomes (2002, p. 36) leciona que:

Não há mais no direito brasileiro a restrição do conceito de família ao núcleo de pessoas vinculadas ao instituto do casamento. A família que hoje merece tutela da ordem jurídica é, indistintamente, a que se origina do casamento, como a que

se forma a partir da união estável entre o homem e a mulher, ou a que simplesmente se estabelece pelo laço biológico de paternidade ou pelo liame civil da adoção.

Segundo Lôbo (2002, p. 96), “a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções pro criativas, econômicas, religiosas e políticas”.

Conforme explica Maria Berenice Dias, alude que:

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, obrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação (DIAS, 2010, p. 39).

No ponto de vista de Nogueira (2001, p. 5) compreende-se como família:

Nova estrutura jurídica que se forma em torno do conceito de família sócio afetiva, a qual alguns autores identificam como “família sociológica”, onde se identificam, sobretudo, os laços afetivos, solidariedade entre os membros que a compõe, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que independe de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles.

Como regra geral, o Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco. As legislações definem, por sua vez, o âmbito do parentesco.

O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como aquelas que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio da tutela dos incapazes por meio da curatela (VENOSA, 2006, p. 18).

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, preleciona que:

Importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não

recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas (PEREIRA, 2012, p. 21).

Do disposto no art. 226 da Constituição Federal, Madaleno (2008, p. 05) pontua que:

A família é a base da sociedade e por isso tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

Entende-se, portanto, que a família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laços de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento.

Não foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que a mudança na concepção de família ocorreu. A Lei Maior apenas codificou valores já sedimentados, reconhecendo a evolução da sociedade e o inegável fenômeno social das uniões de fato.

Os princípios constitucionais do Direito de Família trouxeram significativa evolução ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no sentido de reconhecer o pluralismo familiar existente no plano fático, em virtude das novas espécies de família que se constituíram ao longo do tempo.

A nova perspectiva do Direito de Família "Civil-Constitucional" engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF); isonomia, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o tratamento jurídico igualitário dos filhos (artigo 5º, I da CF); a solidariedade social (artigo 3º, I da CF); e a afetividade que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica.

De acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz, o moderno direito de família, marcado por grandes mudanças e inovações, rege-se por princípios, tais como: o princípio do matrimônio e da união estável, segundo o qual o fundamento básico da vida conjugal é a afeição e a necessidade de completa comunhão de vida; o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, no que atina aos seus direitos e deveres; o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art.

227, § 6º, e CC, arts. 1.596 a 1.629); o princípio da pluralidade familiar, uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental); o princípio da consagração do poder familiar (CC, artigos. 1.630 a 1.638), substituindo o marital e o paterno, no seio da família; o princípio da liberdade, fundado no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável; e o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, que constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

A Constituição Federal de 1988 representou uma inovação na forma de se compreender uma constituição familiar, agora não necessariamente proveniente de um casamento formal, mas fruto de uma “união estável”, entre um homem e uma mulher, como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, § 3º).

3. OS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA

Com o passar dos tempos os rígidos conceitos trazidos do modelo familiar grego -romano, sofreu grandes transformações, principalmente no que concerne ao direito de família.

A esse respeito salienta o advogado e professor João Rodolfo Wertz, em seu artigo publicado 20 de fevereiro de 2008:

Na seara jurídica, um dos ramos que sofreram maiores modificações foi o direito de família que passou por reformas no tocante ao reconhecimento de filhos, nas modalidades de união estável, no pátrio poder, nas formas de dissolução do casamento, além é claro de sofrer a mais importante de todas elas; a ampliação dos laços afetivos e suas repercussões nas relações jurídicas. (WERTZ, Online)

Se antes a prioridade era ter hoje com essas transformações o importante é o ser, que é o afeto entre os membros da família.

A juíza Ana Maria Gonçalves Lousada presidente do IBDFAM/DF, menciona no seu artigo sobre evolução do conceito de família:

O modelo familiar hoje, é o da família eudemonista, onde cada indivíduo é importante em sua singularidade, tendo o direito

de ser feliz em seu contexto, independentemente de sua orientação sexual. (LOUSADA, Online)

A família é muito mais do que a reunião de pessoas com o mesmo grau de parentesco, família é afeto, amor respeito, companheirismo.

No Brasil, muito já se avançou. A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações ao ordenamento jurídico nacional, passando a considerar a união estável como unidade familiar ou entre qualquer um dos pais e seus descendentes que é a família monoparental. Com isso foi dado o ponta pé inicial para a implantação do novo conceito de família, o que era antes restrito agora passou a ser mais amplo.

O Supremo Tribunal Federal na data de 05/05/2011 se posicionou e decidiu através de uma ADI ação direta de inconstitucionalidade 4277, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto a união entre pessoas do mesmo sexo é entendida como entidade familiar, vale ressaltar os tipos de famílias no ordenamento jurídico. Família nuclear, composta por pessoas de sexo diferentes e provenientes do casamento. Família monoparental é a constituída por um dos pais e seus descendentes. Família pela união estável, esta espécie diz respeito a união entre pessoas, que convivem sobre o mesmo lar, sem nenhuma formalidade. Família substituta, é a oriunda da adoção seja essa temporária ou permanente.

E ainda família anaparental, unidas por algum parentesco dentro de um mesmo lar, como exemplo irmãos, primos. E por fim mais não menos importante a família homoafetiva conforme mencionado acima ela é constituída por pessoas do mesmo sexo unida por laços afetivos.

3.1 Família no Código Civil de 2002

A família foi gradativamente evoluindo, sofrendo transformações de várias ordens ao longo dos séculos. No século XX, há de ressaltar que houve grande mudança no que tange à época em que vigia o Código Civil de 1916 e o advento do Código Civil de 2002.

Carlos Roberto Gonçalves estabelece nesse sentido:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares,

destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. (GONÇALVES, 2005, p. 16).

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social; sem sombra de dúvidas trata-se de instituição necessária e sagrada para desenvolvimento da sociedade como um todo, instituição está merecedora de ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2005, p. 1).

O Código Civil disciplina o direito de família com a concessão de diretrizes para a constituição da família, as capacidades para que o casamento possa ser celebrado, os impedimentos para a realização do casamento, as suas causas de suspensão e invalidades, dentre outros tópicos. Passou a regular também as relações oriundas de união estável e relações de parentesco.

O direito de família é um ramo do direito civil com características peculiares, integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais, culturais, sociais, ou seja, voltado ao desenvolvimento da sociedade.

O ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa, em seu estudo acerca do núcleo familiar bem afirma: O Direito Civil moderno apresenta como regra geral, uma definição restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco. (VENOSA, 2008, p. 1).

O direito de família nasce do fato de uma pessoa pertencer à determinada família, na qualidade de cônjuge, pai, filho, ou seja, como membro constituinte de uma família. O que prevalece no direito de família é seu conteúdo personalíssimo, focado numa finalidade ética e social, direito esse que se violado poderá implicar na suspensão ou extinção do poder familiar, na dissolução da sociedade conjugal, ou seja, propriamente nos direitos exercidos pelos membros de uma família na sociedade. (GONÇALVES, 2005, p. 2).

Assim, o conteúdo do direito de família, foca no estudo acerca do casamento, união estável, filiação, alimentos, poder familiar, entre outros.

Maria Berenice Dias bem destaca:

O direito das famílias - por estar voltado à tutela da pessoa - é personalíssimo, adere indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a

vida. Em sua maioria é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis. (DIAS, 2009, p. 35).

Assim, nos dizeres da doutrinadora, pode-se afirmar sem dúvidas que, por exemplo, no que tange ao poder familiar, trata-se de um direito que ninguém pode ceder ou renunciar, assim como também o direito da filiação assim o é; enfim, são vários os direitos, que se analisados sob o foco familiar, constataremos que tratam de direitos com peculiaridades próprias e irrenunciáveis.

3.2 Do Princípio da Dignidade da pessoa humana no Direito de Família

Este princípio é decorrente do artigo 1º, III, da CF/88, voltado à pessoa e sua personalidade quando houver indícios de discriminação e desrespeito aos fundamentos da liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, gera efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive ao direito das famílias, já que o específico princípio impõe um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade nas relações familiares.

Nesse sentido, há que citar o que diz Dias (2015, p.45):

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares - o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Mesmo com tantas modificações em benefício das estruturas familiares, priorizando a socioafetividade nas relações, ainda encontramos o desrespeito dentro dessas entidades, pessoas em especial o homem ainda bitolado ao modelo patriarcal, onde ao chefe cabia todos os direitos e não se admite que a mulher e os filhos possuam a mesma dignidade que ele, acredita que o espaço privado familiar ainda esteja sujeito à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os outros membros.

Conforme Madaleno (2015, p.101):

Embora a carta Política pregue a suprema proteção dos valores humanos, sob o enfoque da prevalência da dignidade da pessoa e por conta de cujo princípio sobressaia como

incontestável fato natural a igualdade jurídica do homem e da mulher, ainda pende o modelo cultural de dominação masculina dentro da sociedade afetiva e ainda pende o modelo de discriminação etária no núcleo familiar.

Há que se observar ainda as questões voltadas ao dano moral pelo abandono afetivo, que normalmente usam como fonte e respaldo esse princípio, na chamada tese do abandono paterno-filial ou ainda teoria do desamor.

Dessa forma é nítido que o princípio da dignidade da pessoa humana é muito importante nos litígios familiares e o mais adotado para a proteção de suas relações.

4. MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

No que diz respeito da mediação, Fabiana Ramalho preleciona que:

A mediação de conflitos deriva do pensamento segundo o qual um terceiro é necessário para a solução de um determinado conflito entre as pessoas. O envolvimento desse terceiro pode acontecer de formas diferentes, desde uma maneira mais intrusiva, até uma maneira mais simples. Para diferenciação e conhecimento, listamos as vias possíveis de solução de conflitos, compiladas pela advogada especializada em soluções alternativas (RAMALHO, 2017, ONLINE)

Sendo assim, através da mediação é facilitado o diálogo entre as partes, em um ambiente confidencial, o objetivo da mediação é buscar através das partes a solução de um litígio.

4.1. Conceito de Mediação

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que é um dos maiores incentivadores da prática de mediação no Brasil, descreve o conceito de mediação da seguinte forma:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo

definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades. (CNJ, 2015)

Desta forma, o mediador é uma pessoa que é designada para realizar a atividade com o intuito de orientar as partes a compor o litígio. Nas palavras de Fabiana Ramalho (2017, online) “no exercício da função, o mediador deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra – pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades”.

Ainda de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o mediador deverá destacar que tudo que for dito a ele, deverá ser sigiloso, não sendo compartilhado com nenhuma outra pessoa além daquelas ali presentes na mediação, uma vez que o mediador deve ser uma pessoa com quem as partes possam falar abertamente sem se preocuparem com eventuais prejuízos futuros decorrentes de uma participação de boa fé na mediação (CNJ, 2015).

De acordo com o artigo 167, §1º do Código de Processo Civil, e nos parâmetros do CNJ para exercer a atividade de mediador judicial, é necessário que o possível mediador realize curso de formação de mediadores que seja reconhecido pelos tribunais. De acordo com o CNJ os cursos são oferecidos pelos próprios tribunais ou por instituições credenciadas pelos NUPEMEC - Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos e devem observar os parâmetros curriculares (CNJ, 2015).

No que tange a mediação extrajudicial, esta deverá ser realizada por pessoa que as partes tenham plena confiança, assim como deve estar capacitada para fazer a mediação, não importando se esta integra qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação.

Conforme preleciona a Ministra Fátima Nancy Andrihy (2009, p.10) informa que:

Por isso, a principal virtude do mediador é a paciência. Ele deve ensinar as partes a pensar e resolver, por si mesmas, seus problemas. Quanto melhor qualificado for o mediador, menos opiniões ele emitirá, pois deve propiciar a manifestação mais pura da pessoa, que indicará sua própria solução, sem a intervenção do profissional.

Portanto, o instrumento da mediação tem o objetivo a pacificação entre as partes, cujo o intuito é levar aos mediando uma solução de conflitos, a mediação é uma forma pacífica e eficiente para resolução de conflitos, vale ressaltar que as partes têm que estar em harmonia e dispostos a resolver seus conflitos pacificamente, o mediador deve trazer à tona pautas e opiniões da melhor maneira de resolver o problema.

No que diz respeito da mediação na resolução de conflitos familiares, o autor Diogo A. R. de Almeida, preleciona que:

São nos conflitos de família que a mediação está mais indicada, seja de ordem parental com consequências para a prole, nos casos de separação e divórcio, quanto nas questões empresariais, quando se tratar de empresas familiares, pois “em ambas há relações de afeto que deverão ser mantidas (ALMEIDA, 2014, p.205)

Sendo assim, a mediação é um instrumento eficaz de resolver problemas sem abarrotar o judiciário de processos que poderiam ser resolvidos a base da conversa, a mediação é o objetivo de promover a paz.

4.2 A mediação na legislação brasileira

Conforme dispõe a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010 do CNJ, que instituiu Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, regulamenta a conciliação e a mediação em todo país e estabelece diretrizes aos Tribunais, tendo como principais intuítos (RAMALHO, 2017, ONLINE):

- 1) A utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, principalmente da conciliação e da mediação, no âmbito do Poder Judiciário e sob a fiscalização deste;
- 2) A mudança de mentalidade dos operadores de Direito e das próprias partes, diminuindo a resistência de todos em relação aos métodos consensuais de solução de conflitos; e
- 3) A qualidade do serviço prestado por conciliadores e mediadores, que envolve sua capacitação; tudo visando a pacificação social (escopo magno da jurisdição), a fim de tornar efetivo o acesso à justiça qualificado, ou nas palavras de Kazuo Watanabe, “acesso à ordem jurídica justa.

O objetivo dessa resolução foi criar núcleos de conciliação, para instigar as pessoas a procurarem a mediação como meio para resolver seus problemas. Mas a Lei nº 13.130/2015 trouxe mudanças para a mediação, a lei preleciona que “a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” (BRASIL, 2015).

Conforme art. 1º, parágrafo único da Lei retromencionada, no que tange a mediação é o exercício técnico exercido por terceira pessoa competente sendo ele imparcial sem poder de decisão, que é, escolhido ou aceito pelas partes, para auxiliá-las e estimulá-las a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, ou seja o mediador deve ser neutro, sendo apenas voluntário para mediar as partes, a mediação é uma negociação assistida, assim, onde se pode negociar, se pode mediar.

Desta forma, para que a mediação seja considerada imparcial, eficaz e para que tenha eficiência, é preciso que seja seguido alguns princípios para o êxito da mediação, estes princípios estão descritos no artigo 2º e incisos da Lei 13.140/2015, além do Código de Ética dos Mediadores, sendo:

Imparcialidade do mediador - condição fundamental ao Mediador, não pode existir qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade, deve procurar compreender a realidade dos mediandos, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho.

Isonomia entre as partes - A igualdade é um desdobramento do princípio da isonomia ou da igualdade, previsto no art. 5º, caput, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, reconhecida como verdadeira medula do devido processo legal.

Oralidade e Informalidade – em relação ao processo judicial, a mediação possui um procedimento informal, simples, no qual a oralidade é valorizada, ou seja, a grande maioria das intervenções é feita através do diálogo.

Autonomia da Vontade das partes – a mediação é voluntária e as pessoas devem ter a liberdade de escolher esse método como forma de lidar com seu conflito. Também devem tomar as decisões que melhor lhe convierem no decorrer do processo de mediação. Ainda que sejam encaminhadas obrigatoriamente para a mediação, como ocorre em alguns

países, as pessoas envolvidas devem ter a liberdade de optar pela continuidade ou não do processo.

Busca do consenso – as partes é que decidirão todos os aspectos do conflito, o mediador deverá estimular as partes a terem um espírito colaborador, não deixar que o sentimento de perdedor e ganhador prevaleça, tem de ter a clareza que ambas as partes cedem para que ambas ganhem de alguma forma, com isso os sentimentos negativos e de animosidade são amenizados.

Confidencialidade – o processo de mediação é realizado em um ambiente privado. As pessoas em conflito e o mediador devem trazer um acordo de confidencialidade entre si, oportunizando um clima de confiança e respeito, necessário a um diálogo franco para embasar as negociações. Se eventualmente, algum dos mediandos forem acompanhados por advogados, estes também deverão ser parte no pacto de confidencialidade.

Boa-fé - Enquanto meios para solução de litígios, o processo de mediação deve observar o princípio da boa-fé em todas as suas fases, desde a escolha do processo e mediador até o final cumprimento do acordo (RAMALHO, 2017, ONLINE).

Ainda na Lei 13.140/2015, no artigo 3º, o legislador traz que serão objetos da mediação direitos disponíveis ou mesmo direitos indisponíveis, desde que estes sejam transigíveis, porém é exigida a oitiva do Ministério Público para a homologação que deverá ser feita em juízo. Além disso, a mediação não precisa ser sobre todo o conflito, mas apenas parte dele, se necessário for e os mediando assim desejarem.

De acordo com os artigos 6º e 7º da referida Lei, relata que como regra, o mediador deverá ser designado pelo tribunal, ou como também escolhido pelas partes, vale ressaltar que se aplicam ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz (MARTINS, 2016).

4.3 A mediação familiar

Como foi explicado, no que tange a família com a evolução no direito de família e surgimento de novos modelos familiares e a necessidade de adequar-se à

realidade social, científica e cultural. Surgiu a mediação familiar, como forma de garantir melhor convívio dos casais em conflitos familiares.

O objetivo da mediação familiar é o diálogo, ou seja, ouvir cada membro familiar, para resolver as pretensões conflitantes, detectando sua verdadeira causa.

Desta forma, no que tange a mediação familiar Juliane Mayer Grigoletto (2017, p.5) explica em quais tipos de conflitos familiares podem ser resolvidos pela mediação, vejamos:

Disputa por questões de divórcio, pensões alimentícias, guarda de filhos, herança, divisão de bens ou qualquer outra questão familiar, que sejam ou possam ser objeto de procedimentos legais, são ajudadas no sentido de chegar a acordos ou estreitar as áreas de desentendimento entre elas, com a ativa intervenção de terceira parte imparcial.

Sendo assim, a mediação familiar é um instrumento eficaz que pode ser optado pelas famílias que buscam resolver conflitos familiares, na mediação as partes conflitantes conversam no intuito de superar problemas familiares, a mediação sempre tem que ser confidencial, e de escolha das partes, sendo assim, somente as partes conflitantes entram em acordo, tendo como papel o mediador apenas orientá-las da melhor forma em como poderão resolver seus problemas.

5. CONCLUSÃO

A sociedade evoluiu trazendo consigo a valorização das relações afetivas e, conseqüentemente, da pessoa humana. A família, nesse processo evolutivo, perdeu a função meramente procriadora e a mulher buscou seu lugar na sociedade. Assim, a concepção de família, hoje, é muito mais abrangente e seus componentes vivem igualmente.

No Brasil a evolução política, econômica e social foi palco para a transformação da dimensão de família que se deu desde o Código Civil de 1916 até aos Princípios Constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988. Neste contexto de inovações e adaptações é que os novos modelos familiares, formados pela união de afeto, passaram a fazer parte do Direito das Famílias. Assim, regido pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do Direito das Famílias aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades, a tutela da afetividade e da realização da personalidade humana passaram a compor o cerne das relações familiares, que é onde se pode nascer, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa.

O objetivo da mediação, é encontrar a raiz do conflito a solução do mesmo e restaurar o ambiente harmonioso, no qual a família possa viver na paz e adquirir maturidade para solucionarem seus problemas pessoais de forma pacífica e que não gere traumas nos filhos. As vantagens da mediação, no que tange aos relacionamentos familiares, seria a melhor maneira de resolver seus conflitos, além da melhor satisfação das partes em chegar há um consenso com ajuda de um terceiro imparcial. Os benefícios da mediação são imensos, pois os resultados são a diminuição do padrão ganhador ou vencedor como ocorre nos processos judiciais, pois na mediação as partes estão ali para resolver seu conflito de forma pacífica através do mediador, que surge como um terceiro neutro, o mesmo irá conduzir as sessões de mediação com debates das questões pertinentes, afastando-se de qualquer magoas ou as acusações mútuas. O papel do mediador é o de descomplicar as comunicações entre as partes, diminuindo os obstáculos existentes.

6. REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

FACHIN, Luiz Edson, **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo código civil Brasileiro**. 2.ed.Rio de Janeiro /São Paulo: Renovar, 2003;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 6: Direito de Família. 8ª Edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011;

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – **As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012;

GRIGOLETO, Juliane Mayer. **A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL**, 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/165.pdf>. Acesso em: 16/08/2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do númerus clausus**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

LOUSADA, Ana Maria Gonçalves
http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30. Acesso em 16/08/2020;

MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória jurídica, 2001;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direitos de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

RAMALHO, Fabiana, **MEDIAÇÃO**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60291/a-mediacao-no-ambito-do-direito-das-familias/1>. Acesso em: 16/08/2020.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil brasileiro. Direito de Família**. V. 6. 2. ed. são Paulo: Saraiva, 2002;

VENOSA, Sílvio de Salvo: **Direito Civil: direito de família**; -10 ed.- São Paulo: Atlas, 2010.- (Coleção de direito civil; v. 6);

WERTZ, Joao Rodolfo, <<http://nalei.com.br/novo-conceito-de-familia-e-a-aplicacao-da-lei-n%C2%BA-1134006-31/>> Acesso em: 16/08/2020.

NOTAS:

[1] Professor orientador do Trabalho de Conclusão de Curso em Direito no Centro Universitário Luterana de Manaus– Advogado. E-mail: armando.negrao@ulbra.br.

ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL: NECESSIDADE DE OBEDIÊNCIA AO CONCURSO PÚBLICO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

GILDEON VICTOR DE PAULA FREITAS:

Advogado. 1º colocado no concurso para Advogado do Município de Governador Valadares.

ILMAR NEVES DE PAULA FILHO:

Procurador da Fazenda Nacional. (coautor)

RESUMO: O tema do presente trabalho é a Advocacia Pública Municipal e a necessidade de que os seus cargos sejam providos mediante concurso público, tendo em vista o que preconiza a Constituição Federal. Objetivou-se esclarecer de que maneira a obediência ao concurso público como regra geral contribuirá para a melhoria da Advocacia Pública Municipal e da sua atuação. Apesar da omissão do texto constitucional, os cargos de Procurador do Município devem ser providos mediante concurso público, na forma dos Arts. 29, *caput*, 37, inciso II, e 132, CF. A pesquisa realizada na lei, doutrina e jurisprudência evidencia que a regra segundo a qual a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público não pode ser afastada no âmbito da advocacia pública municipal. Trata-se de carreira de Estado, essencial à administração da justiça. Os Procuradores defendem políticas públicas, atuando como primeiro filtro técnico da gestão pública. Não se admite que o mesmo seja tratado como comissionado (nomeado pela confiança que a autoridade nomeante dispense). A interpretação finalística da Constituição Federal não admite que os quadros dos órgãos de defesa e consultoria jurídica dos Municípios sejam renovados *ad nutum* pelo gestor público.

PALAVRAS-CHAVE: direito administrativo; advocacia pública; princípios; concurso público; moralidade administrativa.

ABSTRACT: The theme of the present work is the Municipal Public Advocacy and the need for their positions to be filled by means of a public examination, in view of what the Federal Constitution advocates. The objective was to clarify how the obedience to the public tender as a general rule will contribute to the improvement of the Municipal Public Advocacy and its performance. Despite the omission of the constitutional text, the positions of Public Prosecutor of the Municipality must be filled by public tender, in the form of the Arts. 29, *caput*, 37, item II, and 132, CF. The research carried out in law, doctrine and jurisprudence shows that the rule that investiture in public office or employment depends on prior approval in a public contest cannot be ruled out in the scope of municipal public law. It is a State career, essential to the administration of justice. Prosecutors defend public policies, acting

as the first technical filter of public management. It is not allowed to be treated as commissioned (appointed by the trust that the nominating authority has). The final interpretation of the Federal Constitution does not allow the staff of the defense and legal advice bodies of the Municipalities to be renewed *ad nutum* by the public manager.

KEYWORDS: administrative law; public advocacy; principles; public competition; administrative morality.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 REGRA DO CONCURSO PÚBLICO 2.1 CARGO DE PROCURADOR NÃO PODE SER CONSIDERADO CARGO EM COMISSÃO 3 ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL 3.1 ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3.2 PORQUE PROVER OS CARGOS VIA CONCURSO 3.3 CENÁRIO ATUAL NO BRASIL 3.3 BREVE HISTÓRICO E REALIDADE DO MUNICÍPIO DE GOVERNADOR VALADARES/MG 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho contempla o tema da Advocacia Pública Municipal e de forma delimitada abordam-se os aspectos constitucionais, legais e jurisprudenciais que permeiam o assunto.

O interesse na pesquisa reside na necessidade de buscar uma solução constitucional para a problemática, na medida em que a Advocacia Pública é o órgão especializado da defesa dos entes públicos e a profissionalização dos seus quadros proporciona maior arrecadação, proteção do erário e da moralidade administrativa, além do incremento no índice de desenvolvimento humano (IDH) do município (MENDONÇA e VIEIRA e PORTO, 2018).

Nesse contexto, a formulação do problema é a seguinte: de que forma a obediência ao concurso público contribuirá para a melhoria da Advocacia Pública Municipal como função essencial à administração da justiça?

Dessa forma, o estudo trabalha com a hipótese que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, ficando claro, portanto, que não pode ser diferente com a advocacia pública municipal, na medida em que se trata de carreira de Estado, essencial à administração da justiça. Admitir tese contrária implica agressão frontal do sistema jurídico vigente. Com efeito, os Procuradores defendem políticas públicas e não políticas de governo, que mudam a cada quatro anos. Dessa maneira, não se pode admitir que os quadros dos órgãos de defesa e consultoria jurídica dos Municípios sejam renovados *ad nutum* pelo gestor público.

Assim sendo, objetivo geral deste artigo é Analisar se os cargos de Procurador Municipal devem ser ocupados por servidores de carreira e providos mediante concurso público, na forma do Art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Como objetivos específicos, delimitar o tratamento constitucional da advocacia pública, destacando a importância da instituição para o Estado Democrático de Direito; demonstrar a indispensabilidade do concurso público para o provimento dos cargos nos municípios; mostrar a necessidade de determinar a adoção do concurso público em todos os municípios brasileiros.

O presente trabalho justifica-se por se tratar de questão da mais alta relevância, na medida em que o Poder Público Municipal tem sido cada vez mais demandado judicialmente e extrajudicialmente. É o advogado público que apresenta o ente em tais casos, mostrando-se indispensável que esses cargos sejam providos mediante concurso público, cumprindo-se os princípios da administração pública, mormente a impessoalidade e moralidade administrativa. Dessa maneira, pretende-se trazer a lume a interpretação da Constituição Federal que tem sido adotada pelos Tribunais diante de casos concretos e a importância de estendê-la para todos os municípios brasileiros.

Como metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com a finalidade de proporcionar melhores e mais precisas informações sobre o tema.

O trabalho está dividido em quatro partes, sendo que nos capítulos dois e três descreve-se a importância do tema, seu tratamento legal e constitucional e solução que o ordenamento jurídico propõe, trazendo, ao final, a conclusão.

2 REGRA DO CONCURSO PÚBLICO

O Art. 37, inciso II, da CF/88, estabelece que "*a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos [...]*". (BRASIL, 2018, p.16)

De acordo com Meirelles (2006 *apud* ALEXANDRINO e PAULO, 2017):

O **concurso público** é o **meio técnico** posto à disposição da administração **para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia**, uma vez que propicia **igual oportunidade de acesso aos cargos e**

empregos públicos a todos os que atendam aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei.

2.1 CARGO DE PROCURADOR NÃO PODE SER CONSIDERADO CARGO EM COMISSÃO

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1983 *apud* NOBRE JUNIOR, 2016), considera-se cargo em comissão aquele “*cujo provimento reside na dependência da confiança do agente que possui competência para a sua nomeação*”. Trata-se de imperioso até mesmo lógico na exata medida em que as unidades funcionais que o utilizam, assim o fazem porque são responsáveis pela transmissão das diretrizes políticas do nomeante, “*a fim de que sejam concretizadas no plano administrativo*” (FERREIRA FILHO, 1983 *apud* NOBRE JUNIOR, 2016). Veja por exemplo o caso dos assessores parlamentares ou assessores de magistrados. É necessário que em tais casos os nomeados estejam em consonância com o entendimento da autoridade nomeante.

Rumando ao cerne da problemática, é lugar comum afirmar que o advogado público apresenta o Estado em juízo. Ele é o próprio Estado demandando porque faz parte do ente federado. A propósito disso, o próprio Código de Processo Civil dispensa a juntada de procuração para suas manifestações. Pois como uma pessoa outorgaria poderes a ela mesma?

Tomando-se como exemplo a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 -, o cenário legal é o seguinte:

Art. 1º - A **Advocacia-Geral da União** é a instituição que **representa a União judicial e extrajudicialmente**.

Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar. (BRASIL, 2019a, p.1)

Por sua vez, o Código de Processo Civil ao tratar da representação judicial dos municípios, preconiza:

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

[...]

III - o Município, por seu prefeito ou **procurador**; (BRASIL, 2019b, p.9).

A análise da letra da lei *de per se* deixa claro que o procurador deve fazer parte da pessoa jurídica à qual apresenta em juízo. A atividade de assessoria pode ocorrer no exercício do cargo, mas a função primordial do Procurador remete às carreiras de Estado, ditas permanentes e que só existem em função do mesmo.

3 ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL

A importância da presente pesquisa reside no fato de que o Poder Público Municipal tem sido cada dia mais demandado judicialmente além do que a moldura estabelecida pelo ordenamento pátrio determina que os atos administrativos sejam precedidos de pareceres jurídicos, evitando, assim, o aviltamento dos cofres públicos.

Para esse *mister*, mostra-se indispensável a existência do advogado público nos municípios e, ainda, que tais cargos sejam providos mediante concurso público, valorizando-se, como visto, os princípios da administração pública.

A interpretação finalística/teleológica da Constituição revela ser essa a sua vontade, pois, como já exarado, os quadros da Advocacia Pública Federal e Estadual são providos mediante concurso público de provas e títulos. O arcabouço constitucional nesse ponto revela o caráter contínuo da atuação desses profissionais e a impossibilidade de se admitir ingerência do gestor na sua forma de provimento.

De acordo com o "1º diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil", o cenário atual deixa claro que 65,6 % dos municípios brasileiros não contam com Procurador concursado. De outro giro, somente 34,4% são representados judicial e extrajudicialmente por servidores de carreira (MENDONÇA e VIEIRA e PORTO, 2018). Nessa segunda categoria figuram majoritariamente as capitais dos Estados, como Belo Horizonte, São Paulo, Rio de Janeiro e Curitiba que possuem PGM(s) bem estruturadas.

Diante de tal quadro fático-jurídico, é imprescindível que se estabeleça, de forma expressa, a obrigatoriedade dos municípios brasileiros organizarem as suas procuradorias ou, a depender da nomenclatura adotada, assessorias jurídicas, da forma estabelecida pela Constituição, isto é, mediante concurso. Assim, os princípios constitucionais destinados à administração pública como um todo seriam efetivamente cumpridos. Não se olvida que há cidades pequenas e com poucos recursos, no entanto, guardadas as diferenças de orçamento e estrutura, o mesmo raciocínio vale para as mesmas, pois a obediência à regra que ora se discute não foi ressalvada para municipalidades de menor porte.

3.1 BREVE HISTÓRICO DO TEMA

A iniciativa de regulamentar a carreira de Procurador Municipal no texto da Constituição nasceu por meio da Proposta de Emenda Constitucional 153/2003, oriunda da Câmara dos Deputados.

A proposição foi votada e aprovada em 2 (dois) turnos na Casa. Em primeiro turno, a aprovação se deu em 27/03/2012, enquanto em segundo turno ocorreu no dia 10/04/2012.

Posteriormente em 13/04/2012 a matéria foi remetida para análise e votação no Senado Federal, onde foi transformada na PEC 17/2012. Verdadeiramente a matéria não foi apreciada até a presente data, de sorte que ainda habita no cenário prospectivo, isto é, ainda não foi inscrita na Carta. Mas parece ser questão de tempo e análise de viabilidade política, que foge ao escopo do presente artigo. Não deixa de ser uma notícia animadora o fato de que desde 19/08/2019, a situação da PEC 17/2012 é a seguinte: ***“PRONTO PARA DELIBERAÇÃO DO PLENÁRIO”***.

O intento da proposta é modificar o Art. 132 da CF que atualmente traz o regramento da advocacia pública estadual e distrital, cuja transcrição já foi feita ao longo da presente análise. Em sendo aprovado sem alteração do texto original, o dispositivo passaria a vigorar com uma redação muito interessante para o pleno cumprimento dos princípios administrativos. É conferir:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados, Municípios e Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após 3 (três) anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (BRASIL, 2019c, p. 1)

É de todo oportuno registrar o teor do requerimento que foi feito pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais no âmbito da PEC 17/2012, resultando no seu desarquivamento. O documento é da lavra do Sr. Cristiano Reis Guliani, presidente dessa associação e o seu conteúdo converge com o raciocínio do presente trabalho. Veja:

Aprovada na Câmara dos Deputados, a PEC inclui expressamente os procuradores municipais no art. 132 da Constituição ao lado dos procuradores dos Estados e do Distrito Federal, como **medida de fortalecimento do Município como ente federativo autônomo e consolidação da defesa jurídica e representação judicial por procuradores admitidos por concurso público, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil**. (ANPM, 2019)

De fato, pelas razões até aqui expostas que vão desde a tecnicidade da atuação bem como índice de desenvolvimento humano (IDH) que os municípios de advogados concursados possuem, mostra-se muito interessante que todos os municípios tenham procuradores recrutados pela via do mérito.

Como visto, o debate acerca da constitucionalização da carreira ficou parado por longo período de tempo. Por essa razão, a União dos Advogados Públicos Federais do Brasil protocolou em 2009 a Proposta de Súmula Vinculante 18 do Supremo Tribunal Federal. O teor da PSV é o que segue:

Proposta de Súmula Vinculante nº 18, em que é proponente a União dos Advogados Públicos Federais do Brasil – UNAFE, que visa à edição de súmula vinculante com a seguinte sugestão originária de verbete: ***“O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.(BRASIL, 2019d)***

O espírito é o mesmo da PEC 17/2012, orbitando entre a necessidade de moralização da carreira municipal e fortalecimento do quadro de servidores dos municípios de forma técnica e impessoal.

3.2 ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Com efeito, a forma de provimento dos cargos da advocacia pública federal e estadual é exatamente a via do concurso público de provas e títulos. É conferir:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e

funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

[...]

§ 2º - **O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.** (BRASIL, 2018, p. 44)

Quanto aos cargos estaduais e distritais, preconiza a Lei Maior:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, **na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos**, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (BRASIL, 2018, p.44)

No tocante às procuradorias municipais, viu-se na parte introdutória que o texto da Carta Política foi omissivo. De fato não há exigência literal de que seus cargos sejam providos na forma do art. 37, II, já citado. No entanto, é de todo oportuno lembrar que não existe hierarquia ou subordinação entre os entes federados e, *mutatis mutandis*, como o Estado está no mesmo patamar dos municípios em termos de autonomia, deve a municipalidade observar as mesmas regras estaduais para prover seus cargos.

Está-se a discutir uma carreira de Estado, essencial à administração da justiça. Admitir tese contrária implica agressão frontal do sistema jurídico vigente, mormente a linha principiológica que emana da Constituição Federal de 1988.

A esse respeito, nota-se que o Art. 29, *caput*, da CF88, estabelece entre outras coisas que "*O Município reger-se á por lei orgânica [...] atendidos os **princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado** [...]*" (BRASIL, 2018, p.17). Ora, a regra do concurso público é a manifestação prática do princípio da **impressoalidade na administração pública** e não há como argumentar que a autonomia político-administrativa dos municípios possa sobrepor ao que disposto no *caput* do Art.37 da Constituição.

Como visto, os Procuradores defendem políticas públicas e não planos de governo. Trata-se de cargo eminentemente técnico ainda que o resultado da atuação tenha reflexo político.

3.3 PORQUE PROVER OS CARGOS VIA CONCURSO

A Constituição da República Federativa do Brasil preconiza que a advocacia pública representa função essencial à administração da justiça, atribuída da representação judicial e extrajudicial, bem como do assessoramento, da União, Estados e Distrito Federal (BRASIL, 2018).

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Códigos de Processo Civil – complementa o conceito, trazendo disposição expressa sobre o município, da seguinte maneira:

Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado;

II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores;

III - o Município, por seu prefeito ou procurador; (BRASIL, 2019b, p.10)

É imperioso observar, para se concluir acerca da necessidade de observância dos princípios da administração pública na organização da carreira, o conceito de cargo público. Alexandrino e Paulo (2017, p.423), conceituam cargo público desta forma:

Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional da administração que devem ser cometidas a um servidor. [...] são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento efetivo ou em comissão.

Ficou registrado ao longo do texto que o cargo analisado não pode ser considerado de provimento em comissão por força da sua continuidade e natureza técnica, dentre outros. Com efeito, essa prática foi repelida pelo e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível 1568258-54.2005.8.13.0105, cujo acórdão é o seguinte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI MUNICIPAL Nº 3.823/93 - LEI COMPLEMENTAR 35/2002 – CONCURSO PÚBLICO - CARGOS EM COMISSÃO - ASSESSOR JURÍDICO MUNICIPAL - ADVOGADO MUNICIPAL - CARGOS COM MESMA ATRIBUIÇÃO - IRREGULARIDADE. - A 'mens legis' constitucional se volta para a proteção da moralidade e da igualdade, ao impor, via de

regra, o concurso público àqueles que pretendem trabalhar para a Administração. Os cargos de livre-nomeação devem ser restritos, apenas para aqueles cargos em que é necessário o depósito de elevada confiança. Apelação Cível 1568258-54.2005.8.13.0105 da 1ª Câmara Cível. Rel. Des. (a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade (MINAS GERAIS, 2019)

Diante disso, não resta outra forma de provimento que não seja a prevista no Art. 37, II, da CF. Essa é a vontade constitucional. A prática de criar cargos em comissão com funções de advocacia representa verdadeira burla ao concurso.

Contudo, os benefícios de se adotar essa direção ultrapassam o campo do direito de sorte que ficou consignada relação entre a existência de procurador concursado e o maior índice de desenvolvimento humano (IDH) no município.

3.3 CENÁRIO ATUAL NO BRASIL

No atinente ao cenário atual, a doutrina especializada assevera o que já foi tratado aqui, no sentido de que não há previsão constitucional para a criação obrigatória de Procuradorias-Gerais nos municípios e que, com a ressalva das capitais e municípios maiores, a maioria das cidades brasileiras carece desse tipo de servidor. (BARROS, 2018).

O Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre o tema e decidiu que os Arts. 131 e 132 da CF não são de reprodução obrigatória pelos entes municipais. Confira:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DE ÓRGÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA **SUCUMBÊNCIA RECURSAL**(CPC/15, ART. 85, §11) NÃO DECRETAÇÃO, POR TRATAR-SE, **AUSENTE SITUAÇÃO DE COMPROVADA MÁ-FÉ**, DE PROCESSO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI Nº 7.347/85, ART. 18) AGRAVO INTERNO IMPROVIDO (RE 1.117.576, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 13/6/2018) (BRASIL, 2019e, p.5)

Também nesse sentido o acórdão lavrado no RE 1.156.016. É conferir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.071/2017 E DECRETO 17.729/2017 DO MUNICÍPIO DE TATUÍ – SP. **ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 131 E 132 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE REPRODUÇÃO NÃO OBRIGATÓRIA PELOS ENTES MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE OS MUNICÍPIOS INSTITUÍREM PROCURADORIAS MUNICIPAIS.** RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO JUÍZO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO.

(RE 1156016, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 25/09/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 27/09/2018 PUBLIC 28/09/2018) (BRASIL, 2019f, p.1)

Não obstante, trata-se de decisão exarada diante de caso concreto, de sorte que não há tese firmada em definitivo pelo tribunal acerca da prescindibilidade ou não da regra do concurso.

Na prática, é certo que apesar do entendimento lavrado pelo Pretório Excelso, a cada dia os Ministérios Públicos dos Estados têm firmado Termos de Ajustamento de Conduta para implantação de procuradorias organizadas nos municípios.

Diante disso, os Ministérios Públicos dos Estados têm acionado aos municípios da sua atribuição com vistas a firmar Termo de Ajustamento de Conduta – TAC –, que é o "*acordo que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo [...] tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial*" (BRASIL, 2019g). O Termo de Ajustamento de Conduta está previsto no § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL, 2019g)

Semelhantemente, a dicção do art. 14 da Recomendação do CNMP nº 16/10:

Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados. (BRASIL, 2019g)

A atuação ministerial resultou em judicioso acórdão de natureza administrativa, oriundo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, no sentido da obrigatoriedade de provimento na forma originária, em cumprimento à dicção do Art. 37, II, da CF. Confira-se trecho do voto:

VOTO:

1 – Pela CIÊNCIA AO PLENÁRIO acerca da solicitação advinda da Associação Nacional de Procuradores Municipais.

2 – Pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS a todos os prefeitos municipais jurisdicionados, cientificando-lhes que:

2.1 - Devem organizar, em até 180 dias após a ciência desta decisão, suas Procuradorias Jurídicas e atribuir as funções de representação judicial e extrajudicial do Município e consultoria jurídica a Procuradores ocupantes de cargos efetivos previamente aprovados em concurso público específico para o cargo;

[...]

2.7 - A partir do dia seguinte à expiração do prazo referido no item 2.1 supra, essa Corte de Contas não aceitará a admissão ou a permanência de advogado público admitido sob a égide da atual Constituição da República sem prévia habilitação em concurso público específico para o cargo, exceto para as

funções de Procurador-Geral e seu substituto eventual, que poderão ser exclusivamente comissionados se a legislação municipal expressamente assim o permitir;

2.8 - Em conformidade com o disposto no inciso V, do artigo 37, da CR/88, deverão estabelecer, por meio de lei, casos, condições e percentuais mínimos de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores da carreira de Procurador Municipal. (RIO DE JANEIRO, 2018, p.13)

Assim, fica claro que o ordenamento jurídico caminha para adoção da tese esposada acima, adequando-se a realidade municipal à vontade da Constituição, como no Estado do Rio de Janeiro.

Com efeito, caminhou nessa seara também o estado do Espírito Santo, que emendou a sua Constituição Estadual para estabelecer o seguinte via Emenda Constitucional n. 112/2018:

Da Procuradoria Geral do Município

- Seção inserida pela EC nº 112/2018

Art. 122-A. **A Procuradoria Geral é o órgão que representa o Município, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, privativamente, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Municipal.**

§ 1º A Procuradoria Geral tem por chefe o Procurador Geral do Município, de livre nomeação pelo Prefeito, dentre advogados com experiência comprovada de pelo menos cinco anos de exercício profissional, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais da carreira de Procurador Municipal far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, com participação obrigatória da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 3º Lei complementar disporá sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria Geral do Município.

§ 4º Os integrantes da Procuradoria Geral do Município e da Procuradoria Geral da Câmara de Vereadores são remunerados

por iguais vencimentos ou subsídios, em valor digno e compatível com sua importância para o Estado Democrático de Direito. (ESPÍRITO SANTO, 2019, p.34)

O exemplo capixaba é louvável e à frente do seu tempo de sorte que estamos diante do primeiro Estado da federação a regulamentar a instituição em sede constitucional. Dessa forma, não restou espaço para discricionariedade do gestor municipal que deverá obedecer à regra insculpida no Art.122-A, §2º, da CE, acima transcrito.

De fato, ainda que o guardião da Constituição Federal tenha se pronunciado opostamente, notou-se que o cenário fático é animador. Na medida em que as iniciativas legislativas e ministeriais continuam surgindo ao redor do país, resultando na implantação e conseqüente abertura de concursos públicos para provimento dos novos cargos, representando ganho qualitativo no serviço público nacional.

3.4 CENÁRIO ATUAL DO MUNICÍPIO DE GOVERNADOR VALADARES/MG

No contexto do Município de Governador Valadares, a advocacia pública foi regulamentada pela Lei nº 3.823, de 10 de dezembro de 1993 até o advento da Lei nº 4.801, de 14 de novembro de 2.000. A regulamentação do cargo de Advogado foi feita pela Lei Complementar 240, de 11 de abril de 2019.

Em linhas gerais, a estrutura da representação e assessoramento jurídico de Governador Valadares se resume em Procuradoria-Geral do Município e Procuradoria da Fazenda Municipal.

No tocante aos cargos, foi identificada a existência de Procuradores, Advogados e Analistas Jurídicos. Na prática, aqueles que recebem a alcunha de procurador ficam com as atuações políticas, isto é, com as decisões que apesar de dever ser jurídicas, são tomadas de acordo com a diretriz do gestor municipal.

Quanto aos advogados, esses ocupam as atribuições mais jurídicas, sem impacto político evidente, tais como processos de execução fiscal e pareceres de cunho técnico, que precedem atuações do ente administrativa ou judicialmente.

A figura do Analista Jurídico (Lei Complementar nº 257, de 16 de dezembro de 2019), recebeu da lei atribuições para assessorar a administração municipal o que, em tese, legitimaria sua nomeação *ad nutum*. Não obstante, a prática revela que são advogados atuantes na defesa do município. Há, portanto, burla do concurso público nesses casos.

Na realidade valadarense, o poder dos advogados não decorre da lei, não é *ex lege* como na Advocacia-Geral da União. O Prefeito outorga procuração aos “*Procuradores Geral, Adjunto, Fiscal*” e esses substabelecem poderes para os advogados para que possam representar o município em juízo.

Tradicionalmente o advogado público, independentemente do nome que o seu cargo receba (seja advogado ou procurador), é o município em juízo, pois faz parte do ente municipal e deve receber da lei poderes para tanto, semelhantemente ao que ocorre na esfera federal e estadual.

4 CONCLUSÃO

Diante do quadro apresentado, observou-se que apesar da omissão existente no texto constitucional, os princípios da administração pública previstos no *caput* do art. 37, da Lei Maior, não permitem outra forma de entrada do advogado público nos quadros do município que não seja a estreita via do concurso público.

Neste sentido é a redação do inciso II do dispositivo citado: “*a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público [...]*” (BRASIL, 2018).

Ora, o embasamento dessa tese não se restringe ao rol do artigo 37, mas perpassa por todo o texto constitucional. É ver, por exemplo, o que a Carta prescreve para os municípios no Art. 29, citado ao longo do texto. Ou seja, não se olvida que o município tem a sua autonomia, própria do pacto federativo. Contudo, essa autonomia deve ser exercida na linha dos princípios estabelecidos na Constituição Federal.

O cenário prático indica que o número de municípios com procuradorias organizadas em carreira continuará crescendo. Trata-se de louvável atualização da prática administrativa municipal, pois prestigia a moralidade e impessoalidade. Passa-se do regime do apadrinhamento, inaceitáveis pós CF88, para o regime do mérito. Os ganhos para a municipalidade são inúmeros, destacando-se, por ora, a atuação técnica do serviço público, sem privilégios ou compadrio; continuidade da prestação pública e do quadro de servidores; atuação preventiva contra atos de corrupção. Para os particulares, como visto, ficou comprovado que os municípios que têm maior número de concursados “*possuem maior índice de desenvolvimento humano*”. (MENDONÇA, 2018, p. 32)

Com fulcro em tais considerações, conclui-se que ainda que a PEC 17/2012 não seja votada e aprovada no Senado, a interpretação finalística da Constituição Federal é suficiente para embasar a adoção do concurso público como regra na

advocacia pública municipal. Notadamente, o instrumento jurídico mais seguro para se alcançar esse intento é a Emenda Constitucional. Mas, caso isso não seja possível, o Ministério Público, diante da omissão do ente federativo, tem legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública e exigir a instalação do órgão de representação e assessoramento jurídico dos municípios de maneira simétrica ao que disposto nos artigos 131 e 132 da CF, que diz respeito à advocacia pública da União e dos Estados, respectivamente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M. PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

APROVI. **Espírito Santo é o primeiro estado do Brasil a regulamentar as Procuradorias Municipais em sua Constituição Estadual**. Disponível em: <<http://aprovi.com.br/?secao=noticias&id=194>>. Acesso em: 05 out. 2019.

BARROS, G. F. M. **Poder público em juízo para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/1992 a 99/2017, pelo Decreto legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão nºs 1 a 6/1994. 53. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

_____. **Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**: Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 06 out. 2019a.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 out. 2019b.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2012**: Altera o art. 132 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/10502>>. Acesso em: 05 out. 2019c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante nº 18**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2667247>>. Acesso em: 05 out. 2019d.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.117.576**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 13/6/2018). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28RE+1117576%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yxscuf5b>>. Acesso em: 05 out. 2019e.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 1156016**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5532824>>. Acesso em: 05 out. 2019f.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Portal de Direitos Coletivos. **O que é o Termo de Ajustamento de Conduta ?**. Disponível em: <<http://www.cntp.gov.br/direitoscoletivos/index.php/4-o-que-e-o-termo-de-ajustamento-de-conduta>>. Acesso em: 05 out. 2019g.

CASADO, Ubirajara. **Município não está obrigado a ter procuradoria? Stf**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pcieqQhTER8>>. Acesso em: 06 out. 2019.

GOVERNADOR VALADARES. **Lei Complementar nº 170, de 29 de janeiro de 2014**: Dispõe sobre o plano de cargos, carreiras e vencimentos dos servidores públicos municipais de Governador Valadares, e dá outras providências. Governador Valadares: Câmara Municipal, 2014. Disponível em: <<http://transparencia.valadares.mg.gov.br/detalhe-da-legislacao/info/lei-complementar-170-2014/11>>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. **Lei nº 3.823, de 10 de dezembro de 1993**: Cria a Procuradoria Geral do Município de Governador Valadares e dá outras providências. Governador Valadares: Câmara Municipal, 1993. Disponível em: <<http://transparencia.valadares.mg.gov.br/detalhe-da-legislacao/info/lei-ordinaria-3823-1993/2383>>. Acesso em: 06 out. 2019.

ESPÍRITO SANTO. **Constituição do Estado do Espírito Santo 1989**: Edição de texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1989 com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 01/1990 a 112/2018. Disponível em: <<https://pge.es.gov.br/constituicao-estadual>>. Acesso em: 06 out. 2019.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível**. Ação civil pública - lei municipal nº 3.823/93 [...] Os cargos de livre-nomeação devem ser restritos, apenas para aqueles cargos em que é necessário o depósito de elevada confiança.

Apelação Cível 1568258-54.2005.8.13.0105 da 1ª Câmara Cível. Rel. Des. (a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.05.156825-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 06 out. 2019.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Direito Administrativo contemporâneo**: temas fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas. **Solicitação n 225.221-8/17**. Disponível em: <<http://consulta.tce.rj.gov.br/consultaprocessos/PesquisaTextual/Details?numero=205113&digito=3&ano=2018>>. Acesso em: 22 out. 2018.

CAPITALISMO, OCUPAÇÕES POPULARES E A APROPRIAÇÃO DOS MÚLTIPLOS DIREITOS À CIDADE SUSTENTÁVEL: UM ESTUDO AGROECOLÓGICO SOBRE AS COMUNIDADES DO DISTRITO URBANO-INDUSTRIAL DO JATOBÁ, BARREIRO, BELO HORIZONTE – MG

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:

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

RESUMO: O ano de 1992 foi um marco mundial para o Meio Ambiente. Em 15 de outubro, o Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais, através do decreto nº 7.392, criou o Parque Agroecológico Vale do Jatobá constituído pelas oito áreas verdes remanescentes de parcelamentos em diferentes quarteirões dos Bairros Conjunto Jatobá I, Conjunto Jatobá II, Conjunto Jatobá III, Distrito Industrial do Jatobá, Jardim Vale do Jatobá, na Regional Barreiro. A Administração Municipal providenciaria posteriormente a elaboração de projeto técnico da área, para fins agrícolas, ecológicos e de educação ambiental. O Parque Agroecológico Vale do Jatobá teria uma comissão consultiva, com a finalidade de contribuir para sua gestão, opinando sobre sua manutenção e atividades a serem ali desenvolvidas. Perfazendo um total de 457.787,51 metros quadrados, parte dos terrenos pertenciam ao poder público estadual sob gestão da Companhia de Distritos Industriais de Minas Gerais - CDI/MG. A ideia era associar diferentes atores sociais como empresários e pequenos produtores rurais em políticas públicas Regionais de ação sociocultural, desenvolvimento socioeconômico, meio ambiente e trabalho, incluindo a articulação entre diferentes Secretarias da Administração Municipal. Este Decreto em vigor desde a data de sua publicação, reaparece quase três décadas depois na rediscussão dos usos atuais desses espaços públicos, e evidenciando as ocupações existentes como protagonistas na reconstrução dos cenários agroecológicos preteritamente idealizados. Assim o artigo através de revisão bibliográfica e pesquisa cartográfica, resgata a essência da discussão humanística que associa dignidade e ecologia e cujo movimento sustentável em construção na região estudada, revoga todas as

disposições capitalistas e/ou de interesses privados contrárias à inclusão e à transformação socioambiental e cultural da região.

PALAVRAS-CHAVE: Agroecologia, Capitalismo, Economia Solidária, Etnobotânica, Moradia Digna

ABSTRACT: 1992 was a world landmark for the Environment. On October 15, the Mayor of Belo Horizonte, in the use of its legal attributions, through decree nº 7,392, created the Vale do Jatobá Agroecological Park consisting of the eight remaining green areas of installments in different blocks of the Conjunto Jatobá I, Conjunto Jatobá neighborhoods II, Conjunto Jatobá III, Jatobá Industrial District, Jardim Vale do Jatobá, in the Regional Barreiro. The Municipal Administration would later provide the elaboration of a technical project for the area, for agricultural, ecological and environmental education purposes. The Vale do Jatobá Agroecological Park would have a consultative commission, with the purpose of contributing to its management, giving an opinion on its maintenance and activities to be developed there. Making a total of 457,787.51 square meters, part of the land belonged to the state government under the management of Companhia de Distritos Industriais de Minas Gerais - CDI / MG. The idea was to involve different social actors such as entrepreneurs and small rural producers in regional public policies of socio-cultural action, socio-economic development, environment and work, including the articulation between different Secretaries of the Municipal Administration. This Decree, in force since the date of its publication, reappears almost three decades later in the rediscussion of the current uses of these public spaces, and highlighting the existing occupations as protagonists in the reconstruction of the previously idealized agroecological scenarios. Thus, the article, through bibliographic review and cartographic research, rescues the essence of the humanistic discussion that associates dignity and ecology and whose sustainable movement under construction in the studied region, revokes all capitalist dispositions and / or private interests contrary to inclusion and socio-environmental transformation. and cultural aspects of the region.

KEYWORDS: **Agroecology, Capitalism, Solidarity Economy, Ethnobotany, Decent Housing**

INTRODUÇÃO

Apesar de não se inserir numa área tradicionalmente vocacionada ao agronegócio, a Mesorregião Metropolitana de Belo Horizonte apresenta 101 municípios com cenários camponeses e perspectivas rurais em desconstrução no

âmbito da urbanização desenfreada. Assim, urge a etnobotânica, a agroecologia e economia solidária como forças de resistência cultural no âmbito das pequenas cidades em crescimento voraz e em parcelamento/extinção de suas últimas paisagens naturais e culturas camponesas. Devido à conurbação com a capital, uma desconstrução em curso pode ser percebida nas paisagens da Cidade de Ibirité, onde tradicionais territórios de práticas agrícolas estão em parcelamento e urbanização: Bálamo, Barreirinho, Canal de Ibirité, Pintados e Rola Moça, dentre outros lugares essencialmente rurais. O mesmo se dá em Mário Campos, Mateus Leme, Rio Manso, dentre outras municipalidades metropolitanas.

Do passado de agricultura familiar à transição para contextos urbano-industriais capitalistas da atualidade, os cidadãos resistem consolidando processos de reafirmação e legitimação através da existência e manutenção dos quintais urbanos e práticas existenciais correlacionadas aos mesmos. Em processos contemporâneos de aculturação, etnocentrismo e desconstruções/deturpações de valores, as paisagens rurais ancestrais se autenticam no imaginário coletivo. Neste contexto, destaca-se a proposta da etnobotânica, a da agroecologia e da economia solidária com significativas experiências no tecido urbano em Belo Horizonte. Existem cinco espaços de vivência agrícola e ecológica nas Bacias Hidrográficas do Ribeirão Arrudas (Parque Agroecológico Vale do Jatobá, Parque Agroecológico Morro das Pedras e Parque Agroecológico Taquaril), Ribeirão Isidoro (Parque Agroecológico Serra Verde), Ribeirão Pampulha (Parque Agroecológico Coqueiros) e Ribeirão Onça (Parque Agroecológico Capitão Eduardo). Destacam-se, ainda, a Lei Ordinária nº 10.255, em vigor desde 2011 e que instituiu a Política Municipal de Apoio à Agricultura Urbana e o Decreto 11.068 em vigor a partir de 2002, que dispôs sobre o Concurso Horizonte de Hortas. As aplicações dos usos tradicionais dos vegetais pelo homem, são prática tradicionais, conforme descrição no site Biólogo (2020, on line):

Desde a época de Schultes²⁹, o campo da etnobotânica passou de simplesmente adquirir o conhecimento etnobotânico para aplicá-lo a uma sociedade moderna, principalmente na forma de produtos farmacêuticos. Com o conhecimento botânico e a

²⁹ Richard Evans Schultes (Boston, 12 de janeiro de 1915 — 2001) foi um botânico norte-americano. É considerado um dos pais da etnobotânica. Ele é o filho de Otto e Maude B. Schultes Bagley nascer. Ele obteve seu BA Harvard em Biologia em 1937 e seu Master of Arts em Biologia em 1938 e seu doutorado em Botânica em 1941.

identificação das espécies de plantas usadas pelas várias etnias, temos a base para o trabalho do etnobotânico. As contribuições da antropologia destinam-se ao estudo da origem, estrutura social e étnica das comunidades humanas em foco, estabelecendo relações entre as diversas etnias e extensão do universo linguístico e papéis sociais associados ao conhecimento em questão além de elaborar questionários que serão aplicados aos informantes no inventário das espécies utilizadas. É na interação com as populações que se constrói o conhecimento, não só da utilidade tradicional das plantas em foco, como da cosmologia que embasa a estrutura social à qual está associada. Da farmacologia pode-se pesquisar se há alguma propriedade medicinal, algum princípio ativo presente nas plantas. Da clínica médica pode-se determinar se as plantas usadas provocam algum efeito fisiológico positivo ou negativo. A utilização de madeiras usadas na construção, fabricação de armas, instrumentos musicais, embarcações, por sua vez também podem requerer de especialistas de áreas afins em nosso saber ocidental científico. Os direitos de propriedade intelectual e os acordos de partilha de benefícios são questões importantes na etnobotânica.

Para quem acha que lavouras e plantações são exclusividades de extensas áreas rurais, onde imperam o agronegócio e o latifúndio, o equívoco é grande, pois espaços citadinos reinventam essas práticas e tradições. A partir deste contexto, através dos parques agroecológicos da capital mineira, nota-se uma reafirmação legitimada da paisagens culturais camponesas, indígenas e quilombolas na cidade. Hortas comunitárias, plantios escolares, cultivos em centros de saúde e parques ecológicos, são muitas das possibilidades de vivências agroecológicas disponibilizadas aos munícipes de grandes centros urbanos do país e do mundo. Assim apesar da relevância da conjuntura de descaracterização das paisagens culturais agrícolas da Grande BH, no âmbito da dicotomia agronegócio e produção familiar, o presente trabalho versa, brevemente sobre as possibilidades de experiências agroecológicas nas comunidades Camilo Torres, Eliana Silva, Irmã Dorothy, Nelson Mandela e Paulo Freire, ocupações inseridas como materializações da dignidade humana, da moradia sustentável, e sobretudo da resistência à

vulnerabilidade social e demais negligências no que tange ao direito³⁰ à cidade, decorrentes desse cenário de capitalismo financeiro neoliberal, perverso, excludente e ditador. A ocupação associada à etnobotânica, a agroecologia e a economia solidária dão novo sentido ao produzir o espaço vivido na urbe, explicitando seus múltiplos significados e tensões. Em meio às incertezas e desatinos dos paradigmas contemporâneos, onde a economia contrapõe-se à ecologia, a criatividade e a solidariedade se efetivam como elementos da prática coletiva em resposta à sociedade demente e doente.

A PRÁTICA AGROECOLÓGICA URBANA NA CAPITAL MINEIRA

Para aqueles municípios inseridos no território belo-horizontino, há recantos onde se planta, colhe, partilha e doa frutas, hortaliças, plantas medicinais, condimentos e outras benesses naturais (Quadro I). O destaque é para o programa CEVAE (Centro de Vivência Agroecológica) concebido em 1995 no âmbito da Prefeitura de Belo Horizonte, com cinco áreas: Parque Agroecológico da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Arrudas (Alta Vertente, Fazenda do Jatobá; Média Vertente, Fazenda das Piteiras e Baixa Vertente, Fazenda do Taquaril), da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Isidoro (Fazenda Serra Verde), da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Pampulha (Fazenda dos Coqueiros) e da Bacia Hidrográfica do Ribeirão Onça (Fazenda Capitão Eduardo). Segundo detalhamento da CMBH (2013, on line):

O CEVAE foi criado em 1995 como uma política de meio ambiente e segurança alimentar que fomenta a agricultura urbana. Como política de meio ambiente, o programa representa uma opção de ocupação sustentável e produtiva, aliada à geração alternativa de renda em áreas verdes e degradadas. Como política de segurança alimentar, significa o fomento da agricultura urbana, baseada nos princípios da agroecologia, da economia solidária, da segurança alimentar e nutricional e da equidade de gênero. O programa tem entre suas principais diretrizes a melhoria nutricional da população,

³⁰ Um direito, ressalta-se, cuja necessidade de realização se expressa através de sonhos. Na última dinâmica realizada na mencionada oficina de cartografia social, a “árvore dos sonhos”, seus moradores exprimiram que almejam para o lugar onde vivem edificações materiais como creches e parques, abastecimento de luz elétrica, água, esgoto e asfaltamento, mas também questões imateriais como a paz de se ter um lugar onde morar sem ameaças (Transcrito na íntegra de Dias et al, 2015, p. 218).

o desenvolvimento de experiências participativas em problemas ambientais e o incentivo ao trabalho familiar e cooperado.

Quadro I - Relação regional dos Sistemas Agroecológicos Coletivos/Comunitários

REGIONAL	SISTEMA	NOME DO	ENDEREÇO
BARRE- IRO	Residencial Ecológico Jardim Castanheiras		R. Lua Nova, s/n, Castanheiras I
	Horta Comunitária Jardim Produtivo		R. S Dois, Conjunto Pongelupe
	Horta Comunitária Vila Pinho		R. Olaria, 1148 - Diamante
	Horta Comunitária Jardim Liberdade		R. Abadias s/n - Esperança
	Horta Comunitária Tirol Ativo		R. Carlos Shirmer - Tirol
	Horta Comunitária do Milionários e Adjacências		R. Dona Luiza, 491 - Bairro Milionarios
	Centro Cultural Indústrias I (Horta comunitária Verde Sol)		R. dos Industriários, 265, Bairro das Indústrias
	Parque do Tirol Vida e Esperança (Nossa Horta: Plantar é saudável)		Av. Expedito de Faria Távares, 240 - Marilândia Jatobá
CENTR O-SUL	Barragem Santa Lúcia (Horta Esperança)		Rua H - Barragem Santa Lúcia
	Horta Associação Moradores Santana Cafezal		R. Bela Vista, 56 - Vila Santana do Cafezal
	Agrofloresta Vila Acaba Mundo		R. Desengano, 170 - Acaba Mundo
	Horta Pompéia (Pastoral da Família e Usuários)		R. Iara, 202 - Paroquia Pompéia
	Abrigo Municipal Pompéia		R. Raimundo Venâncio da Silva, 29 - Pompeia

LESTE	Escadão Agroecológico do Esplanada	R. Tulipa, 135 - Esplanada
	Abrigo Municipal Granja de Freitas	R. Diniz Dias, 145 - Granja de Freitas
	Horta Comunitária Taquaril (Bela Vista)	R. Três Marias - Taquaril
	CEVAE Taquaril	R. São Vicente - B. Granja de Freitas
NORD ESTE	CEVAE Capitão Eduardo	R. das Macaúbas, s/nº - Capitão Eduardo
	Horta Comunitária Ebenezer	Av. Magenta, 450 - Jardim Vitória
	Horta Comunitária Tudo Saudável	R. Terracota, 96 - Jardim Vitória
	Horta Comunitária Antônio Ribeiro de Abreu	R. Serra dos Órgãos, 335 - Ribeiro de Abreu
	Agrofloresta do Antônio Ribeiro de Abreu	R. Ribeiro de Abreu, s/n - Ribeiro de Abreu
	Horta Coqueiro Verde - Paulo VI	R. das Almas, 200, Conjunto Paulo VI
NORO -ESTE	Hortelões da Lagoinha	R. Francisco Soucasseeux, Lagoinha
	CEVAE Coqueiros	R. Eneida, 1589, Coqueiros
	CRPI - Centro de Referência da Pessoa Idosa	R. Perdizes, 336 - Caiçaras
NORT E	Horta Comunitária Esperança - Ocupação Izidora	Ocupação Esperança - Izidora
	Horta Familiar do Vitória - Ocupação Izidora	Ocupação Vitória - Izidora
	Horta no centro de Saúde Jaqueline	Rua João Pereira Lima, 50 - Jaqueline 2

	Horta Centro de Saúde Novo Aarão Reis	R. Detetive Eduardo Fernandes, 200 - Novo Aarão Reis
OESTE	CEVAE Morro das Pedras	Rua Belford Roxo, 215 - Nova Granada
	Associação História em Construção (Morros Verdes)	Beco Dona Clara, Vila Antena - Morro das Pedras
	Unidade de Compostagem Comunitária - Parque Jacque Cousteau	R. Augusto José dos Santos, 366 - Estrela do Oriente
PAMPULHA	Agrofloresta Comunitária do Brejinho	Rua Alcobaça, 43, São Francisco
VENDA NOVA	CEVAE Serra Verde	R. Sebastião Gomes Pereira, 140 - Serra Verde
	Centro Comunitário Serra Verde	R. João Batista Fernandes, 85 - Serra Verde
	Centro Cultural Jardim dos Comerciantes	R. José Ferreira dos Santos, 184 - Venda Nova

Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/smasac/susan/fomento/sistemas-de-producao/coletivas-e-comunitarias>

De outro lado, é fundamental compreender que num contexto tendencioso, onde se evidencia excessivamente, o agronegócio como máxima societária, ou como a "moeda de ouro" do século XXI, as premissas da urbanidade contemporânea pressupõem a reinvenção da agricultura, atrelada à inclusão e à ecologia enunciando novos contextos comunitários e demandando por reformulação de políticas públicas. As experiências e perspectivas para Belo Horizonte tendem a torna-la como referência para uma cidade onde o campo se reencontra na paisagem urbana e se reinventa e se remodela sustentavelmente sem sobreposições ou conflitos. Dentro do cenário municipal de promoção e assistência à cidadania, o molde agroecológico fomenta à agricultura familiar urbana ampliando possibilidades de inclusão social, fitoterapia, enriquecimento alimentar e segurança nutricional, por toda urbe. De acordo com site da PBH (2019, on line) avanços se fazem necessários:

O local onde funcionava a antiga Estação de Reciclagem da Superintendência de Limpeza Urbana (SLU), no bairro Estoril, vai dar lugar ao Centro Municipal de Agroecologia e Educação Ambiental para Resíduos Orgânicos (Cemar) – um novo espaço de convivência para a comunidade previsto para ser inaugurado no ano que vem. O Centro ocupará uma área que, desde a desativação da estação, em 2012, estava degradada, com erosões e incomodava os moradores da região. O Cemar terá jardins, pomares, estufas, viveiros de mudas e plantas medicinais, pista de caminhada e uma academia a céu aberto. No local serão produzidos alimentos, sementes e insumos que poderão ser usados nos sistemas agroecológicos da cidade. Outra novidade será o jardim sensorial, formado por plantas com características que despertam outros sentidos além do paladar, como o tato e o olfato. O jardim terá uma proposta inclusiva com os canteiros mais altos, para facilitar o acesso aos cadeirantes. O Centro abrigará também um projeto educativo, focado nas boas práticas relacionadas à alimentação e aos resíduos orgânicos. A recuperação do terreno já foi feita pela Prefeitura, com a contenção da erosão e a limpeza das canaletas de drenagem. A pista de caminhada também já está pronta. A previsão é que o Cemar seja inaugurado em 2020. O empreendimento é uma parceria da SLU, da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e da Secretaria de Assistência Social, Segurança Alimentar e Cidadania, por meio da Subsecretaria de Segurança Alimentar e Nutricional.

Essas práticas do poder público e da sociedade organizada evidenciam novas formas produtivas, em contraponto ao capitalismo perverso, com vértices para as redes, o cooperativismo, o associativismo buscando quotas de emancipação e empoderamento de sujeitos sociais, outrora, vulneráveis. É a afirmação de que o aprofundamento das crises capitalistas excessivas desprenderam chances para a eclosão e ascensão de outros moldes de organização do trabalho, tendo consequências diretas, em tradicionais moldes de exploração da mão de obra, redefinidos após desejo dos trabalhadores de descobrirem alternativas de geração de renda, equidade e inclusão social. Assim, experiências coletivas de produtividade e trabalho vêm se propagando nas extensões rurais e urbanas, por meio de

cooperativas de produção e comercialização, associações de fornecedores, redes de fabricação de produtos, cooperativas de exploração de matéria prima, instituições de comercialização de bens de consumo. Enfim, consolidam-se a etnobotânica, a agroecologia e a economia solidária, todas remodelações das organizações financeiras que se reinauguram com atividades voltadas para preceitos cooperativos e populares, estabelecimentos de autogestão, entre outras feições de administração sustentável e democrática. No Brasil, a etnobotânica, a agroecologia e a economia solidária se dilataram a partir de entidades e organizações que apadrinhavam projetos associativos e comunitários e pela formação e combinação de cooperativas populares, redes de produção e consumo de bens, exposições de agroecologia, cooperativismo e economia solidária, dentre outras iniciativas. Recentemente, a etnobotânica, a agroecologia e a economia solidária vinculam-se a diversos fóruns locais e regionais, advindo da concepção pioneira do Fórum Brasileiro de Economia Solidária. Atualmente, além desse aporte, contabilizam-se 27 fóruns estaduais com milhares de integrantes (empreendimentos de etnobotânica e agroecologia, organizações de apoio e rede de gestores públicos em economia solidária) em toda a extensão territorial brasileira. No nível nacional, foram fortalecidas ligas e uniões de ações econômicas solidárias e foram concebidas alternativas organizativas de dimensão produtivas, com arranjos variáveis, desde o local, ao âmbito nacional.

A ETNOBOTÂNICA, A AGROECOLOGIA URBANA E A ECONOMIA SOLIDÁRIA COMO DESCONSTRUÇÃO DA PERVERSIDADE CAPITALISTA

A etnobotânica, a agroecologia e a economia solidária são a bandeira da resistência e da sobrevivência. O tempo contemporâneo é regido pelo mundo capitalista, um sistema socioeconômico que se amplia por meio dos modos privados de produção, pelo trabalho assalariado e especialmente pela acúmulo de capitais e concentração de renda, procedente dos elevados lucros. O sistema capitalista iniciou-se na Europa depois da extinção do sistema produtivo feudal, e com a ascensão da burguesia se espalhou pelo planeta. O capitalismo recebeu diferentes categorizações e titulações legadas pelo passado que o sistema historicamente cruzou (SITE POLITIZE, 2020, on line): 1ª fase (Capitalismo Comercial vigorou entre os séculos XV e XVII); 2ª fase (Capitalismo Industrial iniciou-se na Revolução Industrial até o final do século XIX); 3ª fase (Capitalismo Financeiro transforma-se desde o começo do século XX até os dias atuais).

Inicialmente, o sistema restringiu-se a uma porção dos Estados Unidos e Europa, num período caracterizado pela prática do monopólio³¹ (única empresa dominante no mercado). Além disso, realizam-se oligopólios, que correspondem à adesão de companhias detendo nas mãos, o domínio de matéria-prima e preços, evitando o aumento de outras empresas concorrentes no mercado, afiançando uma hegemonia e supremacia, com múltiplas contradições e devaneios. Seres humanos e recursos naturais estariam fadados aos ditames perversos do capital, com sequelas profundas e incictrizáveis. Alienação, consumismo, desigualdade, exclusão, exploração, globalização, injustiça, mercantismo, neoliberalismo, privatização, passariam a compor o dicionário da perseguição e anulação histórica de sujeitos e seus direitos, tendo o Estado, uma função mestra na sedimentação de todo este processo urbano-industrial capitalista.

Nessa mesma ocasião, difundiu-se bastante a conexão de amplas empresas e o conciliamento arbitrário entre o capital bancário e o setor industrial, surgindo assim o denominado capital financeiro. Com o aglomeração de grandes empreendimentos aconteceu um crescimento que propiciou o aparecimento das multinacionais, que atualmente denominam-se transnacionais, com atividades em diversos pontos do mundo. Nesse contexto, destacam as imensas petrolíferas (Exxon e Texaco), comunicações/informática (IBM e a Microsoft), e infinitas grandes empresas de diferentes ramos (Chevrolet, Citroen, Ford, Honda, Mercedes Benz, Mitsubishi, Nike, Toyota, Volkswagen, etc.) que operam intensamente até os dias atuais. A conjuntura desencadeou o nascimento de várias outras, fazendo com que o conjugado de atuações das multinacionais refletissem a globalização dos meios produtivos, da produção e do capital, resultando em ampliação do fluxo das relações comerciais em nível planetário.

As cíclicas ondas globais de crises financeiras transportam-se o tempo e o espaço para justificar e desconstruir o tempo presente. Seria uma crise financeira ou uma crise dos valores humanos? Porque os projetos societários se tornaram tão imediatistas e utilitaristas a ponto de enxergarem tudo como apenas “recursos” e nada mais. A crise que abala a economia de todas as regiões do planeta, é a

³¹ Conceção de Monopólio: é como se designa um estado de concorrência imperfeita, em que um empreendimento possui a exclusividade do comércio de um artigo ou serviço fixado, ditando preços aos que vendem. Ou seja, o mercado monopoliza e o comprador considere-se ele em qualquer nível social, tendo poder aquisitivo ou não será forçado a acatar e despende muito caro para adquirir o que desejar ou precisar.

declaração máxima do colapso de um padrão de desenvolvimento cruel, desumano e materialista. A terminação crise financeira é aplicada a uma multiplicidade de circunstâncias nas quais instituições ou ativos financeiros declinam de repente. Entretanto, o que se ressalva é que esse panorama de conturbação econômica e financeira anuncia uma analogia de causa e efeito evidente: a procura desmesurada do lucro e a “temporalidade da riqueza” provocam a falta de alcance dos resultados para o bem comum, gerando a concentração de renda e a exploração injustificável.

A desvalorização recorrente da adequada medida de grande valor e significado do lucro e da resposta financeira divulga uma inversão de valores societários. O ganho³² e o rendimento financeiro cobrem a perpetuidade dos negócios, que deveriam motivar benefícios e riquezas redistribuídas para a coletividade como um todo. Não há sintonia de opiniões e teorias sobre equidade e justiça social no âmbito do capitalismo urbano-industrial. No entanto, o surgimento de novas crises financeiras persistem por todo o mundo e se produzem/reproduzem com regularidade, suscitando a ampliação da desigualdade, da miséria, da pobreza e da vulnerabilidade, sobretudo, nos países à margem desse conjunto mercadológico especulativo. O funcionamento da economia capitalista, se baseia na geração contínua de riqueza concentrada na mão de poucos privilegiados e parcamente redistribuídas por imposição do Estado em suas escassas e ineficazes políticas públicas. O Estado ao tributar e legislar disciplinando a ação da iniciativa privada, tem o imperativo de fazer a justiça social, que na maioria das vezes, não ocorre em sua totalidade.

É, nesta prerrogativa que paira a seguinte questão: o estado está aparelhado a disposição da iniciativa privada e do capitalismo urbano-industrial³³ ou da coletividade e suas demandas emergenciais de dignidade e justiça perante um sistema tão hostil? Nessa inversão de valores, teorias descontextualizadas insistem em afirmar a existência de uma “ditadura” do proletariado/campesinato, como a motivação de genocídio em muitos países, o que precisa ser visto e revisto, pois resistência, sobrevivência, e sobretudo, a busca por dignidade, levantada pelo

³² Na opinião do Prêmio Nobel da Paz de 2006, o economista bengalês Muhammad Yunus, a causa do falência econômico foi o exorbitância de ambição, que metamorfoseou negócios em mercados de risco similares a cassinos, perfazendo com que o modelo financeiro arruinasse a com realidade.

³³ Em comparação a vida-humana, Marx deliberou que o capitalismo é autofágico e que, sem a transformação para um sistema mais socializado, seu caminho será a extinção da civilização.

movimento social camponês (sem terra) ou operário (sem casa) jamais se consistem como ditaduras em suas essências. Eventuais governantes pretéritos, que independente de regiões do mundo, impuserem seus mandos, desmandos e caprichos, assassinando os que se opunham a ele, sob a ótica de um discurso ideológico vinculado ao proletariado/campesinato é a usurpação e deturpação de um ideal que permanece e se legitima, de forma, sobretudo, ética e humana. O proletariado/campesinato gesta a revolução e a transformação do mundo em um substrato mais equânime, e o derramamento, o abate e o sangue de camponeses, operários, indígenas, líderes e quilombolas atestam tentativas contínuas de distorção da verdade. A Irmã Dorothy Stang, foi morta por quem e por que? Padre Penido Burnier também teve causa e consequência parecidas.

Do que adianta, a fortuna explicitada no tamanho da quantidade de dinheiro e riqueza patrimonial, em prejuízo da dignidade humana? Em todos os sentidos, muito mais precioso do que os dividendos monetários é o capital humano, que é o mais perfeito sinal de progresso. Hoje em dia, em muitas organizações de capital aberto, fala-se em branding, gestão da marca e consolidação da reputação empresarial, fazendo-as, investir em governança corporativa, responsabilidade social e sustentabilidade. Que essa conjuntura de crise mundial convenha para países, empresas e mercado reorientarem seus ponteiros para o indicador da valorização do capital humano, comunicação e diálogo, refletindo sobre origens dos problemas e trilhando caminhos de desenvolvimento e equilibrado justo. Assim, hoje em dia, a etnobotânica, a agroecologia³⁴, e a economia solidária despontam como críticas construtivas sobre o desumano capitalismo. Este certamente era o sonho de Camilo Torres, de Eliana Silva, de Nelson Mandela e de Paulo Freire. Numa visão utilitarista, o Capitalismo era encarado como oponente daqueles ditos carentes, quando durava o período em que a soma dos produtos lançados pelos capitalistas eram bens de primeira necessidade³⁵, para os quais pressupunha-se que não houve capacidade

34 O conceito de agroecologia surge no Brasil a partir da década de 1970 como uma prática contra-hegemônica e de resistência ao neoliberalismo, que aprofunda as desigualdades sócio-espaciais de forma violenta e opressora, sobretudo na última década. Tomada como um movimento político para a transformação ambiental, social e econômica (Transcrito na íntegra de santos, 2014, et al, 2014).

35 a) Bem normal: é aquele cuja quantidade demandada aumenta quando aumenta-se a renda.

de aquisição desta parcela da população. Essas condições de múltiplas carências desinteressavam aos capitalistas, certamente, porque os olhava economicamente apenas como trabalhadores a gerarem lucro, e não como potenciais clientes no rentável contexto de oferta/procura que fundamentavam e objetivavam ampliar o consumismo desenfreado e irresponsável. Assim, o capitalismo se opõe à lógica como a etnobotânica, a agroecologia, a economia solidária, ao consumo consciente e responsável, às redes de partilha e intercâmbio e, sobretudo, aos 17 objetivos de desenvolvimento do milênio (Figura 01), promulgados pela ONU:

Objetivo 1: Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares

Objetivo 2: Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável

Objetivo 3: Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades

Objetivo 4: Assegurar a educação inclusiva, equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos

Objetivo 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas

Objetivo 6: Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos.

b) Bem de luxo: ao se aumentar a renda, a quantidade demandada aumenta em maior Proporção.

c) Bem de primeira necessidade: ao se aumentar a renda a quantidade demanda se mantém inalterada pois, ao se tratar de algo de primeira necessidade já fazia parte das antigas aquisições do indivíduo.

d) Bem inferior: são aqueles cuja quantidade demandada diminui quando a renda aumenta. Geralmente são bens para os quais há alternativas de melhor qualidade.

Fonte: <https://estudoeconomia.webnode.com.br/news/conceitos-iniciais-de-economia/>

Objetivo 7: Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos

Objetivo 8: Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos

Objetivo 9: Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação

Objetivo 10: Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles

Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis

Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos

Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável

Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável

Figura 01 - 17 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (Século XXI)

 **OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**



Fonte: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>

Apesar de discursos contraditórios, o capitalismo mantém e amplia a pobreza, principalmente quando ela deixa de ser um problema e se torna num nicho lucrativo. A riqueza continua concentrada e mal distribuída. Mesmo assim existem defensores, para os quais a economia na qual se baseia a atual sociedade, é um mal necessário, sem o qual a humanidade não pode subsistir. Se a economia é um “mal” necessário, ela precisa ser revista e revisitada em sua essência e princípios básicos. Mas em tempos neoliberais, tudo isso transformou. A maior parcela dos capitalistas embolsa doses significativas de dinheiro com a venda de bens e serviços considerados supérfluos, aqueles anteriormente comprados por quem já garantiu as necessidades básicas, e tem tempo livre para usufruir novos produtos. Por isso, o capitalista lança um novo olhar para os mais carentes como potenciais clientes, e não como trabalhadores que urgia explorar, como força barata de produção. Agora o capitalista olha para eles, no ápice da verdade, pois quer o máximo número possível de pessoas para comprar, e com isso lucrar, empregar, tributar, mover a economia, melhorar a sociedade e outros discursos distorcidos do tipo. Urgem mudanças nas cadeias e nos arranjos produtivos locais e para o site da ECOSOL Brasília (2020, on line), uma nova forma de fazer economia:

Economia Solidária é um jeito diferente de produzir, vender, comprar e trocar o que é preciso para viver. Sem explorar os

outros, sem querer levar vantagem, sem destruir o ambiente. Cooperando, fortalecendo o grupo, cada um pensando no bem de todos e no próprio bem. A economia solidária vem se apresentando, nos últimos anos, como inovadora alternativa de geração de trabalho e renda e uma resposta a favor da inclusão social. Compreende uma diversidade de práticas econômicas e sociais organizadas sob a forma de cooperativas, associações, clubes de troca, empresas autogestionárias, redes de cooperação, entre outras, que realizam atividades de produção de bens, prestação de serviços, finanças solidárias, trocas, comércio justo e consumo solidário.

No mundo dos negócios que chances existem e ajudam a desenvolver a economia de maneira mais humanizada e sustentável? A economia se postula como meio para dar a as pessoas em vulnerabilidade meios para prover a dignidade? Para isso é preciso discutir as nuances que alimentam o círculo vicioso do capitalismo perverso, no qual as pessoas deixem de serem vistas apenas como clientes, mas como seres humanos. Nessa acepção, compreende-se por etnobotânica, agroecologia e economia solidária, o bloco de ações econômicas de produção, distribuição, consumo, poupança e crédito, organizadas sob a forma de autogestão sustentável e democrática. Fundamentando essa inovadora ideia societária, a economia solidária tem as conseqüentes particularidades, descritas pela ECOSOL Brasília (2020, on line):

Cooperação: existência de interesses e objetivos comuns, a união dos esforços e capacidades, a propriedade coletiva de bens, a partilha dos resultados e a responsabilidade solidária. Envolve diversos tipos de organização coletiva: empresas autogestionárias ou recuperadas (assumida por trabalhadores); associações comunitárias de produção; redes de produção, comercialização e consumo; grupos informais produtivos de segmentos específicos (mulheres, jovens etc.); clubes de trocas etc. Na maioria dos casos, essas organizações coletivas agregam um conjunto grande de atividades individuais e familiares.

Autogestão: os/as participantes das organizações exercitam as práticas participativas de autogestão dos processos de trabalho, das definições estratégicas e cotidianas dos

empreendimentos, da direção e coordenação das ações nos seus diversos graus e interesses, etc. Os apoios externos, de assistência técnica e gerencial, de capacitação e assessoria, não devem substituir nem impedir o protagonismo dos verdadeiros sujeitos da ação.

Dimensão Econômica: é uma das bases de motivação da agregação de esforços e recursos pessoais e de outras organizações para produção, beneficiamento, crédito, comercialização e consumo. Envolve o conjunto de elementos de viabilidade econômica, permeados por critérios de eficácia e efetividade, ao lado dos aspectos culturais, ambientais e sociais.

Solidariedade: O caráter de solidariedade nos empreendimentos é expresso em diferentes dimensões: na justa distribuição dos resultados alcançados; nas oportunidades que levam ao desenvolvimento de capacidades e da melhoria das condições de vida dos participantes; no compromisso com um meio ambiente saudável; nas relações que se estabelecem com a comunidade local; na participação ativa nos processos de desenvolvimento sustentável de base territorial, regional e nacional; nas relações com os outros movimentos sociais e populares de caráter emancipatório; na preocupação com o bem estar dos trabalhadores e consumidores; e no respeito aos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras.

As particularidades da etnobotânica, da agroecologia e da economia solidária resultam em indicadores e métodos para um singular crescimento sustentável com geração de trabalho e repartição de renda, através de desenvolvimento socioeconômico com resguardo dos serviços ecossistêmicos. Seus benefícios ambientais, culturais, econômicos, políticos e sociais são repartidos pelos constituintes, sem discrepâncias seletivas e distorções de idade, gênero, raça e sexualidade e outros fatores excludentes, antes impostos como "limitadores". Observa-se como principal linha socioeconômica de ação na reversão da perversão da lógica capitalista ao se confrontar à extorsão da dignidade do trabalho e exploração irresponsável dos recursos naturais, fundamento o ser humano na sua plenitude como pessoa, e não em sua redução à condição de "função" da performance econômica. Assim, nota-se que as causas recorrentes, da etnobotânica,

da agroecologia e da economia solidária, transitam do funcional para o sistêmico, conforme detalha Mendes (sem data, on line):

A economia solidária resgata as lutas históricas dos trabalhadores que tiveram origem no início do século XIX, sob a forma de cooperativismo, como uma das formas de resistência contra o avanço avassalador do capitalismo industrial. No Brasil, ela ressurge no final do Século XX como resposta dos trabalhadores às novas formas de exclusão e exploração no mundo do trabalho. As mudanças estruturais, de ordem econômica e social, ocorridas no mundo nas últimas décadas, fragilizaram o modelo tradicional de relação capitalista de trabalho. O aumento da informalidade e a precarização das relações formais afirmaram-se como tendência em uma conjuntura de desemprego, levando trabalhadores a se sujeitar a ocupações em que seus direitos sociais são abdicados para garantir sua sobrevivência.

Em contexto nacional, o Governo Federal em 2003 concebeu a Secretaria Nacional de Economia Solidária que elaborou o Programa Economia Solidária em Desenvolvimento. Sua destinação é permitir o fortalecimento e a difusão da economia solidária atendendo a políticas integradas, tendo em vista prover novos módulos da geração e desenvolvimento de trabalho, renda e inclusão social. A etnobotânica, a agroecologia e a economia solidária também ganham, nos atuais anos, sucessiva ajuda de gestões estaduais e municipais. O quadro de programas de etnobotânica, agroecologia e de economia solidária tem se elevado, com relevância para os centros populares de capacitação e comercialização, bancos do povo, empreendedorismo popular solidário, etc. Resultado do permuta dessas feitura, existe na atualidade uma organização de articulação dos gestores públicos para fomentar a troca de experiências e o revigoramento das políticas públicas de etnobotânica, agroecologia e economia solidária no campo e na cidade. As organizações econômicas solidárias são aqueles empreendimentos (ECOSOL BRASÍLIA, 2020, on line):

Coletivas e suprafamiliares (associações, cooperativas, empresas autogestionárias, grupos de produção, clubes de trocas etc.), cujos participantes são trabalhadores dos meios urbano e rural que exercem a autogestão das atividades e da alocação dos seus resultados.

Permanentes (não são práticas eventuais). Além dos empreendimentos que já se encontram implantados, em operação, devem-se incluir aqueles em processo de implantação quando o grupo de participantes já estiver constituído definido sua atividade econômica.

Que podem dispor ou não de registro legal, prevalecendo a existência real ou a vida regular da organização.

Que realizam atividades econômicas de produção de bens, de prestação de serviços, de fundos de crédito (cooperativas de crédito e os fundos rotativos populares), de comercialização (compra, venda e troca de insumos, produtos e serviços) e de consumo solidário.

As atividades econômicas devem ser permanentes ou principais, ou seja, a razão de ser da organização. São singulares ou complexas. Ou seja, deverão ser consideradas as organizações de diferentes graus ou níveis, desde que cumpridas as características acima identificadas. As organizações econômicas complexas são as centrais de associação ou de cooperativas, complexos cooperativos, redes de empreendimentos e similares.

A etnobotânica, a agroecologia e a economia solidária insrem-se num desses contextos contemporâneos diferenciados, nos quais diferentes empreendimentos sociais, em todo o país, produzem, vendem, compram solidariamente, gerando permanentemente renda e trabalho. São milhares de jeitos de produzir, vender, comprar e trocar o que é preciso para viver, com dignidade, e sem desigualdades e exclusões. Cooperando, fortalecendo o grupo, cada um pensa no bem de todos e no próprio bem, sem explorar, sem levar vantagem, sem destruir o ambiente, conforme definição expressa no site da ECOSOL Brasília (2020, on line):

A economia solidária vem se apresentando, nos últimos anos, como inovadora alternativa de geração de trabalho e renda e uma resposta a favor da inclusão social. Compreende uma diversidade de práticas econômicas e sociais organizadas sob a forma de cooperativas, associações, clubes de troca, empresas autogestionárias, redes de cooperação, entre outras, que realizam atividades de produção de bens, prestação de

serviços, finanças solidárias, trocas, comércio justo e consumo solidário.

CARACTERIZAÇÃO DO RECORTE ESPACIAL ESTUDADO

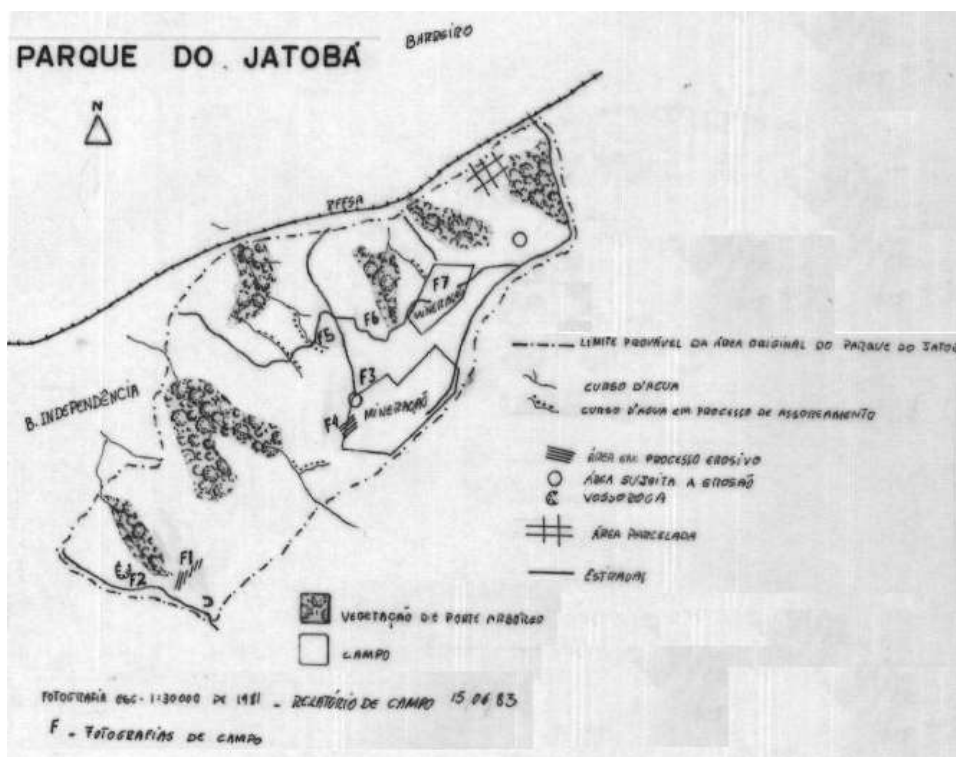
O recorte espacial elencado para este estudo é a Serra do Jatobá, última componente, do complexo geomorfológico da Serra do Curral, em Belo Horizonte, que segue por Ibité, recebendo o nome de Rola Moça, findando em Itatiaiuçu. Basicamente a consolidação da grande área geográfica denominada de Jatobá, se deu no século XX, com a gradativa urbanização, fragmentando ecossistemas em muitos parcelamentos oficiais e loteamentos clandestinos em áreas tradicionalmente rurais. Aproximadamente na década de 1910, a região caracterizava-se pela alternância entre paisagens naturais, e cultivos agrícolas na área de drenagem do Córrego Jatobá e seus muitos afluentes. Nos anos 1920, a região recebeu a Estação Ferroviária do Jatobá, próxima ao Túnel de Ibité, vinculada à Estrada de Ferro Central do Brasil entre 1925 e 1975 e repassada à RFFSA - Rede Ferroviária Federal S/A que a operou durante duas décadas (1975-1996). A década de 1930 provavelmente consolidava a Fazenda do Jatobá como uma das muitas unidades produtivas da região, fato que influenciou a implantação da Colônia Agrícola da Vargem Grande, às margens do Córrego Capão dos Porcos, por volta dos anos 1940. Na região também se instalariam outras atividades como pedreiras e olarias. Já na década de 1950, o crescimento da capital na direção da Cidade Satélite do Barreiro, faz com que se começassem as discussões preservacionistas que tentariam criar o Parque Estadual³⁶ Florestal do Jatobá (Figura 02), algo que não se concretizou. O PLAMBEL (1987, p. 262) alertava questões de degradação do meio:

Localiza-se na região do Barreiro de Cima e Vale do Jatobá, próximo ao limite de Belo Horizonte e Ibité. O estado de conservação atual da área não é satisfatório, principalmente nas áreas localizadas à montante dos córregos do Jatobá, onde se encontram as minerações. Estas vem trazendo irreparáveis danos com incessantes deslizamentos de terras, voçorocamentos e assoreamentos dos córregos. Em áreas não atingidas pelos efeitos dessas minerações, pode-se observar

³⁶ Escritura da compra do terreno do Parque Estadual Florestal do Jatobá pelo Estado de Minas Gerais, no Cartório Francisco Cassimiro Martins Ferraz, livro de transcrição de imóveis nº 3, folha 283 – 14. 10. 1907. (PLAMBEL, 1987, p. 286)

um estado de conservação razoável, apresentando uma vegetação caracterizada pela predominância do campo e por algumas matas-galeria localizadas nos fundos e vale e nas cabeceiras dos córregos. Não foi possível localizar o limite exato do parque, pois as cercas existentes estão limitando as áreas de atuação e pesquisas de mineração cedidas pela METAMIG (entrevista cedida no local). Segundo mapeamento feito pelo IEF, o decreto de lavras cobre aproximadamente 90% da área. Neste caso, restariam 10% que não justificaria a implantação de um parque. No entanto, o IEF pretende negociar a área, passando-a para a Prefeitura, onde esta poderá ser utilizada para a construção de uma área de lazer.

Figura 02 - Croqui do Parque Estadual Florestal do Jatobá



Fonte: PLAMBEL (1987, p. 273)

Os anos de 1960 trouxeram o Conjunto Habitacional Vale do Jatobá cujo precário acesso se dava pela Avenida Cerâmica e os primeiros anos da década de 1970 trariam o Distrito Urbano-Industrial do Jatobá e o ramal ferroviário minerário Águas Claras-Ibirité na Serra do Jatobá. A urbanização se ampliaria a partir dos anos

de 1980, com a construção do Conjunto Jatobá I (na Vila Santa Rita), do Conjunto Jatobá II (na Vila Pinho), do Conjunto Jatobá III (na Vila Castanheira), e do Conjunto Jatobá IV (na Vila Maria). A década de 1990 sela o parcelamento, a fragmentação ambiental e o aumento populacional da área. A extensão do Parque Florestal do Jatobá foi inserida no perímetro do Parque Estadual Rola Moça, criado em 27 de setembro de 1994. As regularizações e políticas públicas viriam depois nas décadas seguintes, assim como novos empreendimentos como o Conjunto Águas Claras, a Vila Ecológica, a Vila Horta e a ocupação Vitória da Conquista. Nesta época uma grande área de cerrado nativo, entre Brasil Industrial e Vila Pinho (Clube Fazenda dos Supermercados Epa) foi totalmente parcelada. Ferreira (2019, on line) averba que:

Nos últimos trinta anos, a região do Barreiro, em Belo Horizonte/MG, vem sendo palco de dezenas dessas ocupações de moradia, muitas das quais originaram vilas e favelas, 1 foram transformadas em bairros ou mesmo em áreas que passam a fazer parte de bairros já existentes. Tal processo se ampliou nos anos 1990, com o surgimento das ocupações Vila Corumbiara, Vitória da Conquista, Buraco Doce e Rocinha, e cresceu vertiginosamente nos anos 2000, com as ocupações Camilo Torres, Irmã Dorothy I e II, Corumbiara II, Horta, Eliana Silva, Olaria e Nelson Mandela. Esse tipo de produção informal de moradia na região, apoiado ou liderado por movimentos sociais, vem sendo registrado há décadas em Belo Horizonte, porém o caso mais emblemático, segundo Lourenço (2014) e militantes de movimentos sociais, foi o da Corumbiara, no ano de 1996. À época, o assentamento promoveu práticas coletivas de mobilização em busca de bens e serviços urbanos, conquistando-os em curto espaço de tempo em comparação com outras experiências irregulares de moradia. Além disso, ao contrário da maioria das ocupações, os moradores receberam o título de posse de seus lotes a partir de 2009, e o assentamento tornou-se um bairro.

Um exemplo que já delineiava essa expansão urbano-industrial do espaço rural é o decreto municipal nº 2.397, de 08 de agosto de 1973, que declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, áreas e terrenos inseridos na ex-

Colônia Vargem Grande, com área perimetral total de 3.925.120,00 m², (três milhões, novecentos e vinte e cinco mil, cento e vinte metros quadrados), de acordo com planta arquivada na Companhia de Distritos Industriais de Minas Gerais – CDI-MG, e na Prefeitura de Belo Horizonte:

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de atribuições legais, e de acordo com o que lhe facultam o art. 153, § 22, da Constituição Federal e o Decreto-Lei Federal nº 3.365/41, alterado pela Lei Federal nº 2.786/56, decreta:

Art. 1º Fica declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação a se efetivar mediante acordo ou judicialmente, a área de terreno abaixo descrita localizada na ex-Colônia Vargem Grande, Jatobá de propriedade de Fued Elias Sadala, José Antônio Gazire, Sebastião Guilherme de Oliveira, João Nogueira Soares Nunes, Militão Alves Gontijo, Joaquim Alves Gontijo e outros:

(...)

Art. 2º A área de terreno descrita no artigo anterior destina-se à implantação do Distrito Industrial do Jatobá ou de qualquer outra obra de alcance para Município.

Art. 3º Fica a Companhia de Distritos Industriais de Minas Gerais CDI-MG - autorizada a promover a desapropriação da referida área, na forma da legislação vigente.

Art. 4º Fica declarada a urgência da desapropriação.

Art. 5º Revogadas as disposições em contrário, este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Mando, portanto, a quem o conhecimento e a execução do presente Decreto pertencer, que o cumpra e o faça cumprir tão inteiramente como nele se contém.

Belo Horizonte, 8 de agosto de 1973

Oswaldo Pieruccetti, Prefeito de Belo Horizonte

Constantino Dutra Amaral, Secretário Municipal de
Administração

Vicente Rodrigues, Secretário Municipal da Fazenda

A industrialização e a urbanização deixaram poucos fragmentos naturais. No ano da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (ECO-92), na cidade do Rio de Janeiro, a região ganha sua primeira unidade de conservação, o Parque Agroecológico do Vale do Jatobá, o Parque Carlos de Faria Tavares. Mais popularizado como Parque Ecológico Vila Pinho, é um espaço com aparelhos de ginástica, brinquedos, pistas de caminhada e de skate, além de quadra de esporte. Apreciado e usufruído pelos frequentadores e moradores da região da Vila Pinho, o parque foi implantado em 2000, através do Orçamento Participativo. Localizado na Avenida Perimetral, nº 800, entre os Bairros Jatobá, Santa Cecília, Vila Castanheira, Vila Formosa e Vila Pinho, o mesmo decorreu de uma empreitada a partir do decreto nº 7.392 de 15 de outubro de 1992, cujas frações estão detalhadas no Quadro II:

Cria o "Parque Agro-Ecológico do Vale do Jatobá" e dá outras providências.

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais, decreta:

Art. 1º - Fica criado o "Parque Agro-Ecológico do Vale do Jatobá", constituído pelas áreas verdes nº 1 do quarteirão 151, com 10.653,93m²; nºs 2 e 3 do quarteirão 152, com 77.068,46m²; nºs 4 e 5 do quarteirão 155, com 207.415,36m²; nº 6 do quarteirão 156, com 94.144,36m²; nº 7 do quarteirão 157, com 53.625,40m² e nº 8 do quarteirão 158, com 14.880,00m², perfazendo o total de 457.787,51m², de conformidade com os CPs nºs 251-16-M, 251-17-M, 251-18-M, 251-19-M e 251-20-M do Bairro Jatobá.

Art. 2º - A Secretaria Municipal de Meio Ambiente e a Administração Regional do Barreiro providenciarão a elaboração de projeto da área referida no Art. 1º, para fins agro ecológicos e de educação ambiental.

Art. 3º - O Parque Agro-Ecológico do Vale do Jatobá terá uma comissão consultiva, com a finalidade de contribuir para sua gestão, inclusive opinando sobre a manutenção do Parque e as atividades a serem ali desenvolvidas.

Parágrafo único - A Comissão Consultiva será composta sete 07 (sete) representantes, a saber: 1) Secretaria Municipal de Meio Ambiente, que a coordenará; 2) Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social; 3) Secretaria de Estado do Trabalho e Ação Social; 4) Administração Regional do Barreiro; 5) Associação dos Pequenos Produtores Rurais do Vale do Jatobá; 6) Associação dos Empresários do Distrito Industrial do Jatobá; 7) Companhia de Distritos Industriais de Minas Gerais - CDI/MG.

Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 15 de outubro 1992

Eduardo Brandão de Azeredo, Prefeito de Belo Horizonte

João Pedro Gustin, Secretário Municipal de Governo

Maurício Andrés Ribeiro, Secretário Municipal de Meio Ambiente

Celso Furtado Azevedo, Secretário Municipal de Desenvolvimento Social

Quadro II - Frações do Parque Agroecológico do Vale do Jatobá e sua situação em 2020

Gleba original	Área total	Destinação atual
Parque Agroecológico do Jatobá do Vale I	10.653,93m ²	Urbanizada, ocupada, impermeabilizada
Parque Agroecológico do Jatobá do Vale II	77.068,46m ²	Parque Carlos de Faria Tavares

Parque Agroecológico do Jatobá do Vale III	207.415,36m ²	Parte ocupada e parte preservada
Parque Agroecológico do Jatobá do Vale IV	94.144,36m ²	Urbanizada, ocupada, impermeabilizada
Parque Agroecológico do Jatobá do Vale V	53.625,40m ²	Parcialmente preservada e não ocupada
Parque Agroecológico do Jatobá do Vale VI	14.880,00m ²	Parcialmente preservada e não ocupada

Fonte: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/1992/740/7392/decreto-n-7392-1992-cria-o-parque-agro-ecologico-do-vale-do-jatoba-e-da-outras-providencias?q=%22Parque+Agro-Ecol%C3%B3gico+do+Vale+do+Jatob%C3%A1%22+>

Situado no Barreiro, a área verde destaca-se por sua grande importância ambiental por abrigar nascentes que abastecem o córrego Capão dos Porcos, que ao se unir ao afluente denominado Córrego do Jatobá, formam oficialmente o Ribeirão Arrudas. Além dos bairros considerados “regularizados” pela gestão pública municipal o e destaque é para cinco ocupações³⁷: a Camilo Torres, inserida na Avenida Perimetral com Rua Capão da Posse, altura da Vila Santa Rita, a Eliana Silva, na Rua Serra do Curral com Rua Fábio Alves, altura do Petrópolis, a Irmã Dorothy, na confluência da Rua Vale do Ipê com Rua Comandante Che Guevara, próximo à Vila Pinho, a Nelson Mandela, na Rua Coroa Imperial, no Distrito Urbano-Industrial do Jatobá e a Paulo Freire, na Rua Serra do Jatobá, com Rua Manuel, nas proximidades da Vila Formosa. Dias et al (2015) descrevem que:

A Comunidade Camilo Torres é uma ocupação urbana localizada na Região do Barreiro, uma das áreas de maior concentração de serviços comerciais e industriais da capital mineira. Seu processo de formação iniciou-se em 16 de fevereiro de 2008, quando famílias sem-casa ocuparam um terreno ainda sem construção, que quedava ocioso no Bairro

³⁷ Conforme demonstram os dados coletados na Comunidade Camilo Torres, as ocupações urbanas, na medida em que se apresentam como alternativas à produção segregacionista do espaço urbano, orientada por uma lógica individualista e mercadológica, têm o condão de fortalecer os laços de solidariedade entre os moradores que compartilham de uma mesma luta - a efetivação do direito à moradia.

Vila Santa Rita localizado nesta Região, ao sul de Belo Horizonte. Trata-se de um bairro afastado do centro da capital, mas pertencente aos limites do município de Belo Horizonte. Apesar de ser área urbana periférica, o Barreiro conta com serviços básicos como transporte público, serviços de saúde, vias pavimentadas e uma área comercial. Segundo relatos do professor Fábio Alves dos Santos, advogado da Assistência Judiciária da PUC Minas que atuou na Ação de Reintegração de Posse (MINAS GERAIS, 2014c38), em abril de 2008, um contingente maior de famílias ocupou as áreas remanescentes do terreno, fato esse que foi o estopim para que a suposta proprietária da área, a empresa Victor Pneus, ingressasse em juízo com a referida ação (MIRANDA, 201439).

Vale destacar o incerto que deu certo, o que ainda dará resultados concisos, se unidos esforços coletivos, trazendo reflexões sobre o sucesso preservacionista do citado parque urbano que efetiva um total de 78.000 metros quadrados de área conservada, valor bem inferior aos 457.787,51 m² legalmente previstos⁴⁰ no começo

38 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação de Reintegração de posse nº 0024.08.235950-6. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?tipoPesquisa=1&comrCodigo=24&txtProcesso=0024082359506&listaProcessos=08235950&nomePessoa=Nome+-da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB=&tipoOAB=

N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&n. Acesso em: 09 nov. 2014c

39 MIRANDA, Matheus Moura. Mapeamento de ocupações urbanas em Belo Horizonte: o direito à moradia em juízo. 2014, 67 f. (Monografia de Conclusão de Curso de Graduação em Direito). Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2014.

40 A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais vem informar, por meio de Nota Pública da Defensoria Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais (DPDH), que interpôs Agravo de Instrumento contra decisão liminar que concedeu a reintegração de posse em favor do Município de Belo Horizonte de suposta área verde localizada na região do Barreiro, na mesma quadra onde há outras ocupações urbanas conhecidas por Eliana Silva, Camilo Torres e Irmã Doroty. E, um pouco mais afastada, a ocupação Paulo Freire. Transcrito na íntegra de <https://dp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/431713886/nota-publica-ocupacoes-urbanas-da-regiao-do-barreiro?ref=serp>

da década de 1990, tecendo novas perspectivas para as áreas ainda remanescentes, com ênfase nas comunidades e ocupações Camilo Torres, Eliana Silva, Irmã Dorothy, Nelson Mandela e Paulo Freire. Para o COAU (2020, on line):

A Ocupação Eliana Silva é um assentamento urbano na região do Barreiro, também em Belo Horizonte, nas proximidades do município de Ibirité. Seu nome homenageia uma militante do MLB e liderança da Ocupação Corumbiara, que faleceu há alguns anos. Desde a década de 1990, o MLB realiza ocupações urbanas em vários lugares do Brasil (na Paraíba, em Pernambuco e no Rio Grande do Norte), além da Ocupação Corumbiara em Belo Horizonte em 1996. A Ocupação Eliana Silva foi a retomada de suas ações políticas através de ocupações urbanas na capital de Minas Gerais. A ocupação Eliana Silva ocorreu em dois momentos e em dois locais diferentes, ambos nas margens da avenida Perimetral do distrito industrial do Vale do Jatobá, no bairro Santa Rita. A primeira tentativa, num terreno público, envolveu 150 famílias, número que aumentou nos primeiros dias. Ela começou em 21 de abril de 2012, mas foi mitigada dia 11 de maio de 2012, com o argumento de que se tratava de uma Zona de Preservação Ambiental (ZPAM). A segunda tentativa, num terreno particular, vago havia décadas, envolveu cerca de 250 famílias. Ela se iniciou em 24 de agosto de 2012 e ainda está em curso. O terreno da segunda ocupação é classificado como ZE, zona também predominante no seu entorno imediato, ao lado de Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS).

Também, é indiscutivelmente viável e urgente associar moradia digna, qualidade de vida e preservação do ecossistemas, dando ênfase à etnobotânica⁴¹.

41 A Etnobotânica engloba as contribuições da botânica e da etnologia, evidenciando as interações entre as sociedades humanas e plantas como sistemas dinâmicos. Estuda as aplicações e dos usos tradicionais dos vegetais pelo homem. É uma ciência multidisciplinar que envolve botânicos, antropólogos, farmacólogos, médicos e outros profissionais. É também uma interdisciplinaridade capaz de proporcionar explicações sobre a interação de comunidades humanas com o mundo vegetal, em suas dimensões antropológica, ecológica e botânica. Transcrito na íntegra de <https://biologo.com.br/bio/etnobotanica/>

As ocupações protegem parte da vegetação nativa característica do cerrado, onde podem ser encontrados barbatimãos, faveiros, imbiruçus, ipês-verdes, jacarandás-caviúna, lobeiras, mandioqueiros-do-cerrado, muricis, pau-d'elos, paus-santos e pequis. Na rediscussão da regularização das ocupações, o contexto de unidade de conservação é abrigado na essência de manutenção da qualidade de vida e da dignidade dos moradores que zelam pelo lugar que escolheram para morar. O site Ecodebate (2011, on line) explicita que:

A Comunidade Irmã Dorothy nasceu em fevereiro de 2010. Trata-se de 135 famílias sem-teto que ocuparam área abandonada, no Barreiro em Belo Horizonte, ao lado da Comunidade Camilo Torres. Já construíram grande parte de suas casas de alvenaria. Estão em cima de propriedade que não cumpria sua função social, que de forma ilegal e imoral, foram transferidos do público para a iniciativa privada. Até 1992, os terrenos onde estão as Comunidades Camilo Torres e Irmã Dorothy eram do Governo estadual de Minas Gerais. Logo, o Governo Estadual de Minas, o Sr. Antônio Anastasia⁴², tem responsabilidade direta sobre as 227 famílias que ora estão na iminência de serem despejadas.

Na sequência, a partir de estudo das plantas cartográficas contempladas no âmbito de criação do parque, busca verificar-se a situação atual das mesmas empreendendo soluções a serem discutidas com a população local. O CP43 251 016 M, registra três áreas verdes, a nº 01 com 10.635,93 metros quadrados, a nº 02 com 32.721,53 metros quadrados e a nº 03, com 44.346, 93 metros quadrados e corresponde à Vila Formosa, no quarteirão entre a Avenida Perimetral e as ruas Pico do Rola Moça, Serra da Água Quente, Serra do José Vieira e Serra do Rola Moça. É a área de localização do Parque Carlos de Faria Tavares, sendo que a área verde nº 01 foi totalmente ocupada (Figura 03). O local do parque urbano é uma referência da comunidade por possuir uma Academia da Cidade, que reúne equipamentos para a

42

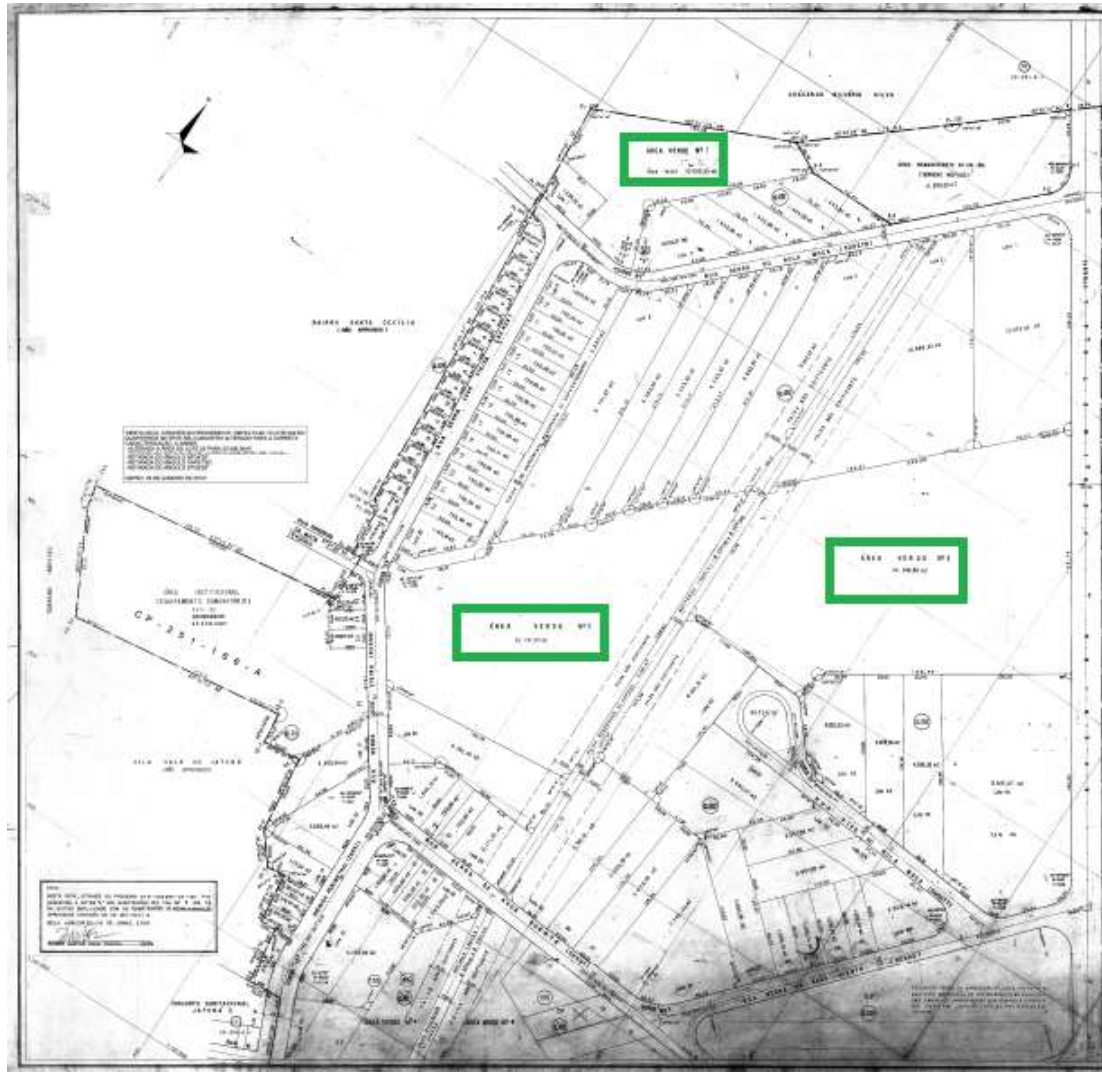
43 CP, significa Consulta Parcelamento, ou de acordo com a prefeitura Consultas a Plantas de Parcelamento do Solo (CP). Fonte: [http://portal5.pbh.gov.br/plantacp/inicio.do#:~:text=Consultas%20a%20Plantas%20de%20Parcelamento%20do%20Solo%20\(CP\)&text=O%20Sistema%20Plantas%20On%20Line,no%20munic%C3%ADpio%20de%20Belo%20Horizonte](http://portal5.pbh.gov.br/plantacp/inicio.do#:~:text=Consultas%20a%20Plantas%20de%20Parcelamento%20do%20Solo%20(CP)&text=O%20Sistema%20Plantas%20On%20Line,no%20munic%C3%ADpio%20de%20Belo%20Horizonte).

diversão e a prática de atividades. Com área aproximada de 78 mil metros quadrados, o Parque Vila Pinho, por meio da lei municipal nº 9.980, em outubro de 2010, passou a ser denominado Parque Carlos de Faria Tavares. Além de preservar o parque urbano, a administração do local desenvolve diversos trabalhos em parceria com a comunidade local. Segundo detalhes concedidos pela professora da Escola de Arquitetura da UFMG (2019, on line), Marcela Silviano Brandão Lopes:

a frente de ação⁴⁴ surge em 2016, como uma forma de dialogar e aproximar dois temas: a preservação ambiental e a luta pelas moradias em Belo Horizonte. Em parceria com o MLB e com o apoio de instituições públicas e privadas, o projeto atua no Distrito Industrial do Jatobá (Regional Barreiro), no qual localizam-se cinco ocupações urbanas: Eliana Silva, Camilo Torres, Irmã Dorothy, Nelson Mandela, Paulo Freire e Horta. Para Marcela, tanto a natureza quanto a pobreza são gradativamente expulsas das cidades, diminuindo a qualidade de vida dos indivíduos e também a relação destes com o meio-ambiente. Logo, o projeto surge como forma de refletir e elaborar políticas mais complexas de preservação da natureza, ao mesmo tempo que aproxima os moradores de suas práticas cotidianas com a natureza.

Figura 03 - CP 251-16-M - Bairro Jatobá.

⁴⁴ Em atividade desde 2016, a frente de ação Parque das Ocupações faz parte do Programa Indisciplinar – grupo que trabalha com questões contemporâneas relacionadas ao espaço na UFMG. Atualmente, as atividades acontecem nas Ocupações Paulo Freire e Eliana Silva, localizadas na Regional Barreiro, através de parceria com o Movimento de Luta nos Bairros, Vilas e Favela (UFMG, 2019, on line).



Fonte: <http://portal5.pbh.gov.br/plantacp-img/251016M.pdf>

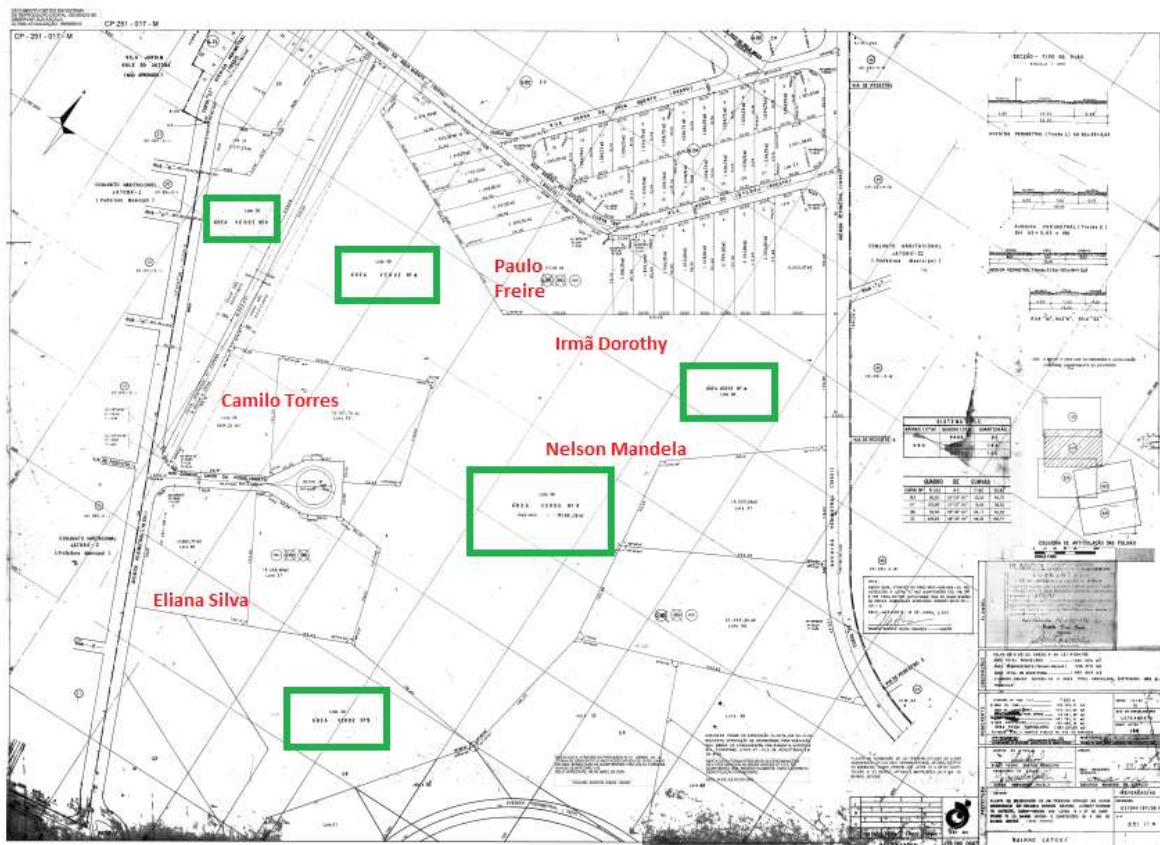
O CP 251 017 M, registra uma grande área verde, a nº 04 com 193.881,28 metros quadrados, a nº 05 e corresponde à Vila Santa Rita, no quarteirão entre a Avenida Perimetral e as ruas Capão da Posse, Serra do Jatobá, Praças Rotor II e Rotor V. É a área de localização das comunidades e ocupações Camilo Torres, Eliana Silva, Irmã Dorothy, Nelson Mandela e Paulo Freire, sendo que a área verde no trecho lindeiro ao curso d'água foi ocupado, mas a mata ciliar foi totalmente preservada (Figura 04). Nesta área está parte da área verde nº 05 que se estende pela CP 251-18-M do Bairro Jatobá45, totalizando 33.354.08 metros quadrados. Essa ocupações

45 <http://portal5.pbh.gov.br/plantacp-img/251018M.pdf>

estão em processo de reconhecimento judicial e salvaguarda de direitos fundamentais, conforme nota da Defensoria Pública de Minas Gerais (2020, on line):

Os processos de reintegração de posse da Ocupação Eliana Silva também não estão com expedição de mandados de reintegração de posse, assim como a ocupação Paulo Freire, processo nº 0024.14.003.707-8. A Defensoria Pública tem legitimidade para se manifestar nos processos de reintegrações de posse na qualidade de representante processual dos réus nominados, se assim for demandada, bem como na qualidade de curadora processual, se for o caso de citação por edital e na forma prevista no artigo 554, § 1º do CPC com *custus plebis*, ou seja, em razão da presença no polo passivo da ação de reintegração de posse contra um número considerável de pessoas hipossuficientes.

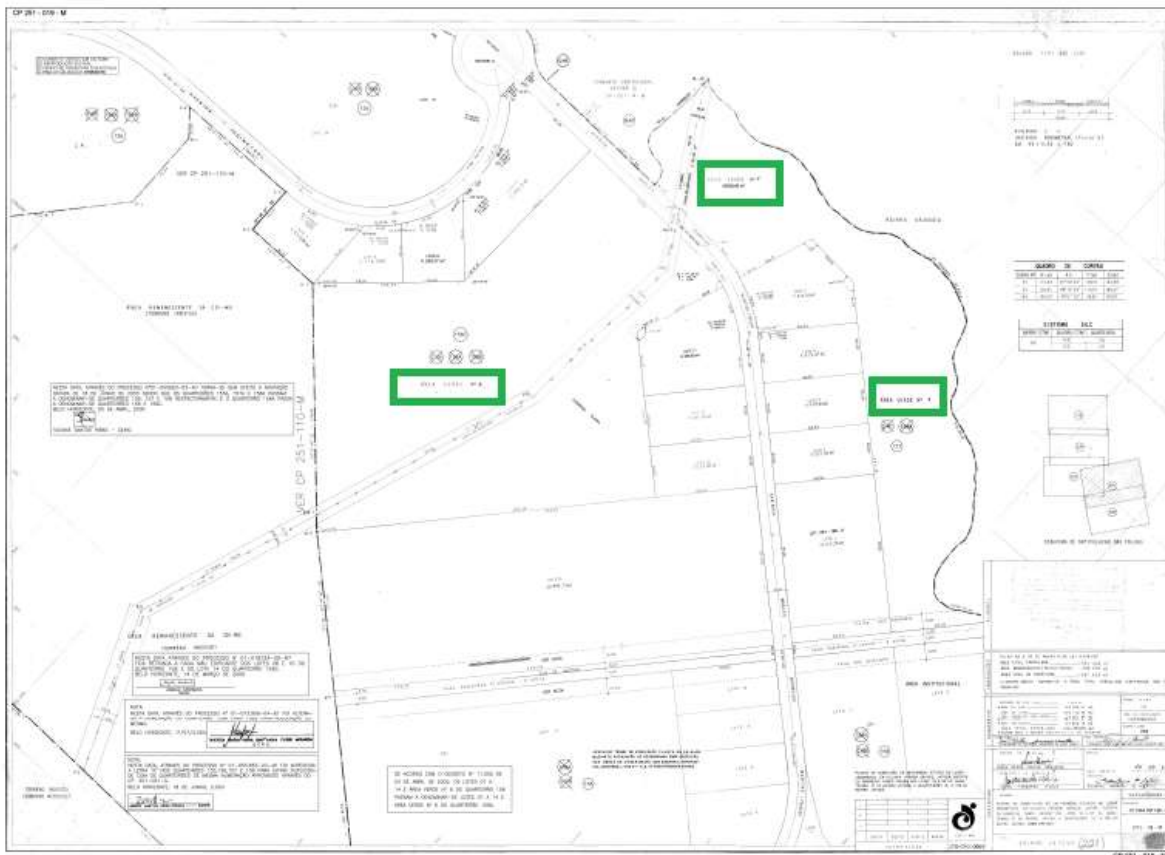
Figura 04 - CP 251-17-M - Bairro Jatobá.



Fonte: <http://portal5.pbh.gov.br/plantacp-imag/251017M.pdf>

No CP 251-19-M (Figura 05) referente ao Bairro Jatobá localiza-se na Avenida Perimetral, na altura do Conjunto Águas Claras e consta a área verde nº 06 do quarteirão 156, com perímetro de 94.144,36 metros quadrados; e que foi parcialmente ocupada pela Vila Ecológica e Vila Horta, sendo que a área limítrofe ao Córrego Capão dos Porcos e a Avenida Warley Aparecido Martins, é considerada como área verde nº 07 com área de 53.625,40 metros quadrados, parcialmente conservada e indispensável à coletividade adjacente perpetuando preceitos de apropriação agroecológica e etnobotânica futuras.

Figura 05 - CP 251-19-M - Bairro Jatobá.

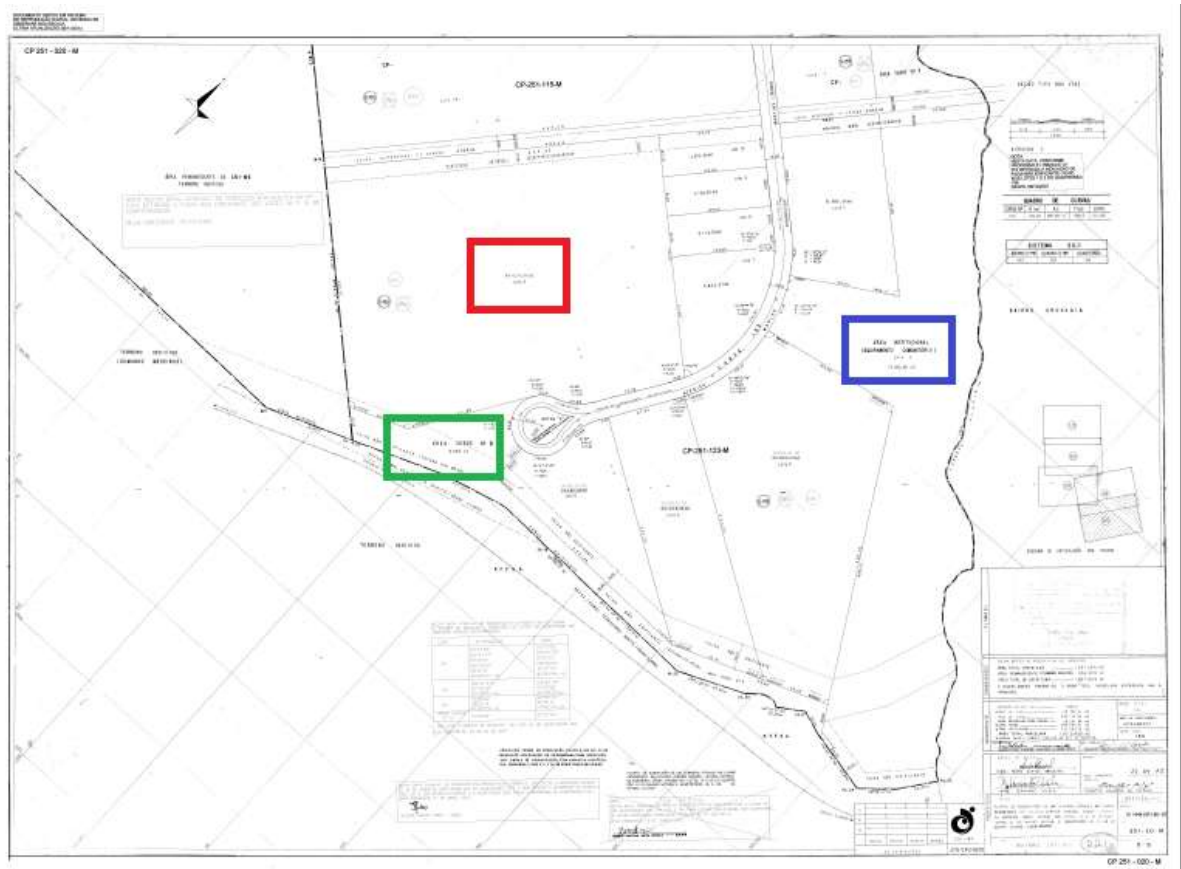


Fonte: <http://portal5.pbh.gov.br/plantacp-img/251019M.pdf>

A área verde nº 08, localiza na Praça Rotor I, Solar dos Rubis e dispõe de uma pequena área de 14.880 metros quadrados, estando numa região de recente adensamento urbano, com muitos conjuntos habitacionais, de tipologia multifamiliar, o que justifica a prerrogativa da conservação já definida em 15 de outubro de 1992. Na sua lateral encontra-se um grande lote de área total de

84.624,86 metros quadrados pertencente a uma rádio, que futuramente pode ser incorporado, caso haja possibilidade e se for reabilitado oferecerá uma área protegida com espaços maiores dada a demanda local por ecologia e lazer. Há também no CP 251-020-M, uma área institucional para equipamento urbano às margens do Capão dos Porcos com perímetro de 73.009,68 metros quadrados, prestando múltiplas benesses à Vila Corumbiara (Figura 06).

Figura 06 - CP 251-20-M - Bairro Jatobá.



Fonte: <http://portal5.pbh.gov.br/plantacp-img/251020M.pdf>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira questão é indiscutivelmente prover as ocupações de equipamentos públicos necessários à dignidade humana e ao cumprimento constitucional dos direitos fundamentais, reconhecendo-as como bairros legítimos da cidade. Assim assistência social, cultura, ecologia, educação, inclusão, lazer, saúde, transporte público, urbanidade não bastam. É preciso potencializar os talentos coletivos de resistência e sobrevivência, como as práticas agrícolas que ampliam a

união comunitária e lavram a terra produzindo alimentos e saúde para todos, preservando os remanescentes florestais e nascentes locais com prerrogativas etnobotânicas. Assim o perímetro total, que perfazia área de 457.787,51 metros quadrados, precisa ser redimensionado com vistas à associar as comunidades locais e preservar os remanescentes ecossistêmicos, que elas conservaram, disponibilizando-os sob o formato de parques agroecológicos. Assim é preciso rediscutir o decreto municipal nº 7.392 de 15 de outubro de 1992, através de um novo PL - Projeto de Lei, que lhe dê nova redação:

Cria o "Parque Agroecológico do Distrito Urbano-Industrial do Jatobá" e dá outras providências.

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais, decreta:

Art. 1º - Fica criado o "Parque Agroecológico do Distrito Urbano-Industrial do Jatobá", constituído pelas áreas verdes remanescentes do Bairro Jatobá

Art. 2º - A Fundação Municipal de Parques Municipais e Zoobotânica providenciará a elaboração de projeto para fins agroecológicos, etnobotânicos e de educação ambiental das seguintes áreas verdes, de conformidade com os CPs descritos abaixo: 251-016-M, 251-017-M, 251-018-M, 251-019-M e 251-020-M

Art. 3º - O Parque Agroecológico do Distrito Urbano-Industrial do Jatobá terá uma comissão consultiva local, com a finalidade de contribuir para sua gestão, inclusive opinando sobre a manutenção do Parque e as atividades culturais e socioeconômicas, a serem ali desenvolvidas.

Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2020

A área verde nº 01 do quarteirão 151, cujo perímetro era de 10.653,93 metros quadrados está urbanizada, incorporada ao tecido urbano e portanto, extinta e destituída de suas funções socioambientais originais. As áreas verdes nº 02 e nº 03 do

quarteirão 152, com 77.068,46 metros quadrados já se encontram totalmente resguardadas devido ao parque urbano já instalado pela municipalidade. Os remanescentes de vegetação disponíveis nas áreas verdes de nº 04 e nº 05 do quarteirão 155, que consumavam um terreno de 207.415,36 metros quadrados deverão ser redimensionadas associando as comunidades ali instaladas aos projetos agroecológicos construindo novas paisagens e cenários. Nessa tessitura agroecológica é indispensável associar os ecossistemas que foram preservados nas ocupações legalizando-os como novos parques agroecológicos com sugestão de homenagem com a prevalência dos nomes escolhidas pelas comunidades de líderes sociais: Camilo Torres Restrepo (1929-1966), Dorothy Mae Stang (1931-2005), Eliana Silva de Jesus (1964-2009), Nelson Rolihlahla Mandela (1918-2013) e Paulo Reglus Neves Freire (1921-1997).

A área verde nº 06 do quarteirão 156, com 94.144,36 metros quadrados encontra-se ocupada pela Vila Ecológica e pela Vila Horta, sem remanescentes nativos que fomentem algum espaço público com fins agroecológicos. Essas duas comunidades, por sua vez, poderão ser atendidas pelo Parque Agroecológico da Vila Corumbiara a ser implantado na área verde nº 07 do quarteirão 157, com 53.625,40 metros quadrados e, por último, outro parque urbano, na região do Conjunto Solar dos Rubis no espaço da área verde nº 08 do quarteirão 158, com 14.880,00 metros quadrados pode ser efetivado. Por fim, espaços de inclusão social, agroecologia, etnobotânica e economia solidária se mostram viáveis na região da antiga Fazenda do Jatobá, reformulando suas vocações e tradições no âmbito da urbanidade que se ecologiza. E dos mirantes da Serra do Jatobá, ecologia e inclusão serão avistadas vestindo a mesma camisa, unindo esforços, transformando gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Rafael; NASCIMENTO, Denise M.; GOULART, Fabrício. **Ocupações urbanas na Região Metropolitana de Belo Horizonte**. Praxis. Belo Horizonte. Jun/2016. Disponível em <<https://issuu.com/praxisufmg/docs/relato-ocupa-jun2016>> Acesso em 13. Ago. 2020

MURCHO, Desidério. **O marxista capitalista**. In: Blog Crítica na Rede. Disponível em <<http://blog.criticanarede.com/2010/01/o-marxista-capitalista.html>> Acesso em 13. Ago. 2020

BRASIL ESCOLA. **Geografia Econômica: Capitalismo Financeiro.** Disponível em <<http://www.brasilecola.com/geografia/capitalismo-financeiro.htm>> Acesso em 13. Ago. 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **AUDIÊNCIA PÚBLICA: Centro de Vivência Agroecológico será tema de discussão.** Disponível em <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2013/12/centro-de-viv%C3%Aancia-agroecol%C3%B3gico-ser%C3%A1-tema-de-discuss%C3%A3o>> Acesso em 13. Ago. 2020

CENTRO DE ECOLOGIA INTEGRAL. **Pensar globalmente, agir localmente: Nascentes do Arrudas pedem Socorro.** In: Revista Ecologia Integral. Disponível em <<http://www.ecologiaintegral.org.br/RevEcologiaIntegral11.pdf>> Acesso em 13. Ago. 2020

DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS. **Nota pública sobre as ocupações urbanas da região do Barreiro.** Disponível em <<https://dp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/431713886/nota-publica-ocupacoes-urbanas-da-regiao-do-barreiro>> Acesso em 13. Ago. 2020

DIAS, Maria Tereza Fonseca et al. **Ocupações urbanas em Belo Horizonte e a (re)construção espacial da cidade: um estudo de caso da ocupação Camilo Torres.** In: Revista de Ciências HUMANAS, Florianópolis, v. 49, n. 2, p. 205-223, jul-dez 2015. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/download/2178-4582.2015v49n2p205/30847>> Acesso em 13. Ago. 2020

ECOSOL BRASÍLIA. **O que é uma Economia Solidária?** Disponível em <<https://www.ecosolbasebrasil.com.br/index.php/economia-solidaria/videos/o-que-e/>> Acesso em 13. Ago. 2020

ECOSOL BRASÍLIA. **Características da Economia Solidária.** Disponível em <<https://www.ecosolbasebrasil.com.br/index.php/economia-solidaria/videos/caracteristicas/>> Acesso em 13. Ago. 2020

FERREIRA, Diego Vales Deslandes; JAYME, Juliana Gonzaga. **As interações entre um movimento social e os moradores da ocupação Eliana Silva na região do Barreiro em Belo Horizonte.** In: DOSSIÊ: DISPUTAS POLÍTICO-CONCEITUAIS SOBRE A GOVERNANÇA DAS METRÓPOLES, Cadernos MetrÓpole, vol. 21 nº. 45, São Paulo Mai/Ago. 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2236-99962019000200573&script=sci_arttext> Acesso em 13. Ago. 2020

GALERA, Izabella; FONSECA, Helena D'Agosto Miguel; In: Anais XVIII ENANPUR – Encontro nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional. ANPUR, Natal/RJ, 2019. **OUTRAS FORMAS DE (RE)EXISTÊNCIA: Direito à cidade e agroecologia a partir da produção do espaço nas ocupações urbanas.** Disponível em <<http://anpur.org.br/xviiienanpur/anaisadmin/capapdf.php?reqid=881>> Acesso em 13. Ago. 2020

INSTITUTO NENUCA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – INSEA. **Belo Horizonte debate economia da circularidade.** Disponível em <<http://www.insea.org.br/belo-horizonte-debate-economia-da-circularidade/>> Acesso em 13. Ago. 2020

LONDRES, Flavia; PETERSEN, Paulo; MARTINS, Gustavo (organização) Articulação Nacional de Agroecologia (Brasil). **Olhares agroecológicos: análise econômico-ecológica de agroecossistemas em sete territórios brasileiros.** 1ª. ed. - Rio de Janeiro: AS-PTA, 2017. 192 p. In: Brasil Agroecológico. Disponível em <http://agroecologia.gov.br/sites/default/files/publicacoes/2_livro_Olhares-Agroecologicos_web.pdf> Acesso em 13. Ago. 2020

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Origens da economia solidária.** Disponível em <http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/ecosolidaria_origem.asp> Acesso em 13. Ago. 2020

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Conceitos da economia solidária.** Disponível em <http://www.mte.gov.br/ecosolidaria/ecosolidaria_oque.asp> Acesso em 13. Ago. 2020

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conheça os novos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>> Acesso em 13. Ago. 2020

PLAMBEL - PLANEJAMENTO DA REGIAO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE. **Parques e Áreas de Proteção Ambiental da RMBH: versão preliminar.** Belo Horizonte, PLAMBEL, dezembro de 1987. 334 p.

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **PBH transforma área degradada em centro de agroecologia e educação ambiental.** Disponível em

<<https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/pbh-transforma-area-degradada-em-centro-de-agroecologia-e-educacao-ambiental>> Acesso em 13. Ago. 2020

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Fundação de Parques e Zoobotânica - Parque Carlos de Faria Tavares (Parque Vila Pinho)**. Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-carlos-de-faria-tavares>> Acesso em 13. Ago. 2020

SITE DO BIÓLOGO. **Caracterização e Contextualização da Etnobotânica**. Disponível em <<https://biologo.com.br/bio/etnobotanica/>> Acesso em 13. Ago. 2020

SITE NÓS DA COMUNICAÇÃO. **ECONOMIA CIRCULAR: O CONSUMO SUSTENTÁVEL QUE FAZ UM MUNDO MELHOR**. Disponível em <<https://nosdacomunicacao.com.br/economia-circular-o-consumo-sustentavel>> Acesso em 13. Ago. 2020

SITE POLITIZE. **Origens do sistema capitalista**. Disponível em <<https://www.politize.com.br/sistema-capitalista-origem/>> Acesso em 13. Ago. 2020

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Projeto da Escola de Arquitetura da UFMG une pautas ambientais e pela luta à moradia**. Disponível em <<https://ufmg.br/comunicacao/noticias/projeto-da-escola-de-arquitetura-da-ufmg-une-pautas-ambientais-e-pela-luta-a-moradia>> Acesso em 13. Ago. 2020

DA LAVAGEM DE DINHEIRO E O TIPO PENAL APLICADO

ROSICLERK OTTILO CAVASSANI NETO:

Graduado em Direito pelo IBMEC e pós graduado em Direito Constitucional

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo, analisar o tipo penal que vem sendo aplicado, no crime de lavagem de dinheiro. A metodologia escolhida foi à pesquisa bibliográfica, sendo desenvolvida numa abordagem qualitativa, através de artigos, livros, teses, dissertações e revistas. Observou-se a lavagem de dinheiro, como sendo um conjugado de procedimentos, operações e atividades cuja intenção é produzir aspecto de legalidade a dinheiro, bens ou valores de procedência ilícita. Constatou-se que o Brasil ainda necessita aperfeiçoar os procedimentos investigativos para combater os grupos organizados que são especialistas na ocultação da procedência ilícita do patrimônio, tendo em vista que os mecanismos aproveitados oferecem resultados bem inferiores aos dos outros países com melhor suporte. Conclui-se que, tão somente com a criação de tipos penais não é satisfatório para tornar eficaz este combate, sendo imprescindível o fortalecimento do sistema punitivo estatal.

Palavras Chave: Lavagem de Dinheiro; Tipos Penais; Combater.

Abstract: The present work aims to analyze the criminal type that has been applied in the crime of money laundering. The chosen methodology was bibliographic research, being developed in a qualitative approach, through articles, books, theses, dissertations and magazines. Money laundering was observed as a combination of procedures, operations and activities whose intention is to produce an aspect of legality regarding money, goods or values of illegal origin. It was found that Brazil still needs to improve the investigative procedures to combat organized groups that are specialists in hiding the illicit origin of the patrimony, considering that the mechanisms used offer results far inferior to those of other countries with better support. It is concluded that, just with the creation of criminal types it is not satisfactory to make this fight effective, being the strengthening of the state punitive system essential.

Keywords: Money Laundering; Criminal types; Fight.

Sumário: 1.Introdução - 2. Lavagem de Dinheiro: 2.1 Conceito - 2.2 Tipo Penal Aplicado - 3.Conclusão - 4. Referências

1. Introdução

Desde que apareceu, a lavagem de dinheiro vem se desenvolvendo e tomando extensões cada vez maiores, principalmente em razão de novas técnicas criminosas instituídas para burlar o controle e a punição deste crime.

O problema é que, embora o assunto da lavagem de dinheiro estar presentemente em evidência, observa-se que tal delito, compõe um velho costume de criminosos que, para poderem lucrar do produto do crime, utilizam-se dos mais variados meios para produzir aparência lícita a bens e capitais conseguidos com a prática de ilícitos penais.

Neste contexto, o presente trabalho, tem por objetivo analisar o tipo penal que vem sendo aplicado.

Justifica-se o tema, pois destaca-se, que a prática da lavagem de dinheiro pode levar ao caos o ordenamento financeiro mundial, pois através apenas de um computador, pode-se transferir grandes quantias de dinheiro para dentro e para fora de instituições financeiras nos mais diversos países.

A metodologia escolhida para este trabalho foi à pesquisa bibliográfica, sendo desenvolvida numa abordagem qualitativa, através de artigos, livros, teses, dissertações e revistas.

2. Lavagem de Dinheiro

2.1 Conceito

A lavagem de dinheiro é uma espécie delitiva que acarreta graves consequências à ordem econômico-financeira, colocando em risco o fluxo normal de dinheiro e bens de toda ordem, impossibilitando a livre concorrência, criando verdadeiros grupos dominantes e monopólios, facilitando e tornando efetiva a corrupção de agentes e funcionários de alguns segmentos da Administração Pública; ou facilitando a formação de cartéis, possibilitando o surgimento de abuso do poder econômico (SILVA, 2001).

As principais características do fenômeno da lavagem de dinheiro são sintetizadas por Callegari; Weber (2017) como sendo a internacionalização das atividades de lavagem; a profissionalização do trabalho; vocação de permanência; complexidade ou variedades dos métodos empregados; volume do fenômeno e a conexão entre redes criminais.

Portanto, o bem jurídico que a lei protege é a própria ordem econômico-financeira do país, embora não se deva desconhecer que a lavagem de dinheiro afeta também vários interesses individuais, respectivamente (SILVA, 2001).

A prática da lavagem de dinheiro pode levar ao caos o ordenamento financeiro mundial, pois através apenas de um computador, pode-se transferir grandes quantias de dinheiro para dentro e para fora de instituições financeiras nos mais diversos países. A grande movimentação de capital pode distorcer a demanda de dinheiro em um nível macroeconômico, causando desequilíbrio no fluxo de capital internacional, bem como uma falsa valorização dos câmbios internacionais, o que gera um grande problema para o sistema financeiro mundial (LILLEY, 2001).

2.2 Tipo Penal Aplicada

Qualquer pessoa física, desde que imputável, poderá cometer o crime de "lavagem de dinheiro". Não há necessidade de que exista alguma qualidade relacionada com o autor da conduta típica, assim como também não há exigência legal no sentido de que o infrator seja a mesma pessoa que cometera o crime antecedente. Pode até coincidir que seja o mesmo sujeito, porém, não necessariamente, podendo ser pessoa absolutamente distinta (SILVA, 2001).

A Lei Nº 9.613/98, que tipifica do delito de lavagem de dinheiro, é produto de pressões internacionais, principalmente dos Estados Unidos e de compromissos assumidos pelo Brasil. Essa lei, que entrou em vigor na data de sua publicação, em 03 de março de 1998, tem o escopo de estabelecer um novo tipo penal; coibir a utilização do sistema financeiro nacional como instrumento para a lavagem de dinheiro; instituir a FIU brasileira – o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras); criar normas penais, processuais penais e administrativas específicas para a prevenção e punição dos delitos de lavagem de dinheiro (MORAIS, 2005).

O legislador não menciona sujeito ativo qualificado, de modo que ele pode ser realizado por qualquer pessoa, seja um terceiro ou o próprio agente, autor ou partícipe da infração prévia, pois quando o agente da infração antecedente introduz ativo ao mercado, afeta o correto funcionamento deste e o seu acesso regular, além da Administração da Justiça (CALLEGARI; WEBER, 2017).

Oliveira (2004) aduz que, dentre as características devem ser observados o *modus operandi* dos atores na operacionalização dos atos criminosos, as estruturas de sustentação e ramificações do grupo, as divisões de funções no interior do grupo e o seu tempo de existência. Refere, também, que tais organizações devem ser analisadas, igualmente, por intermédio de suas dimensões de atuação, pois existem organizações que atuam apenas em nível local, sem conexão com outros grupos no âmbito nacional ou internacional, e outras que são nacionais, ou transnacionais, que criam uma cadeia de iteração nas esferas local, nacional e internacional.

Observa-se, deste modo, que a política criminal antilavagem de dinheiro é global, e assim necessita ser diante do caráter transnacional do delito, para que possa verdadeiramente ser ativa. Sobre o assunto, indica Sánchez Rios; (Apud VILARD; PEREIRA; DIAS NETO, 2009, p.77) que deve existir “uma progressiva uniformização dos tipos penais e uma maior colaboração policial e judicial entre os vários países, além da recepção de vários documentos internacionais”. Essa tática é imprescindível para ultrapassar uma das maiores dificuldades constatada na prática: a falta de fronteiras à movimentação financeira de um lado, e de outro, a existência de intransigentes fronteiras nacionais no que se refere à persecução penal.

O parágrafo quarto, do artigo 1º, da Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998, prevê duas causas especiais de aumento de pena. A pena do crime de “lavagem” será aumentada de um a dois terços, se:

(i) os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada: esta previsão, demasiadamente larga, diz respeito à habitualidade criminosa dos crimes antecedentes. Certamente por um lapso, o legislador penal, por ocasião da edição da Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012, deixou de alterar esta disposição, pelo que, como afirmado, o rol de crimes que era previsto no artigo 1º, da Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998, foi expressamente revogado;

(ii) por intermédio de organização criminosa: o artigo 2º, da Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, definiu organização criminosa como: “a associação, de três 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 crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional”. (SIENA, 2012, p.44)

O tipo penal em estudo é considerado como um crime complexo, vez que a objetividade jurídica tutelada pela norma penal incriminadora, como bem nota Nucci (2017) permanece sendo “a ordem econômica, o sistema financeiro, a ordem tributária, a paz pública e a administração da justiça”.

3. Conclusão

No presente trabalho, mostrou-se o crime de lavagem de dinheiro, delito multifacetado, por meio do qual é produzida aparência lícita a bens, direitos e valores

obtidos ilicitamente, pelo meio de um processo com diferentes fases complexas, que nem sempre acontecem essencialmente.

Acredita-se que tão somente com a criação de tipos penais não é satisfatório para tornar eficaz este combate, sendo imprescindível o fortalecimento do sistema punitivo estatal, além de uma ampliação e melhora dos programas sociais, impedindo a atuação social destas organizações criminosas em comunidades carentes, o que angaria sua simpatia.

Conclui-se que, o combate à lavagem de dinheiro ainda encontra vários problemas, tanto com relação aos paraísos fiscais, que por muitas vezes não cooperam com as investigações dos outros países, quanto no que diz respeito aos próprios países cooperadores, que muitas vezes agem de forma muito burocrática e por isso demoram muito para responder a pedidos de informações conseguidos por outros países.

4. Referências

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. Editora Atlas: 2ªED.2017.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas: Millenium, 2008, p. 34.

LILLEY, Peter. **Lavagem de Dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais**. São Paulo: Futura, 2001, p.16.

MORAIS, Neydja Maria Dias de Moraes. **O crime de lavagem de dinheiro no Brasil e em diversos países**. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7424&p=1>>. Acesso em: 12/08/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - v. 1 e 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Adriano. **Crime organizado: é possível definir?** Revista Espaço Acadêmico N.º 34 Março/2004. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/034/34coliveira.htm> Acesso em: 12/08/2020.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A Política Criminal Destinada à Prevenção e Repressão da Lavagem de Dinheiro: O papel do Advogado e suas Repercussões. Direito Penal Econômico. Análise contemporânea, p. 262. Apud VILARD, Celso; PEREIRA, Flávia;

DIAS NETO, Theodomirom. **Direito penal econômico**: análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIENA, David Pimentel Barbosa de. **Crime de "Lavagem de Dinheiro"**, de acordo com a Lei nº 12.683/2012. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3406, 28 out. 2012.

SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro**: uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 39.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA NO DIREITO BRASILEIRO

MARCIANA SERAFIM DE QUEIROZ:

Bacharelado do curso de Direito pela
Universidade Brasil - Campus de
Fernandópolis/SP

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador metodológico)

RESUMO: O objetivo deste artigo é demonstrar de maneira simples como o princípio da insignificância é de extrema importância para o direito penal (DP), esclarecer que esse princípio ainda pode ser usado na fase inquisitiva demonstrando as consequências lógicas de sua aplicação. Por se tratar de um assunto com relevada importância no âmbito doutrinário e jurisprudencial, procurou-se delinear uma análise da atuação do princípio da insignificância e da bagatela como meio de afastar a tipicidade penal das condutas, a fim de realmente reduzir os processos e investigações insignificantes, foi utilizado o método dedutivo, com base em dados obtidos na literatura, relatórios técnicos, artigos entre outros, existentes e publicados pela imprensa brasileira e mundial sobre temas relacionados ao princípio da bagatela, para tanto foi analisado a origem e evolução histórica, seu conceito, fundamentos, tipicidade penal, bem como sua aplicação nos tempos atuais. A conclusão tirada dessa análise é que, com a aplicação do princípio da insignificância, não seria necessário ativar a estrutura do estado para eventos insignificantes que muitas vezes podem ser resolvidos por outros ramos do direito, tudo através de uma análise técnica ou qualificação.

Palavras-chave: bagatela, princípio da insignificância, tipicidade penal.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate in a simple way how the principle of insignificance is extremely important for criminal law, to clarify that this principle can still be used in the inquisitive phase demonstrating the logical consequences of its application. As it is a subject with relevant importance in the doctrinal and jurisprudential scope, an attempt was made to outline an analysis of the performance of the principle of insignificance and trifle as a means of removing the criminal nature of conduct, in order to really reduce insignificant processes and investigations. , the deductive method was used, based on data obtained in the literature, technical reports, articles, among others, existing and published by the Brazilian and worldwide press on topics related to the trifle principle, for which the historical origin and evolution, its concept, was analyzed. , fundamentals, penal

typicality, as well as its application in the current times. The conclusion drawn from this analysis is that, with the application of the principle of insignificance, it would not be necessary to activate the state structure for insignificant events that can often be resolved by other branches of law, all through technical analysis or qualification.

Keywords: trifle, principle of insignificance, penal typicality

1. INTRODUÇÃO

É comum ver decisões judiciais serem aplicadas mediante o princípio da insignificância; isso acontece apenas após todo o trâmite do processo criminal, ou seja, todo o aparato judicial ser movimentado para que, ao final de alguns anos, o processo seja finalizado e extinto com base no princípio da bagatela (BITENCOURT, 2017).

A tipificação penal exige um mínimo de dano ao patrimônio legal protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha vislumbrado inserir um tipo penal a uma conduta totalmente inofensiva ou incapaz de prejudicar o interesse protegido. Se o escopo da criminalização é proteger um ativo legal, desde que a lesão seja insignificante, na medida em que não possa prejudicar o interesse tutelado, não haverá ajustes típicos. O Princípio da insignificância, conhecido por tratar de casos de reduzida ou nenhuma relevância no direito penal tem chegado a mais alta corte do país. É um tema bastante relevante tanto para os aplicadores do direito, quanto para os réus (SILVA e SANTOS FILHOS, p.2).

Partindo dessa premissa, este artigo procurou analisar a utilização do princípio da insignificância já na fase pré-processual, trazendo a visão doutrinária e judicial sobre o assunto. Assim, como forma de demonstrar em quais situações ele pode ser aplicado e quais princípios são consistentes com a ninharia ou bagatela (COIMBRA, 2017).

É sabido que o início de uma investigação policial já causa constrangimento à pessoa investigada perante a sociedade e a dúvida de sua inocência permanece ou não até o devido julgamento da ação criminal, até então a pessoa investigada é desaprovada por sua comunidade (GRECO, 2018).

Sendo assim, demonstra-se que a autoridade policial tem competência para aplicar o princípio da insignificância na fase pré-processual, aliviando o judiciário e evitando restrições desnecessárias aos investigados (SPAGNOL, 2020).

Todavia antes de discorrer sobre o princípio da insignificância é fundamental entender o conceito de crime e suas tipificações, sendo assim, em termos gerais, um crime é um ato ou omissão socialmente prejudicial que viola os valores protegidos

por um Estado. É um evento proibido por lei, que pode ser seguido por processo em processo penal e, posteriormente, por punição por condenação. O estado criminaliza certas condutas devido à crescente pressão pública para proibir certos danos imorais (MASSO, 2015).

No entanto, criminalidade não deve ser confundida com imoralidade: são termos relacionados, mas não sinônimos. A maior parte dos atos imorais não é criminalizada, assim como nem todos os atos criminosos são imorais. Fica a critério de um Estado interpretar quais atos precisam ser criminalizados e incorporar tais proibições em suas respectivas leis criminais (NUCCI, 2016)

2. REVISÃO DE LITERATURA

O escopo do presente trabalho é discorrer sobre o Princípio da Insignificância, também conhecido como o princípio da bagatela[1], mesmo considerado por alguns doutrinadores de mínima relevância, vem ganhando destaque na doutrina brasileira, compondo diversas jurisprudências, ganhando assim destaque no cenário jurídico, vez que, tem sido muito utilizado em teses de defesa no âmbito do Direito Penal. Para entender sua concepção como um todo é preciso ater-se a diversos detalhes, como por exemplo, o conceito de crime, tipificação penal, relevância doutrinaria e sua aplicabilidade na fase pré-processual e processual (ESTEFAM, 2018).

2.1. Conceito de crime

Não há explicações fáceis para os fenômenos chamados coletivamente de crime. O conceito de crime cobre uma enorme variedade de comportamentos humanos, estando intimamente associado à opinião pública com furtos, roubos, quebra de residências e distúrbios. Pode-se com certeza conceituar o crime como resultado da convivência em sociedade, vez que,

A partir do momento em que os indivíduos passaram a conviver em sociedade fez-se necessário instituir um conjunto de normas disciplinadoras com o poder de proibir condutas criminosas e cominar sanções. Bitencourt elucida em sua obra que “esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana” (BITENCOURT, 2011, p. 32).

Como resultado da implementação dessas normas, surgiu-se o que hoje denominamos como crimes, o mesmo é frequentemente considerado erroneamente como o vício de poucos. Não é. Está em toda parte da sociedade. O conceito de crime sempre dependeu da opinião pública. De fato, a própria “lei” reflete a opinião pública

de uma época. Obviamente, toda sociedade formula certas regras para regular o comportamento de seus membros, cuja violação é proibida. No entanto, surge o problema de quais atos devem ser proibidos ou que atos devem ser selecionados para punição pela sociedade ou pelo Estado; em outras palavras, quais atos devem ser declarados como crime (BRANDÃO, 2016).

Sem lei, não pode haver crime algum, os quais na verdade são resultados da indignação moral que resulta na promulgação da lei. Portanto, para conhecer a natureza e o conteúdo do crime, primeiro é preciso saber o que é "Lei", porque as duas questões "crime" e "lei" estão tão intimamente relacionadas entre si, tornando-se muito difícil entender uma sem conhecer a outra, por sua vez "Lei" é o conjunto de regras estabelecidas por homens politicamente superiores ou soberanos aos homens como sujeitos políticos (DOTTI, 2015).

A natureza transitória do crime torna muito difícil derivar qualquer definição precisa do termo. Apesar das tentativas feitas por vários juristas, uma definição satisfatória de crime não foi alcançada (GRECO, 2018).

Russell observou, com razão, que "definir crime é uma tarefa que até agora não foi realizada satisfatoriamente por nenhum escritor. De fato, ofensas criminais são basicamente a criação de uma política criminal adotada de tempos em tempos por setores da comunidade que são poderosos ou astutos o suficiente para salvaguardar sua própria segurança e conforto, fazendo com que o poder soberano do estado reprima a conduta (LOPES, 2019).

Um crime é um dano causado pela conduta humana, que o poder soberano do estado deseja impedir. Entre as medidas de prevenção, há ameaça de punição, processos legais de tipo especial (processo penal) são empregados para decidir se a pessoa acusada de fato causou o dano e, de acordo com a lei, é considerada legalmente punível por isso. Como nenhuma definição satisfatória de crime aceitável e aplicável a todas as situações poderia ser derivada, os estatutos penais definem, especificamente, diferentes comportamentos criminosos, que eles pretendem verificar (AZEVEDO, 2013).

Necessário se faz a distinção entre crime e erros civis, os crimes são danos à sociedade e, portanto, são considerados como erros mais graves. Os "delitos" (casos de responsabilidade extracontratual) são erros contra indivíduos e são tratados como erros menores. "Violações de contrato" também são erros civis, que resultam do não cumprimento da obrigação contratual (DOTTI, 2015).

O delito é um erro privado e o remédio disponível é a reparação dos danos sofridos e não a punição. A "quebra de contrato" implica responsabilidade civil do

infrator que pode resultar em execução (específica) forçada, cancelamento do contrato ou pagamento de danos. Mas, diferentemente da lei criminal, o Estado não estará envolvido na disputa ou litígio, a não ser legislando a estrutura legal que facilita as transações contratuais, fornecendo soluções em caso de inobservância e julgando o caso se o credor entrar com uma ação. Além disso, os recursos diferentemente do direito penal não envolvem punição, mas cumprimento de obrigações e pagamento de indenizações (BRANDÃO, 2016).

Para Estefam (2018, p.99), o crime é um erro público, ou seja, um dano causado à sociedade. Um 'delito' é um erro privado cometido contra um indivíduo em geral ou o público em uma determinada localidade. Uma 'quebra de contrato' é cometida quando qualquer termo ou condição de um contrato aplicável por lei é violado por qualquer uma das partes no contrato. Portanto, esse também é um erro privado cometido contra um indivíduo específico, é necessário ater-se aos seguintes itens:

- A natureza do direito violado: em um crime há uma violação do direito real, enquanto em uma violação do contrato, há uma violação do direito pessoal.
- Origem e natureza do dever: em um crime, o dever de não causar danos é fixado pelo Estado.
- Consentimento da vítima: o consentimento da vítima para o dano causado é uma defesa qualificada em direito penal. De certa forma, o consentimento do autor para a suposta lesão anula o direito a reparação. Portanto, se houver consentimento para a violação de qualquer termo ou condição do contrato, o autor renuncia ao seu direito de reivindicar os remédios.
- O elemento da intenção: a intenção é um elemento essencial do crime. A intenção pode formar um dos ingredientes do ato ilícito, mas não uma condição prévia essencial para a responsabilidade do fato.
- O elemento da negligência: a negligência acompanhada de falta criminal de previsão equivale a um crime. A mera negligência pode significar um delito.
- Relevância do motivo: o motivo pode ser um fator a ser considerado na decisão do quantum de punição em responsabilidade criminal. O motivo é levado em consideração na decisão de responsabilidade tortuosa, uma violação é uma violação com qualquer motivo que tenha sido cometido.

Existem vários fatores que distinguem tipos de crimes. No entanto, os delitos também incluem certos danos ou danos causados por falha designados como

ofensas como agressão, difamação, negligência etc. Mas, diferentemente de ofensas criminais, a responsabilidade extracontratual pode surgir independentemente da falha (responsabilidade estrita) ou devido a danos causados por terceiros. a quem uma pessoa é responsável (responsabilidade indireta), como no caso de danos causados por um filho, um funcionário no decorrer de seu trabalho etc., a responsabilidade tortuosa é considerada "estrita" (ou independentemente da falha) a seguir instâncias (MACHADO, 2017).

Em resumo, a responsabilidade criminal invariavelmente requer culpa moral (intenção ou negligência) e ato ou omissão pessoal, enquanto a responsabilidade extracontratual não. Outra diferença importante reside no fato de que "analogia" é proibida em casos criminais, mas pode ser permitida em casos civis (isto é, contratuais e ilícitos) em que disposições legais incorporam ilustração (em vez de exaustivas). A distinção entre os dois também reside no grau de certeza da evidência. Os casos criminais exigem certeza além de qualquer dúvida razoável, enquanto a preponderância de evidências no balanço de probabilidades é suficiente em casos civis (NUCCI, 2013).

A lei é um comando que determina um curso de conduta a ser observado por todos os membros da sociedade e é apoiado por uma sanção. Sendo essa a definição de lei, desobediência ou violação, produz se o denominado crime, no caso em tela, será analisado o crime de bagatela (NUCCI, 2016).

O crime de bagatela também conhecido por princípio da insignificância, ocorre quando o crime não gera relevância na esfera penal, quando a lesão jurídica provocada é inexpressiva, e deve ser analisado com o postulado da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado. Inexistindo relevante lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, o Direito Penal não há de intervir. O princípio da insignificância exclui a tipicidade penal em seu caráter material (SANCHES, 2020).

As tentativas dos estudiosos do direito de definir o crime não apenas como uma violação da lei, mas como um ato que causa danos reais, remontam à Era do Iluminismo. A necessidade de tal tratamento aumentou com a definição do conceito de crime na dogmática jurídica clássica alemã. Na dogmática legal de hoje, o conceito de crime em três estágios é generalizado: a presença dos elementos do crime, a ilegalidade do ato e a culpa. Embora esses estágios possam ser vistos como lei formal, sua essência social, psicológica, cultural ou sócio ética não pode ser negada. É daí que surge o problema das definições formais e substantivas, e o cerne do problema não reside tanto em considerar um conceito de crime por seus aspectos formais e substantivos, mas pela existência de um conceito, que em menor ou maior grau, opostos um ao outro, e suas funções na legislação criminal e na dogmática (OCTÁVIO, 2020).

Um papel importante na definição do crime através de sua periculosidade social é desempenhado sustentando que o crime pode ser explicado substancialmente por duas características. Primeiro, um ato é passível de punição criminal apenas se a função restitucional do direito privado (execução específica de uma obrigação e compensação de danos) for, aos olhos do Estado, insuficiente para reparação. O direito penal intervém quando a condenação deve se aplicar não apenas ao ato, mas também ao agressor socialmente perigoso culpado do ato. De fato, o objetivo do direito penal é combater essa periculosidade social. Enfatiza-se que a essência da ilegalidade de um crime não depende da opinião de ninguém, é meta-legal e existe objetivamente; a legislação não a cria, apenas a trata. Quando a ilegalidade formal e substantiva não se sobrepõe, o aspecto formal deve ser tomado como base - um juiz é obrigado pela lei e a alteração da legislação efetiva está além de sua competência (CAPEZ, 2019).

Bem assim, assevera Guilherme de Souza Nucci:

O direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*)[...] O direito penal é considerado *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator.

De acordo com esse tratamento, os princípios de *nullum crimen sine lege* e *nullum crimen sine periculo sociali* não estão realmente em conflito, pois pertencem a diferentes níveis do conceito de crime e seus escopos de implementação não se sobrepõem necessariamente (CAPEZ, 2019).

2.2. Conceito do princípio da insignificância

O Princípio da Insignificância, trata-se de um instituto jurídico, que no decorrer dos anos vem sofrendo constante evolução, para chegar nos dias de hoje com um modelo mais apropriado para doutrina e jurisprudência contemporâneas. O mesmo, possui fundamentos em normas que definem sua razão, existência e validade, ou seja, sua composição dentro do atual ordenamento jurídico (SILVA, 2018).

O conceito de insignificância para alguns doutrinadores, como Nucci (2016, p. 186), "Insignificância: é excludente supralegal de tipicidade, demonstrando que lesões ínfimas ao bem jurídico tutelado não são suficientes para, rompendo o caráter subsidiário do Direito Penal, tipificar a conduta" (2016, p. 186).

Para o doutrinador Bitencourt (2008, p.21), o princípio em estudo dispõe que:

é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amíúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob ponto de vista formal, não apresenta nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

De acordo com Capez (2019), o princípio da insignificância é,

Originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecido brocardo de *minimis non curat praetor*[2]. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal. Segundo tal princípio, o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico.

Este princípio foi incorporado ao Direito Penal somente na década de 1970, pelos estudos de Claus Roxin. "Também conhecido como criminalidade de bagatela, sustenta ser vedada a atuação penal do Estado quando a conduta não é capaz de lesar ou no mínimo de colocar em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal" (MASSON, 2015).

"O princípio da insignificância, em sua aplicação, é suscetível de ser invocado em dois níveis: por um lado, a partir de uma posição fundamental, a insignificância opera como base da atipicidade de comportamentos de importância social desprezível ou que afetam ativos legais de maneira não significativa para o sistema penal e, por outro lado, mesmo que se considere que não atua no nível do tipo - isto é, não poderia ter o efeito de excluir determinados comportamentos devido à sua maior ou menor nocividade, a insignificância pode justificar a cessação do exercício da ação criminal como critério de oportunidade (COIMBRA, 2017).

A aplicação do princípio da insignificância, considerada um obstáculo à integração do tipo, pode ser abordada sob diferentes pressupostos, dependendo da finalidade atribuída ao direito penal. Partindo de uma concepção que entende que, por tipos criminais, o direito penal tem como objetivo principal a proteção de certos bens jurídicos contra danos que atingem uma certa magnitude, segue-se que danos

insignificantes são atípicos porque, sob a princípios que regulam o assunto, não constituem lesividade relevante. É que, mesmo quando os direitos legais são protegidos pelo direito penal, os princípios que o orientam, incluindo a última proporção, exigem que seja a última instância a considerar, para que existam alternativas disponíveis que não importam a aplicação de uma penalidade, esses devem ser preferidos para salvaguardar os bens (GRECO, 2018).

Os princípios de insignificância e força significativa de lesividade julgam abstrair de soluções dogmáticas distantes das circunstâncias particulares do caso. Por esse motivo, não basta que um fato determinado em uma primeira aproximação pareça ser incluído em um tipo criminoso, mas é necessário analisá-lo à luz de sua lesividade concreta, de seu significado social e da razoabilidade e proporcionalidade inerentes ao princípio republicano, considerações que eles podem motivar sua exclusão do tipo, uma vez que o direito penal, através da tipificação de conduta, não busca proteger todos os bens legais, nem mesmo aqueles que ele escolhe, por causa de sua relevância em um determinado momento histórico -, ele os protege em sua totalidade. (MIRABETE, 2016).

2.3. Tipicidade formal e tipicidade material

Tipicidade é um dos elementos caracterizadores do crime, considerando a Teoria Tripartida, segundo a qual, para ser crime, a ação deve ser típica, ilícita e culpável (COIMBRA, 2017).

Analisado à luz da adequação social, o princípio da insignificância opera no nível do tipo, pois pode-se considerar que a mínima repercussão social de certos comportamentos não permeia o limiar do que é socialmente adequado para ser considerado crime em sentido estrito e digno de punição. Os princípios que emergem do sistema - proporcionalidade e racionalidade - e aqueles que orientam o direito penal última razão, intervenção mínima e lesividade - entram em jogo nesta avaliação (NUCCI, 2016).

Para a caracterização da tipicidade penal é necessário que haja mínima lesividade ao bem jurídico por sua vez protegido, sendo incompreensível que o legislador tenha imaginado uma figura penal com condutas inofensivas ou incapaz de prejudicar o interesse tutelado, ou seja, quando se trata de lesão insignificante não ocorrerá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos (CAPEZ, 2019).

A partir disso, a insignificância torna impossível integrar o tipo: o princípio *minimis non curat Praetor* exige que um limite mínimo de afetação ao

patrimônio legal ou um dano social significativo seja excedido, para que a conduta possa ser considerada relevante e proibida sob sanção (NUNES, 2020).

Para uma melhor compreensão da aplicabilidade do princípio da insignificância, é de suma importância entender a diferença entre a tipicidade formal e tipicidade material. Sendo assim mister se faz relatar sobre essa diferenciação, a tipicidade formal é adequação exata do fato praticado e os elementos que constam de um tipo penal. Em contrapartida a tipicidade material trata-se do agravo social e a real conduta, salienta-se que é na tipicidade material encontra-se o real significado do princípio da insignificância, contudo é fundamental que a infração exponha terceiros a risco ou provocar lesões significantes ao bem jurídico tutelado (CAPEZ, 2019).

2.4. Aplicabilidade do princípio da insignificância pelos tribunais.

De acordo com Spagnol (2020, p. eletrônica), para a sua aplicação,

O princípio da insignificância deve ser analisado de acordo com cada caso, isso quer dizer que não basta que uma conduta possua pena ínfima ou de que seja de pequeno valor a coisa subtraída, mas também deve ser levado em conta a valoração dos aspectos subjetivos do autor do fato, como por exemplo, a reiteração delitiva e os antecedentes.

Os tribunais brasileiros, entre eles o Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça em suas decisões aplicam o princípio da insignificância baseando em quatro principais requisitos entre eles: a mínima ofensividade da conduta; a não periculosidade da conduta; o reduzido grau de reprovabilidade da conduta e; a inexpressividade da lesão ou do perigo de lesão causado ao bem jurídico tutelado, sendo assim conclui-se que a aplicação do mesmo é mediada por critérios de razoabilidade, tendo por escopo ocupar o recurso processual somente com situações importantes (SOUZA, 2018).

Analisando os requisitos exigidos pelo princípio da insignificância:

(a) mínima ofensividade da conduta, esse vetor corresponde ao comportamento por sua vez delituoso realizado na prática infracional, ou seja, se em sua conduta houver ao menos exposição de perigo a bem jurídico relevante, como por exemplo, a vida, estaria ausente este vetor (OCTÁVIO, 2018).

(b) ausência de periculosidade social da ação, para discorrer sobre este vetor é necessário antecipadamente veicula-lo ao anterior, vez que não

havendo na conduta do infrator resultado que lesione ou traga perigo a bem jurídico tutelado, este item se fará ausente, sendo reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento, consecutivamente não estaria presente a inexpressividade da lesão jurídica causada, caracterizando um “efeito dominó” (OCTÁVIO,2018).

(c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; há jurisprudências onde o magistrado considera possíveis circunstâncias desfavoráveis ao agente, como por exemplo situações de reincidência ou antecedentes criminais, o que automaticamente afastaria a presunção do princípio da insignificância em caso concreto, pois excluem o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, nestes casos não há dúvida quanto a relevância para o processo penal, juristas acreditam que é primordial levar em consideração a recriminação social gerada pela infração. Em seu trabalho Nunes (2020, p.7),

A título de exemplo: A, subtrai uma garrafa de bebida de alto teor alcoólico para curtir uma “noitada”, enquanto, B, subtrai um pacote de bolacha para dar de comer ao seu filho que ficou lhe esperando em casa. Logicamente a maior reprovabilidade há de ser sobre a conduta de A. É esse juízo de valor que tem de ser feito na verificação.

(d) inexpressividade da lesão jurídica. “Quer-se, tão somente, afirmar o princípio da fragmentariedade, dispensando tratamento penal aos crimes de pouca monta que não lesionam de forma significativa o bem jurídico tutelado” (GRECO, 2018).

É fundamental que todos os elementos previamente citados sejam analisados, vez que não havendo correspondência, tem-se observado o princípio da insignificância conferindo óbice para aplicação. Salienta-se que tais vetores encontram-se consolidados na jurisprudência do Supremo Tribunal (NUNES, 2020).

As regras mais gerais com base nas quais a estrutura e o desempenho do julgamento criminal são regulamentados representam os princípios fundamentais do julgamento criminal. Eles garantem o cumprimento do objetivo do julgamento criminal, para que seja correto e a solução dos casos seja feita no devido tempo (MIRABETE, 2016).

Como se sabe o objetivo do direito penal é expressar a condenação social da conduta proibida, apoiada por sanções calculadas para evitá-la. Para entender esta explicação do Direito Penal, três perguntas devem ser respondidas:

Que tipo de conduta é proibida?

Que tipo de condenação social formal é considerada apropriada para impedir tal conduta?

Que tipos de sanções são consideradas como mais bem aplicadas para impedir a quebra de uma norma?

O conceito de conduta proibida não é estático; muda segundo as normas sociais. A própria definição e conceito de crime não está apenas de acordo com os valores de um grupo e sociedade em particular, seus ideais, fé, atitudes religiosas, costumes, tradições e tabus, mas também de acordo com a forma de governo, estrutura política e econômica da sociedade e uma série de outros fatores, por exemplo, o que é uma ofensa à propriedade em uma cultura capitalista pode ser uma maneira legal de viver em uma sociedade socialista. O que é permitido em uma sociedade livre e rica pode ser um vício pernicioso em uma organização conservadora (MACHADO, 2017).

A noção de crime também muda com o tempo. O que é uma ofensa hoje pode não ser uma ofensa amanhã e o que não foi uma ofensa até ontem pode ser declarado crime hoje. Por exemplo, abortar à força o feto do útero da mãe por razões que fossem consideradas como um grande pecado contra a humanidade por todas as sociedades até o passado recente. Agora, com o avanço das ciências médicas, a interrupção da gravidez por motivos médicos foi legalizada e aprovada por muitos, embora nem todas as sociedades e culturas aceite o aborto (LOPES, 2019).

Assim, o conceito de crime é mutável. O que não foi crime ontem pode ser um crime hoje e o que é um crime hoje pode não continuar sendo um crime amanhã. Portanto, as mudanças sociais afetam o direito penal de várias maneiras, como: através de mudanças na estrutura da sociedade, especialmente em sua transição do rural autônomo e relativamente escassamente povoado para um padrão altamente urbanizado e industrial, através de mudanças na filosofia moral e social predominante, através de desenvolvimentos na ciência, especialmente em biologia e medicina (DOTTI, 2015).

De acordo com Costa (2020), quem primeiro tratou sobre o princípio da insignificância no direito penal foi Claus Roxin, em 1964. O princípio da insignificância não tem previsão legal no direito brasileiro. Trata-se de uma criação da doutrina e da jurisprudência. Para a posição majoritária, o princípio da insignificância é uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Se o fato for penalmente insignificante, significa que não lesou nem causou perigo de lesão ao bem jurídico.

Logo, aplica-se o princípio da insignificância e o réu é absolvido por atipicidade material, com fundamento no art. 386, III do CPP.

É preciso ressaltar que as ofensas criminais relacionadas à proteção da vida e da liberdade permaneceram essencialmente inalteradas em todas as idades, em todo o mundo civilizado. Apenas certos crimes contra o corpo humano, como o aborto e os crimes sexuais, assumiram novas formas devido a mudanças na atitude da sociedade em relação a essa conduta (ESTEFAM, 2018).

O crime é um problema multidimensional, pois não é apenas responsabilidade da polícia, dos tribunais e das prisões. O crime não pode ser controlado sem o apoio ativo de cidadãos. Isso ocorre porque o crime tem efeitos sobre todos, não apenas sobre o criminoso e sua vítima. As pessoas na sociedade precisam de um sistema eficiente que seja capaz de controlar a incidência de crimes na sociedade, para que possam sentir uma sensação de segurança, essencial para uma vida pacífica (BRANDÃO, 2016).

Claramente, então, o crime tem muitas dimensões, para o estudante de ciências sociais e jurídicas trata-se de um problema de explicação e interpretação. Para o legislador, é um problema de definição e articulação. Para a polícia, é um problema de detecção e apreensão. Para o juiz, é um problema de devido processo e de punição. É um problema para a pessoa que está envolvida em violar a lei; é um problema para a vítima e para tantos outros, pois se trata de uma ameaça à tranquilidade e distúrbio na ordem social (MACHADO, 2017).

Hoje, no Brasil, há consenso sobre a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, todavia, persiste divergência entre os tribunais brasileiros, para quais crimes deste princípio poderia ser aplicado, como nos casos de crimes contra o meio ambiente (D'URSO, 2020).

Assim, a contribuição de Claus Roxin para o Direito Penal, quanto ao princípio da insignificância, é inquestionável, devendo os julgadores, sempre que possível, aplicá-lo, de modo a reservar o Direito Penal apenas para as questões mais relevantes da vida em sociedade. Dessa forma, se evitaria a aplicação desmedida de penas, especialmente as privativas de liberdade, diante do desastre que se encontra o sistema prisional brasileiro. A contribuição de Roxin para o Direito Penal, quanto ao princípio da insignificância, é inquestionável, devendo os julgadores, sempre que possível, aplicá-lo, de modo a reservar o Direito Penal apenas para as questões mais relevantes da vida em sociedade (D'URSO, 2020).

De acordo com juristas brasileiros há casos que não se deve aplicar o princípio da bagatela, por exemplo o crime de descaminho, segundo julgado do STJ o Princípio

da bagatela não pode ser aplicado no crime de descaminho se valor do tributo for maior que R\$100 (há julgados divergentes a respeito, pois visualizam o princípio da bagatela como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal.). O descaminho é crime previsto no artigo 334 do Código Penal. Ele consiste em deixar de pagar imposto devido por importação, exportação ou consumo de mercadoria. A conduta ocorre com frequência entre pessoas que chegam do exterior e tentam driblar a fiscalização da Receita para evitar o pagamento do imposto (COSTA, 2020).

A jurisprudência é pacífica em admitir a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho (art. 334 do Código Penal), que, topograficamente, está inserido no Título XI do Código Penal, que trata sobre os crimes contra a Administração Pública. De acordo com o STJ, “a insignificância nos crimes de descaminho tem colorido próprio, diante das disposições trazidas na Lei n. 10.522/2002”, o que não ocorre com outros delitos, como o peculato etc. (AgRg no REsp 1346879/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/11/2013). A Súmula 599-STJ, prevê que o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública.

2.5. O princípio da Insignificância na fase pré-processual

Para compreender o uso do princípio da insignificância na fase pré-processual é mister levar em conta toda a trajetória legislativa e histórica da justiça brasileira, desde o momento do surgimento do princípio da bagatela ou da insignificância, vez que sua existência assegurou que pequenas atitudes fossem resolvidas por outros ramos do direito, assegurando certa inercia punitiva do Estado mediante a irrelevância de certos fatos (SPAGNOL, 2020).

Mesmo com o conceito do princípio da insignificância sendo aplicado, os processos judiciais encontram-se em ascendência, isso faz com que o poder judiciário seja constantemente acionado, porém depois de minuciosa análise a conclusão processual é baseada na aplicação do princípio da bagatela derrubando a tipicidade e gerando a extinção. É preciso frisar que esse mesmo princípio pode ser aplicado na fase pré-processual, atuando como um filtro, selecionando apenas processos que possuem relevada importância dado pelo aparato estatal (BITENCOURT, 2017).

Tal filtro pode ser aplicado pela autoridade policial na figura do Delegado de Polícia (DP), indivíduo devidamente graduado em ciências sociais e jurídicas (Direito) e selecionado através de concurso, ou seja, é a pessoa ideal para aplicar o princípio da bagatela na fase pré-processual colaborando com os tribunais, pois mediante a aplicação do princípio da insignificância não há o porque dar continuidade processual, o Delegado de Polícia assim como o Magistrado tem a obrigação de

seguir leis sendo imparciais sempre e tendo como objetivo a verdade real (COSTA e SILVA CASTRO, 2017).

Desse modo percebe-se que a atividade do Delegado de Polícia não é simplesmente administrativa e sim pré-processual, buscando unir todos os elementos necessários de autoria e materialidade com o intuito de indiciar o acusado. Frisa-se que esse indiciamento se trata de um ato privativo do Delegado de Polícia que ao utilizá-lo deve realizar minuciosa análise técnico-jurídica, bem como avaliar a indicação de autoria e materialidade, de acordo com o disposto na Lei de Investigação Criminal (nº 12.830/2013), regida pelo Delegado de polícia (BRASIL, 2013).

Precisamente no art. 2, § 6º, encontra-se a premissa afirmada anteriormente,

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

... § 6º O indiciamento, privativo do Delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias (BRASIL, 2013).

Sendo assim o Delegado de Polícia é o primeiro a realizar a análise técnico-jurídica do caso concreto, tornando-se inicialmente o protetor e responsável por assegurar os direitos e garantias individuais do cidadão, ou seja, tem a liberdade de aplicar com coerência o princípio da insignificância ou bagatela, visto que o mesmo tem a responsabilidade de fazer um juízo de valor, em qualquer caso, à partir do momento em que recebe a denúncia e verifica a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade do agente (SPAGNOL, 2020).

Salienta-se ainda que o Delegado de Polícia deve, mediante decisão fundamentada, lavrar o auto de prisão em flagrante, justificando o afastamento da tipicidade material com base no princípio da insignificância, sem prejuízo de eventual controle externo. Mediante ao exposto é possível concluir que a correta aplicação do princípio da bagatela usado antes do início do Inquérito Policial (IP), assegura que tanto os Delegados de Polícia bem como o judiciário preocupam-se em assegurar que os delitos de menor proporção e relevância tornem-se apenas peso para as Comarcas, no entanto, os mesmos são capazes de assegurar uma investigação adequada e julgamento justo (ZANOTTI, 2018).

O mesmo autor reflete ainda que,

Como é sabido o princípio da insignificância é utilizado pelo Poder Judiciário nos casos de menor relevância, com isso o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já declarou que o Delegado de Polícia deve cumprir seu dever legal realizando os procedimentos policiais necessários, pois cabe somente ao Poder Judiciário a aplicação do princípio da insignificância, de acordo com o caso concreto. (ZANOTTI, 2018).

Mister se faz afirmar que tal conceito é bem aceito por alguns doutrinadores, pois os mesmos apoiam o dever do Delegado de Polícia em aplicar o princípio da insignificância, como exemplo pode-se citar Kalhed Jr. (2020), que afirma:

Não só os Delegados de Polícia podem como devem analisar os casos de acordo com o princípio da insignificância. Merecem aplauso e incentivo os Delegados de Polícia que agem dessa forma, pois estão cientes do papel que lhes cabe na investigação preliminar, atuando como filtros de contenção da irracionalidade potencial do sistema penal. Além disso, a aplicação do princípio da insignificância descaracteriza o aspecto material do tipo penal, a conduta passa a ser atípica, o que impõe a absolvição do réu, não lhe restando consequência penal alguma.

Cabe aqui afirmar que o crime atípico, exclui tanto a manifestação do judiciário, como da autoridade policial, pois não há a necessidade de investir em um fato que não se caracteriza como crime, vez que o princípio da insignificância aparta a tipicidade do ocorrido. Sendo assim o fato perde sua tipicidade igualmente para a autoridade judiciária, bem como, para a autoridade policial (MASSON, 2015).

Se não há tipicidade não existe fundamentos para instaurar IP nem mesmo uma ação penal, como bem menciona Aury Lopes e Ricardo Gloeckner "a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar" (2017, p.66).

Não obsta dúvidas de que o princípio da bagatela assume importância quando aplicado pelo Delegado de Polícia, pois como é sabido o ramo do Direito Penal é utilizado como *ultima ratio*, última razão, último recurso. Tal princípio vem ganhado cada vez mais seriedade, pois o mesmo é capaz de reduzir a quantidade de processos necessários encontrados com frequência nas Comarcas de todo o Brasil, emperrando assim o sistema, devido a isso o Delegado de Polícia tornou-se pela chave em todo esse processo, passando por ele somente casos de relevante importância (CASTRO, 2020).

2.6. Jurisprudência

Ementa: REJEITADO.MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou os seguintes pressupostos para a incidência do princípio da bagatela, quais sejam: 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 (HC 90.977-MG). Jurisprudência•08/11/2012•Tribunal de Justiça do Paraná.

EMENTA Habeas corpus. Penal. Princípio da insignificância. Condenação. Pena restritiva de direitos. Furto em detrimento de estabelecimento comercial no período noturno de 2 (duas) barras de ferro avaliadas em R\$ 160,00 (cento e sessenta reais). Res furtiva restituída à vítima. Ausência de prejuízo material. Paciente primário não costumeiro na prática de crimes contra o patrimônio. Reduzido grau de reprovabilidade de seu comportamento. Conduta que não causou lesividade relevante à ordem social. Satisfação concomitante dos vetores exigidos pela Corte ao reconhecimento da insignificância. Ordem concedida. 1. A configuração do delito de bagatela, conforme tem entendido a Corte, exige a satisfação de determinados requisitos, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC nº 84.412/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 19/11/04). 2. No caso dos autos, consoante se extrai da sentença de primeiro grau, é diminuto o valor da res furtiva, vale dizer, 2 (duas) barras de ferro “viga G” avaliadas em R\$ 160,00 (cento e sessenta reais), assim como o paciente é primário, não se podendo abstrair das circunstâncias referidas no édito condenatório ser ele costumeiro na prática de crimes contra o patrimônio, tanto que foi agraciado com a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. 3. Plausibilidade da tese sustentada pela defesa, já que o caso não se enquadra em nenhuma daquelas situações reconhecidas pelo Tribunal Pleno como óbice à incidência do princípio da insignificância, vale dizer, as hipóteses de furto qualificado e a caracterização de

habitualidade delitiva específica ou reincidência (v.g. HC nº 123.108/MG; HC nº 123.533/SP; HC nº 123.734/MG, todos de relatoria do Ministro Roberto Barroso). 4. A hipótese de o delito ter sido praticado durante o repouso noturno, não deve ser interpretada como óbice ao reconhecimento do princípio da insignificância, uma vez que o furto foi praticado por agente primário em detrimento de estabelecimento comercial que não sofreu qualquer tipo de prejuízo material, segundo se infere dos autos, pois as 2 (duas) barras de ferro foram restituídas à empresa vitimada. 5. Não se mostra razoável movimentar o aparelho estatal para conferir relevância típica a um furto de pequena monta quando, como já sinalizado pelo Ministro Gilmar Mendes, “as condições que orbitam o delito revelam a sua singeleza miudeza e não habitualidade” (HC nº 94.220/RS, Segunda Turma, DJe de 1º/7/10). 6. O reconhecimento da inexistência de prejuízo material para o estabelecimento comercial vitimado e o fato de o paciente não ser contumaz, quando associados ao argumento de que a conduta não causou lesividade relevante à ordem social, recomendam a aplicação do postulado da bagatela. 7. Ordem de habeas corpus concedida para reconhecer a incidência do princípio da insignificância no caso, absolvendo-se, assim, o paciente com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (STF, 2017).

3. METODOLOGIA

Para realizar o trabalho foi escolhido a revisão de literatura baseada em pesquisa bibliográfica, tratando-se, portanto, de um documento acadêmico, que visou contribuir com o conhecimento atual, incluindo achados substantivos, bem como contribuições teóricas e metodológicas sobre o assunto. Após a escolha do tema, usou-se os seguintes indicadores textuais: coronavírus, covid-19, pandemia, direito penal, saúde pública, sanções. Na busca encontrou-se, artigos científicos e periódicos, todos de fonte confiável, o período foi o ano de 2020, ano da citada pandemia. Após o levantamento do material necessário, passou-se a análise das informações e ao resumo das fontes, organizando assim todas as informações, partindo do princípio que o foco de uma revisão da literatura é resumir e sintetizar os argumentos e ideias de diversos autores. Em seguida percorreu-se sobre sanções penais ocasionadas pelo Covid-19, as quais visam assegurar direitos humanos fundamentais.

Em suma, o documento de pesquisa é mais do que uma versão resumida do que outros disseram ou escreveram. Idealmente, o trabalho de pesquisa representou uma síntese das próprias percepções, atitudes, ideias e experiências apoiadas por informações obtidas de outras fontes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora algumas opiniões tenham sido expressas na literatura segundo as quais os princípios fundamentais do julgamento criminal não se enquadram no código de procedimento criminal, os autores consideraram oportuno regulá-los expressamente no corpo da lei.

Ao adotar esses tipos de conceitos, prevalece o interesse em garantir um julgamento justo, finalizado no devido tempo, para que o desempenho da justiça criminal seja independente e imparcial. Para a realização deste desiderato, é sempre necessário a regulamentação dos princípios fundamentais do julgamento criminal.

A junção desses princípios, cuja validade é confirmada por uma longa prática, levam à eliminação dos casos de ineficiência, falta de celeridade, garantindo a proteção do direito e das liberdades fundamentais.

Os princípios e a separação das funções judiciais no julgamento criminal têm o objetivo de melhorar substancialmente o ato de justiça. A repartição de algumas atribuições e competências para cada função judicial melhorará a qualidade dos atos processuais e as medidas impostas durante o julgamento, reduzindo consideravelmente as possibilidades de erros ou abuso, nesta premissa se vê claramente a importância da utilização do princípio da insignificância.

Os compromissos dos autores do código de processo penal, relativos aos princípios do julgamento criminal, foram direcionados ao aprimoramento do profissionalismo dos órgãos judiciais, à redução da duração dos julgamentos criminais e à garantia dos direitos das partes.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, D. T. de. A culpabilidade e o conceito tripartido do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BITENCOURT, C.R. Tratado de Direito Penal. 20ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDÃO, C. Teoria jurídica do crime. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

BRASIL. LEI Nº 12.830, DE 20 DE JUNHO DE 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm.

Acesso em março de 2020.

CAPEZ, F. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120. 23ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASTRO, H.H.M. Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância. Disponível em: <https://sindepol.com.br/site/artigos/Delegado-pode-e-deve-aplicar-o-principio-da-insignificancia.html>. Acesso em março de 2020.

COIMBRA, T.A. O princípio da insignificância no direito penal brasileiro. Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. 2017. 36p. Barbacena, 2017.

COSTA, A.S; SILVA, L.I. Prática Policial Sistematizada – 2ª. Ed. - Niterói: Impetus, 2016.

DOTTI, R.A. Curso de Direito Penal. Parte Geral, 12ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2015.

ESTEFAM, A. Direito penal: parte geral. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, R. Código Penal: comentado. v7. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

LOPES, J.L. Curso de direito penal, parte geral. 13ª Ed. Rev. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

LOPES JR, A.; GLOECKNER, R. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, L.A. Direito Criminal: Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MASSON, C. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1 – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MIRABETE, J. F. FABBRINI, Renato. Manual de direito penal – parte geral, v. I. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, G.de S. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

NUCCI, G. de S. Manual de Direito Penal, 12ª edição. Forense, São Paulo, 2016.

NUNES, F.M.B. Princípio da insignificância e suas consequências no direito penal pátrio. Disponível

em: <https://ww2.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo10.pdf>. Acesso em março de 2020.

OCTÁVIO, R. O que é Princípio da Insignificância e como aplica-lo. Disponível em: <https://rmaiabotelho007.jusbrasil.com.br/artigos/620566308/o-que-e-principio-da-insignificancia-e-como-aplica-lo?ref=serp>. Acesso em março de 2020.

SILVA, I.L. da. Princípio da insignificância no direito penal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2017.

SILVA, W.C. Normas, princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64137/normas-principios-e-regras-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em março de 2020.

SOUZA, A. de B.G. Direito penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

SPAGNOL, B. Aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia. Disponível

em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54106/aplicao-do-principio-da-insignificancia-pelo-Delegado-de-polcia>. Acesso em março de 2020.

ZANOTTI, B. Enunciados aprovados no 1º Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Penso Direito, 2018.

NOTAS:

[1] Bagatela é um termo utilizado para designar que é algo de pouco valor ou de pouca importância.

[2] a lei não governa insignificantes: lei ignora detalhes insignificantes

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DO JÚRI

RAFAELLA ALVES FARIAS:

Acadêmica de direito no Centro
Universitário Católica do Tocantins.

RESUMO: A influência midiática atualmente é inegável. Com advento de um mundo digital, diversas notícias, de todas as formas, chegam ao público alienando e moldando opiniões, contudo, sem serem submetidas ao crivo da verdade. No que atine ao Direito Penal, repisa-se, é o ramo que mais sofre influência midiática, haja vista que os profissionais jornalísticos dão especial atenção àquelas informações que chocam e que podem ser facilmente vendidas como matéria de grande repercussão e comoção. Nesse espeque, a atuação midiática munida, por vezes de falsas verdades, e unilateral, comprometem até o livre convencimento do Magistrado. A influência não é diferente, quando se trata do Conselho de Sentença, que socialmente são pressionados a julgarem por conveniência social. Empregando-se o método dialético, aborda o poder de influência da mídia sobre decisões proferidas pelo Tribunal Popular. Ao final, citam-se como exemplos dois casos reais no Brasil, tais como, Isabella Nardoni e da Eloá Cristina Pimentel.

PALAVRA CHAVE: mídia; crimes dolosos contra a vida; Tribunal do Júri; Conselho de Sentença; influência de falsa verdade.

ABSTRACT: The media influence today is undeniable. It is that, with the advent of a digital world, diverse news, of all forms, to the public alienating and shaping opinions, however, without being subjected to the screening of truth. As far as criminal law is concerned, what is repeated, is the branch that suffers the most media influence, given that they give special attention to those who shock and that can easily be sold as a matter of great repercussion and emotion. In this regard, the media act, equipped, sometimes with false truths, and unilateral, behave even to the magistrate's free conviction. The influence is no different when it comes to the sentence board, which are socially pressured to judge for social convenience. Using the dialectical method, it addresses the media's power of influence over decisions made by the People's Court. In the end, taking as examples two real cases in Brazil, such as Isabella Nardoni and Eloá Cristina Pimentel.

KEYWORD: media; willful crimes against life; Jury court; sentence advice; influence of false truth.

Sumário: Introdução. 2. Do Tribunal do Júri. 3. A influência da mídia nas decisões dos tribunais do júri. 4. Dos direitos contrapostos. 4.1. Liberdade de imprensa *versus* presunção de inocência e devido processo legal. 4.2. Princípio da

publicidade *versus* sigilo judicial. 5. Do desaforamento: uma análise jurisprudencial. 6. Análise do Tema em casos concretos. 6.1. Isabella Nardoni. 6.2. Eloá Cristina Pimentel. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri surgiu no Brasil em 18 de junho de 1822, por força de Lei, com competência para julgar os crimes de imprensa. Ao passar dos anos, sofreu diversas alterações.

Atualmente, sua competência refere-se ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, possuindo princípios básicos como a plenitude do direito de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos.

Este último tem base constitucional relativa, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade. Em outras palavras, é possível a interposição do recurso de apelação. Contra as decisões transitadas em julgado cabe revisão criminal, com fundamento em erro do judiciário ou surgimento de fato superveniente capaz de impactar a coisa julgada (LIMA, 2016, p. 1271).

O veredicto se constitui através do Conselho de Sentença, tendo este o poder de absolver ou condenar, baseando-se nos argumentos apresentados por ambas as partes e nos mecanismos capazes de influenciar no resultado. Trata-se de pessoas leigas que decidem por convicção íntima, por maioria dos votos e sem fundamentação (ALMEIDA, 2019).

Nesse sentido, o direito, tendo como alicerce normas e regras que regulam o convívio social, assim, em virtude do direito penal abordar em sua matéria a parte do pior lado do ser humano, em vista das atrocidades, logo causa revolta na população, o que se justifica pelo bem jurídico tutelado por esta ciência.

Deste modo, o direito penal e processual penal chama a atenção da população, na medida em que pune o cidadão, de forma mais agressiva a sua vida social, podendo até mesmo retirar a liberdade do indivíduo, como também pelo resultado da conduta reprovável praticada pelo agente.

Não é demasiado recordar que, com advento da alteração dos meios de comunicação, a informação ficou acessível à população, na medida em que um fato ocorrido, após instantes, chega a um imensurável número de pessoas.

Com isto, a mídia e o sistema penal brasileiro passam a interagir e dialogar diretamente, influenciando-se mutuamente, algumas vezes de forma benéfica, outras de forma conturbada.

Deste modo, tem-se que a problemática do artigo, cinge-se em torno da possibilidade de uma influência negativa da mídia na cobertura jornalística de crimes dolosos contra a vida, determinando e formando, indiretamente, as decisões proferidas por populares através do Conselho de Sentença e violando, assim, princípios e normas penais e até direitos fundamentais do cidadão.

Nota-se, *in casu*, extrema relevância do tema, pois tanto o direito ao devido processo legal, como o direito à liberdade de imprensa possuem previsão Constitucional. Um dos tópicos do presente trabalho será o relato de casos concretos, com o objetivo de visualizar, na prática, o poder de influência que a mídia detém.

Assim, a corrente produção científica tem como proposta analisar o confronto entre o direito à liberdade de imprensa e a presunção de inocência. Procurar-se-á fazer uma análise sobre a influência da mídia e dos meios de comunicação nas decisões do Tribunal do Júri, contrapondo-se sobre a garantia constitucional de segurança e justiça.

Por fim, além da introdução, considerações finais e referências, este artigo está organizado em quatro seções principais: a primeira aborda os aspectos gerais atinentes ao Tribunal do Júri; a segunda menciona os aspectos gerais da mídia, fazendo menção acerca do seu poder de influência e principais objetivos; a terceira adentra nos direitos contrapostos, que são ofendidos pela influência midiática; e a quarta e última, estuda jurisprudências e casos concretos sobre o tema.

2 DO TRIBUNAL DO JÚRI

De início, é preciso compreender que, o Tribunal do Júri é composto pelo Juiz Presidente e por vinte cinco jurados, sorteando-se, em cada sessão de julgamento, sete jurados para compor o Conselho de Sentença.

Assim, tem-se que o número mínimo de jurados presentes, necessário para a realização do Júri, chamado Número Legal de Jurados, é de 15 jurados, computando-se nestes quinze os eventuais jurados impedidos ou suspeitos. No dia designado para a realização do Julgamento Popular, aberta a sessão far-se-á o sorteio dos sete jurados que comporão o Conselho de Sentença.

O Tribunal do Júri é norteado por três princípios basilares, quais sejam: a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos (artigo 5º,

inciso XXXVIII da Carta Magna). Sua competência concerne ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, com supedâneo no artigo 74, §1º, do Código de Processo Penal.

Em razão da reprovabilidade da conduta do agente, é imprescindível a participação da população no julgamento de crimes dolosos contra a vida. Essa participação se materializa através do Conselho de Sentença.

O jurado, no procedimento do júri, é um juiz de fato, podendo inclusive responder por crimes qualificados exclusivamente a funcionários públicos, o que reforça a necessidade de se fornecer aos mesmos todos os recursos possíveis.

No que toca a plenitude de defesa, esta se relaciona à defesa técnica e à autodefesa. A primeira é obrigatória, desenvolvida por um advogado ou por um defensor público, a segunda, facultativa, exercida pelo próprio acusado (SANTOS, 2017, p. 12).

O sigilo das votações opõe-se ao da publicidade e tem por objetivo resguardar a serenidade dos jurados. Observa-se, contudo, não se tratar de ato secreto, mas sim, de uma publicidade restrita (NUCCI, 2015, 386).

Nos dizeres de Nucci, a soberania dos veredictos, por sua vez:

“(…) é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexistente outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri” (NUCCI, 2015, p; 387).

É possível interpor recurso de apelação, bem como, apresentar revisão criminal com fundamento em erro do judiciário ou surgimento de prova nova. Porém, em qualquer caso caberia ao próprio Tribunal conhecer e decidir o mérito:

“Por isso, (...) restaria ao Tribunal togado dar-lhe provimento, quando for o caso, para determinar novo julgamento pelo júri (...). Inexistente qualquer parâmetro legal ou constitucional para que o Tribunal togado invada competência alheia e decida no

mérito, absolvendo quem fora, anteriormente, condenado, soberanamente, pelo Tribunal do Júri” (NUCCI, 2015, P. 387).

O parâmetro utilizado para reavaliar a decisão do júri é o conjunto probatório: se há duas versões válidas, sujeitas, tão somente a interpretação pelo Conselho de Sentença, há de se respeitar sua soberania.

Entretanto, se a decisão for oposta ao conjunto probatório, dar-se-á provimento para novo julgamento. Nucci adverte que tal postura consubstancia-se em abdicar uma parcela do poder jurisdicional para, meramente, fiscalizar e buscar corrigir excessos e abusos das decisões proferidas pelo Júri (NUCCI, 2015, p. 388).

O artigo 447 do Código de Processo Penal preconiza acerca da composição do tribunal do júri: um juiz togado, seu presidente e vinte e cinco jurados convocados, dentre os quais serão sorteados sete para constituírem o Conselho de Sentença, ficando impedidos os que se enquadrarem no rol dos artigos 448 e 449 e isentos os do art. 437.

O julgamento ocorrerá da seguinte forma: questiona-se (art. 482 CPP), após a quesitação (art. 483 CPP), se o acusado será absorvido. Se o júri decidir pela condenação, haverá nova quesitação (art. 483, § 3º CPP).

Encerrada a leitura dos quesitos e não havendo requerimentos ou objeções (art. 484 CPP), os presentes se dirigem à sala especial para votação (art. 485 CPP). São distribuídas sete pequenas cédulas com as palavras “sim” e sete com a palavra “não” (art. 486 CPP) em papel opaco dobrável. Verificam-se os votos (art. 488) e em seguida, o presidente profere a sentença (art. 492 e 493 CPP).

Deve-se destacar ainda, o sigilo das votações, a qual impõe o dever de silêncio (a regra da incomunicabilidade) entre os jurados, de modo a impedir que qualquer um deles possa influir no ânimo e no espírito dos demais, para fins da formação do convencimento acerca das questões de fato e de direito em julgamento.

Dessume-se, portanto, a imprescindibilidade da análise do poder de influência que a mídia detém sobre os populares, que votam única e exclusivamente por “pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis” (art. 486 CPP), sem a necessidade de maiores esclarecimentos sobre a sua convicção.

3 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DO JÚRI

A mídia cresceu de forma significativa nos últimos anos, tendo inclusive, passado por transformações consideráveis no que concerne os canais de

comunicação. Passou a ser um propagador instantâneo de notícias para todo o mundo.

Ocorre que, as informações por seus veículos muitas vezes ultrapassam os limites da ponderação e da ética e não raramente faltam com a verdade, proferindo opiniões que causam revolta na população, pressionando os julgadores a já entrar no plenário com o repúdio formado e, notadamente, com intuito de condenar, desrespeitando quase sempre, direitos constitucionais, tais como: presunção de inocência e contraditório.

Historicamente, o primeiro jornal no Brasil, o Correio Braziliense, surgiu em 1808, com a transferência da Corte de Portugal para o Brasil. Tal situação só foi possível, quando da liberação das restrições impostas pela política colonial: fechamento dos portos para o comércio internacional, proibição de fábricas, escolas superiores e universidades, bem como, a proibição de impressão de livros e jornais em solo brasileiro (LUSTOSA, 2003, p. 51).

No mesmo ano, o jornal Gazeta no Rio de Janeiro fabricou a primeira versão impressa, com pauta limitada à publicação dos decretos da Corte e à cobertura das atividades da família real exilada no Brasil. Em 1821 surgiram outros jornais ligados aos liberais e à maçonaria, com impressões em pequenas folhas, panfletos e pasquins (SODRÉ, 1999, p. 78).

Na passagem do século XIX para o XX a imprensa ganhou uma estrutura empresarial, redefinindo a relação dos jornais, dando origem à "grande imprensa" no eixo Rio-São Paulo.

A efetiva modernização industrial, comercial e gráfica ocorreu somente nos anos de 1960 e 1970, sendo consolidada de maneira definitiva, em 1980. O rádio e a televisão surgiram nos anos de 1920 e 1970, respectivamente (ABREU, 2002, p. 123-124).

Nos anos 2000 ocorreu a evolução da tecnologia. Hoje em dia, a celeridade de como as informações é difundida gera dois grandes problemas: a possibilidade de se moldar a opinião pública de acordo com interesses terceiros e a orientação dos jornais voltada para a elite.

Conseqüentemente, a mídia acaba ficando nas mãos de poucos e priorizando interesses que vão além da sua função social que é a de transmitir a informação de maneira imparcial.

Não há dúvidas de que a evolução tecnológica criou oportunidades nunca antes imaginadas: erradicou as fronteiras, encurtou as distâncias e diminuiu o tempo entre o fato e sua repercussão geral. Existem, todavia, efeitos colaterais, como por exemplo, a convergência entre o Direito e a tecnologia.

Diante desse cenário, o operador do direito teve que se adaptar às referidas inovações. Surgiu, à vista disso, um desafio de desenvolver novas técnicas de interpretação e análise jurídica, causando uma maior preocupação no que diz respeito à segurança jurídica.

Além do mais, não existem no Brasil muitas legislações específicas^[1] que regulamentam sobre a matéria, mormente, no que diz respeito à influência das mídias sobre o Conselho de Sentença. Questiona-se: até que ponto um noticiário ou um documento virtual faz prova capaz de condenar alguém?

Os casos de homicídios costumeiramente causam grande repulsa na população e, levando em consideração o poder que a mídia detém, os denunciados são condenados antes mesmo de iniciada a fase de instrução penal. Nesse contexto:

“Constata-se, lamentavelmente, segundo uma realidade histórica, que sempre houve falta de respeito ao direito à imagem, por parte da imprensa que, sem o menor cuidado com os preceitos legais ou conceitos éticos, expõe à execração pública a imagem, particularidades da vida de pessoas que, antes de qualquer possibilidade de defesa, se veem às voltas com o fato de terem que provar que não cometeram um determinado ato ou que as informações passadas não são plenamente verdadeiras, sendo, muitas vezes, condenadas pela opinião pública, induzidas por matérias facciosas, sempre incompletas que impingem tão somente vergonha e prejuízos morais e materiais a quem é acusado” (GUERRA, 2004, p. 4).

Entretanto, se o Réu não for verdadeiramente culpado pelo cometimento de um crime doloso contra a vida, poderia ser, ao final, considerado culpado graças a uma informação falsa replicada à população através de uma cobertura jornalística factícia.

Tal conduta impõe um rótulo de criminoso ao pronunciado, gerando uma espécie de “etiqueta”, como se este indivíduo não deva fazer parte da sociedade. Diante desse cenário, surge apelo continuo da população para que seja feito “justiça”.

Preocupa-se com o fato de o método empregado, tanto pela mídia como pelo corpo de jurados, ser pautado no senso comum, ou seja, nos saberes que se limitam aos recursos empíricos.

Na contemporaneidade não há interesse em se transmitir a informação de forma autêntica. Sabe-se, no entanto, que a notícia é fragmentada, perfunctória e sensacionalista, interferindo a sociedade que desenvolve sentimentos de repúdio.

Tecida estas ponderações, é imperioso pontuar que a atuação da mídia é de importância ímpar, desde que esteja de acordo com a legalidade. Suas atividades múltiplas que vão desde o noticiário, o lazer, entretenimento, arte, educação, ciência, dentre outros, tornaram-se indispensáveis à convivência social.

Não é demais dizer que, os crimes dolosos contra a vida, são julgados pelo Tribunal do Júri, de modo que, imperam sob a regra de que deve haver a convicção dos jurados, logo, eles são desobrigados a motivar suas decisões, mesmo quando são sustentados pela opinião pública influenciada pela mídia.

Isto porque, antes de qualquer coisa, o jurado é um cidadão que está inserido na sociedade, sofrendo influências dos meios de comunicação. O pré-julgamento realizado pela mídia pode levá-lo a tomar sua decisão com base em elementos distintos da verdade processual.

Todavia, a própria Constituição que assegura o direito de liberdade de imprensa, dispõe acerca dos seus limites em seu artigo 220, aduzindo que a divulgação de informações pela mídia deve observar os direitos fundamentais do indivíduo elencados em seu artigo 5º. Não se trata, portanto, de um direito absoluto.

A subversão dos direitos e garantias fundamentais transmitidos pelos veículos midiáticos acaba formando a opinião individual de cada cidadão, os quais, por não terem pleno acesso às verdadeiras informações sobre os fatos noticiados, acabam por acreditar naquilo que lhes é passado.

Diante disso, pode se tornar um verdadeiro atentado às garantias fundamentais quando há o julgamento dos réus por seus pares no Tribunal do Júri, instituto previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXVIII.

Compreendido isto, nos dias de hoje, com a difusão da mídia sensacionalista e da busca por lucros das empresas de comunicação, observa-se com frequência a utilização da informação para outras finalidades que não a de comunicar e informar graças aos controladores dos veículos midiáticos privados.

Nesse sentido, vislumbra-se, empresas não comprometidas com a verdade, que por vezes influenciam diretamente no processo, acarretando a prisão até de inocentes. De modo que, manipulam a ideia a ser passada com a informação.

Desta forma, a mídia sensacionalista tem preferência pela notícia do mundo criminal e nele se destaca o cometimento de crimes contra a vida, especialmente os homicídios consumados.

E ainda, os crimes cujo processo culminará com o julgamento pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, sem descuidar o feminicídio, que vem se propagando dia após dia, além do crime de corrupção, que tomou imensa proporção, como o mensalão e lava jato, ou seja, a mídia procura pontos sensíveis da curiosidade social, de modo que chame a atenção e se propague mundialmente.

4 DOS DIREITOS CONTRAPOSTOS

4.1. Liberdade de imprensa *versus* presunção de inocência e devido processo legal

A Constituição Federal elenca os direitos fundamentais, que por sinal, são universais, e irrevogáveis. Logo, tais direitos são para todos os homens, não podendo haver qualquer distinção de nacionalidade, raça, sexo, ideologia, crença, condições econômicas ou quaisquer outras discriminações.

Liberdade de imprensa refere-se à prerrogativa de disseminar informações jornalísticas. Presunção de inocência relaciona-se ao direito de não ser declarado culpado, senão mediante sentença judicial transitada em julgado.

O devido processo legal, por sua vez, garante ao acusado a utilização de todos os meios de provas à sua defesa: correlaciona-se aos princípios da ampla defesa e do contraditório (MORAES, 2003, p. 386).

As garantias supramencionadas estão previstas na Constituição Federal de 1988, ambos no art. 5º, compreendido como um trecho legal que engloba maior número de direitos fundamentais.

A atual Carta busca a defesa e a realização de direitos fundamentais, tanto do indivíduo, como da coletividade. Busca-se assegurar o exercício dos direitos e garantias individuais, assim como o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social (DIAS, 2015, p.2).

O princípio da liberdade possui um inegável conteúdo ideológico, pois busca garantir a liberdade do acusado em confronto com o interesse coletivo à repressão

penal. Relaciona-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, onde ninguém pode receber tratamento equiparado ao de condenado.

Importa salientar que ninguém poderá ser considerado nem tratado como culpado senão por uma sentença judicial transitada em julgado, sob pena de se efetivar uma punição precoce (BONATO, 2003, p. 126-127).

Por tratar-se de garantias constitucionais, um direito não pode se sobrepor ao outro. Portanto, "cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo" (CINTRA, 2006, p. 77).

4.2. Princípio da publicidade *versus* sigilo judicial

Outro ponto de convergência, diz respeito ao princípio da publicidade, com previsão legal inserta nos artigos 5º, inciso LX e 93, inciso IX da Magna Carta *versus* o sigilo judicial, com espeque no artigo 5º, inciso XXXIII, do referido Diploma Legal.

Os artigos supramencionados aduzem, em síntese, que só a lei poderá restringir a publicidade dos atos e que as decisões podem se limitar a presença das partes, desde que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação, nem o sigilo judicial.

Aduz, outrossim, que todos tem direito à informação, devendo esta ser prestada em prazo determinado por lei, sob pena de responsabilidade, exceto nos casos em que o sigilo for imprescindível para a segurança do Estado e da Sociedade.

O princípio da Publicidade é a regra, ao passo que o sigilo judicial, a exceção. Aquele serve para garantir ao acusado a efetiva imparcialidade dos juízes (FRASCAROLI, 2004, p. 31-36), o que não se aplica ao Tribunal do Júri, haja vista que sua composição refere-se a um Conselho de Sentença, formado por pessoas leigas. Este, no entanto, terá vigência quando for indispensável a sua aplicação para endossar a segurança da Sociedade e do Estado.

A vedação de julgamentos arbitrários e a participação da população deveria ser algo positivo. Porém, por estar concatenada ao direito à informação (BARROSO, 2004, p. 105), qualquer imputação jornalística tendenciosa pode se converter em acusação sem o devido processo legal (ORTIZ, 2004, p. 108).

Nessa perspectiva:

"Um obstáculo importante para a realização efetiva da presunção de inocência é a manifestação, rápida e precipitada,

dos mas media, que precede à decisão do Tribunal (...) que pode perturbar o desenvolvimento de julgamentos” (GARCIA, 2015, p. 118, *apud*, SANGUINÉ, 2001, p. 269-270).

Resta, portanto, insofismável que a propagação de informações tendenciosas e de maneira precipitada causa prejuízos inimagináveis ao denunciado, que se inicia com o processo de disseminação, uma eventual condenação pelo júri ferindo o princípio da presunção de inocência para, no final, quando de sua liberdade, ainda ter dificuldade de reinserir-se no meio social.

5 DO DESAFORAMENTO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O desaforamento é o deslocamento da competência de uma comarca para outra, para que nesta seja realizado o julgamento pelo Tribunal do Júri, nas hipóteses previstas no *caput* do artigo 427, do Código de Processo Penal, que são: em caso de interesse da ordem pública ou havendo dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado.

Precipuamente, elucida-se acerca da possibilidade de desaforamento nos casos de repercussão midiática, quando da constatação, mediante prova axiomática, da parcialidade dos jurados, cuja previsão legal encontra-se nos artigos 427 e 428 do Código de Processo Penal.

Autoriza-se o desaforamento, nas seguintes situações: a) interesse da ordem pública; b) dúvida quanto à segurança pessoal do Pronunciado; c) não realização do julgamento no período de seis meses da pronúncia; e d) quando verificada a parcialidade dos jurados (GOMES, 2009). Seguem abaixo, entendimentos jurisprudências que coadunam com o exposto:

“PEDIDO DE DESAFORAMENTO. IMPARCIALIDADE DOS JURADOS. PROCEDIMENTO COM EXPOSIÇÃO MIDIÁTICA. REPERCUSSÃO SOCIAL NORMAL PELO CONTEXTO DELITUOSO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PARCIALIDADE DO CONSELHO DE SENTENÇA. PEDIDO IMPROVIDO. 1. O pedido de desaforamento, com base na suposta parcialidade dos jurados, deve demonstrar elementos de convicção que possam ensejar um procedimento não imparcial. 2. O simples fato de exposição midiática do caso não demonstra que os jurados serão tendenciosos, sendo elemento muito amplo e sem liame direto com a formação do juízo de convicção pessoal do Conselho de Sentença. 3. Caso não fosse o entendimento, procedimentos de repercussão nacional na mídia (Isabela

Nardoni, Irmãos Cravinhos, Elisa Samúdio), não poderiam ser julgados, pois todo o Brasil supostamente possuiria um posicionamento tendencioso, não havendo local neutro para julgamento. 4 Ademais, extrai-se dos autos que anteriormente fora iniciado julgamento pelo Tribunal do Júri do feito originário, tendo sido adiado pelo fato do réu desconstituir seu advogado, demonstrando a ausência de parâmetros legais a demonstrar a parcialidade de Conselho de Sentença. 5. Pedido improvido (TJTO – Desaforamento de Julgamento: 50095453128270000, Relatora: Maysa Vendramini Rosal, Data de Julgamento: 15/10/2013, DJe 15/10/2013)”.

“HABEAS CORPUS. SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. IMPARCIALIDADE DO JÚRI. PEDIDO DE DESAFORAMENTO. CRIME NOTICIADO NA IMPRENSA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A MEDIDA EXCEPCIONAL. (...) 2. O desaforamento é medida excepcional, devendo ser deferida quando houver provas inequívocas dos pressupostos legalmente exigidos para a sua aplicação. 3. A alegação de parcialidade dos jurados não está amparada por comprovação idônea do comprometimento deles, razão pela qual descabe deslocar a competência do feito. 4. A cobertura jornalística do caso ficou adstrita à capital do Estado, razão pela qual não há como se supor o desaforamento para uma comarca do interior fosse resultar em alteração das condições em que se deu o julgamento, especialmente pela projeção social de uma das vítimas. Com a legislação impede, expressamente, o deslocamento da competência para comarca de outro Estado, conceder a medida pleiteada não é medida apta a inibir a alegada influência midiática sobre os jurados. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 268670, PB 2013/0109329-0, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 20/02/2014, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 25/02/2014)”.

“(…) TRIBUNAL DO JÚRI – DESAFORAMENTO. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DOS JURADOS QUE COMPORÃO O CONSELHO DE SENTENÇA – DEMONSTRAÇÃO DE FATOS QUE INDICAM A PARCIALIDADE E O MEDO DOS JULGADORES LEIGOS – RÉU EX-POLICIAL MILITAR APONTADO COMO INTEGRANTE DE GRUPO DE EXTERMÍNIO – Pedido de desaforamento formulado pela

defesa sob a alegação de parcialidade dos jurados diante da influência da mídia local com veiculação de notícias mentirosas. Informações prestadas pelo Juiz do processo dando conta da necessidade do deferimento da medida excepcional de deslocamento do julgamento em razão da fama do réu e da grande quantidade de crimes imputado ao grupo (...) PEDIDO DEFERIDO, PARA QUE O REQUERENTE SEJA JULGADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMARCA DA CAPITAL. (...) algumas [das] testemunhas chegaram (...) a desmentir as declarações prestadas em sede policial. (...) os crimes imputados ao suposto grupo de extermínio integrado pelo requerente foram amplamente divulgados na imprensa local. (...) após a desarticulação do suposto grupo de extermínio, o índice de homicídios na Comarca de Macaé teve uma sensível redução. Os motivos expostos acima são mais do que suficientes para o deferimento do pedido de desaforamento do julgamento de Márcio Lúcio, já que toda a comunidade local se encontra atemorizada (...) alcançando diversos municípios da vizinhança. (...) Por tais razões, acolho o parecer (...) e voto no sentido de se deferir o pedido, para deslocar a sessão de julgamento para o Tribunal do Júri da Comarca da Capital. (TJRJ – DESAFORAMENTO DE JULGAMENTO: 00016441120088190028, Relator: MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 01/12/2009, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/01/2010)“.

Verifica-se, isto posto, que a prova indubitável da parcialidade dos jurados em virtude de influência midiática, na prática, torna-se impossível de ser produzida, exatamente por se tratar de questão subjetiva, isto é, de foro íntimo de cada um dos sete populares.

Dos três casos apresentados, somente o último colacionado deferiu o pedido de desaforamento e isso porque, quando da leitura do inteiro teor, depreendeu-se que o próprio magistrado *a quo* se pronunciou positivamente ao pedido, por conhecer a “fama” do Réu Márcio Lúcio, vulgo “Pitbull”, o que ensejou o acolhimento do pelo Tribunal *ad quem*.

Nota-se, desta forma, que a mídia ao invés de utilizar suas prerrogativas constitucionais para transmitir informações idôneas, acaba por rotular o acusado e manipular a notícia em troca de audiência.

Assim, a mídia acaba padronizando uma cultura do certo e do errado, do bem e do mal, da justiça e da injustiça, do cidadão e do criminoso, comprometendo o posicionamento imparcial dos jurados (SANTOS, 2017, p. 25).

6 ANÁLISE DO TEMA EM CASOS CONCRETOS

Neste item, analisaremos casos que tiveram grande repercussão midiática no país, onde o clamor da sociedade, influenciado pela mídia, buscou soluções imediatistas e em discordância com os princípios basilares do Direito.

Disseminar a noção de que o poder judiciário é moroso ou ineficaz, ou, transformar a justiça em um espetáculo sensacionalista, gera danos catastróficos. Impossibilita, dessa maneira, a materialização do verdadeiro objetivo do poder judiciário, que é o de fazer justiça com justiça (GARCIA, 2015, p.70).

Observa-se, ademais, que nestes casos, a mídia exclui os aspectos favoráveis do suspeito, enfatizando exaustivamente o fato, sem levar em consideração a possibilidade de este ser inocente. E mesmo que não seja, há ditames legais e princípios constitucionais que precisam ser respeitados.

Abordaremos a seguir, casos como o da menina Isabela Nardoni ou da Eloá Cristina, que gerou grande comoção popular em decorrência da repercussão causada pela mídia, criando a conhecida “sede por justiça” por parte da população, intensificando o sentimento de medo, incitando à punição a qualquer preço.

6.1. Isabella Nardoni

Isabella Nardoni foi assassinada aos cinco anos de idade na cidade de São Paulo, em 29 de março de 2008. O corpo foi encontrado na parte térrea do Edifício *London*, a menina havia sido lançada do apartamento onde residia o pai, a madrasta e suas duas irmãs, filhas do casal, localizado no sexto andar.

O casal foi o principal suspeito quando da fase de investigação criminal e, ao final, foi condenado por homicídio qualificado e fraude processual (LIMA, 2016), nos termos na sequência aduzidos (FERREIRA, 2010, p. 1-2):

“A) Co-réu ALEXANDRE ALVES NARDONI:

- pena de 31 (trinta e um) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, pela prática do crime de homicídio contra pessoa menor de 14 anos, triplamente qualificado, agravado ainda pelo fato do delito ter sido praticado por ele contra descendente, tal como previsto no art. 121, parágrafo segundo,

incisos III, IV e V c.c. o parágrafo quarto, parte final, art. 13, parágrafo segundo, alínea "a" (com relação à asfixia) e arts. 61, inciso II, alínea "e", segunda figura e 29, todos do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional FECHADO, sem direito a "sursis";

- pena de 08 (oito) meses de detenção, pela prática do crime de fraude processual qualificada, tal como previsto no art. 347, parágrafo único do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional SEMIABERTO, sem direito a "sursis" e 24 (vinte e quatro) dias-multa, em seu valor unitário mínimo.

B) co-ré ANNA CAROLINA TROTTA PEIXOTO JATOBÁ:

- pena de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, pela prática do crime de homicídio contra pessoa menor de 14 anos, triplamente qualificado, tal como previsto no art. 121, parágrafo segundo, incisos III, IV e V c.c. o parágrafo quarto, parte final e art. 29, todos do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional FECHADO, sem direito a "sursis";

- pena de 08 (oito) meses de detenção, pela prática do crime de fraude processual qualificada, tal como previsto no art. 347, parágrafo único do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional SEMIABERTO, sem direito a "sursis" e 24 (vinte e quatro) dias-multa, em seu valor unitário mínimo".

Nota-se que as penas foram uma das maiores da história penal brasileira, sendo o pai da garota Isabella condenado em 31 (trinta e um) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão pelo crime de homicídio, mais 08 (oito) meses de detenção pelo crime de fraude processual e a madrasta em 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 08 (oito) meses de detenção, nas mesmas tipificações.

O caso foi prática de grande exploração midiática, haja vista que o assassinato de uma criança indefesa causa comoção social, favorecendo o sensacionalismo[2] (OLIVEIRA; et. al., 2009). Nos trechos abaixo averigua-se os tipos de reportagens que eram transmitidas à época:

"O inquérito tem depoimento de testemunhas que afirmaram à polícia que ouviram brigas, gritarias com palavrões e crises de ciúmes entre o casal Alexandre Nardoni e Anna Jatobá eram

comuns. Moradores de um prédio onde o casal morava antes de se mudar para o edifício London (local do crime) relataram que a mulher chegou a quebrar o vidro de uma janela com as mãos durante uma discussão com o marido. Ao menos cinco testemunhas contaram à polícia que o casal brigava constantemente. "As brigas entre o casal eram constantes e, coincidentemente, ocorriam justamente às sextas, sábados e domingos, quando a filha de Alexandre, Isabella, estava na companhia do casal", disse um dos moradores em depoimento à polícia" (FOLHA SÃO PAULO, 2008).

"A mãe da menina disse também que, ao chegar ao prédio de Nardoni, ainda encontrou Isabella com vida. 'Ajoelhei na frente dela e coloquei a mão no peito. Disse: 'Filha, fica calma que a mamãe está aqui'" (VEJA, 2008).

"Isabella Nardoni, de 5 anos, (...) foi sufocada e espancada antes de morrer" (JORNAL DE DEBATES, 2008).

"A cobertura acabou transformando o caso num acontecimento nacional, mobilizando a sociedade. Por dois motivos: pelo mistério de não ter um autor que assume o assassinato e pelo absurdo de imaginar que um pai possa ter a frieza de jogar um filho pela janela", lembra Tralli" (JORNAL NACIONAL, 2008).

"O ANJO E O/ MONSTRO

(...) A palavra "anjo" designa claramente a menina, além de trazer referências à bondade, beleza, pureza e inocência. A imagem de Isabella deixa mais clara essa designação, sentada em um parapeito de varanda, com as mãos entrelaçadas sobre as pernas dobradas junto ao corpo, com um bonito jardim ao fundo. A imagem não traz nenhuma informação jornalística, a não ser a designação clara de que foi esta criança, tão bonita, com seu sorriso inocente, que morreu de maneira bárbara, jogada pela janela. Além da imagem de Isabella, duas outras fotos ilustram as duas páginas da reportagem. Assim como "anjo" é associado à menina, "monstro" inevitavelmente designa um dos parceiros retratados nas fotos ao lado" (VAZ; et. al., apud, VEJA, 2008, p. 8).

“Até lá, a brutalidade que atingiu Isabella continuará ecoando em forma de dissimulação, mentira e covardia” (VEJA, Ed. 2056, p. 94).

“A edição da Revista Veja, de 23 de abril de 2008 trazia na capa estampados os rostos do pai e da madrasta e logo abaixo o título impactante “Para a polícia, não há mais dúvida sobre a morte de Isabela: FORAM ELES”, no qual se observa os dois últimos termos grifados em letras maiúsculas e em cores diferentes da utilizada no restante do texto” (MELLO, 2010, p. 118).

Matérias com o nome “*quando o mal triunfa*”, “*o Mal*”, “*Anjo e o monstro*” e “*Isabella continua a morrer*” são exemplos de abordagens adotadas para se referir ao caso Nardoni (OLIVEIRA; et. al., 2009, p. 5-6).

A verdade é que o caso foi transformado em “uma novela”, com “episódios” diários noticiando as informações acerca das investigações. A cobertura jornalística era rica em detalhes. Por obviedade que tal situação resultou em influência à convicção dos jurados.

Em virtude do exposto, denota-se que a mídia, utilizando do seu imensurável poder, não assumiu efetivamente a sua função social que é de levar a notícia aos espectadores de forma imparcial, sem emitir juízo de valor, de modo que criou convencimento, aliado a uma única corrente, a condenação com uma das maiores penas já vistas.

O fato de existirem tantas pessoas e jornalistas acompanhando o caso e, principalmente, o julgamento ter proporcionado um sentimento de medo de restar frustrada a opinião pública e majorar a impunidade que assola o nosso país, de modo que comprometeu o julgamento técnico na fase da dosimetria da pena.

6.2. Eloá Cristina Pimentel

Eloá Cristina Pimentel foi assassinada por seu ex-namorado Lindemberg Alves, aos 15 (quinze) anos de idade, após ser mantida mais uma amiga (Nayara Rodrigues da Silva) em cárcere privado por aproximadamente 100 (cem) horas em seu próprio apartamento. O fato ocorreu em 13 de outubro de 2008, na cidade de Santo André, São Paulo (ROSA, 2020).

A mídia se estabeleceu no local, realizando, inclusive, ligações para Lindemberg, entrevistando-o ao vivo, como foi o caso do repórter do programa “A

tarde é Sua", apresentado por Luiz Guerra. Sobre sua participação, Pimentel aduz que:

"(...) o que ele fez foi sem a menor avaliação. Tanto que num primeiro momento, ele (o repórter Luiz Guerra) tentou enganar o Lindemberg, dizendo-se amigo da família. E depois ele tentou ser negociador, convencer ele a se entregar sem conhecer os argumentos técnicos usados para isso" (PIMENTEL, 2008).

Ultrapassaram, por conseguinte, qualquer bom senso que existia. A cobertura ocorreu em tempo real. A imprensa interferia direta e indiretamente no caso, exibindo todas as tentativas de acordo entre os policiais e o Réu, aumentando cada vez mais a pressão sobre este e elevando a comoção social (ROSA, 2020).

Importa mencionar, ademais, a participação polêmica da apresentadora Sônia Abrão, que exibia imagens, entrevistas com a mãe de Eloá, conversava com policiais, com os comentaristas, especialistas em segurança e, também, passou a interferir como agente negociadora, mesmo não sendo qualificada para tal. Nesse sentido:

"Assim, em nenhuma hipótese a jornalista da RedeTV estava capacitada tecnicamente para intervir e negociar com o sequestrador, o simples ato de conversar com ele poderia dar novos rumos ao caso e propiciar um desfecho ainda mais trágico do que o obtido ao final do caso. A conduta da apresentadora foi irresponsável, mas não foi impensada, já que toda sua produção e direção articulou a operação, conseguindo o telefone do local que estava servindo de cativeiro. Tal conduta ensejou, ainda, um empecilho ao trabalho a ser desenvolvido pela polícia técnica, já que o telefone a ser utilizado pela polícia para manter contato com o sequestrador estava sempre ocupado" (BARROS, 2013, p. 361).

Ao final, o Grupo de Ações Táticas Especiais e a Tropa de Choque da Polícia Militar forçaram a entrada no apartamento, sob a alegação de que haviam ouvido um tiro. À vista disso, Lindemberg atirou contra as reféns, ocasionando lesão corporal gravíssima em Nayara e o falecimento de Eloá, cuja condenação resultou em 98 (noventa e oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão (BARROS, et. al. 2013):

"Em face da decisão resultante da vontade soberana dos Senhores Jurados, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado, para condenar LINDEMBERG ALVES FERNANDES, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 121,

parágrafo 2º, incisos I e IV (vítima Eloá), artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV, c.c. artigo 14, inciso II (vítima Nayara), artigo 121, parágrafo 2º, inciso V, c.c. artigo 14, inciso II, (vítima Atos), artigo 148, parágrafo 1º, inciso IV, por cinco vezes, (vítimas Eloá, Victor, Iago e Nayara, esta por duas vezes), todos do Código Penal, e artigo 15, caput, da Lei nº 10.826/03, por quatro vezes, à pena de 98 (anos) e 10 (meses) de reclusão e pagamento de 1320 dias-multa, no valor unitário mínimo legal” (PERÚSIA, 2010).

Frisa-se, assim como no tópico anterior, a pena cominada neste caso também foi uma das maiores já vistas no ordenamento repressor brasileiro contemporâneo, com pena de quase cem anos, maior do que a expectativa de vida atual que é de aproximadamente 80 anos de idade, segundo o IBGE, 2019.

Verifica-se, *in casu*, procedimento excessivamente vexatório na atuação da imprensa, tornando-se mais um claro exemplo de como a mídia consegue se exceder e influenciar, não somente os jurados, como também o próprio acusado e corroborar para um final trágico, como foi no relato em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar a influência exercida pela mídia sobre as decisões do Tribunal do Júri. Buscou-se, precipuamente, entender o seu funcionamento para, posteriormente, discorrer acerca da mídia e dos direitos constitucionais contrapostos, como por exemplo, o da liberdade de imprensa *versus* o da presunção de inocência.

O Tribunal do Júri com competência para julgar crimes dolosos contra a vida, é formado por populares leigos em matéria constitucional, que absolvem ou condenam em consonância com as suas convicções íntimas, altamente influenciadas pela mídia.

Sabe-se que a função social da mídia é a de levar a informação, a de promover debates, discussões, de construir políticas públicas e facilitar a interligação entre o Estado e a sociedade. Ocorre que, na prática, o cenário é totalmente o oposto: visam, tão somente, a obtenção de lucro.

Foi possível averiguar, também, a dificuldade de deferimento dos pedidos de desaforamento nas instâncias superiores, isto porque o requisito de prova indubitável é quase que improvável de ser preenchido, por tratar-se de foro íntimo dos jurados.

Abordou, outrossim, os casos da Isabella Nardoni e da Eloá Cristina Pimentel, ficando evidente que a mídia influenciou de forma categórica, para o resultado de ambos os julgamentos e, no segundo caso, para o trágico final.

Depreendeu-se também, que em ambos os casos estudados, as penas cominadas foram uma das maiores do atual ordenamento repressor brasileiro, com pena de quase cem anos de reclusão, maior do que a expectativa de vida no Brasil nos dias atuais.

Tem-se que, como foi abordado pelo presente trabalho, a ausência de comprometimento da mídia com a verdade, viola por demais garantias fundamentais dos envolvidos no crime, pois desencadeia pré-julgamentos impostos pelos noticiários sensacionalistas demonstra que, ainda que a mídia e o jornalismo cumpram um objetivo essencial em um Estado Democrático de Direito.

Como visto, além do dever de informar inerente à imprensa livre, também contribui ativamente para o ato de pensar e criticar, dando uma perspectiva fundada na razão em busca de necessárias mudanças na sociedade.

Exsurge daí, a função social mídia, que além de informar ela deve, acima de tudo, atuar de forma honesta, séria e responsável, repensando sobre o seu verdadeiro papel, voltando-se para o bem-estar coletivo e não para atender interesses particulares, contribuindo para a construção da verdadeira justiça social.

Nesse sentido, viu-se que o excesso de publicidade cometido pela mídia resulta em notória ofensa aos direitos e garantias constitucionais do indivíduo. Todavia, tanto o Tribunal do Júri, como o direito à informação não podem ser mitigados ou extintos, por se tratarem de cláusulas pétreas, insuscetíveis de modificação por emenda parlamentar.

Vê-se, pois que, infelizmente, nem todos os brasileiros são capazes de elaborar raciocínios desvinculados com a opinião midiática, ou, ao menos atestar a veracidade de informações propagadas.

Sendo que por vezes, uma notícia falsamente propagada torna proporções enormes, contaminando o universo da verdade. O que precisa ficar assente, é que, muito embora aos juízes competem prolatar a sentença, elaborando a dosimetria da pena, quem condena ou absolve é a população.

Dessa forma, com base no estudo realizado, através do presente artigo, é possível afirmar a necessidade de se regular os meios de comunicação, para uma formação correta e adequada da opinião pública. Não pode o direito de informação

ficar restrito, mas sim, coerente e imparcial. Em face do aludido, há que se estabelecer o equilíbrio entre os direitos contrapostos e, em cada caso, a resolução deverá ser proporcional e razoável.

REFERÊNCIAS

À polícia pai disse que mulher passava por uma fase difícil, 15 de abril de 2008. **In: Folha São Paulo.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1504200803.htm>. Acesso em: 28 mar. 2020.

ABREU, Alzira Alves de. **A modernização da imprensa (1970-2000)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 123.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. **O que é soberania dos veredictos?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77747/o-que-e-soberania-dos-veredictos>. Acesso em: 05 mar. 2020.

AMOROZO, Guilherme. Isabella foi sufocada e espancada, diz exame, 06 de abril de 2008. **In: Veja.** Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/isabella-foi-sufocada-e-espancada-diz-exame/>. Acesso em: 28 mar. 2020.

AZEVEDO, Fernando Antônio. **Mídia e democracia no Brasil:** relações entre o sistema de mídia e o sistema político. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3555>. Acesso em: 08 mar. 2020.

BARROS, Bruno Mello Corrêa. **Caso Eloá Pimentel/ Sônia Abrão – a interferência da mídia nas negociações policiais.** Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-5.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **In: Revista de Direito Privado.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. . Acesso em: 10 mar. 2020.

BAYER, Diego Augusto. **Tribunal do júri:** princípio constitucional da soberania dos veredictos. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943168/tribunal-do-juri-principio-constitucional-da-soberania-dos-veredictos>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. **Origem, história, principiologia e competência do tribunal do júri.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-86/origem-historia-principiologia-e-competencia-do-tribunal-do-juri/#:~:text=Resumo%3A%20O%20Tribunal%20do%20J%C3%BAri,Lei%20de%2018%20de%20Junho>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BLUM, Renato Opice; et. al. **O valor probatório do documento eletrônico 2009.** Disponível em: <https://www.opiceblum.com.br/text-posts/o-valor-probatorio-documento-eletronico/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BLUM, Renato Opice; et. al. **Prova eletrônica, 2011.** Disponível em: <https://opiceblum.com.br/text-posts/prova-eletronica/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 126-127.

Brasil. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

CAPITALISMO. *In:* **DICIONÁRIO Michaelis.** Disponível em: www.uol.com.br/michaelis. Acesso em: 05 mar. 2020.

Caso Isabella Nardoni, 29 de março de 2008. *In:* **Jornal Nacional.** Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/jornalismo-e-telejornais/jornal-nacional/reportagens-e-entrevistas/caso-isabella-nardoni/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; et. al. **Teoria geral do processo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 76-77.

DIAS, Monia Peripolli; et. al. Colisão de direitos: liberdade de imprensa e presunção de inocência. *In:* **3º Congresso Ibero americano de Investigadores e Docentes de Direito e Informática.** Disponível: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-9.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

DireitoNet. **Soberania dos veredictos.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1838/Soberania-dos-veredictos#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20coletiva%20dos%20jurados,Tribunal%20formado%20por%20ju%C3%ADzes%20togados.&text=Portanto%2C%20C3%A9%20plenamente%20poss%C3%ADvel%20que,o%20acusado%20a%20novo%20julgamento>. Acesso em: 05 mar. 2020.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Dosimetria da pena no caso Isabella Nardoni, 2010.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14633/dosimetria-da-pena-no-caso-isabella-nardoni>. Acesso em: 05 mar. 2020.

FERREIRA, Vera Lúcia Lopes. **Aspectos históricos do tribunal do júri ao longo do tempo e sua relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, 2011.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19314/aspectos-historicos-do-tribunal-do-juri-ao-longo-do-tempo-e-sua-relevancia-para-o-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 10 mar. 2020.

FLORES, Andressa Carla Palasio. **A influência da mídia nos julgamentos do tribunal do júri.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-influencia-da-midia-nos-julgamentos-do-tribunal-do-juri/>. Acesso em: 05 mar. 2020.

FRASCAROLI, María Susana. **Justicia penal y medios de comunicación: la influencia de la difusión masiva de los juicios criminales sobre los principios y garantías procesales.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 31-36.

GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o poder judiciário: a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz.** Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2015/02.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **No que consiste o desaforamento? 2009.** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1974006/no-que-consiste-o-desaforamento-denise-cristina-mantovani-cera>. Acesso em: 28 mar. 2020.

GOMES, Yana Kércia Vasconcelos. **A mídia e sua influência sobre o conselho de sentença do Tribunal do Júri.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40502/a-midia-e-sua-influencia-sobre-o-conselho-de-sentenca-do-tribunal-do-juri>. Acesso em: 05 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Eduardo Pires; et. al. **A influência da mídia nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, 2015.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70007/a-influencia-da-midia-nos-julgamentos-pelo-tribunal-do-juri>. Acesso em: 06 mar. 2020.

GRAZIOLI, Maria Carolina Wandekoken. **O Tribunal do Júri: um estudo comparado.** Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1111400221P594.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

GUERRA, Sidney César Silva. **A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 4.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Em 2018, expectativa de vida era de 76,3 anos**. Disponível em: <https://projetoacademico.com.br/como-citar-ibge-em-trabalho/>. Acesso em: 4 ago. 2020.

LESSA, Breno Minucci. **A inviabilidade das provas digitais no processo judiciário**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18908/a-invalidade-das-provas-digitais-no-processo-judiciario>. Acesso em: 06 mar. 2020.

LIMA, Cezar; et. al. Caso Nardoni, 2016. *In: Canal Ciências Criminais*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/328093525/caso-nardoni>. Acesso em: 28 mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1271.

LUSTOSA, Isabel. **O nascimento da imprensa brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.51.

MACEDO, Raissa Mahon. **A influência da mídia no Tribunal do Júri**. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2913/1/PDF%20-%20Raissa%20Mahon%20Mac%3AAado.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2020.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.184.

MELLO, Carla Gomes. **Mídia e Crime: Liberdade de Informação Jornalística e Presunção de Inocência**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7381>. Acesso em: 3 jul. 2020.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. A (má) influência da mídia nas decisões pelo tribunal do júri. *In: 2ª Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria - 2013*. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/m%3%A1-influ%3AAncia-da-m%3ADdia-nas-decis%3%B5es-pelo-tribunal-do-j%3BAri>. Acesso em: 15 mar. 2020.

MERELES, Carla. **Liberdade de expressão e liberdade de imprensa: quais são as diferenças?** Disponível em: <https://www.politize.com.br/liberdade-de-expressao-liberdade-de-imprensa/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 386.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª ed. Revista Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 387.

NUNES, Letícia. Fantástico entrevista mãe de Isabella Nardoni, 13 de maio de 2008. **In: Jornal de Debates**. Disponível em: http://www.observatoriodaimprensa.com.br/jornal-de-debates/fantastico_entrevista_mae_de_isabella_nardoni/. Acesso em: 28 mar. 2020.

OLIVEIRA, Ello Augusto Serafim Maciel; et. al. Revista Veja: uma análise do sensacionalismo na cobertura do caso Isabella Nardoni. **In: Revista Veja**. Disponível em: [file:///C:/Users/alber/Downloads/35384-Texto%20do%20artigo-41676-1-10-20120731%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/alber/Downloads/35384-Texto%20do%20artigo-41676-1-10-20120731%20(1).pdf). Acesso em: 28 mar. 2020.

ORTIZ, Maria Isabel Valldecabres. **Imparcialidad del juez y medios de comunicación. Valencia**: Espanha: Tirant lo Blanch, 2004, p. 108.

PERÚSIA, Isabella Sants. Sentença de Lindemberg (caso Eloá). Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/19975622/sentenca-de-lindemberg-caso-elo/2>. Acesso em: 3 jul. 2020.

PIMENTEL, Rodrigo. Mídica foi "criminosa e irresponsável" no caso Eloá. Disponível em: <https://vermelho.org.br/2008/10/20/pimentel-midia-foi-criminosa-e-irresponsavel-no-caso-elo/>. Acesso em: 3 jul. 2020.

RABANEDA, Fabiano. **Prova dos crimes cibernéticos**. Disponível em: <https://www.olhardireto.com.br/artigos/exibir.asp?id=1947&artigo=prova-dos-crimes-ciberneticos>. Acesso em: 06 mar. 2020.

ROSA, Maria Júlia Ferreira. **A influência da mídia nos julgamentos do Tribunal do Júri no Brasil**. Disponível em: <https://majuferreira.jusbrasil.com.br/artigos/857762128/a-influencia-da-midia-nos-julgamentos-do-tribunal-do-juri-no-brasil?ref=serp>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento de prisão preventiva. In: **SHECARIA, Sérgio Salomão**. Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo: Método, 2001, p. 269-270.

SANTOS, Aparecida de Fátima Moreira. **A influência midiática no Tribunal do Júri Brasileiro à luz dos princípios e garantias Constitucionais**. Disponível em: <https://www.faef.br/userfiles/files/8%20->

%20A%20INFLUENCIA%20MIDIATICA%20NO%20TRIBUNAL%20DO%20JURI%20BRASIL%20E%20A%20INFLUENCIA%20DA%20MIDIA%20DIGITAL%20NO%20Tribunal%20do%20Juri%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 06 mar. 2020.

SILVA, Ellen Fernanda Gomes; et. al. **O impacto e a influência da mídia sobre a produção da subjetividade.** Disponível em: http://abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/447.%20o%20impacto%20e%20a%20influ%C3%94ncia%20da%20m%C3%ADdia.pdf. Acesso em: 4 ago. 2020.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História da imprensa no Brasil.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999, p. 78.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A imprensa e o judiciário.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 15, ago./nov. 1996. p. 15. In: LEITE, Bruna Eitelwein. A influência da mídia no princípio da presunção de inocência no Tribunal do Júri. 2011. Artigo extraído da Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS, Porto Alegre/RS, 2011.

VAINZOF, Rony; et. al. **Segurança no ambiente eletrônico e suas implicações jurídicas.** Disponível em: <https://opiceblum.com.br/text-posts/seguranca-no-ambiente-eletronico-e-suas-implicacoes-juridicas/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

VAZ, Francisca. **O surgimento do Tribunal do Júri no Brasil.** Disponível em: <https://francianavaz.jusbrasil.com.br/artigos/514170504/o-surgimento-do-tribunal-do-juri-no-brasil>. Acesso em: 05 mar. 2020.

VAZ, Paulo Bernardo Ferreira; et. al. **Através do Espelho: o acontecimento Isabella na revista Veja.** Disponível em: http://www.logos.uerj.br/PDFS/31/01_logos31_paulovaz.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

NOTAS:

[1] A título complementar, seguem algumas Leis que dispõem sobre as mídias digitais: a) Lei n.º 11.829/08, que versa sobre o combate da pornografia infantil na Internet; b) Lei n.º 9.609/1998, que regula sobre a proteção da propriedade intelectual do programa de computador; c) Lei n.º 9983/00, que tipifica condutas criminosas quanto ao acesso indevido aos sistemas informatizados da Administração Pública; d) Lei 9.296/96, que tipifica a conduta de interceptação de comunicação telemática ou informática; e) Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial; e f) Lei 12.034/09, delimita os direitos e deveres dentro da grande rede mundial durante as campanhas eleitorais, entre outras (VAINZOF, 2011).

[2] O sensacionalismo é comumente associado a situações que incluem apelos gráficos, linguísticos, temáticos, deslizes informativos, mentiras e exageros. Entretanto, esses fatores não são somente estratégias de venda, eles atendem a necessidades psicanalíticas do receptor e contribuem para que os efeitos psicológicos sejam intensos (OLIVEIRA; et. al., 2009).

A POSSIBILIDADE DE INSTRUMENTALIZAR AS MANIFESTAÇÕES DE VONTADE PARA COMPROVAR A SOCIEDADE DE FATO NAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS

EVA JUDITH COUTINHO DOS SANTOS PACÍFICO:

Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

RESUMO: Tendo em vista o aumento dos casos de registro cartorário de relacionamentos poliafetivos, esta pesquisa tem como foco investigar essas formas de convivência e a possibilidade do seu reconhecimento jurídico na busca pela equiparação dos direitos que possam lhe ser inerentes como, por exemplo, no caso da união entre pessoas do mesmo sexo quando comparadas às uniões estáveis, pela via interpretativa da Constituição e defendidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, busca-se aqui perscrutar, pelo viés jurídico, a possibilidade de se viabilizar a legitimidade e a tutela nas relações poliafetivas como relacionamento afetivo-familiar, contrário ao conhecido padrão monogâmico de família conjugal. Trata-se de uma revisão integrativa de literatura com abordagem teórica quantitativa para fundamentar a temática da poliafetividade e a possibilidade de instrumentalizar as manifestações de vontade para comprovar a sociedade de fato nesses relacionamentos. O estudo está fundamentado em teorias que versam sobre a quebra de paradigmas no ordenamento jurídico no que tange à omissão do Estado no reconhecimento dos direitos e posterior regulamentação das relações poliafetivas. Os resultados mostraram haver uma incompatibilidade jurídica no que tange a omissão estatal quanto à regulamentação das uniões poliafetivas e os direitos fundamentais da família, calcados nos conceitos da teoria liberal dos direitos fundamentais e as garantias constitucionais vigentes.

Palavras-chave: Relações Poliafetivas. Equiparação Jurídica. Direitos Fundamentais. Garantias Constitucionais. Legitimidade.

ABSTRACT: In view of the increase in cases of registration of poly-affective relationships, this research focuses on investigating these forms of coexistence and the possibility of their legal recognition in the search for equal rights that may be inherent to them, for example, in the case of union between people of the same sex when compared to stable unions, through the interpretative way of the Constitution and defended by the Supreme Federal Court. Thus, the aim here is to investigate, from a legal point of view, the possibility of making legitimacy and tutelage in poly-affective relationships viable as an affective-family relationship, contrary to the well-known monogamous pattern of conjugal family. It is an integrative literature review with a quantitative theoretical approach to support the theme of polyaffectivity and the possibility of instrumentalizing the manifestations of will to prove the actual

society in these relationships. The study is based on theories that deal with the breaking of paradigms in the legal system with regard to the omission of the State in the recognition of rights and subsequent regulation of poly-affective relations. The results showed that there is a legal incompatibility regarding the state's omission regarding the regulation of poly-affective unions and the fundamental rights of the family, based on the concepts of the liberal theory of fundamental rights and the current constitutional guarantees.

Keywords: Multi-affective relations. Legal Equation. Fundamental rights. Constitutional guarantees. Legitimacy.

1. INTRODUÇÃO

A dinâmica de uma relação monogâmica, tradicionalmente baseada em ideais filosóficos, antropológicos e teológicos de exclusividade sexual, social e conjugal entre dois indivíduos, tem sido a norma histórica estabelecida na maioria dos relacionamentos conjugais. A sociedade sempre conceituou classicamente relacionamentos românticos pelo viés da heterossexualidade compulsória, uma pressão exercida sobre o indivíduo na sociedade para que assumisse uma identidade heterossexual, independente dos seus sentimentos, assim como a monogamia compulsória onde os indivíduos respondem à pressão social para viver um relacionamento monogâmico mesmo quando orientados para outros tipos de relacionamentos.

Conceitos clássicos de família e parentesco têm sido historicamente definidos dentro dos parâmetros de ligação monogâmica reprodutiva, traduzida pela cultura dominante através da ideia de que relações legítimas só existem dentro de uma estrutura binária em vez de uma estrutura de grupo e que a única ligação de par familiar válida existente é a de uma relação binária entre dois heterossexuais.

Dessa forma, a monogamia passou a ser considerada a norma romântica para se estabelecer uma família e o parentesco. Relacionamentos alternativos, como a poliafetividade, que denotam o envolvimento de três ou mais pessoas, ou seja, um relacionamento romântico grupal, muitas vezes enfrentam preconceitos e estigmas sociais.

As relações poliafetivas, ou poliafetividade, são essencialmente um relacionamento de grupo comprometido, de três ou mais adultos consensuais, que se diferencia do poliamor justamente pelo seu foco na família e não no indivíduo. Ao contrário de um conceito similar referido como poligamia, a poliafetividade denota um espírito igualitário e recíproco onde todos os membros se beneficiam da relação de uma maneira não exploradora. Segundo Dias (2016), situa-se no princípio da

igualdade uma das maneiras de sustentação do Estado Democrático de Direito, fator essencial para que a lei considere todos, de maneira igualitária, ressalva as desigualdades que necessitam ser analisadas para que haja prevalectimento da igualdade material em detrimento da denominada obtusa igualdade forma, estando conectada, de forma íntima, a ideia de Justiça, até mesmo nas questões voltadas para relações poliafetivas.

Ao se observar as searas do direito de família, quando se toca nos conceitos e origens da poliafetividade, a extensa fundamentação teórica que existe a esse respeito torna possível se chegar ao cerne da constitucionalização do Direito Civil e a devida aplicação dos direitos fundamentais diante das mutações que família tradicional sofreu com a pluralidade de novos e complexos arranjos, dentre os quais se destacam as uniões livres, homoafetivas, monoparentais, famílias reconstituídas, simultâneas e reproduções assistidas.

Cabe ressaltar que na investigação dos efeitos jurídicos da multiparentalidade e da poliafetividade é preciso apresentar respostas às demandas desafiantes dos fatos marcados por formações e arranjos plurais, relações interprivadas e nas famílias, captando inclusive os desenvolvimentos tecnológicos nele situados como, por exemplo, as possibilidades e os paradoxos da inseminação artificial.

Outro ponto interessante se dá pelo fato de que o Direito das Famílias sempre foi visto sob o prisma constitucional como base dos princípios e valores do seu próprio ordenamento, uma vez que a afetividade, ainda que implícita, encontra fundamento na Carta Magna por embasar-se na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e igualdade.

Logo, a ausência da previsão constitucional expressa acerca das uniões poliafetivas - traduzida como um silêncio eloquente da Constituição frente aos direitos e reconhecimento do amparo jurídico às relações poliafetivas - traduz o limite que as relações monogâmicas impõem à atuação do legislador na ampliação do direito fundamental a este indivíduos, contrapondo-se de forma direta ao novo direito de família, notoriamente pautado no vínculo afetivo e não mais em dogmas sacramentais do matrimônio clássico.

Sendo assim, faz-se necessária uma análise acerca das consequências jurídicas das relações poliafetivas, calcada sobre a jurisprudência farta que fortalece toda e qualquer discussão no universo jurídico numa união esclarecedora entre a teoria com os casos práticos da vida cotidiana fortalecendo os posicionamentos adotados pelos tribunais nas suas vicissitudes. Momento em que este estudo vem buscar compreender melhor a dinâmica desse relacionamento e as múltiplas implicações

para a mudança social, entendimento das famílias alternativas e vantagens e desvantagens de se engajar nessa relação.

2. METODOLOGIA

A metodologia direcionou a proposta de pesquisa, bem como os procedimentos metodológicos, de forma a possibilitar a compreensão e explicação deste estudo, contudo sem ser um pesquisador à parte, atuando como mero observador/expectador, mas estabelecendo contato com o objeto a partir de questões conceituais, referenciais teóricos e apreendendo-o de forma crítica, histórica e socialmente (DEMO, 2000).

Este estudo foi embasado sobre uma pesquisa exploratória com o intuito de, segundo Gil (2008) poder proporcionar maior familiaridade com o problema, explicitando-o, podendo envolver levantamento bibliográfico e entrevistas com pessoas experientes no problema pesquisado e muitas vezes assumindo a forma de pesquisa bibliográfica e estudo de caso.

Procurou-se aqui explorar a temática da possibilidade de instrumentalização das manifestações de vontade para comprovar a sociedade de fato nas relações poliafetivas e fornecer informações para investigar de forma mais precisa através de pesquisas bibliográficas, por visar uma maior aproximação com o tema que pode ser construído baseado em hipóteses ou intuições.

Köche (2007) destaca que o principal objetivo da pesquisa exploratória é proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo, pois muitas vezes o pesquisador não dispõe de conhecimento suficiente para formular adequadamente um problema ou elaborar de forma mais precisa uma hipótese. Nesse caso, defende o autor, é preciso que se desencadeie um processo de investigação para identificar a natureza do fenômeno e apontar as características essenciais das variáveis que se quer estudar.

Evidentemente que a produção de dados aqui buscados como um dos objetivos dessa pesquisa possui relação direta com a discussão sobre os desafios que envolvem a instrumentalização das manifestações de vontade para comprovação da sociedade de fato nas relações poliafetivas, tema maior deste estudo.

3. REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA

A consolidação e o crescimento do cristianismo, com seu poder de caráter moralizador, socializador e temporal sobre os povos foi um dos pilares que motivou a origem e evolução de uma legislação própria chamada de Direito Canônico. Segundo Venosa (2010, p. 78):

O direito canônico [...] era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituído por cânones, regras de convivência impostas aos membros da família e sancionadas com penalidades rigorosas. O casamento, segundo os cânones, era a pedra fundamental, ordenado e comandado pelo marido [...].

Mesmo que o Código Civil de 1916 não tenha determinado o instituto da família, tornou dependente a sua condição e legitimação ao casamento civil, sem fazer menção ao casamento religioso, como se pode observar no artigo 229: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos” (GOMES, 2012, p. 5). Desta forma, o primeiro efeito jurídico do matrimônio, diante do Código Civil de 1916, era dar legitimação ao núcleo familiar.

O Código Civil anterior, datado de 1916, mostrava o modelo de família que se apresentava no início do século passado, o qual era constituído somente por meio de casamento, única maneira de se constituir uma entidade familiar de maneira aceitável, naquela época. Como havia um caráter patrimonial. Não era aceita a dissolução do matrimônio, devido ao risco de que o patrimônio constituído e adquirido na instância do casamento pudesse ir para terceiros. Desta forma, as famílias que se constituíam sem que houvesse os sagrados laços matrimoniais em sua construção, que, na contemporaneidade, são conhecidas como união estável, não eram regulamentadas pela lei, que expunha a expressão concubinato para conceituar esses vínculos relacionais. Os filhos advindos de tais relações eram tidos como ilegítimos, como forma de punição e exclusão de possibilidades de direitos filiais (GOMES, 2012).

O desenvolvimento gradual pelo qual passou a sociedade e a família acarretou diversas e sucessivas transformações na legislação com o intuito de adequar as leis a cada momento histórico em vigor. Teve origem, então, de maneira bem expressiva, o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), que foi um movimento de pessoas do sexo feminino, as quais ficaram reduzidas ao estado relativo de incapazes e submetidas, desta maneira, a uma curatela do marido, contra o Código Civil

promulgado em 1916, em que a mulher que contraía matrimônio era tida como incapaz do ângulo civil, fato que somente sofreu alteração no ano de 1962, devido a aprovação do Estatuto que igualou os direitos dos cônjuges e deu novamente à mulher casada a plena capacidade, fato que defendeu os bens obtidos com o fruto de sua lide e, também, assegurava a ela o direito à propriedade de maneira exclusiva (GOMES, 2012).

Até no ano de 1977, o divórcio era uma prática inexistente. O instituto comparável a ele era o chamado desquite, que não desfazia a sociedade matrimonial e tornava o novo casamento impossível mediante a justiça. Contudo, mesmo com empecilhos, não houve impedimento para que relações extramatrimoniais se consolidassem, porém, sem o devido amparo legal.

Mesmo havendo a instituição da Lei do Divórcio, no ano de 1977 (Lei 6.515/77 e EC 9/77), como o modelo familiar ainda advinha de uma visão matrimonial, o desquite mudou para separação, passando a vigorar duas maneiras de rompimento de vínculos matrimoniais sagrados: o divórcio e a separação. Como forma de manter a família intacta e unida, eram reclamados prazos extensos ou, até mesmo, o apontamento de um culpado para a realização do processo de separação, pois, assim, a "vítima" teria a oportunidade de intentar uma ação dentro do processo de separação. O cônjuge apontado como culpado pela dissolução matrimonial, não possuía mais direito a alimentos e tinha o sobrenome do cônjuge retirado. Havia também possibilidade de penalidades o cônjuge que queria o rompimento do casamento sem atribuição de responsabilidades (GOMES, 2012).

Segundo Dias (2020), a infidelidade era um dos fundamentos usados para iniciar a ação de separação, pois apontava para uma grave violação dos deveres para cônjuge, dentro do matrimônio, fazendo com que a vida entre o casal não foi suportável mais.

O aparecimento de novos modelos, a modificação da realidade dentro do Brasil, a evolução dos costumes gerou mudanças dentro da estrutura social. Tais mudanças aconteceram devido à promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma renovação acerca do significado de família, segundo observação de sua organização, passando a disciplinar da mesma forma todos os membros, bem como as funções que cada um destes membros exercida. A isonomia familiar, portanto, é um elemento que foi preconizado pela Carta Magna promulgada em 1988, sendo uma das maiores conquistas sociais ocorridas dentro do Direito no território brasileiro.

Como descrevem Farias e Rosenvald (2016), não há qualquer dúvida sobre o fato de que a família, no contexto da história dos argumentos humanos, é o que

precede a todos os outros, sendo visto e entendido como fenômeno biológico e também como fenômeno social, fato porque é essencial entendê-lo através de variados ângulos (perspectivas científicas), como se houvesse uma espécie de “paleontologia social”.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu mudanças significativas no conceito de família e no tratamento dado a essa instituição, tida como a base da estrutura social. É possível apontar quatro vertentes principais ditadas pelos artigos 226 e posteriores da Carta Constitucional:

a) ampliação das formas de constituição da família, que antes se circunscrevia ao casamento, acrescendo-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto após dois anos de separação de fato, e pela conversão da separação judicial em divórcio após um ano; c) igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, e d) igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-se a todos os mesmos direitos e deveres e sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem (COMEL, 2003, p. 90).

A Constituição Federal de 1988 deu proteção igualitária à família que teve sua origem fora do casamento e também àquelas constituídas dentro do regime do matrimônio. A lei consagrou igualdade aos filhos concebidos dentro e fora do casamento, excluindo na totalidade a expressão “filhos ilegítimos”, e firmou a adoção como forma legítima de filiação, dando direitos e qualificações análogas àqueles filhos tidos na concepção biológica.

Os rumos recentes assumidos dentro da área de Direito de família deparavam-se com desafios diferentes e era preciso superar o sistema jurídico clássico e moldar o novo modelo exposto pela Constituição Federal de 1988, na qual a estrutura fundamenta-se no princípio da dignidade humana, da solidariedade. Nessa nova concepção, a família é vista como locus de igualdade e liberdade, que visa a felicidade dos seus participantes.

Dessa forma, nota-se que a Lei Maior, analisando a vida cotidiana das pessoas e sua vivência, observou a necessidade de um reconhecimento da existência de entidades familiares constituídas fora do casamento. Por isso, a preocupação em

alargar o conceito de família que, antes disso, mantinha um distanciamento da realidade social, ligando família somente ao casamento.

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 começa a reconhecer tipos de famílias que estão situadas fora do regime do casamento, ou seja, a família passou a ser concebida do ponto de vista social, em que não é possível um conceito único, demonstrando, então, que família e casamento são conceitos e realidades diferentes em cada situação.

Depois da Carta Magna, o Código Civil do ano de 1916 perde a função de estabelecer os fundamentos da família. Entra em cena o Código Civil atual, que entrou em vigor no ano de 2003. Segundo Dias (2016), a família é uma construção de cunho cultural e revela disposição de estruturação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar, tendo uma função (função de mãe, filho, pai) sem que, todavia, haja necessidade de ligação biológica. É diante de tal estrutura de família que havia interesse na investigação e preservação do aspecto mais significativo ligado ao termo: O LAR (Lugar de Afeto e Respeito).

O projeto original do Código era de 1975, sendo anterior à lei do divórcio e da própria Constituição. Mesmo assim, o Código de 2002 foi adequado e está sempre em atualização, principalmente, no que se refere aos aspectos familiares e as mudanças acontecidas no século XX. Na visão de Dias (2016), o quadro descrito não manteve firme mediante a revolução industrial, que aumentou a necessidade de contratação de pessoas para trabalhar nas indústrias, em atividades terciárias. Com isto, a mulher ingressou no mercado de trabalho, passando então a ajudar na subsistência familiar.

Logo, a estrutura familiar mudou, tornando-se nuclear, restrita somente ao casal e seus filhos. Findou a supremacia do seu caráter de reprodução. A família começou a deixar o campo e se deslocarem para as cidades, passando a viver em espaços menores. Tal fato aproximou os membros, sendo mais focalizado o vínculo de afeto que envolve os membros da família. Aparece, neste sentido, o conceito de família formada por ligações de afeto, de carinho e amor. A valorização da afetividade deixou de se restringir somente ao momento de celebração matrimonial, podendo perdurar por todo o relacionamento. A resultante disto é que, havendo acabado a afetividade, a base de sustentação familiar está dilacerada e, então, o término e dissolução do vínculo matrimonial é a única maneira de que haja garantia da dignidade da pessoa (DIAS, 2016).

Todo o Direito Civil está embasado na Constituição, fator que entrelaçou as temáticas sociais de forma jurídica de forma relevante e garantindo a todos uma afetividade de grande proporção. Dessa forma, o legislador ampliou o conceito sobre

família tendo base na realidade social nova dando juridicidade às relações acontecendo fora do matrimônio. Com isso, o legislador desviou a ideia de família somente através da junção por meio do casamento, apontando o conceito também para o caso de união estável entre pares masculino e feminino. Neste sentido, cabe fazer aqui a distinção entre âmbito normativo e programa normativo. Para Müller (2000, p. 61):

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é carente de interpretação porque e à medida em que ela não “unívoca”, “evidente”, porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”. Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída.

Neste sentido, existe todo um processo estrutural a ser seguido até que seja possível chegar ao objetivo central do intérprete, como descreve Müller (2000, p. 61):

Inicialmente caminhamos do texto da norma até a norma jurídica. Em seguida caminhamos da norma jurídica até a norma de decisão, aquela que determina a solução do caso. Apenas então se dá a concretização da norma, ou seja, mediante a produção de uma norma jurídica geral, no quadro da solução de um caso determinado.

Para o supracitado autor, o processo descrito deve ter início a partir do texto da norma, que é o formado por meio da aplicação de todos os recursos inseridos na Hermenêutica e disponíveis. A resultante de interpretação é designada de programa da norma. O segundo estágio provém da consideração de dados reais que são coletados no caso concreto. No momento em que os fatos são tidos como importantes e relevantes para a questão do Direito e há compatibilidade com o

programa da norma, tem-se, então, a segunda parte, denominada de âmbito da norma. Quando existe a junção de ambos os estágios é que se obtém o último ponto do processo de interpretação descrito por Muller (2000): a chamada norma de decisão, que efetive a linha de conclusão do raciocínio, fazendo o distanciamento do texto da norma propriamente dita (VICTORINO, 2014).

3.2 CONCEITO DE UNIÃO POLIAFETIVA

Uma união considerada poliafetiva tem ligação com a probabilidade de se reconhecer que um indivíduo tenha condições de amar e de ter relacionamento com mais de uma pessoa, de forma simultânea. Este sujeito não teria vínculo, então, a somente uma pessoa, amando mais de uma, ao mesmo tempo. Na visão do sociólogo finlandês Jin Haritaworn, existe somente uma possibilidade de se amar uma única pessoa ao mesmo tempo. Este mesmo sociólogo finlandês faz uma definição de Poliamor como sendo “[...]a suposição de que é possível, válido e valioso manter relações íntimas, sexuais e/ou amorosas com mais do que uma pessoa”. (HARITAWORN *apud* CARDOSO 2010, p. 10).

Farias e Rosenvald (2016) descrevem poliamor como “muitos amores” e diz respeito a mais de um amor. A palavra tem origem grega e, segundo os autores, seu sentido mais expansivo remete a um modo de vida em que se reconhece a possibilidade de envolvimento, em relações íntimas, com diversas pessoas ao mesmo tempo, tendo todas o mesmo nível de importância.

Cardoso (2010), que atua como professor e também como pesquisador na Universidade Lusófona, situada em Lisboa, Portugal, traz e sua experiência uma relação poliamorosa de longa data, e, com base no que vivenciou e vivencia, escreveu a tese de mestrado “Amando Vári@s: Individualização, Redes, Ética e Poliamor”, que foi terminada no ano de 2010. Quando foi indagado e entrevistado, Cardoso (2010) descreveu que as pessoas enfrentam constrangimentos da contemporaneidade por causa de uma sociedade que se mostra individualizada de maneira que criam sujeitos poliamorosos. O fator do preconceito e discriminação é existente de várias maneiras, pois, uma quantidade considerável de pessoas, segundo o autor, tenta, de alguma maneira, interferir nas relações no momento em que tentam impor um perfil que não é condizente com a realidade.

Segundo Cardoso (2010), um fato ensinado por meio do feminismo é que a questão pessoal é algo político. A luta que se organiza em torno de uma temática de cunho pessoal, ganha também conotação de luta política, como forma de combater a discriminação e que revela a opinião favorável da possibilidade de multiplicidade, para que todos consigam viver, de maneira ética, sem que a pessoa seja alvo de

preconceito ou discriminações ocorridas de maneira arbitrária, provenientes de um funcionamento estrutural sexista, hétero, monogâmica e compulsória.

Há diferentes tipologias de relacionamentos poliamorosos, como destaca Oliveira (2003 apud MARQUES, 2015), dentro do polifidelidade, existe o envolvimento de diversas relações românticas que mantêm contato sexual restrito a pessoas específicas do grupo. Existem os sub-relacionamentos, em que as relações são distinguidas entre "primárias e as "secundárias", como na maior parte dos matrimônios abertos. Configura-se a poligamia no momento em que um indivíduo se casa com pessoas diversas, as quais podem ou não serem casadas ou manterem relações de várias naturezas com pessoas diversas. Existem as relações mono/poli, que possui a característica de o parceiro ou parceira permitir que o outro mantenha outros relacionamentos. Encontra-se também os chamados acordos geométricos, em que acontece a descrição com a quantidade de pessoas envolvidas e pelas suas conexões. Alguns exemplos são os chamados "trios" ou "quadras", estruturados de acordo com as geometrias das letras "V" e "N" (MARQUES, 2015).

O conceito do termo poligamia, normalmente, é interligado ao casamento de uma pessoa do sexo masculino com mulheres diversas (poliginia), em contrapartida ao conceito de poliandria (mulher que contrai matrimônio com diversos homens. Por isso, o termo poligamia incita reações contra a subjugação de um sexo por outro. Neste sentido, o Poliamor incita e pressupõe uma igualdade de direitos, não somente no que tange ao sexo, mas entre os sujeitos que fazem parte de tal relacionamento. Um homem pode ter relações com diversas mulheres, mas cada uma delas, também, tem o direito de manter relações com outras pessoas, que, por conseguinte, também usufruem desta mesma liberdade. Desta maneira, cabe a cada um, de forma particular, definir o tipo de relacionamento que pretende vivenciar e não se limitar a modelos tradicionais e enrijecidos, impostos pela sociedade (OLIVEIRA, 2003 apud MARQUES, 2015).

Lins (2013), psicanalista que escreveu O Livro do Amor, menciona um panorama histórico relacionado aos sentimentos desde o período da Pré-História até os dias contemporâneos. A maneira como as pessoas mantinham relacionamentos modificou-se, ao longo do tempo e, segundo a autora, ainda continua se transformando.

A busca pela particularização e individualidade é uma das características da época atual, pois, não se tem evidências de um tempo, como a da atualidade, em que homens e mulheres buscaram aventurar-se para dentro de si, pois cada ser pretende saber quais são as possibilidades que possuem para o desenvolvimento de seu potencial. É um tipo de amor no qual a proposta é a fusão de duas pessoas, algo

que não é muito atrativo e sedutor. O amor romantizado começa a perder o enfoque, levando consigo a sua característica essencial: o fato da exclusividade como premissa para que o relacionamento seja validado. Sem o ideal de que é imprescindível encontrar uma pessoa que consiga lhe completar, é aberto um espaço para formas inovadoras de relacionamento amoroso, com a chance de que se possa amar e manter relacionamento sexual com mais de uma pessoa, ao mesmo tempo (LINS, 2013).

Um dos pressupostos que mais são aceitos de maneira universal pela sociedade é de que o casal que tem um relacionamento monogâmico representa a estrutura que é mais aceitável em se tratando de relacionamento sexual humano. As sociedades, as quais concordam e adotam ao relacionamento monogâmico apresentam dificuldades para provar que esta estrutura funciona perfeitamente (LINS, 2013). Em muitos casos, nota-se evidências, segundo Lins (2013), de relações extraconjugais por casais, fato que mostra a imperfeição do modelo monogâmico.

Inclusive, como destaca Dias (2020), o Estado tem como crime a bigamia e a lei prescreve que o segundo casamento é nulo, caso aconteça e também é possível anular a doação feita pelo adúltero a seu cúmplice, como descreve o Código Civil, no art. 550.

Os relacionamentos apontados como poliamor, onde se denota relações entre mais de dois sujeitos, têm requerido, dentro da lei, serem reconhecidos, pois, mesmo que haja impedimento legal para contrair matrimônio, elas vêm se formalizando, a cada dia mais (DIAS, 2020).

3.3 A RELAÇÃO DE POLIAFETIVIDADE ENTENDIDA COMO FAMÍLIA ENSEJANDO A POSSIBILIDADE DO SEU RECONHECIMENTO JURÍDICO

Nenhuma família se inicia, ou deveria iniciar-se, com o pensamento voltado aos seus efeitos patrimoniais, uma vez tratar-se de uma realidade inconteste. Cedo ou tarde ela se esbarra em direitos imobiliários, previdenciários, planos de saúde e Receita Federal, dentre outros. Na visão de Madaleno (2015) a sociedade conjugal não tem personalidade própria frente aos cônjuges nem frente a terceiros e todos os conflitos se resolvem reconhecendo direitos e atribuindo obrigações a cada um dos cônjuges ou conviventes.

Para Cardoso (2011) a sociedade conjugal pode ser compreendida como uma espécie de sociedade civil, desprovida de personalidade jurídica, cuja natureza jurídica se reveste de preceitos contratuais que se misturam com regras institucionais e outras características existentes apenas na família, devendo ser identificada como um negócio jurídico familiar. Dessa forma, destaca a autora, os membros de toda

entidade familiar arcam com responsabilidades próprias de uma sociedade e assumem obrigações com credores, enfrentando as mais diversas despesas na manutenção do imóvel aonde convivem, com eventual prole e na aquisição dos mais diversos bens.

No geral, entende Pereira (2012), a informalidade das uniões livres leva as partes a não procederem aos registros formais daquilo que tacitamente fazem: comunhão de vida e de interesses. A vida e o esforço comum acarretam propósitos de cooperação. Estabelece-se então uma sociedade conjugal de fato, que vai se constituindo pouco a pouco, nascido do fato, ou por ele criado, ao contrário do casamento civil, cujas regras e consequências são predeterminadas.

O tema é polêmico e dividido na doutrina. Rosalino (2012), por exemplo, entende eventual (e remota) possibilidade de subsistência da declaração de vontade manifestada pelas partes nas já lavradas escrituras públicas de união poliafetiva, teremos, no máximo, o reconhecimento de uma sociedade de fato (ou sociedade em comum), cujos efeitos restringem-se aos aspectos patrimoniais, sem quaisquer reflexos no âmbito sucessório, previdenciário, alimentar, ou familiar, sendo eventuais conflitos dirimidos pelo juízo cível, em conformidade com o direito obrigacional.

Mas, outrossim, não existe unanimidade no tange à discussão jurídica e existe o entendimento de que as uniões de caráter poliafetivo, em que relacionamentos ocorrem de forma simultânea tem sido frequentes no cenário fático do Direito de Família, com arranjos diversos e inusitados, entre eles o que uma pessoa canaliza seu afeto para dois ou mais outros indivíduos, originando, assim, núcleos diferenciados e concomitantes, que, por muitas vezes, colidem no que se refere aos interesses em que todos são merecedores de proteção do Estado (BRASIL, 2010).

Tepedino (2017) destaca que é urgente a conclamação e aclamação, dentro das leis, sobre a igualdade acerca do tratamento dos modelos familiares diversos não se efetive como desconhecimento das individualidades e particularidades de cada caso e arranjo afetivo, em que a autonomia da existência precisa ser feita para que a solidariedade nas famílias, que se revela nos deveres leais, respeito e assistência mútua e recíproca, não ocorra de maneira deturpada, entendida de maneira não devida como sucessão obrigatória nos bens dos conviventes, mesmo que seja contra o seu desejo.

Nessa mesma linha de discussão estão os casais poliafetivos ainda sem ter reconhecido o direito ao matrimônio institucionalizado, mas que efetivamente participam de verdadeira comunhão de direitos e obrigações.

3.4 REGIME DE BENS

Sob essa ótica Tartuce (2016) ensina que o regime matrimonial de bens pode ser conceituado como o conjunto de regras relacionadas aos interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo suas normas, em regra, de ordem privada.

Mesmo não havendo matrimônio poliafetivo aplica-se o conceito às uniões estáveis e, conseqüentemente, às uniões poliafetivas. São regras dispostas no Código Civil de 2002 a partir do art. 1.639 e que servirão de subsídio ao julgador quando enfrentar casos práticos envolvendo casais em poliamor. Além disso, também deverão ser levadas em consideração as disposições patrimoniais expressas em eventuais escrituras públicas declaratórias firmadas entre as partes no exercício de sua autonomia privada (TARTUCE, 2016; p.129).

Há que se ressaltar que todas as regras a respeito desse tratamento patrimonial, preceitos relacionados com o pacto antenupcial, bem como regras especiais quanto aos quatro regimes previstos: comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e separação de bens (arts. 1.687 e 1.688) incidem nas uniões poliafetivas, sem qualquer distinção, apenas adaptando a interpretação quanto ao número de pessoas participantes desta sociedade conjugal.

Nesse sentido já decidiram os tribunais pátrios em relação a famílias paralelas, devendo-se agora estender a interpretação às famílias poliafetivas, através de diversas decisões analisadas que observam o fato do reconhecimento da união estável exigir demonstração de convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, bem como que inexistam impedimentos à constituição dessa relação (PEREIRA, 2004).

No entanto, em um dos casos analisados, o *de cujus*, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a apelante por mais de 15 (quinze) anos, o que caracteriza a família paralela, fenômeno de frequência significativa na realidade brasileira. O não reconhecimento de seus efeitos jurídicos traz como conseqüências severas injustiças, pois, nas palavras do Desembargador Marcelo Carvalho Silva, se o nosso Código Civil optou por desconhecer uma realidade que se apresenta reiteradamente, a justiça precisa ter sensibilidade suficiente para encontrar uma resposta satisfatória a quem clama por sua intervenção (BRASIL, 2015).

As famílias paralelas estão presentes em todas as regiões do país, mas em alguns Tribunais não se encontrou nenhuma decisão favorável à formação das famílias paralelas ou simultâneas. Reconhece-se a sua existência, mas nega-se efeitos às mesmas, com fulcro em um alegado princípio da monogamia, uma segunda corrente que defende não poder ser reconhecida a união estável paralela a um casamento, uma vez que o direito matrimonial estaria regido pelo princípio da monogamia, segundo voto da Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro Relatora da Apelação Cível nº 70070532478 da Sétima Câmara Cível do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2016).

Nesta ótica, o direito de família não albergaria nenhuma relação paralela e eventuais reclamações judiciais devem ser exclusivamente tratadas nas varas cíveis, regidas pelas normas do direito obrigacional.

No entanto, alguns desembargadores apresentam-se mais sensíveis à realidade dos fatos apresentados do que propriamente a um não escrito princípio da monogamia, como, por exemplo, a Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que reconheceu a existência de duas relações estáveis concomitantes e paralelas. Situação que era de ciência de todas as partes e era aceita por todos, inclusive por ambas as mulheres. No caso apresentado, uma das companheiras chegou a reconhecer, na certidão de óbito, que o de cujus convivia maritalmente com ela (declarante) e com a ora embargada nos autos (BRASIL, 2016).

Percebe-se nessas situações de reconhecimento de uniões paralelas, que o ordenamento jurídico tem se posto a favor da aplicação do regime da comunhão parcial de bens e a divisão proporcional ao número de integrantes da relação afetiva, ensejando ser essa a solução mais justa e aplicável em relação ao patrimônio advindo de uma família poliafetiva.

3.5 O AMPARO SOCIAL E PREVIDENCIÁRIO

No campo dos benefícios sociais e direitos previdenciários Coelho (2012) destaca que nos dias de hoje os tribunais, ao concederem o rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina, na maioria das vezes, optam pelas concubinas ditas de boa-fé, aquelas que desconhecem a outra relação de seu companheiro.

Em alguns casos mostra-se evidente que o homem enganou as duas mulheres, mantendo uma vida dupla por um longo período. Também há casos em que o homem, por muitos anos, mantém duas mulheres, em cidades distintas ou não, com o conhecimento e aceitação delas, sem que exista em ambas o sentimento de infidelidade. Nesse caso, seria injusto que

favorecesse uma relação em detrimento de outra, por esse motivo, concede-se o rateio da pensão entre as duas mulheres (COELHO, 2012; p.11).

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, num pedido de apelação, através do Desembargador João Batista Pinto Silveira, declarou que o reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes de concubinato impuro depende de uma série de requisitos que demonstrem cabalmente a existência de dois relacionamentos (casamento e concubinato) que em praticamente tudo se assemelhem, faltando ao segundo tão somente o reconhecimento formal (BRASIL, 2010).

Deve ser levado o efetivo "ânimo" de constituição de uma unidade familiar para fins de proteção mútua e estatal, com suas respectivas variáveis, tais como eventual dependência econômica, tempo de duração da união, existência de filhos, etc. Do contrário, entendem os Tribunais que deve prevalecer o interesse da família legalmente constituída (BRASIL, 2010).

Várias decisões foram encontradas nessa linha no Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. COMPANHEIRA. DUAS UNIÕES ESTÁVEIS. COMPROVAÇÃO. Tenho que deve ser afastada a alegada impossibilidade de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes, quando gritantes os fatos em contrário, como no caso concreto. Não creio que a quebra do dever de lealdade ou o primado do princípio monogâmico sejam obstáculo a que se faça justiça, em nome de uma eticidade que se mostra cambiante dia a dia. Destarte, tanto Maria Luiza como Zaira devem dividir a quota disponível da pensão deixada por José, em partes iguais. Havendo dependente legal do militar, cabe determinar que a pensão para as conviventes seja estabelecida, no momento, no percentual de 50% do valor da pensão instituída pelo ex-militar, permanecendo a outra cota de 50% do valor da pensão reservada até o trâmite do procedimento administrativo, sob pena de configurar enriquecimento sem causa e o pagamento em duplicidade do amparo (BRASIL, 2016).

Percebe-se que a hermenêutica jurídica tem se inclinado a uma interpretação menos fixada na literalidade da lei, não sendo correto compreender as leis referentes às pensões militares de forma desarmônica aos princípios regidos pela Constituição

Federal. Óbvio que a esse respeito, nem todos os julgadores comungam da mesma linha de pensamento, momento em que vemos os que preferem proteger a esposa traída, mesmo que com seu consentimento, durante longos anos, beneficiando-a em detrimento da concubina.

Sobre essa vereda está pautada a atual jurisprudência do STJ por entender que as relações de concomitância, isto é, onde há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, nem pela Constituição Federal, não são capazes de ensejar união estável. Essa corrente de pensamento defende que a coexistência do casamento constitui elemento que impossibilita o reconhecimento da relação mantida entre um homem e sua companheira, uma vez que não há demonstração do rompimento do vínculo matrimonial com a esposa (BRASIL, 2011).

Em outro caso analisado, seguindo precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o Relator Celso Kipper afirma que se reconhece a companheira de homem (a) casado, separado de fato ou de direito, (b) divorciado ou (c) viúvo, o direito à percepção de benefícios previdenciários decorrentes de seu falecimento, concorrendo com a esposa, ou até mesmo a excluindo da participação. Mas que a autora, tendo convivido com homem casado, sem que este estivesse separado de direito ou de fato da esposa, não pode ser considerada companheira, mas simples concubina, não possuindo, portanto, a condição de dependente previdenciária a ensejar a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte do segurado (BRASIL, 2011).

Os julgados apresentados tratam especificamente das famílias paralelas. Nas pesquisas realizadas não se encontrou nenhum julgado específico envolvendo famílias poliafetivas, razão pela qual não foram abordadas decisões neste sentido. Mas, por inferência, entende-se que deverá prevalecer a afetividade e a situação fática apresentada aos juízes pátrios, no caso concreto. Restando demonstrado relacionamento duradouro, estável e contínuo entre mais de duas pessoas, revestido de todos os requisitos que caracterizam uma união estável constitucionalmente protegida, impõe-se, por questão de justiça, na concessão do rateio do benefício previdenciário eventualmente pleiteado.

3.6 DA RUPTURA

Sendo verdade que a jurisprudência já negou efeito jurídico às uniões livres, é certo que, em reparação dessa injustiça, afiguram-se duas soluções, em seu benefício: atribuir à companheira, que prestou, por muito tempo, serviços domésticos ao concubino, direito a salários; e conferir participação no patrimônio

adquirido pelo esforço comum, pela sociedade de fato entre eles, que redundou na Súmula 380 do STF, baseada em vários julgados, de 1946 a 1963, que comprovam a existência de sociedade de fato entre os concubinos, sendo cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (AZEVEDO, 2011).

Desde o século passado muito se avançou em direito de família e atualmente não se sustenta mais a necessidade de a companheira comprovar sua efetiva contribuição para a formação do patrimônio comum – e ainda não há de sustentar-se esta teoria em famílias poliafetivas.

Soam absurdas as palavras de Wald (2000) quando analisadas à luz da jurisprudência sobre a concubina ao afirmar que o Min. Orosimbo Nonato, em seu voto teria esclarecido que “[...] é evidente que a qualidade só de amásia, a convivência more uxório, não basta a atribuir à mulher qualidade de sócia ou meeira. Ela pode ser apenas amásia, como pode ser, ainda, serviçal ou sócia (RF CIX/415)”.

Partindo-se do pressuposto de que não há registros de casamentos poliafetivos no Brasil, e considerando a existência já documentada de pelo menos 10 escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva, o assunto é abordado tendo como foco a ruptura da união estável poliafetiva.

Para Pereira (2012) a solução juridicamente mais adequada para as questões pessoais e patrimoniais decorrentes do fim de uma entidade familiar poliafetiva é o enquadramento deste tipo de relação como espécie do gênero união estável. A dissolução pode ser amigável ou litigiosa.

Madaleno (2015) entende que a dissolução amigável pode ser exteriorizada em instrumento público ou particular, no qual os companheiros, para prevenir o litígio, definam o que consentiram acerca do eventual pagamento de alimentos, da guarda dos filhos e respectivo direito de convivência, da partilha dos bens comuns.

Para Azevedo (2011) havendo filhos menores ou incapazes esta dissolução, mesmo que amigável deverá necessariamente, ser processada perante uma das Varas de Família, com a presença obrigatória do Ministério Público. Neste caso, além do pedido de dissolução deverá haver pedido de declaração incidental da existência da relação jurídica de união estável poliafetiva.

Enfim, registra Cardoso (2011), as escrituras públicas declaratórias de poliafetividade, apesar de não constituírem nenhum matrimônio, possuem eficácia de manifestação livre de vontade entre as partes e poderão ser utilizadas em eventual processo judicial litigioso.

4. CONCLUSÃO

O conceito, noção e padrões sobre a instituição familiar, dentro do cenário brasileiro e mundial, tem sofrido alterações onde a família no modelo tradicional (pai, mãe, filhos), convive com outros núcleos familiares diferenciados.

Um dos núcleos familiares é formado por meio do chamado poliamor, no qual existe um relacionamento entre três ou mais pessoas que, de forma voluntária, sabem da existência um do outro, consentem e querem constituir uma família mesmo assim, pautando-se em regras de convivência de forma duradoura que são acordadas entre os sujeitos envolvidos, com diversidade consentida de relações e vínculos afetivos (havendo ou não relações sexuais), relações estas que são ancoradas no respeito, diálogo e amparo mútuo.

O grupo familiar que se instaura dentro do modelo do poliamor tem seus alicerces na igualdade, autonomia de vontade e na liberdade. As relações poliafetivas, como visto no artigo, podem acontecer de forma aberta (quando existe possibilidade de concretização de relacionamento com pessoas que não façam parte do grupo de relações), fechado (quando o relacionamento é restrito a um grupo, tomando como base a polifidelidade) ou mono/poli (quando somente um dos cônjuges é aberto ao poliamor, mas pode aderir ao modelo com o consentimento do outro cônjuge).

As relações fundamentadas no modelo do poliamor tem suas bases no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta Magna de 1988), direito da inviolabilidade quanto à intimidade, a vida privada, honra e imagem das pessoas envolvidas, fato presente no art. 5º, X, da Carta Magna de 1988, da família como a base da sociedade e instituição tutelada pelo Estado, elemento presente no art. 226 da Carta Magna de 1988, que revela um rol explicativo do papel da família dentro do desenvolvimento do direito da personalidade.

A evolução da sociedade e da humanidade mostra e ainda revelará muitas e diversificadas maneiras de as pessoas expressarem seus sentimentos e de se relacionarem, na busca pela felicidade. Logo, não cabe à justiça e, nem mesmo, ao Estado Democrático de Direito, que luta pela dignidade humana, pela igualdade material e liberdade, negar os efeitos jurídicos aos relacionamentos que se constituem para formação de uma entidade familiar que seja permanente, pública e duradoura, revelando respeito entre seus membros e que tenha como centralidade a afetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 184.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 914559-5/02, Rel. Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins, 12ª Câmara Cível em Composição Integral, julgado em 05/08/2016, DJe 18/08/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1157273/RN, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, publ. 7- 6-2010.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. Ap 0000632015, Rel. Desembargador(a) MARCELO CARVALHO SILVA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, julgado em 02/06/2015, D.E. 12/06/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70070532478, Sétima Câmara Cível, Relator: Desª Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 31/08/2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 0000777-12.2006.404.7118, SEXTA TURMA, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 05/05/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 0039568-41.2005.404.7100, SEXTA TURMA, Relator para Acórdão João Batista Pinto Silveira, D.E. 17/09/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 2002.71.08.001192-6, SEXTA TURMA, Relator Celso Kipper, D.E. 11/01/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 5002868-07.2012.404.7109, QUARTA TURMA, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 08/04/2016.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2011.

CARDOSO, Daniel dos Santos. **Amando Vári@s**: Individualização, redes, ética e poliamor. 102 f. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação), Lisboa, 2010. Disponível em:

<<https://run.unl.pt/bitstream/10362/5704/1/Tese%20Mestrado%20Daniel%20Cardoso%2016422.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2020.

CARDOSO, Daniel. **Amando vári@s**: Individualização, redes, ética e poliamor. Tese de Mestrado em Ciências da Comunicação da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2010.

COELHO, Nathalia. **A possibilidade do rateio da pensão por morte entre a viúva e a concubina**. 2012.

DEMO, P. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de Direitos das Famílias**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Roseane dos Santos. **Evolução do Direito de Família e a Mudança de Paradigma das Entidades Familiares**, 2012. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006&idAreaSel=5&seeArt=yes>>. Acesso em 15 jul. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito de civil: Famílias**. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

KÖCHE, J. C. **Fundamentos de metodologia científica**: teoria da ciência e iniciação à pesquisa. 24. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LINS, Regina Navarro. **O Livro do Amor**: do Iluminismo à Atualidade. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARQUES, Alinne de Souza. **O reconhecimento das uniões poliafetivas no direito brasileiro**, 2015. Disponível em: <<https://arquivos.integrawebsites.com.br/25340/5ab2158eb7847880d7b65b5aced7e974.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2020.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Famílias possíveis**: novos paradigmas da convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROSALINO, Cesar Augusto. União poliafetiva: ousadia ou irresponsabilidade? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012. Acesso em: 23 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 11-13, Out./Dez. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. A teoria estruturante de Friedrich Mülle. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41623/a-teoria-estruturante-de-friedrich-muller>>. Acesso em: 141 ago. 2020.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

O POSITIVISMO JURÍDICO EM HANS KELSEN COMO FORMA DE DESVINCULAR O CARÁTER MORALÍSTICO DO DIREITO INTERNACIONAL: A TEORIA DO ESTADO MUNDIAL

THAÍZA LOPES EVANGELISTA:

graduanda de terceiro período do curso de Direito pela Universidade Federal do Amazonas

Resumo: O presente artigo tem como escopo analisar a vertente positivista jurídica expressa nas obras “Teoria Pura do Direito” e “A Paz pelo Direito” do jurista austríaco Hans Kelsen com ênfase nas temáticas condizentes a formação de um Estado supranacional dotado de poder coativo, validade e efetividade como último termo da evolução jurídica. Neste sentido discutir-se-á o intento juspositivista em busca da segurança jurídica, objetividade e sistematização do direito, além de refletir sobre a conciliação da soberania do Estado-nação com uma ordem jurídica internacional eficaz.

Palavras-chave: Direito Internacional. Positivismo. Hans Kelsen. Estado. Soberania. Moral. Três poderes

1.Introdução

Sabe-se que hodiernamente o Direito Internacional como ordem jurídica situada acima do Estado-nação ainda é visto não como um sistema de coação mas como uma moral internacional, trazendo um caráter de descentralização típico das ordens jurídicas primitivas. Sob esse prisma dissertar Hans Kelsen em sua obra Teoria Pura do Direito:

Mas também uma ordem jurídica primitiva é completamente descentralizada e não pode, portanto, distinguir-se, sob este aspecto, de uma ordem moral. É muito significativo a este propósito que por vezes não se queira conferir senão o valor de *Moral* internacional ao *Direito* internacional geral, que é um Direito completamente descentralizado. Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter determinada conduta humana ligando à conduta oposta

um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrárias às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 1960, p..71)

Portanto, a centralização da ordem jurídica internacional com o intento de sistematizar, distribuir competências, e sobretudo de, instituir coerção em seus subordinados. Nessa linha de pensamento o doutrinador Thomasius, tratou de forma prática e delimitou o Direito e a Moral, um denominador de “foro externo” e “foro íntimo”. É o que observa Miguel Reale (P.54).

“O Direito, dizia ele, só deve cuidar da ação humana depois de exteriorizada; a Moral, ao contrário, diz respeito àquilo que se processa no plano da consciência. Enquanto uma ação se desenrola no foro íntimo, ninguém pode interferir e obrigar a fazer ou deixar de fazer. O Direito, por conseguinte, rege as ações exteriores do homem, ao passo que as ações íntimas pertencem ao domínio especial da Moral. A Moral e o Direito ficavam assim totalmente separados, sem possibilidade de invasão recíproca nos seus campos, de maneira que a liberdade de pensamento e de consciência recebia, através de doutrina engenhosa, uma tutela necessária.”

Quanto a temática da coação como característica essencial do Direito também explicita Miguel Reale (p.48):

“Por outro lado, a coação já é, em si mesma, um conceito jurídico, dando-se a interferência da força em virtude da norma que a prevê, a qual, por sua vez, pressupõe outra manifestação de força, e, por conseguinte, outra norma superior, e assim, sucessivamente até se chegar a uma norma pura ou à pura coação.”

Dessa forma mostra-se clara as distinções entre Direito e Moral, tanto na centralização quanto na coação, porém, estando, dentre todas as suas diferenças, a questão do autorizamento como a mais distintiva. Assim, no estudo de Maria Helena Diniz cita ela que é na questão do autorizamento que reside a principal resposta para essa discussão. A norma jurídica é a única que concede ao lesado pela sua violação a permissão para exigir a devida reparação pelo mal sofrido. Autoriza o indivíduo

prejudicado a acionar o poder público para que este valha-se até mesmo da força que possui para assegurar a sua observação. Já as regras morais não possuem tal característica. Conseqüentemente, este trabalho emerge a temática trazida por Kelsen, utopista ou não, do Estado Mundial, com três poderes independentes e harmônicos entre si, como meio de solução para o imbróglio da confusão do Direito Internacional com uma Moral Internacional, seja por sua descentralização no modo de execução de suas decisões, seja pela defasagem em seu caráter de coerção.

2.0 Primado da Ordem Jurídica Estadual e o Primado da Ordem Jurídica Internacional na produção da unidade entre Direito Internacional e Direito Estadual (Teoria Pura do Direito)

Se o Direito internacional e o Direito estadual formam um sistema unitário, então a relação entre eles tem de ajustar-se a uma das duas formas expostas. O Direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como incorporada nesta, ou como uma ordem jurídica total que delega nas ordens jurídicas estaduais, supraordenada a estas e abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais. Ambas estas interpretações da relação que intercede entre o Direito internacional e o Direito estadual representam uma construção monista. A primeira significa o primado da ordem jurídica de cada Estado, a segunda traduz o primado da ordem jurídica internacional. (KELSEN, 1960, p. 369)

Do trecho supracitado é possível visualizar a preocupação do jurista com a unificação dos sistemas nacional e internacional em um só, tanto para que não haja conflito entre ambos, quanto para determinar qual que está hierarquicamente superior ao outro. Desse modo, quanto a teoria monista, os defensores desta alegam que esses ramos deveriam compor um sistema único, com base no princípio lógico da identidade, pois não deveria ser admitido que uma norma pudesse ter validade internacional sem possuir validade interna, e vice-versa. Dois caminhos foram seguidos pelos monistas: o monismo nacionalista que defendia que deveria haver a submissão do Direito Internacional ao Direito Interno e o monismo internacionalista defendendo o contrário. Outros defenderam a existência de um outro ordenamento, qual seja, o monismo jusnaturalista, que preservaram a ideia de que para a obtenção da unidade seria necessário subordinação de um ou de ambos os ordenamentos a outro. Para o monismo internacionalista, a progressiva aplicação de normas de Direito Internacional no âmbito interno dos Estados demonstrariam a validade da tese que esposam. Por outro lado, embasaria a preponderância do Direito

Internacional, o fato de persistir a responsabilidade internacional do Estado no caso de ofensa à uma regra desse por uma regra interna. O monismo internacionalista divide-se em radical e moderado. O primeiro entende que a superioridade do Direito Internacional deve ser vista e interpretada de forma absoluta, a fim de que qualquer disposição contrária de Direito Interno vinda tanto de Juízes e tribunais nacionais seja considerada inválida e inaplicável. O segundo preferiram tomar em consideração a evidência de que os aplicadores do Direito, no âmbito interno, privilegiam a norma interna em detrimento da norma internacional. Entende que a violação a uma norma que não seja interna é entendida como mero fato ilícito gerador da responsabilidade internacional do Estado, apurável segundo os meios internacionais próprios. No que diz respeito ao monismo nacionalista, para alguns o Direito Internacional teria nascido do Direito Interno, devendo, então, se submeter a este. Para esses defensores, nenhuma norma de origem estranha aos quadros normativos internos poderiam ser validamente aceitas. A constituição interna seria uma norma suprema, à qual todas as normas internacionais e internas deveriam prestar obediência, e se houvesse algum conflito prevaleceria a lei interna.

Na perspectiva de Kelsen, esse monismo se divide em “primado da ordem jurídica estadual” e “primado da ordem jurídica internacional”. Quanto ao Estadual, diz ele:

Em tal hipótese, o fundamento da validade do Direito internacional tem de ser ancorado na ordem jurídica estadual. É o que se faz através da doutrina de que o Direito internacional apenas vigora em relação a um Estado quando seja reconhecido por este Estado como vinculante, e seja reconhecido tal como é configurado pelo costume no momento desse reconhecimento. Tal reconhecimento pode operar-se expressamente por uma ato de legislação ou do governo, ou tacitamente, pela efetiva aplicação das normas do Direito internacional, pela conclusão de convênios internacionais, pelo respeito das imunidades estatuídas pelo Direito internacional, etc. Como, de fato, todos os Estados assim procedem, o Direito internacional encontra-se efetivamente em vigor em relação a todos os Estados. Mas só através deste reconhecimento expresso ou tácito o Direito internacional entra em vigor em relação ao Estado. (KELSEN, 1960, p. .370/ a questão do Direito internacional apenas vigorar em relação a um Estado quando seja reconhecido por este Estado como vinculante)

Ou seja, nesse prisma, o Direito Internacional apenas vigora em relação a um Estado quando seja reconhecido por este, conseqüentemente, o tema da soberania surge preponderante:

Esta soberania do Estado é o fator decisivo para a admissão do primado da ordem jurídica estadual. Esta soberania não é qualquer qualidade perceptível – ou objetivamente cognoscível por qualquer outra forma –, um objeto real, mas é uma pressuposição: a pressuposição de uma ordem normativa com ordem suprema cuja validade não é dedutível de qualquer ordem superior. A questão de saber se o Estado é soberano não pode ser respondida através de uma análise da realidade natural. Soberania não é um máximo de poder real. (KELSEN, 1960, p. 372)

Os Estados que, em confronto com as chamadas grandes potências, nem sequer têm qualquer poder real que mereça ser tomado em conta, são tão soberanos como estas grandes potências. A questão de saber se um Estado é soberano é a questão de saber se se pressupõe a ordem jurídica estadual como suprema. É o que se faz quando se considera o Direito internacional, não como uma ordem jurídica que está acima da ordem jurídica estadual, mas como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual, quer dizer, quando apenas se considera o Direito internacional como válido em relação ao Estado se ele é reconhecido por este. Isto é tão possível como é possível – se bem que já não seja usual nos nossos dias – apenas considerar a ordem jurídica estadual como válida em relação ao indivíduo sob o pressuposto de ela ser por este reconhecida. Se se vê o fundamento de validade da ordem jurídica estadual no reconhecimento desta por parte do indivíduo relativamente ao qual ela vigora, parte-se da soberania *do indivíduo, da sua liberdade; tal como, quando se vê o fundamento de validade do Direito internacional no seu reconhecimento pelo Estado, se parte da soberania do Estado. Dizer que o Estado é soberano não significa outra coisa senão que a fixação da primeira Constituição histórica se pressupõe como fato gerador de Direito sem que a esse propósito se faça referência a uma norma do Direito internacional que institua esse fato como fato produtor de Direito.* (KELSEN, 1960, p. 372)

Com essa linha de pensamento, é possível deduzir que se o Direito Internacional não é considerado, nesta teoria, como uma ordem jurídica que está acima da ordem jurídica estadual, mas como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual, ou seja, quando o Estado reconhece o Direito internacional, então o Direito internacional é agora parte da ordem jurídica estadual suprema (a validade do Direito internacional se funda na soberania do Estado), logo, o Direito internacional é tão soberano quanto o próprio Direito estadual, pois é parte dele agora. Nesses moldes, as nações que aleguem não seguir as regras dos tratados e acordos, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, alegando que ferem sua soberania, apesar de terem reconhecido a validade do direito internacional ao assinarem a Carta das Nações Unidas e terem se tornado membros desta, não tem valor efetivo e devem, por conseguinte, obedecerem aos ordenamentos decorrentes dessa ordem jurídica internacional. Nesse raciocínio, emana Kelsen:

O Direito Internacional, que do ponto de vista do primado da ordem jurídica estadual – ou da soberania do Estado – apenas vale na medida em que um Estado o reconhece como vinculante em relação a si, surge, por conseguinte, não como uma ordem jurídica supraestadual, e também não como uma ordem jurídica independente da própria ordem jurídica estadual, isolada em face desta, mas – na medida em que seja Direito – como uma parte integrante da própria ordem jurídica estadual. Tem-se-lhe chamado “Direito estadual externo”, partindo da suposição de que regula as relações do Estado com o “exterior”, as suas relações com outros Estados. (KESLEN, 1960, p. 372)

Com efeito, se o Direito internacional apenas vale como parte integrante de uma ordem jurídica estadual, ele não pode ser uma ordem jurídica diferente daquela, independente dela na sua validade; e, nessa hipótese, não pode haver conflitos entre ambas, já mesmo porque ambas se apoiam – para nos exprimirmos na linguagem da jurisprudência tradicional – sobre a “vontade” de um e mesmo Estado. (KELSEN, 1960, p. 373)

E este primado pode harmonizar-se com o fato de a Constituição de um Estado conter um preceito por força do qual o Direito internacional geral deve valer como parte integrante da ordem jurídica estadual. Se se parte da validade do Direito internacional, que não exige qualquer

reconhecimento por parte do Estado, o mencionado preceito constitucional significa não que o Direito internacional seja posto em vigor relativamente ao respectivo Estado, mas que ele é – através de uma cláusula geral – transformado em Direito estadual. Tal transformação é necessária quando os órgãos do Estado, especialmente os seus tribunais, apenas sejam autorizados, segundo a Constituição, a aplicar Direito estadual, e, portanto, somente possam aplicar o Direito internacional quando o seu conteúdo tenha revestido a forma do Direito estadual – forma de lei, forma de decreto -, isto é, seja transformado em Direito estadual. Se, na falta de uma tal transformação, não pode ser aplicada, num caso concreto, uma norma de Direito internacional que a esse caso se refira, isso significa, quando se parta da validade do Direito internacional, não que esta norma do Direito internacional não tenha qualquer validade em relação ao Estado, mas apenas que, quando ela não é aplicada e, conseqüentemente, o Direito internacional é violado pela conduta do Estado, este se expõe à sanção que o Direito internacional estatui como consequência de tal conduta. (KELSEEN, 1960, p.374)

Do primado da ordem jurídica internacional, o Estado-nação mantém sua soberania espacial e temporal, exatamente por ser reconhecido como tal pela ordem jurídica internacional (hierarquicamente superior à ordem jurídica estadual), pois, a partir desse reconhecimento é que é determinado que esse Estado não será juridicamente subordinado a nenhum outro Estado nacional. O Direito Internacional determina o fundamento de validade da ordem jurídica estadual:

Se partimos do Direito internacional como uma ordem jurídica válida, o conceito de Estado não pode ser definido sem referência ao Direito internacional. Visto desta posição, ele é uma ordem jurídica parcial, imediata em face do Direito internacional, relativamente centralizada, com um domínio de validade territorial e temporal jurídico-internacionalmente limitado e, relativamente à esfera de validade material, com uma pretensão à totalidade (*Totalitätsanspruch*) apenas limitada pela reserva do Direito internacional. (KELSEN, 1960, p. 377)

Entretanto, o Direito Internacional define o fundamento de validade de toda a ordem jurídica estadual mesmo quando é uma parte integrante dessa ordem jurídica

estadual (o pensamento aqui deixado de que “o Estado que reconhece o Direito internacional submete-se, por isso mesmo, ao Direito internacional”, reforça a ideia de que o Estado que reconheceu o Direito internacional não pode alegar que alguma norma do Direito internacional feriu sua soberania, haja vista o Direito internacional já estar inserido na ordem jurídica estadual desse Estado e por isso mesmo “a parte desta ordem jurídica estadual que representa o Direito internacional situa-se acima da parte que representa uma ordem jurídica estadual em sentido estrito”):

O Direito internacional, que forma uma parte integrante desta ordem jurídica estadual, determina, através do seu princípio da efetividade, o fundamento de validade de toda ordem jurídica estadual, tanto daquela que não é o ponto de partida da construção como também daquela que o é e que, por isso, tem o Direito internacional como sua parte integrante. Mas, neste último caso, ele – como parte integrante da ordem jurídica estadual em sentido lato – desempenha esta função com referência à ordem jurídica estadual em sentido estrito. Em consequência disso, a relação das duas partes constitutivas desta ordem jurídica estadual em sentido amplo não deve ser considerada como uma relação de coordenação mas como relação de supra-infra-ordenação. A parte desta ordem jurídica estadual que representa o Direito internacional situa-se acima da parte que representa uma ordem jurídica estadual em sentido estrito. Figuradamente, exprime-se isso dizendo: o Estado que reconhece o Direito internacional submete-se, por isso mesmo, ao Direito internacional. (KELSEN, 1960, p. 379)

Também a outra função que o Direito internacional desempenha através do seu princípio da efetividade – a delimitação do domínio de validade das ordens jurídicas estaduais – é realizada pelo Direito internacional, enquanto parte integrante de uma ordem jurídica estadual, somente em relação à outra parte integrante desta ordem jurídica – à ordem jurídica estadual em sentido estrito. Somente o domínio de validade desta é que é limitado pelo Direito internacional, o qual é parte integrante da ordem jurídica estadual em sentido amplo. E, de novo, o princípio da efetividade deste Direito internacional não é o último fundamento de validade desta limitação. É-o, sim, a norma fundamental pressuposta desta ordem jurídica estadual que tem o Direito internacional como sua parte integrante. (KELSEN, 1960, p. 379)

Como, no entanto, dentro desta ordem jurídica estadual em sentido amplo, uma parte integrante, a saber, a ordem jurídica estadual em sentido estrito, está subordinada à outra parte integrante, a saber, a ordem jurídica internacional, a ordem jurídica estadual em sentido estrito não é uma ordem soberana mas – tal como as outras ordens jurídicas estaduais que não constituem o ponto de partida da construção - tão-somente uma ordem jurídico-internacionalmente imediata. (KELSEN, 1960, p. 380)

Contudo, se o Estado reconheceu o Direito internacional e este vale, por isso, em relação a este Estado, então vale da mesma forma como se vigorasse enquanto ordem jurídica supraestadual. E, sendo assim, vale a norma de Direito internacional segundo a qual os Estados ficam vinculados aos tratados por eles celebrados, qualquer que seja o conteúdo que eles deem às normas pacticiamente criadas. Nenhum conteúdo pode, segundo o Direito internacional, ser excluído de uma norma criada por tratado internacional com o fundamento de que é inconciliável com a natureza do Estado que celebra o tratado, especialmente com sua soberania. O fato de a soberania do Estado não ser limitada por qualquer Direito internacional situado acima dele é perfeitamente conciliável com o fato de um Estado, pela circunstância de, por força da sua soberania, reconhecer o Direito internacional e, assim, o tornar parte constitutiva da ordem jurídica estadual, limitar ele próprio a sua soberania, ou seja, neste caso, a sua liberdade de ação, assumindo as obrigações estatuídas pelo Direito internacional geral e pelos tratados por ele concluídos. (KELSEN, 1960, p. 382)

3.A relação da soberania do Estado nacional com o Direito Internacional (A Paz pelo Direito)

Etimologicamente, a soberania advém do latim “super omnia”, “superanus” ou “supremitas”, que significa, vulgarmente, o poder supremo e, nesse aspecto, incontestável do Estado, acima do qual nenhum outro se encontra. É sabido que a teoria da soberania do Estado pertence às escolas alemãs e austríacas, partindo do princípio de que a soberania é a capacidade de autodeterminação do Estado por direito próprio. O Direito é feito pelo Estado para o Estado. Em outras palavras, a titularidade da soberania pertence ao povo em um contexto despersonalizado, como

pessoa jurídica. Não obstante, no prisma Kelseniano, demonstrado na obra *A Paz pelo Direito*, não existe matéria que caiba somente à jurisdição interna de um Estado.

Não existem questões que, por sua própria natureza, caibam “somente à jurisdição interna” de um Estado. Qualquer matéria pode se tornar objeto de um tratado internacional e, desse modo, deixar de pertencer somente à jurisdição interna dos Estados contratantes. Uma questão é “exclusivamente” de jurisdição interna de um Estado apenas na medida em que não seja sujeita a uma norma de direito internacional consuetudinário ou convencional. Isso, porém, não significa que essa questão não possa ser a causa de um conflito internacional ou que o direito internacional não possa ser aplicado a esse conflito, pois uma disputa entre Estados surgir de uma questão que “pelo direito internacional cabe exclusivamente à jurisdição interna” de uma das partes significa somente que o direito internacional não obriga a parte a se comportar da forma reivindicada pela outra parte e conseqüentemente que a primeira tem, de acordo com o direito internacional, o direito de repudiar a reivindicação da segunda. (KELSEN, 1944, p. 31)

Nesse enfoque, segundo Hobbes, o que levaria o homem a criar o Estado é a preocupação com a autoconservação, caso contrário se destruiriam mutuamente. Agora, os Estados atuais, preocupados com a autoconservação, criaram órgãos internacionais para força-los a permanecerem em uma atitude de respeito, impedindo que um Estado invada a esfera de competências de outro ou tente dominá-lo através da força. Destarte, a soberania não significaria ser independente do Direito Internacional, haja vista o contexto atual da globalização. Posto isso, as ações de um país têm consequência em outro, então deve o Estado estar sujeito ao Direito Internacional por mais que seja um Estado soberano (soberania aqui não num viés absoluto, mas relativo) no sentido de não estar subordinado à jurisdição de nenhum outro Estado nacional mas apenas ao Direito Internacional exatamente pelos motivos da mundialização.

Se a hipótese é de que os Estados têm deveres impostos e, por conseguinte, direitos conferidos a eles pelo direito internacional, eles devem ser concebidos como sujeitos ao direito internacional. Com a expressão figurada “ser sujeito” não se quer dizer nada mais, nada menos que a relação de sujeitos de direito com uma ordem jurídica que lhes impõe

deveres e confere direitos. A soberania dos Estados, como sujeitos de direito internacional, é a autoridade jurídica dos Estados sob a autoridade do direito internacional. Se soberania significa autoridade "suprema", a soberania dos Estados como sujeitos de direito internacional não pode significar autoridade suprema absoluta, mas tão somente uma autoridade suprema relativa; a autoridade jurídica do Estado é "suprema" na medida em que ele não está sujeito à autoridade jurídica de nenhum outro Estado. O Estado é "soberano" porque está sujeito apenas ao direito internacional, não ao direito interno de Estado nenhum. A soberania do Estado segundo o direito internacional é a independência jurídica do Estado em relação aos outros Estados. Esse é o significado habitual atribuído à palavra "soberania" pelos autores de direito internacional. (KELSEN, 1944, p. 32)

A soberania às vezes é definida como um "poder" supremo. Neste contexto, poder significa o mesmo que autoridade, a saber, poder jurídico, a competência de impor deveres e conferir direitos. Se "poder" não tiver esse significado referente à esfera das normas e valores, mas, sim, o sentido de "capacidade de produzir efeitos", um sentido referente ao âmbito da realidade determinada pelas leis de causalidade, será fácil demonstrar que a soberania como poder supremo neste último sentido não pode ser característica dos Estados como entidades jurídicas. No que diz respeito a seu poder real, os vários Estados diferem muitíssimo uns dos outros. Comparado com o que se chama de grande potência e em relação a ela, um Estado como Liechtenstein não tem poder nenhum, embora também seja chamado de potência no jargão diplomático. Se "poder" significa poder real, isto é, a capacidade de produzir efeitos, "poder supremo" significaria ser a causa primeira, a *prima causa*. Neste sentido, somente Deus, como o Criador do mundo, é soberano. Este conceito de soberania é metafísico, não científico. Entretanto, a tendência de divinizar o Estado produz uma teoria política que está mais para uma teologia do que para uma ciência do Estado e, nessa teologia política, a ideia de soberania assume importância metafísica. Soberania no sentido do direito internacional significa a autoridade ou competência jurídica de um Estado, limitada e limitável apenas

pelo direito internacional e não pelo direito interno de outro Estado. (KELSEN, 1944, p. 33)

Já manifesto o conceito de soberania, vale ressaltar o real objetivo da soberania, sendo ela, a priori, garantir a paz e a ordem. Logo, quando ela propaga a violência, perturbando a paz, invade a soberania de outro Estado, causa o caos. Sendo assim, faz-se valer o dito de Mouskheli: "A soberania é um poder absoluto, encontrando, porém, sua limitação natural na própria finalidade que lhe é essencial". À vista disso, Kelsen deixa patente o pensamento de que a soberania do Estado-nação é consequência das normas de direito internacional, as únicas capazes de preservar essa qualidade.

Todavia, não se podem derivar da soberania do Estado – isto é, do princípio de que um Estado é sujeito apenas ao direito internacional, e não ao direito interno de outro Estado – as normas de que nenhum Estado pode ser obrigado juridicamente sem sua vontade ou contra ela; que os tratados internacionais são vinculantes apenas para os Estados signatários; que um Estado não pode ser juridicamente obrigado pela decisão de uma agência internacional se ele não é representado nesse organismo que cria o direito nem se o representante desse Estado votou contra a decisão; que nenhum Estado tem jurisdição sobre os atos de outro Estado, e assim por diante. Essas normas talvez sejam normas de direito positivo internacional; talvez não; e a soberania dos Estados pode ser consequência dessas normas, e não esta consequência da soberania. (KELSEN, 1944, p. 35)

As regras jurídicas que constituem a chamada igualdade dos Estados são válidas não porque os Estados são soberanos, mas, sim, porque essas regras são normas de direito positivo internacional. (KELSEN, 1944, p. 36)

4.O Estado Mundial como último termo da real evolução jurídica (a perspectiva dos três poderes na seara internacional) (Teoria Pura do Direito + A Paz pelo Direito)

De acordo com Bobbio (1995, p.120), "o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social". No que tange ao juspositivismo legalista/ normativo, resta importante o estudo, da teoria professada por Kelsen que, sendo um elo entre o sistema para dizer e o sistema para fazer,

preocupa-se com a construção (interna) de um ordenamento jurídico, momento em que cria (de forma abstrata) a ideia de norma fundamental, o que faz objetivando fundamentar sua teoria que repousa sobre a validade formal. Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Utilizando-se desses fundamentos, Kelsen já premune o nascimento do que chamou de “Estado Mundial”, funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, como termo final de uma evolução que começou dentro de um sistema totalmente descentralizado e autotutelado (o Direito primitivo).

Encontra-se ainda no começo de uma evolução que o Direito estadual já percorreu há muito. A formação das normas gerais processa-se pela via do costume ou através do tratado, ou seja, por intermédio dos próprios membros da comunidade, e não por meio de um órgão legislativo especial. E o mesmo acontece ainda com a aplicação das normas gerais aos casos concretos. É o próprio Estado que se crê lesado no seu direito que tem de decidir se se verifica a hipótese de um ilícito pelo qual um outro Estado seja responsável. E, se este nega o ilícito alegado e não se chega a um acordo entre as partes em litígio quanto à existência do fato ilícito, não existe uma instância objetiva que deva decidir o litígio por um processo juridicamente regulado. Assim, é ainda o próprio Estado lesado no seu direito que é autorizado a reagir contra o violador do Direito com o ato de coerção estabelecido pelo Direito Internacional geral, com as represálias ou com a guerra. É a técnica da autodefesa, que também foi o ponto de partida da evolução da ordem jurídica estadual. (KELSEN, 1960, p. 358)

Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um

sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular. (KELSEN, 1960, p. 364)

O Estado supranacional surge como um meio de solucionar controvérsias mundiais de “forma mundial”, pois, como dizia Bobbio “só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma justiça internacional conseguir impor-se e supor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado”. Não se trata, portanto, de uma ofensa à soberania de um Estado-nação mas uma livre complementariedade de competências para garantir uma acentuada mundialização e uma ordem jurídica que cumpra o sonho, e não utopia, de paz.

Quando a questão é garantir a paz internacional, eliminar o emprego mais terrível da força – a guerra – das relações entre Estados, parece que nenhuma resposta é mais evidente por si mesma que esta: unir todos os Estados individuais ou, pelo menos, o máximo número possível, em um Estado mundial, concentrar todos os seus meios de poder, suas forças armadas, e pô-las à disposição de um governo mundial com leis criadas por um parlamento mundial. Se os Estados só puderem continuar existindo como membros de uma federação mundial poderosa, a paz entre eles será garantida de maneira tão eficiente como entre os componentes dos Estados Unidos da América ou dos Cantões da República Suíça. (KELSEN, 1944, p. 4)

É óbvio que a princípio só se pode criar uma união internacional de Estados, não um Estado federativo. Isso significa que a solução do problema da paz duradoura só pode ser buscada no contexto do direito internacional – isto é, por uma organização que não exceda, quanto ao grau de centralização, o tipo normal das comunidades internacionais. Essas comunidades se caracterizam pelo fato de que o direito que regula as relações entre os Estados-membros mantém seu caráter internacional sem se converter em direito nacional. Entretanto, a constituição de um Estado mundial com um governo mundial e um parlamento mundial, embora, como conteúdo de um tratado internacional, seja direito

internacional, é ao mesmo tempo direito nacional, uma vez que é a base jurídica do Estado mundial. (KELSEN, 1944, p. 12)

Como desenvolvimento desse ideal, emerge a questão dos três poderes como um sistema de freios e contrapesos no âmbito internacional. Hans Kelsen, então, em suas análises termina por entender que um poder executivo internacional seria o último a ser estabelecido, especialmente, pela dificuldade de se instituir uma polícia internacional.

A primeira objeção à ideia de criar um tribunal com jurisdição compulsória refere-se à execução das decisões do tribunal no caso de um Estado não cumprir sua obrigação de obedecer ao tribunal ou recorrer à guerra ou represálias sem consideração pelos tratados. É evidente que o método mais eficiente de aplicar os mandados e os julgados de um tribunal é a organização de um poder executivo centralizado, isto é, uma força policial internacional diferente e independente das forças armadas dos Estados-membros, e pôr essa força armada à disposição de uma agência administrativa central cuja função seja executar as decisões do tribunal. Uma força policial internacional só é eficiente se for baseada na obrigação dos Estados-membros de se desarmarem ou de limitar radicalmente seus armamentos, de modo que somente a liga tenha permissão de manter um efetivo militar com poderio apreciável. Esse tipo de força policial só é “internacional” no que diz respeito a sua base jurídica, o tratado internacional. Mas é “nacional” no que se refere ao seu grau de centralização, pois uma liga com um poder executivo centralizado não é mais uma confederação internacional de Estados, e sim um Estado em si.

[...]

A organização de um poder executivo centralizado, o mais difícil de todos os problemas da organização mundial, não pode ser o primeiro passo – pode ser apenas uns dos últimos, um passo que não pode ser dado com êxito sem que se crie antes o tribunal internacional e que este tenha ganhado, pelas atividades imparciais, a confiança dos governos. Pois só então serão dadas as garantias suficientes de que a força armada da liga seria usada exclusivamente para manter o direito de acordo

com a decisão de uma autoridade imparcial. (KELSEN, 1944, p. 17)

O Poder Judiciário Internacional seria, portanto, o primeiro a ser instaurado, fato que foi negligenciado pelo “Pacto da Liga das Nações” que, segundo Kelsen, foi o motivo primordial para a sua dissolução.

O Pacto da Liga colocou o Conselho, e não a Corte Permanente, no centro da organização internacional porque conferiu à Liga não apenas a tarefa de manter a paz na comunidade, resolvendo disputas e restringindo o armamento dos Estados-membros, mas também o dever de proteger esses Estados contra a agressão da parte de Estados não membros da Liga. Essa proteção dos Estados-membros contra a agressão externa era muitíssimo necessária porque o desarmamento foi posto como o principal objetivo da Liga. A constituição de uma comunidade internacional só pode obrigar um Estado-membro a restringir consideravelmente seus armamentos se esse Estado puder contar com a ajuda eficaz da comunidade no caso de ser atacado por outro Estado não pertencente a ela e, portanto, não obrigado a desarmar-se. Isso só é possível se o desarmamento dos membros for acompanhado pelo armamento da comunidade, se for constituída uma força armada que esteja à disposição do órgão central. Essa centralização do poder executivo não é possível em uma comunidade de direito internacional cuja organização não exceda o grau habitual de centralização e, portanto, não é prevista pelo Pacto da Liga. Se é impossível criar uma força armada para a comunidade de Estados – em outras palavras, se não é possível criar um Estado federativo -, então a assistência prestada pela comunidade a uma vítima de agressão externa só pode consistir na obrigação dos outros membros de defender o Estado atacado. Nessas circunstâncias, o dever de desarmamento passa a ser contraditório à necessidade de defesa contra a agressão. Apesar disso, o Pacto da Liga põe em primeiro plano o dever de desarmamento. O desarmamento deve constituir o primeiro dever dos membros da Liga, situado imediatamente depois dos artigos 1º a 7º, que tratam da organização da associação. (KELSEN, 1944, p. 47)

O problema da organização mundial é de centralização, e toda a evolução do direito, desde os primórdios até seus padrões atuais, tem sido, do ponto de vista técnico, um processo contínuo de centralização. No campo do direito local, esse processo se caracteriza pelo surpreendente fato de que a centralização da função de aplicação do direito – isto é, a criação de tribunais – precede a função de criação do direito, a implantação de órgãos legislativos. Bem antes de surgirem os parlamentos como corpos legislativos, foram criados tribunais para aplicar o direito a casos concretos. Chama a atenção o fato de que o significado original do termo “parlamento” era “tribunal”. (KELSEN, 1944, p. 20)

Na sociedade primitiva, as cortes dificilmente eram outra coisa senão tribunais de arbitragem. Elas tinham de decidir apenas se de fato havia sido cometido o delito conforme alegava uma parte e, em seguida, caso o conflito não pudesse ser resolvido por acordo pacífico, se a parte ofendida tinha ou não autorização para executar a sanção contra a outra de acordo com o princípio da autotutela. Somente em um estágio posterior é que passou a ser completamente possível abolir o procedimento da autotutela e substituí-lo pela execução da decisão do tribunal por meio de um poder executivo centralizado, uma força policial do Estado. A centralização do poder executivo é o último estágio na evolução da comunidade descentralizada anterior ao Estado para a comunidade centralizada a que chamamos de Estado. (KELSEN, 1944, p. 20)

Em corolário, apesar de hoje em dia existirem o que se poderia chamar de pseudo-polícia internacional, como os Peacekeepers, Peacebuilders e Peaceforces, os quais poderiam, vulgarmente, serem chamados de uma “força armada da ONU”, além da Interpol, não se apresenta ainda uma codificação das competências, atribuições e funções desses organismo, nem muito menos uma vinculação obrigatória (e hierarquicamente superior) perante os Estados nacionais, fato que permite até mesmo que o Estado se recuse a aceitar essa polícia não-governamental em seu território. Mais uma vez, o Direito Positivado (em âmbito internacional) traria não só segurança jurídica (pelo princípio da anterioridade, que faria com que fossem previsíveis os atos passíveis de punição em escala internacional) como também vinculação coativa perante os Estados, ou seja, os Estados não poderiam se recusar a cumprir com o que fosse determinado pelos órgãos jurídicos internacionais.

5. Conclusão

Outrossim, o fito desse trabalho não é criar um sistema internacional exclusivamente positivista. O jusnaturalismo tem seus reveses, como salienta Auto de Castro (1954, p.28), em face da necessidade de delimitar o que seja o direito justo, a doutrina jusnaturalista não logra oferecer uma proposta satisfatória de compreensão dos liames mantidos entre direito, legitimidade e justiça. Ao encerrar o jusnaturalismo todos os postulados metafísicos, resta demonstrado que a epistemologia jurídica, em consonância com os resultados da teoria do conhecimento, não reconhece os títulos de legitimidade da doutrina do direito natural. Eis um dos motivos preponderantes para isso ser a compreensão da justiça como uma estimativa a-histórica, a-temporal, e a-espacial, em que pese a crítica do jusnaturalismo contemporâneo, merece sérias objeções. O justo não pode ser concebido como um valor ideal e absoluto, envolto em nuvens metafísicas, visto que a axiologia jurídica contemporânea já demonstrou como o direito é um objeto cultural e como a justiça figura como um valor histórico-social, enraizado no valor da cultura humana. O conceito de justiça é, pois, sempre relativo, condicionado ao tempo e ao espaço; o jusnaturalismo acaba por identificar os atributos normativos da validade e legitimidade, ao afirmar que a norma jurídica vale se for justa, o que compromete as exigências de ordem e segurança jurídica, que se traduzem no respeito à legalidade dos Estados Democráticos de Direito.

Obstantemente, o jusnaturalismo tem suas benesses. Em especial o papel essencial que o direito natural tem sobre a análise das normas, supressão de lacunas, mormente, o caráter principiológico necessário ao justo julgamento dos tribunais em questões extrapolantes ao alcance das leis. Nas palavras de Mamari Filho (2005. P.17), a natureza dos princípios gerais é " eminentemente supletiva, integradora, na medida em que se admite que o sistema de leis (positivas) é incapaz de regular todas as situações havidas na vida cotidiana"

Paulo Ricardo Schier (2005, p.119) alerta que, se um sistema que só existam regras é temeroso pela baixa capacidade de ajuste e evolução, um sistema formado apenas por princípios "também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional". Em síntese, longe de polarizar o direito internacional, a presente pesquisa usa de algumas das contribuições do pensamento positivista, especialmente do positivismo normativo de Hans Kelsen, para criar um sistema de direito internacional desprovido de figuração (exclusivamente) moral, trazendo não só uma codificação, mas um caráter de efetividade e centralização organizado pela divisão do trabalho tão bem estruturados que findam, em sua evolução última, no vislumbre de um Estado Mundial. Perspectiva mesmo de viés vanguardista, de difícil

concepção nos moldes atuais da globalização, onde a soberania absoluta ainda é muito defendida pelos Estados-nações.

6. Referências

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. 2011. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda, 1944.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2019. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda, 1960.

MIRALLES, Anna Candice Weiler. **A eficácia do juspositivismo na complexa sociedade contemporânea**. 2004. Disponível em: <https://www.univates.br/media/graduacao/direito/O_JUSPOSITIVISMO_NA_COMPLEXA_SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 29 de jul. 2020.

VANIN, Carlos Eduardo. **Jusnaturalismo e juspositivismo: estudo pormenorizado sobre as correntes jusnaturalista e juspositivista, e a curiosidade na bandeira da República Federativa do Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/189321440/jusnaturalismo-e-juspositivismo>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

MARCIÓ, Cesar e col. MARCIÓ, Marcelo. **Filosofia do direito (jusnaturalismo, juspositivismo e jusliberismo)**. Disponível em: <https://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=99407a87a33e7951>. Acesso em: 29 jul. 2020.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e col. BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**. Brasília a.48 n.189 jan./mar. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 jul. 2020.

MOREIRA, Felipe Kern. **O conceito de soberania em face da globalização**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-conceito-de-soberania-em-face-da-globalizacao/amp/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

NASCIMENTO, Gabriel Biondes. **Soberania: concepção e limitações no estado moderno**. 2015. Disponível em: http://facefaculdade.com.br/antigo/arquivos/revistas/Face_Gabriel_Biondes.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

ARAÚJO, Pedro Guilherme Pereira de. **Dualismo e monismo: teorias acerca da aplicação do direito internacional em face do direito interno estatal**. 2018.

Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/67497/dualismo-e-monismo-teorias-acerca-da-aplicacao-do-direito-internacional-em-face-do-direito-interno-estatal>. Acesso em: 29 jul. 2020.

OLIVEIRA, Adeilson. **Direito e moral: o direito não se dissocia da moral**. 2015. Disponível em: <https://adeilsonfilosofo.jusbrasil.com.br/artigos/236659547/direito-e-moral>. Acesso em: 29 jul. 2020.

RIBEIRO, Leandro Conceição. **Direito e moral: as principais distinções**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/58748/direito-e-moral-as-principais-distincoes>. Acesso em: 29 jul. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 2009. Curitiba: Editora Positivo.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

VIRGÍNIA PAULA RODRIGUES DO CARMO:

Servidora do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO - Ministério Público de Minas Gerais. Bacharel e licenciada em Geografia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Português pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli.

Resumo: Os direitos são instrumentos jurídicos para a proteção do indivíduo frente atuação estatal, permitindo o mínimo necessário para que o indivíduo seja respeitado no seio social e que tenha possibilidades e condições de vida digna. O conhecimento desses direitos, principalmente aqueles inerentes à dignidade da pessoa humana, é importante e até mesmo necessário, para fazer com que eles sejam efetivamente aplicados. Esta pesquisa apresenta os direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988, abordando o surgimento desses direitos. Observa-se a presença do Estado Democrático de Direito em todas as Constituições já homologadas no Brasil, algumas com uma ênfase maior, outras, com menor. A discussão desse tema é importante pois a instauração do Estado Democrático de Direito garante à sociedade direitos humanitários e a participação no governo. Foi feita uma análise dos direitos fundamentais e suas classes, como os direitos sociais, os direitos individuais e coletivos, trazendo um conhecimento mais aprofundado a respeito desses direitos e garantias. A metodologia utilizada para este estudo foi a pesquisa bibliográfica, por meio de revisão literária de obras pertinentes, buscando conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado existentes sobre o tema.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direitos e Garantias. Estado Democrático de Direito.

Abstract: Rights are legal instruments for the protection of the individual against state action, allowing the minimum necessary for the individual to be respected in the social context and to have decent living conditions and possibilities. The knowledge of these rights, especially those inherent to the dignity of the human person, is important and even necessary, in order to ensure that they are effectively applied. This research presents the fundamental rights and guarantees contained in the Federal Constitution of 1988, addressing the emergence of these rights. The presence of the Democratic Rule of Law is observed in all the Constitutions already

ratified in Brazil, some with a greater emphasis, others with less. The discussion of this topic is important because the establishment of the Democratic Rule of Law guarantees to society humanitarian rights and participation in the government. An analysis was made of fundamental rights and their classes, such as social rights, individual and collective rights, bringing more in-depth knowledge about these rights and guarantees. The methodology used for this study was bibliographic research, through a literary review of pertinent works, seeking to know and analyze the cultural or scientific contributions of the past on the subject.

Keywords: Federal Constitution. Rights and Warranties. Democratic state.

Sumário: Introdução. 1 Surgimento dos direitos e garantias fundamentais: gerações dos direitos. 1.1 O Estado democrático de direito e seus pressupostos. 1.2 A evolução histórica constitucional brasileira dos direitos fundamentais. 1.3 Controle de constitucionalidade. 2 Direitos fundamentais. 2.1 Direitos sociais: origem e evolução. 2.1.1 Direito social no território Brasileiro. 2.2 Direitos e deveres individuais e coletivos. 2.3 Direitos da nacionalidade. 2.4 Direito político. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente Artigo versa sobre a explanação dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, contidos nos Art. 5º ao Art. 17 da Constituição Federal de 1988.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 são instrumentos jurídicos para a proteção do indivíduo frente a atuação estatal, permitindo o básico necessário para que seja respeitado no seio social e tenha condições de uma vida digna, garantindo-se o mínimo para a sua existência, conforme menciona o Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que fala acerca da dignidade da pessoa humana, uma vez que os direitos fundamentais estão ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

“Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. (...) Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito,

derivado diretamente da soberana vontade popular” (MORAES, 2011, p. 2)

Esses direitos e as garantias basilares foram alcançados com muita luta histórica, através de gerações dos direitos fundamentais, para que hoje fosse possível sua concretização.

A Constituição promulgada em 1967, tratava-se de uma Constituição com preceitos ditatoriais. Levando em consideração a necessidade de um novo espelhamento da sociedade, e uma reforma cultural, que naquela época, era de extrema importância para as transformações dos seguimentos das legislações do Estado, foi então formado e convocado um poder constituinte. Assim a Constituição Federal de 1988 foi escrita de forma a ter seus valores compatíveis com a realidade da sociedade por ela regida e traz consigo, já no primeiro Artigo, a criação de um novo Estado Democrático de Direito, propiciando uma nova forma de gestão interna no país.

É mister o conhecimento acerca da Constituição Federal, pois trata-se da Lei maior, predominando sobre as demais leis, por ter eficácia plena na aplicação direta e indireta dos direitos fundamentais e também por possuir caráter assistencialista e protetivo do indivíduo em face da atuação estatal. A população necessita dessa proteção, e a Constituição impõe ao Estado a responsabilidade por ela.

Em específico, a pesquisa explanará sobre os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, bem como a importância do Estado Democrático de Direito e seus pressupostos. Será abordado a respeito dos direitos e deveres individuais e coletivos como também os direitos sociais, trazendo, no enredo destas classes, direitos como a educação, a saúde, a alimentação, moradia, dentre outros descritos neste novo ordenamento.

É essa delimitação que vai permitir o avanço da pesquisa na sua devida profundidade e objetividade, buscando levar ao conhecimento do cidadão acerca dos seus direitos e garantias fundamentais.

A metodologia utilizada para a este estudo foi a pesquisa bibliográfica, por meio de revisão literária de obras pertinentes ao tema abordado, que procura explicar um fato a partir de referências teóricas publicadas, buscando conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado existentes sobre um determinado assunto, tema ou problema. O desenvolvimento que cada tema abordado foi feito com respaldo doutrinário através de pesquisas jurídicas.

1 Surgimento dos direitos e garantias fundamentais - Gerações dos direitos

Os direitos e garantias fundamentais estão descritos no título II da Constituição, se dividindo em capítulos sendo eles, os direitos e deveres individuais e coletivos (Artigo 5º), direitos sociais (Art. 6º ao 11), direitos da nacionalidade (Art. 12 e 13), direitos políticos (Art. 14 ao 16) e os partidos políticos (Art. 17), formando assim, o núcleo dos direitos e garantias fundamentais. Esse conjunto de direitos e garantias tem como objetivo proteger o indivíduo do Estado, impedindo abusos de poder de forma a limitar o poder estatal. Para esclarecimento do surgimento dos direitos fundamentais há três teorias que a doutrina aborda, a concepção jusnaturalista, a juspositivista e a realista, trazida por Barbara Pestana:

“A concepção jusnaturalista é de que esses direitos são anteriores a qualquer lei ou ordenamento; o nascimento dos direitos fundamentais relaciona-se a características inerentes a própria humanidade.

Os juspositivistas, entretanto, consideram que esses direitos resultam da legislação. Dessa forma, a existência dos direitos é consequência da positivação das normas. Assim, as leis são produto da ação humana e os direitos fundamentais são frutos dessas leis.

Já os realistas jurídicos entendem que os direitos fundamentais provêm das conquistas sociais, ou seja, eles foram conquistados pelas sociedades através da história. Houve um processo histórico que fez nascer direitos fundamentais, assim, tal evolução histórica possibilitou não apenas o surgimento dos direitos, bem como sua consolidação através dos tempos.”(PESTANA, 2017)

Nesse sentido, os direitos e garantias não são apenas os direitos descritos no Artigo 5º da Constituição Federal, trata-se de um gênero que possui espécies que englobam um grupo geral de direitos denominados de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, de grande importância na construção da sociedade, deram-se em um processo evolutivo e gradual, foram alcançados com muita luta histórica, através de gerações para que hoje fosse possível a concretização dos direitos garantidos a todos os indivíduos, sendo eles:

Direitos de primeira geração: É marcada pelo surgimento dos direitos de liberdade, sendo o primeiro conjunto de direitos conquistados pela humanidade, são caracterizados como direitos de reação contra o Estado, impondo assegurar aos cidadãos garantias, tais como o direito à liberdade de locomoção, liberdades

religiosas, associação e reunião. Surgiram com o fim do Estado absolutista, tendo como cenário as revoluções liberais no Século XVIII.

Direitos de segunda geração: Para corrigir essa desigualdade social criada pela primeira geração, surgiu uma nova geração de direitos fundamentais pautadas pelos direitos de igualdade entre os grupos sociais, que se concretiza através de ações estatais, são os direitos sociais, econômicos e culturais. Foi marcada pela Revolução Industrial, bem como as revoluções trabalhistas, em busca de melhorias de condições de trabalho. É cobrado do Estado uma responsabilidade e ação que possibilite dignidade na vida em sociedade.

“São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.” (BONAVIDES, 2009, p. 571).

Os direitos de terceira geração: Esses direitos surgem em uma sociedade de massa de direitos difusos e transindividuais, e estão relacionados aos valores solidariedade ou fraternidade, como direito ao meio ambiente equilibrado, direito do consumidor, direito à autodeterminação dos povos, dentre outros direitos, que possuem a proteção e salvaguarda de todos, de forma plena.

“Enquanto dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexecutabilidade” (LAFER, 1995, p. 239)

Direitos de quarta geração: são voltados para a questão da proteção da vida a partir da abordagem genética, visa proteger a manipulação do patrimônio genético diante da globalização política.

Direitos de quinta geração: a doutrina mais moderna caracteriza como período do direito a paz, no sentido da paz mundial.

As constituições brasileiras sempre apresentaram o reconhecimento dos direitos fundamentais, embora, por vezes menos, e ao longo da história, há uma luta da humanidade, por uma evolução dos valores fundamentais do homem. Assim, a classificação dos direitos em gerações trata-se de uma análise histórica de construção dos direitos fundamentais, explicando as conquistas ao longo da história da humanidade, que acontecem de forma ampliativa, em uma linha evolutiva, sendo cumulativas e de acordo com o momento histórico que surgiram.

Necessário é mencionar acerca das características dos direitos e garantias fundamentais, que são em regra, irrenunciáveis, salvo em casos específicos admite-se uma renúncia temporária. Tais direitos e garantias fundamentais, possuem rol exemplificativo, cabendo adoção de novos direitos em busca de garantir e assegurar aos cidadãos brasileiros, os direitos já existentes.

Os direitos fundamentais são imprescritíveis, e não devem ser abolidos, tão pouco reduzidos. Cabe ressaltar que esses direitos não são ilimitáveis e absolutos, uma vez que um direito fundamental limita o outro, por exemplo, de um lado temos o direito à vida, mas no caso da prática de um crime, tal direito seja colocado em risco, ocorre então o direito de legítima defesa, e nesse conflito de direitos fundamentais, um acaba por limitar o outro. Vale ainda esclarecer que os direitos são declaratórios, enquanto as garantias possuem poder assecuratórios.

1.1 O Estado democrático de direito e seus pressupostos

Antes de tratar do Estado democrático de direito, cabe explicar sobre o Estado de Direito, que é o regime no qual os juízes de acordo com as leis de um país, julgam de maneira independente, ou seja, de forma imparcial uma vez que todos são iguais perante a lei.

As leis do Estado de Direito são aprovadas pelo Legislativo que juntamente ao Executivo e Judiciário formam os três poderes, onde dois destes poderes são eleitos pelo povo, sendo eles o Executivo que diz respeito aos prefeitos, governadores e Presidente da República, e o Legislativo que é formado por vereadores, deputados estaduais e deputados federais, bem como os senadores. Já o Poder Judiciário não passa por votação pública por parte dos cidadãos.

No Estado Democrático de Direito, existem os princípios, que norteiam, instruem ou orientam a aplicação e elaboração das leis, estabelecendo limites à liberdade do legislador. Esses princípios derivam da dignidade da pessoa humana, e

só encontram respaldo e aplicabilidade no Estado Democrático de Direito, Adair Santos define a importância do Estado Democrático de Direito:

“A lei passa a representar a vontade dos cidadãos, pois a partir do comportamento destes que influencia o desenvolvimento das sociedades, devendo assim por todos ser respeitada, não importando a sua condição, implicando finalmente a ideia de Estado de Direito.

O Estado de Direito nos dias atuais têm um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno.” (SANTOS, 2011)

No período monárquico absolutista podemos afirmar que o rei era detentor de todo poder que circulava no Estado, isto é, o rei podia criar e julgar as leis, e as julgava fazendo com que ele próprio estivesse acima das leis. Devido a esse absolutismo e à crise econômica, entre outros fatores, a população daquela época, insatisfeita, começou a se revoltar, e combatendo os privilégios da aristocracia e das desigualdades sociais, trouxe uma ideia de um Estado mais democrático de direito.

Sendo assim, surgiu então, o Estado democrático de Direito, quando a democracia passa a ser praticada, gerando uma satisfação social, as leis são criadas com a participação da população, seja direta ou indiretamente e de acordo com a realidade social. É esse sistema de governo que é adotado no Brasil ainda nos dias atuais,

Em síntese, o Estado democrático de Direito é um conceito que se refere a um Estado onde exista respeito aos direitos humanos e aos direitos e garantias fundamentais, e para que um Estado atinja esse patamar, todos os direitos do cidadão devem possuir proteção jurídica e serem garantidos através dos seus governos, respeitando ao que está previsto nas leis. Segundo a Constituição Federal brasileira, serão atribuídos direitos e proteção à dignidade humana a todos de forma igualitária.

1.2 A evolução histórica constitucional brasileira dos direitos fundamentais

O Brasil está na sua sétima Constituição, que foi escrita tanto quanto as demais de acordo com os contextos históricos em que o Brasil se encontrava, ao longo dos períodos.

A primeira Constituição brasileira se deu em 1824, dentro do primeiro reinado, que só ocorreu após um processo histórico de independência. Essa Constituição de foi outorgada, ou seja, imposta ao povo pelo governante, na qual estabeleceu o poder moderador exclusivo do Imperador e tinha como característica que o voto era exclusivo aos homens, com limitação de idade e renda, e ainda, o voto era indireto e aberto. Essa Constituição já apresentava normas de cunho processual, continha disposições que previa, por exemplo, a possibilidade de as partes instruírem juízos arbitrais, não cabendo recurso dessas decisões. Também condicionava a utilização da jurisdição à prévia tentativa de conciliação.

A segunda Constituição do Brasil e também primeira Constituição Republicana, promulgada em 1891, sob o governo de Marechal Deodoro da Fonseca, quando o Brasil deixa de ser uma Monarquia e passa a se tornar uma República, tendo o presidencialismo como sistema de governo. Foi feita a separação entre a Igreja e o Estado, definindo o país como Estado Laico. Nessa Constituição foi adotada a tradicional "tripartição dos poderes", veio a fortalecer o poder Judiciário, dotando-o também de competência para controlar os atos do Poder Executivo e Legislativo. Trouxe, para o seu corpo, o instituto do *habeas corpus* (ação judicial de proteção ao direito de liberdade de locomoção).

A terceira Constituição foi promulgada em 1934. Nessa Constituição, o Poder Judiciário continuou podendo fiscalizar os atos do Poder Executivo e Legislativo. Instituiu-se o mandado de segurança, para a proteção do indivíduo contra atos arbitrários praticados pelo Poder público, como também foi instituída a ação popular, para evitar ou reparar lesões ao patrimônio público.

A quarta Constituição, outorgada em 1937, denominada de Constituição Polaca, impôs considerável enfraquecimento ao poder Judiciário, impossibilitando que o mesmo julgasse a legalidade de atos praticados pelo Poder Executivo, quando fosse decretado estado de emergência. Nesta constituição, o Poder Judiciário, por decisão do Poder Legislativo, poderia ter afastadas suas decisões sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo. Por ser uma Constituição do tipo autoritária, os direitos e garantias fundamentais sofreram retrocesso. Deixou de prever, por exemplo, os institutos do mandado de segurança e da ação popular.

A quinta Constituição. Com a queda dos regimes autoritários e centralizados, no fim da Segunda Guerra Mundial, o Brasil decidiu repudiar o modelo autoritário imposto pela Constituição de 1937, retomando os ideais democráticos e federalistas, promulgando a quinta Constituição, em 1946. Assim o Poder Judiciário recuperou a sua força, voltando a exercer todas as suas funções típicas e atípicas, inclusive o controle judicial dos atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo. O controle de

constitucionalidade de leis e atos normativos retomou sua feição tradicional, não mais podendo ser afastado por decisões do Legislativo.

A sexta Constituição, a Constituição de 1967, segundo Knoepke (2018) de maneira semelhante à de 1937, veio a enfraquecer o Pacto Federativo, ao concentrar o poder na União. A tripartição de poderes existia, mas na realidade era o Poder Executivo detentor de todo poder, que passou, então, a legislar por meio de decretos-lei, e houve ainda, redução das competências do Judiciário e dos outros Poderes.

Por conseguinte houve manifestações populares de oposição ao regime, principalmente de estudantes universitários e parlamentares, e agravando mais ainda a situação, o então presidente Artur da Costa e Silva, editou, em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 5 - AI-5, composto por um conjunto de medidas dando poderes ilimitados ao Presidente, e assim reforçando ainda mais o regime autoritário, que já vigorava. Segundo Rezende (2015), o AI-5 retirava do Poder Judiciário a competência para julgar atos fundamentados no Ato Institucional n. 5 (AI -5), proibiu a concessão de *habeas corpus* em face de crimes políticos contra a segurança nacional, suspendeu as garantias da magistratura e a estabilidade dos servidores públicos, entre outros retrocessos.

Após um grande período de ditadura militar, quando os direitos e garantias fundamentais haviam sido prejudicados e muito restringidos, no mês de fevereiro de 1987, os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reuniram-se e instalaram a Assembleia Nacional Constituinte, com a finalidade de elaborar uma Constituição democrática para o Brasil. Após conflitos, debates e impasses, a sétima Constituição brasileira foi promulgada em 5 de outubro de 1988, e dispõe em seu preâmbulo:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Também chamada de Constituição cidadã, foi elaborada com a participação do povo, a quem foi concedido o direito de apresentar propostas de emenda ao projeto de Constituição. Foi consagrada a democracia participativa, sendo assegurado ao povo o direito de propor projetos de lei.

Nessa Constituição, foi restabelecido a tripartição dos poderes, ou seja, o Poder Executivo, o Legislativo e Judiciário independentes e harmônicos entre si. Assegurou a independência funcional dos magistrados, possibilitando que o Judiciário exercesse funções atípicas, podendo controlar os atos e omissões do Poder Público, quando provocado.

Houve críticas à Constituição, por apresentar assuntos que poderiam ser tratados fora dela, por leis infraconstitucionais, como matérias específicas, como por exemplo, relativas ao direito do trabalho, direito penal ou civil. Porém segundo Rezende (2018) no texto minucioso da Constituição, foram inseridas muitas regras de proteção e lista de direitos do cidadão, como uma forma de melhor garantir seu cumprimento.

Essa Constituição Trouxe transformações nas relações econômicas, políticas e sociais, concedendo novos direitos, inclusive os trabalhistas. Houve uma considerável ampliação dos direitos, como o “o voto direto, secreto, universal e periódico”, inclusive para os analfabetos. Possibilitou mais três ações constitucionais, como *habeas data*, mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo. Garantiu os direitos fundamentais a todos, sem discriminações ou exclusões. Previu meios de garantias ou proteção desses direitos, no caso de denegação ou omissão por parte dos responsáveis pela efetivação desses direitos.

Assim, trata-se de uma Constituição promulgada, por ter sido elaborada democraticamente, refletindo os dogmas de uma sociedade e condizente com os princípios por ela consagrados, é analítica, pois as normas constitucionais são bem detalhadas. É rígida, pois o processo de modificação do texto ou o rito é mais rigoroso, pois para aprovação das emendas constitucionais, conforme disposto no Art. 60º, § 2º, “§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

Estão dispostas também no Artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988. as cláusulas *pétreas*, uma proteção à forma federativa de Estado; ao voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, que não podem ser alterados, abolidos, tão pouco reduzidos com o passar do tempo, nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição,

1.3 Controle de constitucionalidade

A Constituição, hierarquicamente, ocupa o ponto mais alto do sistema normativo, e o legislador baseia-se na Constituição para elaborar as leis. Insta mencionar acerca da ideia de controle de constitucionalidade, que consiste na verificação da adequação das leis e demais atos normativos produzidos pelo Poder Público com os princípios e regras constitucionais. Este controle está ligado à Supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico, uma vez que as leis e normas infraconstitucionais nela são fundamentadas, inclusive, respeitando os princípios nela contidos. A validade de uma norma infraconstitucional depende de estar em conformidade com a Constituição, para que não haja lesões dos direitos fundamentais constitucionais. Conforme Pedro Lenza é necessário dois pressupostos para que haja um controle de constitucionalidade:

“como requisitos fundamentais e essenciais pra o controle, lembramos a existência de uma Constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão este que variará de acordo com o sistema de controle adotado.” (LENZA, 2019, cap. 6)

Esses requisitos são atendidos, pois a Constituição do Brasil é rígida e o controle da constitucionalidade pode ser exercido em dois momentos, quais sejam, previamente, que é durante o processo de elaboração ou criação de uma lei ou norma, no projeto de lei, antes de sua vigência, sendo exercido pelo Poder Executivo, como no caso do veto jurídico presidencial, e pelo Poder Legislativo, no caso das Comissões de Constituição e Justiça. O outro momento, é o posterior à aprovação da lei, quando já em vigor, chamado também de repressivo, e cabe aos Tribunais exercer esse controle, conferindo a compatibilidade com a Constituição.

2 Direitos Fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais são essenciais para a manutenção do ordenamento jurídico, são estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, dispostos no Título II, Capítulos I ao V, que vai do Art. 5º ao Art. 17, assim elencados: os direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. O direito é o bem da vida guardado pela Constituição, e garantia é o mecanismo que a Constituição dispõe para defender esse direito.

Como o texto de uma Constituição deve ter seus valores compatíveis com a realidade da sociedade, que será por ela regida, esses direitos e garantias inerentes

à pessoa humana, hoje positivados, são frutos de preceitos conquistados com o avanço das sociedades.

2.1 Direitos sociais: origem e evolução

Em meio à Revolução industrial instaurada na Europa no século XIX, as condições da população que ali habitavam eram absurdas, alto nível de exploração dos trabalhadores, e em tudo, o objetivo era o lucro, a dignidade da pessoa humana, que nos dias atuais chega a ser assunto comum, naquela época não se respeitava. Houve uma desvalorização da pessoa e dos direitos sociais.

Com a evolução do processo industrial a população já não sabia mais o que fazer para sobreviver, os que conseguiram manter seu emprego, não tinham condições básicas de saúde, lazer, nem mesmo descanso. Sendo assim, com a revolta social, o pensamento de uma criação, ainda que primitiva, de direitos sociais vinha tomando força dentre a população, como afirma Canotilho (2002, p. 383) "...ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade."

"Liberdade, igualdade e a fraternidade" já não eram mais suficientes para as necessidades da população, mesmo com tais direitos garantidos, não havia previsão nenhuma de condições dignas de trabalho, nem das condições asseguradas pelo Estado com relação à saúde e sanidades básicas.

Essencial para a propagação dos direitos sociais, vieram a Constituição russa e a Constituição alemã adotadas no ano de 1919 que davam ênfase à dignidade da pessoa humana, à liberdade de expressão, ao direito à educação e à formação profissional. Já em 1944, em uma conferência da Organização Internacional do Trabalho surgiu um texto que enfatizou essas necessidades, e logo em seguida, no ano de 1948, segundo a interacionista Ignácio (2017), surgiu a declaração Universal dos Direitos Humanos que trazia uma série de direitos para que as nações seguissem como norteamento,

2.1.1 Direito social no território Brasileiro

Todas as constituições que o Brasil já teve, contemplaram os direitos sociais, em algumas, de uma forma mais forte, outras mais subentendidas, e especificamente na Constituição Federal de 1988, os direitos sociais estão previstos no 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." Esse Artigo

deixa a caráter das leis explicitar ainda mais sobre os direitos que estão descritos e suas forma de aplicabilidade.

O primeiro direito a ser citado neste Artigo é o direito à educação, trata-se de um direito social de extrema importância, pois, países desenvolvidos economicamente retratam uma preocupação com o desenvolvimento da educação de sua população, pois a educação tem o poder de realizar um efeito dominó sobre os outros direitos, isto é, se atingirmos um patamar elevado da qualidade da educação, os profissionais serão mais capacitados.

Os direitos à saúde, à alimentação e ao trabalho estão relacionados com o Artigo 1º da Constituição Federal, pois trata-se da dignidade da pessoa humana, e é necessário que o Estado possibilite uma condição de tratamento de saúde para as pessoas que não têm condições de arcar com uma unidade de saúde particular. No que tange à alimentação podemos seguir com o mesmo pensamento, isto é, deixar a população passando fome e o Estado inerte é uma violação do direito à dignidade humana.

Quanto ao trabalho, está mencionado no Inciso IV do Artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que eleva a valorização do trabalho e da iniciativa privada como fundamento República Federativa do Brasil

Outro direito citado no Artigo 6º, é o referente à moradia, a um lar. A questão da moradia, que é um direito social, é um problema histórico, embora seja de responsabilidade do Governo, o Estado interpretou como melhor forma de resolver a difícil situação, fazendo parceria com um banco estatal para financiamentos de imóveis, representada pela Caixa Econômica Federal, abrindo portas de negociações para que facilite o processo dos brasileiros de adquirirem a casa própria.

Trazendo a responsabilidade para a União mais uma vez, o transporte e o lazer, nesta Constituição, são de responsabilidade do Estado, promover a aplicação e prestação destes serviços com a melhor qualidade possível para todas as regiões.

A segurança neste texto da Constituição, diz respeito à segurança social, é destinada a toda coletividade através do poder de polícia e proteção coletiva, o legislador quis elencar no sentido geral, englobando não só a segurança física, mas também a proteção mental, alimentação, trabalho, entre outras.

A Constituição Federal cita a Previdência social, e é possível afirmar que este texto preocupa com a aposentadoria do indivíduo, entretanto a previdência atual prevê também seguridade aos trabalhadores que necessitem que alguma espécie de ajuda, como no período de maternidade, seja pelo auxílio-doença ou outras medidas

que estão previstas em lei. Subdividida em duas classes, a previdência social pode receber a classificação como o regime próprio da previdência social e o regime geral da previdência social, transcritos no Art. 40 e no Art. 201 a 203 respectivamente. No que se refere ao regime próprio da previdência social, consiste na modalidade dos servidores públicos, e ao regime geral, àqueles trabalhadores que estão vinculados à iniciativa privada e são regidos pela CLT (Consolidação das leis do trabalho).

Tido como Direito social, a proteção à maternidade e à infância, é amparada por lei infraconstitucional, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). Outro direito mencionado no Artigo 6º da Constituição é a assistência aos desamparados, que consiste na aplicação de políticas públicas e ações governamentais na área da assistência social, e estão previstas no Artigo 204 da Constituição.

A Constituição também garante a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, dispostos em seu título II, subdividindo-os em cinco capítulos, que além dos direitos sociais, apresentam também os direitos e deveres individuais e coletivos, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

2.2 Direitos e deveres individuais e coletivos

Os direitos e deveres individuais e coletivos estão descritos no Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde basicamente há alguns direitos principais protegidos, sendo eles: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade.

À luz da Declaração Universal dos direitos Humanos de 1948, em que o Brasil é signatário, o direito à vida, está previsto no Artigo 3º, e na Constituição, conforme Lenza (2019, cap.14 item 14.10.1): "O direito à vida, previsto de forma genérica no Artigo 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna."

No Direito Constitucional é considerada a potencialidade de vida, independente de quando ela começa de fato, considerando vida intrauterina e extrauterina. O bem a ser tutelado é a vida até a morte, o direito de continuar vivo, direito a uma vida digna, bem como sua viabilização.

No âmbito do ponto de vista biológico acerca do conceito de vida, Moore e Persaud, (2008, p.16), autores do livro Embriologia Clínica, a vida e o desenvolvimento humano se iniciam a partir da fecundação. O Supremo Tribunal Federal definiu, para fins legais, que há vida a partir do surgimento do cérebro, que ocorre a partir da inserção do embrião no útero da mulher.

O direito à vida é o mais importante dentre todos os direitos, tendo em vista que sem ele torna-se impossível o gozo de outros direitos, devendo ser interpretado conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, respeitadas as liberdades que esse princípio dispõe.

O referido princípio, importante em todas as esferas, está expresso no Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constando como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que traz no item 1º do seu preâmbulo: “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

“A dignidade da pessoa humana é uma referência constitucional unificadora dos direitos fundamentais inerentes à espécie humana, ou seja, daqueles direitos que visam garantir o conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimentos evitáveis na esfera social.”(CHIMENTI, 2008,p.34)

Pertencentes a uma sociedade, os seres humanos, para fazer gozo dos seus direitos, poderá também ter deveres impostos por leis e posturas socioculturais, possibilitando o convívio, para que algumas pessoas não sejam excluídas de seus meios sociais. O desembargador e professor Ingo Wolfgang Sarlet relata:

“temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”(SARLET, 2007).

A dignidade do ser humano possui alguns campos de aplicação prática, como a proteção à vida, o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana, o respeito ao corpo, à honra, à imagem, à privacidade e intimidade e a vedação atos degradantes ou desumanos. Há ainda a consideração das condições mínimas para o exercício da vida, como moradia, alimentação, saúde, educação. Por fim, o respeito à

igualdade social, principalmente com a proteção dos que se encontram em condições menos favoráveis. Assim a igualdade e o reconhecimento da dignidade de um ser humano são inalienáveis e a ele inerentes, e são imprescindíveis para a promoção da liberdade, da justiça, da paz e do desenvolvimento social.

Dessa forma, o direito à vida estabelecido na Constituição em seu Artigo 5º deve ser analisado conjuntamente com seu Artigo 1º, inciso III, que é a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a consagração desse princípio deve ser atrelada à análise do direito à vida constitucionalmente previsto. Em suma, segundo a Constituição Federal brasileira, serão atribuídos direitos e proteção à dignidade humana e a todos de forma igualitária.

Ao iniciar a explanação acerca do direito à liberdade, é mister conceituar liberdade, que conforme Gouveia (2017):

“A liberdade é o estado no qual se supõe estar livre de limitações ou coação, sempre que se tratar de agir de maneira lícita, de acordo com princípios éticos e legais dentro da sociedade, onde o direito também influi para o qual alegamos que o ser humano é de modo social e vivendo desta forma, suas atitudes interferem na vida de outros homens.”(GOUVEIA, 2017)

A liberdade está associada à autonomia, da qual o ser humano é dotado, como liberdade de escolha, de reger sua própria vida e sobre ela tomar suas decisões. A liberdade de ação traz consigo algumas regras capazes de englobar as demais liberdades, bem como dela surge outro princípio denominado de legalidade, de acordo com Robert Alexy:

“Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo por um direito garantido direta e subjetivamente, a que o estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual é constitucionalmente livre”. (ALEXY, 2008, p. 234).

A Constituição regulamentou algumas liberdades essenciais ao ser humano, entre elas, a liberdade de ação que está descrita no inciso II do Artigo 5º Da CF/88 que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, desde que emanada do Poder legislativo, pois trata-se do princípio da legalidade, que tem como objetivo a proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades do Estado. Somente uma lei pode criar obrigações de fazer ou deixar

de fazer algo, ou seja, somente por intervenção do Estado, e por meio do Poder Judiciário o indivíduo poderá perder sua liberdade.

Com o princípio da legalidade, vem o princípio do devido processo legal, conforme Inciso LIV do Art. 5º “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” é um dos direitos fundamentais mais antigos, e no Brasil foi expresso pela primeira vez, na Constituição de 1988, onde tal princípio traz consigo diversos outros princípios e garantias constitucionais, como por exemplo, o direito ao contraditório e à ampla defesa (Artigo 5º, Inciso LV), à inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (Artigo 5º, Inciso LVI), como também a publicidade dos atos processuais, a motivação das decisões, entre outros.

A liberdade de locomoção, ou de ir e vir, está disposta no Art. 5º Inciso XV “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz...”. Sobre essa liberdade, consta também no Art. 5º algumas garantias, como no Inciso XLVI que trata-se da individualização e regularização da pena por Lei, além da liberdade provisória e da concessão de *habeas corpus*, conforme Incisos LXVI e LXVIII.

Algumas liberdades consagradas na Constituição de 1988 são, ainda, a liberdade de consciência ou de crença, de pensamento ou de expressão, de associação, de comunicação e de trabalho, conforme os seguintes Incisos do Art. 5º:

“...IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar...”

A liberdade é um direito protetivo necessário para que o indivíduo exista de forma digna, é fator comportamental e só pode ser suprimida em virtude de lei, não podendo utilizar-se dela como meio que venha a ferir aos preceitos constitucionais.

Dando continuidade à explanação sobre os direitos e deveres protegidos no Caput do Artigo 5º da Constituição, temos o Inciso I “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;” consagrado o princípio da igualdade ou isonomia. No livro Vida Digna: Direito, Ética e Ciência Rocha, (2004, p.17) comenta sobre a igualdade: “...todos os humanos do planeta, os quais haverão que ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos”

Nesse Inciso trata-se da igualdade entre homens e mulheres, nesse sentido a igualdade poderá ser observada de duas formas, como igualdade formal e material. A igualdade formal é uma igualdade perante a lei, voltada ao legislador e ao Estado, diz respeito a denominação “todos são iguais perante a lei”, significando que a lei não poderá estabelecer tratamento desigual entre homens e mulheres sem justificativa concreta e efetiva. A Constituição define casos onde a diferença se faz necessária, por exemplo idade para aposentadoria e licença maternidade. No sentido material, a igualdade é o tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida das desigualdades. Conforme Lopes (2006,p.11)

“[...] devendo a igualdade ser interpretada não a partir da sua restrita e irreal acepção oriunda do liberalismo, que apenas considerava a igualdade no sentido formal – no texto da forma – mas devendo ser interpretada com uma igualdade material – igualdade no texto e na aplicação na norma – impondo tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais.” (LOPES, 2006, p. 11).

Quando se fala em princípio da igualdade, diz respeito ao tratamento igualitário perante a lei, consagrado no Caput do Artigo 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...”

O princípio da isonomia, por sua vez está ligado ao sentido material, na observância das desigualdades, em busca de promover, por meio da lei, uma compensação, não implicando a ideia de tratamento de todos de forma igualitária, mas um tratamento aplicado, considerando critérios da justiça social. O referido princípio dirige-se ao legislador, para que edite normas não discriminatórias, que não estabeleçam diferenciações relativas à idade, raça, condição social, sexo, religião e

outras de gênero, a não ser que haja permissão constitucional expressa. Refere-se também ao aplicador do direito, no caso, o Poder público, que não faça diferenciações ilegítimas ou favorecimentos.

Assim a Constituição Federal de 1988 trouxe as concepções de igualdade formal e material, buscando atrelar uma à outra, pois não há igualdade sem isonomia, apresenta também vários dispositivos objetivando eliminar as desigualdades, como disposto no Artigo 3º, desta forma: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:” “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”, “III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” e “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”, contemplando, assim, o princípio da isonomia.

O direito à segurança mencionado no Caput do Artigo 5º, trata-se do princípio da segurança jurídica, é um direito individual que consiste na segurança das relações jurídicas, através de regras que vão pacificar a sociedade, conforme descrito no Artigo 5º, inciso XXXVI, que traz em seu bojo que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O direito à segurança jurídica disposto no Caput do Artigo 5º não se confunde com o direito referido no Artigo 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.” que no caso, trata-se de um direito social, que dispõe sobre a segurança social, que é destinada a toda coletividade através do poder de polícia e proteção coletiva.

Por fim o direito à propriedade, disposto no Artigo 5º, incisos XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI, da Constituição Federal, garantindo às pessoas em todo território nacional o direito de ter bens, ter propriedade, direito este regrado pela legislação infraconstitucional em especial o Código Civil. Esse direito está ligado ao princípio da função social, ou seja, sua garantia se dá desde que atenda a função social, que é uma exigência da vida em sociedade. No inciso XXIV do Artigo 5º está estabelecida a questão da desapropriação, também sendo uma relativização do direito à propriedade, sendo possível desapropriar bens, desde que seja por utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, mas de forma retribuída, como compra compulsória realizada pelo Estado, mediante indenização, que seja justa, prévia e paga em dinheiro, via de regra.

2.3 Direitos de nacionalidade.

O direito de nacionalidade diz respeito ao vínculo entre o indivíduo e o Estado soberano que pode se dividir em nacionalidade primária e secundária, conforme descrito nos Artigos 12 e 13 da Constituição Federal. Conforme explica José Francisco Rezek:

“Nacionalidade é um vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado. Importante no âmbito do direito das gentes, esse vínculo político recebe, entretanto, uma disciplina jurídica de direito interno: a cada Estado incumbe legislar sobre sua própria nacionalidade, desde que respeitadas, no direito internacional, as regras gerais, assim como as regras particulares com que acaso se tenha comprometido.”
(REZEK, 2011, p. 212-213)

Há dois critérios na nacionalidade primária, que vinculam o indivíduo à nacionalidade, sendo o primeiro deles o *jus solis*, que vem do latim “direito de solo”, é quando o indivíduo tem direito à nacionalidade do território ou Estado em que nasceu. Já o segundo critério está relacionado com a consanguinidade, chamado de *Jus sanguinis*, que vem do latim “direito de sangue”, nesse caso o direito à nacionalidade é atribuído aos descendentes de nacionais, ou seja, àqueles que têm vínculo sanguíneo com os nacionais, e que cada Estado deverá determinar em qual grau se dará esse vínculo.

Quanto à nacionalidade secundária, também chamada de nacionalidade adquirida, é aquela que decorre da vontade do indivíduo ou do Estado por meio de naturalização, com critérios estabelecidos para fins de atribuição dessa nacionalidade, no Artigo 12 inciso I da CF/88.

2.4 Direito político.

O direito político concede ao cidadão exercer a democracia, participando do processo político e conseqüentemente das decisões do país, e está disposto no Art. 14 da CF/88 “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos...” e a regulamentação desse direito está disposta nos Artigos 14, 15 e 16. A Constituição Federal traz em seu Artigo 1º, Parágrafo Único “Todo poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Para que esse poder seja exercido, é necessário também a criação dos partidos políticos, de acordo com o Artigo 17, que supostamente são instrumento de articulação entre

os governantes e os anseios e necessidades dos cidadãos, assim, representado as preferências da população em políticas públicas.

CONCLUSÃO

O cidadão deve ser um conhecedor de seus direitos, uma vez que é por meio desse conhecimento que estará apto a pleiteá-los, principalmente aqueles inerentes à dignidade humana. Vale ressaltar que o intuito dessa pesquisa foi o esclarecimento, não sendo aqui feito um posicionamento que deva ser seguido, e sim uma análise de qual a forma mais adequada de se tratar e assegurar a dignidade da pessoa humana sem que seja ferido o preceito basilar constitucional.

Ao abordar sobre os principais direitos, como os direitos sociais, individuais e coletivos, foi possível entender e conscientizar que o bem maior é o ser humano, e que deve ter suas necessidades reconhecidas, uma vez que podem variar de uma pessoa para outra ou entre grupos sociais diferentes, tendo em vista que cada ser humano é único e possui dignidade e personalidade.

O conhecimento dos direitos do cidadão, também se faz necessário, para o exercício da democracia, que um dos exemplos é com relação aos direitos políticos, que no caso específico do Estado brasileiro, é por meio do voto que a democracia é exercida, de forma representativa, onde ocorrem eleições para eleger esses representantes do povo de dois em dois anos.

Com base nas análises realizadas no transcorrer deste estudo e também dos doutrinadores que foram apresentados neste trabalho, foi possível consignar alguns apontamentos, como a importância do Estado Democrático de Direito no dia a dia da sociedade, pois só por meio dele e com seu respaldo é possível ter uma democracia, uma garantia na aplicação de direitos. Um Estado não pode ficar inerte em relação aos problemas da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 234.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009. p.571.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.p. 383

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p.34.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE GERAL. Direito Net, 2002. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/115/Controle-de-constitucionalidade-Geral>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL. 8. ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, vitória, ano 2018, n. 2, p. 12.

DOS ANJOS MAGALHÃES, Leslei Lester. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida. São Paulo: Saraiva.2012.

GOUVEIA, Alane Leal. Jus.com.br. 2017. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/62532/o-suicidio-como-condicao-plena-de-liberdade-individual/3#:~:text=A%20liberdade%20%C3%A9%20o%20estado,desta%20forma%2C%20suas%20atitudes%20interferem> Acesso em: 03 de jun. de 2020

IGNÁCIO, Júlia. O que são direitos sociais.Politize. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/direitos-sociais-o-que-sao/> . Acesso em: 24 de maio de 2020.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-historica-dos-direitos-sociais-da-constituicao-do-imperio-a-constituicao-cidada/> Acesso em: 24 de maio de 2020.

KNOEPKE, Luciano. Evolução e Comparação das Constituições Brasileiras. JUS.COM, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66877/evolucao-e-comparacao-das-constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. cap. 6 e cap.14 item 14.10.1

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Gênero, discriminação e tráfico internacional de mulheres. Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate. Organizadora: Lília Maia de Moraes Sales. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006, p. 11.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. Embriologia Clínica. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16

MORAES, Alexandre de. Direitos Constitucional. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.2-3

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4. Ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

PESTANA, Barbara Mota. Direitos fundamentais: origem dimensão e características. Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50756/direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Marx Liminard, 2002. p.59-60

REZENDE, Marília Ruiz. A Constituição de 1967. Politize, 2015. Disponível em: <https://www.politize.com.br/constituicao-de-1967>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

_____. A Constituição de 1988. Politize, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/constituicao-de-1988/>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

REZEK, Jose Francisco. Direito Internacional Público. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.212 – 213.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "Vida Digna: Direito, Ética e Ciência". In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). O Direito à Vida Digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17.

SANTOS, Adair Alves dos. O Estado Democrático de Direito. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.26.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 197.

O IMPACTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

JULIANA GAVIOLI DA SILVA: Pós-Graduada.
Advogada.

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito de Família e Sucessões, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Orientador: Prof. Dr. CESAR CALO PEGHINI

RESUMO: O presente trabalho trata do impacto da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), também conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Direito de Família, com o intuito de estimular a reflexão sobre os avanços e retrocessos dessa lei. O Estatuto foi elaborado com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Adicional, e deixou de relacionar a deficiência meramente como uma patologia e passa a identificá-la como resultante da interação entre a pessoa com deficiência e as barreiras que impedem a plena e efetiva participação delas na sociedade em igualdade de oportunidade com as demais. O Estatuto teve grande impacto no Direito de Família, a começar revolucionando a teoria das incapacidades. Atualmente apenas o menor de dezesseis anos pode ser considerado absolutamente incapaz. O Estatuto ressalta que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir sobre o número de filhos, ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, exercer o direito à guarda, tutela, curatela e adoção. Quanto ao casamento, foram retirados do ordenamento jurídico a menção da necessidade de autorização de curadores. Também foi revogado a hipótese de nulidade contraído “pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”. Quanto as hipóteses de anulabilidade por erro essencial da pessoa, o legislador deixou claro que o defeito físico não pode caracterizar deficiência e revogou a hipótese de anulabilidade por “ignorância, anterior ao casamento de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”. O Estatuto ainda incluiu a previsão de que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil pode contrair matrimônio expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu curador. Quanto à curatela foram revogados as previsões quanto “aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento mental

para os atos da vida civil”, “os deficientes mentais”, e “os excepcionais sem completo desenvolvimento mental”. Enquanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que a curatela é uma medida extraordinária, que afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Aos deficientes que possuem discernimento o Estatuto trouxe a grande novidade: o instituto da tomada de decisão apoiada, que é um procedimento judicial em que a pessoa com deficiência elege duas ou mais pessoas de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil. É analisado um caso concreto no final do trabalho de uma pessoa com deficiência mental e aberta a reflexão de se as mudanças trouxeram uma maior autonomia ou uma maior vulnerabilidade às pessoas com deficiência. Talvez o maior desafio com as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e com os compromissos assumidos com a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiências está na adaptação a esta nova realidade.

Palavras-chave: deficiência; capacidade; família; direito

ABSTRACT: This document deals with the impact of the Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disabilities (Law No. 13,146 / 2015), also known as the Statute of Persons with Disabilities, in Family Law, in order to stimulate reflection on progresses and setbacks of this law. The Statute was created and developed based on the Rights of Persons with Disabilities within the International Convention and its Additional Protocol, and has ceased to relate disability merely as a pathology and has come to identify it as a result of the interaction between the person with a disability and the barriers that prevents their full and effective participation in society on an equal basis with others. The Statute had a great impact on Family Law, starting over by revolutionizing the theory of disabilities. Nowadays, only children under sixteen years old can be considered absolutely incapable. The Statute emphasizes that disability does not affect a person's civil capacity to marry, establish a stable union, exercise sexual and reproductive rights, decide on the number of children, have access to suitable information on reproduction and family planning, conserve their fertility, exercise the right to custody, guardianship, trustee, and adoption. Regarding marriage, the need for trustees' authorization from the legal system was removed. In addition, the nullity hypothesis contracted “by the mentally ill without the necessary discernment for the acts of civil life” was also revoked. Regarding the hypotheses of annullability due to the person's essential error, the legislator made it clear that the physical defect cannot characterize disability and revoked the hypothesis of annullability due to “ignorance, prior to the marriage of a serious mental illness that, by its nature, makes life unbearable. in common with the deceived spouse”. The Statute even included the provision which the person with mental or intellectual disability at the nubile age may contract marriage by expressing his will directly or

through his curator. As for the trustee, the predictions were revoked regarding "those who, due to mental illness or disability, do not have the necessary mental insight for the acts of civil life", "the mentally disabled", and "the exceptional without complete mental development". While the Statute of the Person with Disabilities provides that the trustee is an extraordinary measure, which will affect only the acts related to the patrimonial and business nature rights. The Statute brought great news to the disabled who have discernment: the supported decision-making institute, which is a judicial procedure in which the person with disabilities elects two or more people they trust, to assist them in making decisions about the acts of civil life. A concrete case of a person with a mental disability is analyzed at the end of the research and is open to reflexion whether the changes have brought greater autonomy or greater vulnerability to people with disabilities. Perhaps the biggest challenge with the changes promoted by the Statute for People with Disabilities and with the commitments assumed with the International Convention on the Rights of People with Disabilities is in adapting to the new reality.

Keywords: disability; capacity; family; right

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. HISTÓRIA DA TUTELADA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 1.1. Tutela Anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. 1.2. Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. 1.3. Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência) – Lei no 13.146/2015. 2. IMPACTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA. 2.1. Capacidade Civil. 2.2. Casamento. 2.3. União Estável. 2.4. Planejamento Familiar. 2.5. Interdição e o Instituto da Curatela. 2.6. Tomada de Decisão Apoiada. 3. ESTUDO DE CASO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho vai tratar do impacto da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), também conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Direito de Família.

O intuito deste trabalho é estimular a reflexão sobre avanços e retrocessos dessa lei no âmbito do Direito de Família.

Inicialmente será apresentado um breve contexto histórico da tutela jurídica da pessoa com deficiência que antecedeu a Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, a posterior ratificação e promulgação desta Convenção pelo Brasil pelo rito especial e finalmente a longa tramitação e aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em seguida começarão a ser desenvolvidos os impactos individualmente, sendo demonstrados as alterações legislativas e em determinados casos jurisprudenciais e doutrinárias.

O primeiro impacto a ser tratado será o da capacidade civil, uma vez que o Estatuto revolucionou a teoria das incapacidades, o que impactou em todo o ordenamento jurídico.

Em seguida serão desenvolvidos os impactos sofridos nos seguintes institutos: casamento, união estável, planejamento familiar, interdição e o instituto da curatela e por fim, a grande novidade do Estatuto, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

No último capítulo será apresentado um caso real de uma pessoa com deficiência mental, será contextualizada a vida desta pessoa e trazido as conclusões de alguns laudos periciais e ao final será aberto um espaço para reflexão a respeito das mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1. HISTÓRIA DA TUTELA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Flávia Piovesan⁴⁶ divide a história dos direitos humanos das pessoas com deficiência em quatro fases:

A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que esta simbolizava impureza, pecado ou mesmo castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase, orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma doença a ser curada”, estando o foco no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e no meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos.

46 FERRAZ, Carolina Valença, LEITE, George Salomão, LEITE, Glauber Salomão.. [et al]. **Manual da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46

Neste capítulo será abordado um breve histórico da tutela jurídica da pessoa com deficiência já no final do século XX, a partir das legislações que antecederam a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1.1. TUTELA ANTERIOR AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

As pessoas com deficiência no Brasil até a promulgação da Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, eram tuteladas por legislações esparsas, que serão algumas aqui analisadas.

A começar pela Constituição Federal de 1988⁴⁷, que em diversos dispositivos trata especificamente das pessoas com deficiência, proibindo qualquer tipo de discriminação no tocante a salários e critérios de admissão (artigo 7º, XXXI); regime diferenciado para servidores com deficiência (artigo 40, §4-A); cotas em cargos e empregos públicos (artigo 37, VIII); assistência social à pessoa com deficiência que necessitar (artigo 203, IV e V); preferência no pagamento dos precatórios de natureza alimentícia até o valor equivalente ao triplo fixado em lei (artigo 100, § 2º); criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (artigo 227, §1º, II); atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (artigo 208, III), dentre outros.

A Lei nº 7.853/1989⁴⁸ dispõe sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências.

47 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

48 BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Brasília, 24 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853compilado.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 3.298/199949, que nos artigos 3º e 4º traz o conceito de pessoa com deficiência física:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma

49 BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Brasília, 20 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

A Lei nº 10.098/200050 estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços

50 BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Brasília, 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

Em 2001 foi editada a Lei nº 10.216/2001 que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. O parágrafo único, do artigo 2º, elenca os direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Outras leis que asseguram direitos às pessoas com deficiência são: a Lei nº 10.048/2000, que determina atendimento prioritário, assentos reservados em transportes públicos, logradouros, sanitários, edifícios e transportes adaptados; a Lei

51 BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Brasília, 6 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

52 BRASIL. **Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000**. Brasília, 8 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

nº 8.112/199053, que assegura cotas em concursos públicos (artigo 5º, §2º); a Lei nº 8.213/199154, que determina percentual mínimo de empregados com deficiência que o empregador deve contratar (artigo 93); a Lei nº 9.394/199655, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, inclusive da educação especial, entendendo-se por aquela oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educando com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação; dentre outras leis.

Já no âmbito internacional pode-se destacar primeiramente a Carta Internacional dos Direitos Humanos ou Bill of Rights, composto pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e seu Protocolo Facultativo e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que nas palavras da Flávia Piovesan⁵⁶ “incorporam uma concepção formal de igualdade, sob o binômio igualdade e não discriminação, assegurando uma proteção geral, genérica e abstrata”.

Em 1971 foi aprovada pela resolução n. A/8429 da Assembleia Geral da ONU a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental⁵⁷. E em 1975 foi aprovada a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes⁵⁸, também pela Assembleia Geral da ONU.

O ano de 1981 foi proclamado pelo ONU através da resolução 31/123 como o “Ano Internacional das Pessoas Deficientes”.

53 BRASIL. **Lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990**. Brasília, 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

54 BRASIL. **Lei nº 8.213, 24 de julho de 1991**. Brasília, 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

55 BRASIL. **Lei nº 9.394, 20 de dezembro de 1996**. Brasília, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

56 FERRAZ, Carolina Valença, LEITE, George Salomão, LEITE, Glauber Salomão.. [et al]. **Manual da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47

57 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos do Deficiente Mental**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Deficiencia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>> Acesso em 17 jun. 2020.

58 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf> Acesso em 18 jun. 2020.

Por fim, cabe destacar a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiências, também conhecida como "Convenção de Guatemala", promulgada pelo Brasil em 2001 através do Decreto nº 3.95659. O objetivo da Convenção é o de "prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade". Para efeitos desta Convenção, conceitua "deficiência" e "discriminação" da seguinte maneira:

1. Deficiência

O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

2. Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência

a) o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

59 BRASIL. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Brasília, 8 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm> Acesso em 18 jun. 2020.

1.2. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 13 de dezembro de 2006, mediante a Resolução da Assembleia Geral nº 61/106, e foi aberta à assinatura de todos os Estados e organizações de integração regional na sede das Nações Unidas em Nova York, a partir de março de 2007, conforme artigo 4260.

Abaixo, extraído do site da ONU⁶¹, o mapa dos países que aderiram à Convenção, sendo que os países que estão pintados em azul escuro são os Estados-parte (181), ou seja, Estados que expressaram seu consentimento, por um ato de ratificação e o tratado entrou em vigor; em azul claro são Signatários (9), Estados que forneceram um endosso preliminar ao instrumento e sua intenção de examinar o tratado internamente e considerar ratificá-lo; já em laranja são os Sem Ação⁽⁸⁾, Estados que não deram o consentimento.



No Brasil foi ratificada pelo Congresso Nacional em 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186, em conformidade com o procedimento do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal, entrando em vigor no plano jurídico externo, e posteriormente promulgada pelo Decreto nº 6.949 de 2009, quando iniciou sua vigência no plano interno.

O rito especial do parágrafo terceiro, do artigo 5º, da Constituição Federal foi introduzido pela Emenda Constitucional 45 de 2004 e dispõe que "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada

60 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **General Assembly - Resolution 61/106**. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_61_106-E.pdf>. Acesso em 11 maio 2020.

61 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Status Of Ratification Interactive Dashboard. Disponível em: <<https://indicators.ohchr.org>>. Acesso em 11 maio 2020.

Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Ou seja, esta Convenção tem hierarquia de uma emenda constitucional e como preceitua o Professor Flávio Martins em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados por este rito, juntamente com o texto constitucional e os princípios constitucionais formam o chamado “bloco de constitucionalidade”, que servirá de parâmetro para o controle da constitucionalidade⁶².

Esta foi a primeira Convenção internacional do século XXI e trouxe diversas avanços na busca pela igualdade material, na luta contra a discriminação das pessoas com deficiência, na desconstrução da terminologia de deficiência ligada apenas a uma patologia para relacioná-la ao ambiente e obstáculos enfrentados por essas pessoas, foi uma evolução histórica nas palavras de Flávia Piovesan⁶³:

A Convenção surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. É inovadora em muitos aspectos, tendo sido o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e o primeiro do século XXI. Incorpora uma mudança de perspectiva, sendo relevante instrumento para a alteração da percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial.

Os Estado-Parte reconheceram no preâmbulo da Convenção que deficiência é um conceito em evolução e no artigo 1 definiram pessoas com deficiências “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”⁶⁴.

62 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p. 166-167

63 FERRAZ, Carolina Valença, LEITE, George Salomão, LEITE, Glauber Salomão.. [et al]. **Manual da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47

64 BRASIL. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. **Decreto nº 6.949, 25 de agosto de 2009**. Brasília, 25 de agosto de 2009.

Foram adotados oito princípios gerais no artigo 3, são eles: a) respeito à dignidade, autonomia, liberdade de fazer as próprias escolhas e independência; b) não discriminação; c) plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) igualdade de oportunidades; f) acessibilidade; g) igualdade entre o homem e a mulher e h) respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito de preservar sua identidade.

Sobre o objetivo da Convenção, a obrigação dos Estados e as consequências Flávia Piovesan⁶⁵ escreve que:

O propósito maior da Convenção é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estado-Partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nelas previstos. Introduce a Convenção o conceito de "*reasonable accommodation*", apontando o dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais. Violar o "*reasonable accommodation*" é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada.

Ao longo do texto é enfatizado a busca pela igualdade não apenas formal, mas material, como por exemplo o artigo 12 que dispõe sobre o reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência para todos os aspectos da vida.

Também é trazido o conceito de "discriminação por motivo de deficiência", no artigo 2 que significa "qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm> Acesso em 11 maio 2020.

65 FERRAZ, Carolina Valença, LEITE, George Salomão, LEITE, Glauber Salomão.. [et al]. **Manual da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46

as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável”, e ao longo do documento é enfatizado que esse comportamento deve ser eliminado por todos os Estado-partes.

Quanto ao objeto de estudo do presente trabalho merece atenção especial o artigo 23 desta Convenção, uma vez que este artigo prevê que os Estados-partes deverão tomar medidas para eliminar discriminação contra as pessoas com deficiência, visando a assegurar a elas o reconhecimento do direito a constituir família, contrair matrimônio quando atingida a idade núbil, liberdade no planejamento familiar, na maternidade / paternidade, acesso às informações e conservação da sua fertilidade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Prevê ainda o artigo que os Estados-partes, preservado o superior interesse do menor, assegurarão às pessoas com deficiência o direito e responsabilidades relativos a guarda, curatela, custódia e adoção.

Por fim, dispõe que sempre preservando o melhor interesse da criança, a deficiência por si só nunca será justificativa para afastar a criança do lar, sempre será precedido de um controle jurisdicional e prevalecerá o ambiente familiar para o cuidado da criança.

No sistema de implementação e monitoramento interno da Convenção, o artigo 33 determinou que os Estados-parte além de designarem um ou mais setores do seu Governo, permitam a participação da sociedade civil, particularmente das pessoas com deficiência e suas organizações representativas.

Foi estabelecido um Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos termos do artigo 34 da Convenção, a princípio formado por doze peritos e após alcançar sessenta ratificações acrescidos em seis membros, perfazendo dezoito membros, eleitos pelos Estado-partes, para mandatos de quatro anos, podendo ser reeleitos uma única vez.

Atualmente, a deputa federal brasileira Mara Gabrilli integra o quadro de peritos do Comitê com mandato até dezembro de 202266.

Os Estados-partes devem encaminhar periodicamente relatórios por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas e com base neles o Comitê fará sugestões e recomendações que julgar pertinentes.

66 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comitte on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponível Em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Membership.aspx>>. Acesso em 12 maio 2020.

Entretanto, além de recomendações o Comitê tem a competência de receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nomes deles, alegando serem vítimas de violações das disposições da Convenção pelo Estado-parte, desde que este Estado-parte tenha ratificado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O Brasil ratificou e promulgou o Protocolo Facultativo junto com a Convenção.

Já os demais países tiverem uma adesão menor, como é possível verificar no mapa abaixo extraído do site da ONU⁶⁷, sendo que os países que estão pintados em azul escuro são os Estados-parte (95), em azul claro são Signatários (28) e em laranja os Sem Ação (75).



1.3. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA) – LEI Nº 13.146/2015

A Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015⁶⁸), conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi fruto de um trabalho de 15 anos e teve início com a proposta do Projeto de Lei nº 3.638/2000⁶⁹, pelo então deputado

67 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Status Of Ratification Interactive Dashboard. Disponível Em: <<https://indicators.ohchr.org>>. Acesso em 11 maio 2020.

68 BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Lei nº 13.146, 6 de julho de 2015**. Brasília, 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em 11 jun. 2020.

69BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.638, de 2000**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19977>> Acesso em 11 jun. 2020.

federal Paulo Paim, que instituiria o denominado “Estatuto do Portador de Necessidades Especiais”.

Em 2003, Paulo Paim, agora Senador, apresentou o Projeto de Lei nº 6/200370 no Senado Federal, com a mesma redação da proposta anterior, mas denominando de “Estatuto do Portador de Deficiência”. Entretanto, em dezembro de 2006 foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa o substituto⁷¹ ao projeto de relatoria do senador Flávio Arns, que passou a denominar de “Estatuto da Pessoa com Deficiência”.

O Brasil ratificou em 2008 e promulgou em 2009 por meio do Decreto nº 6.949, em conformidade com o procedimento do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal, a Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, possuindo, assim, status de emenda constitucional, levantando a necessidade de adaptação da redação do Projeto de Lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência à Convenção. Durante esse período foram abertos debates, inclusive com a participação popular e através do site da Câmara dos Deputados <http://arquivo.edemocracia.camara.leg.br/web/estatuto-da-pessoa-com-eficiencia/wikilegis#.XuJuuS3OoU0> era possível fazer comentários e sugestões ao texto da proposta.

Foi aprovado em 2015 a redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 7.699-A de 2006 do Senado Federal⁷² (PLS nº 6/2003 na casa de origem), de relatoria da Deputada Federal Mara Gabrilli, que instituiu a “Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência”. Após o texto também ser aprovado no Senado com adequações redacionais, foi sancionado pela então Presidente Dilma Rousseff, com vetos parciais.

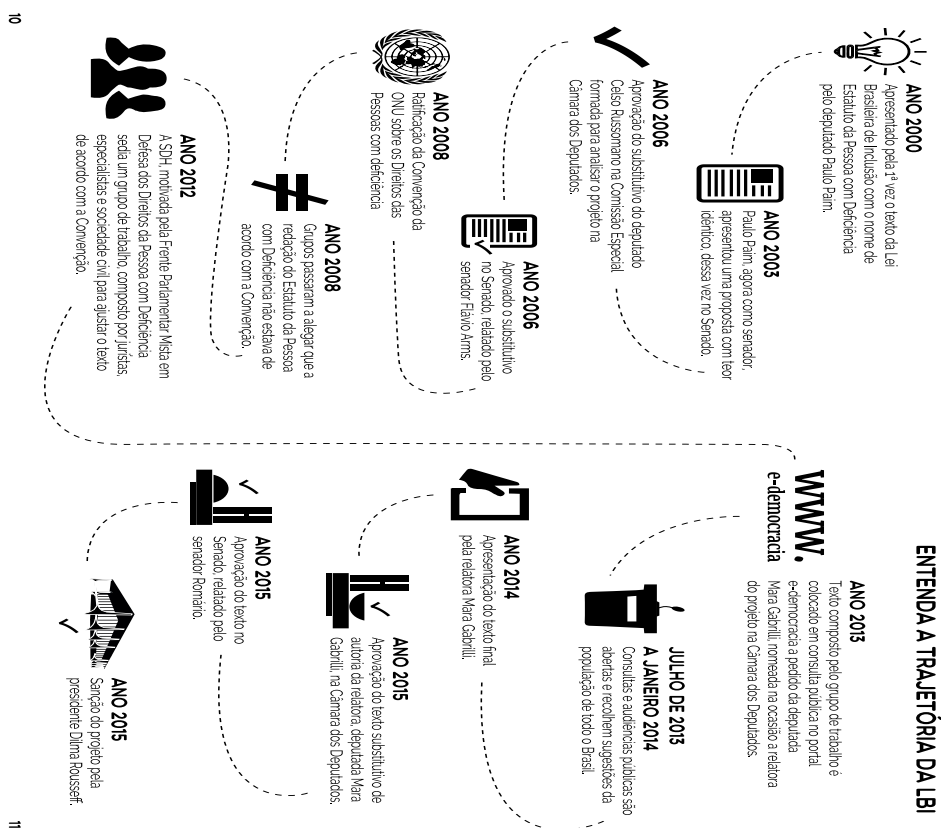
70 BRASIL. **Projeto de Lei nº 06, de 2003.** Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/701?sequencia=244>> Acesso em 11 jun. 2020.

71 SENADO FEDERAL. **Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.** Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4273431&ts=1586467303049&disposition=inline>> Acesso em: 11 jun. 2020.

72 BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.699-A, de 2006.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1308786&filename=Tramitacao-PL+7699/2006> Acesso em 11 jun. 2020.

A Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi publicada em 06 de julho de 2015 e entrou em vigor após cento e oitenta dias (artigo 126).

A Deputa Mara Gabrilli, ilustrou toda a trajetória do Estatuto de uma forma bem didática na imagem abaixo, retirada do seu website: <https://www.maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Guia-sobre-a-LBI-digital.pdf>:



O Estatuto foi elaborado com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Adicional, e se destina a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e da liberdade fundamentais por pessoas com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania (artigo 1º).

Assim como na Convenção, o Estatuto deixa de relacionar a deficiência meramente como uma patologia e passa a identificá-la como resultante da interação entre a pessoa com deficiência e as barreiras que impedem a plena e efetiva participação delas na sociedade em igualdade de oportunidade com as demais (caput, do artigo 2º).

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Quando necessária a avaliação da deficiência, dispõe o parágrafo 1º, do artigo 2º, que ela será biopsicossocial, realizada por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- Os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- Os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- A limitação no desempenho de atividades; e
- A restrição de participação.

Este dispositivo deveria entrar em vigor dois anos após a entrada em vigor do Estatuto, ou seja, em janeiro de 2018 (artigo 124), entretanto, até o momento o Poder Executivo não criou nenhum instrumento para regulamentar a avaliação por equipe multiprofissional e interdisciplinar, o que é alvo de muitas críticas, ao contrário, incluiu nas funções do Perito Médico Federal a avaliação biopsicossocial da deficiência para fins previdenciários, assistenciais e tributários.

LEI Nº 11.907, DE 2 DE FEVEREIRO DE 2009.

Art. 30. Fica estruturada a carreira de Perito Médico Federal, no âmbito do quadro de pessoal do Ministério da Economia, composta dos cargos de nível superior de Perito Médico Federal, de provimento efetivo. (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 3º São atribuições essenciais e exclusivas dos cargos de Perito Médico Federal, de Perito Médico da Previdência Social e, supletivamente, de Supervisor Médico-Pericial da carreira de que trata a Lei nº 9.620, de 2 de abril de 1998, as atividades

médico-periciais relacionadas com: (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

V - o exame médico-pericial componente da avaliação biopsicossocial da deficiência de que trata o § 1º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), no âmbito federal, para fins previdenciários, assistenciais e tributários, observada a vigência estabelecida no parágrafo único do art. 39 da Lei resultante da Medida Provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019; (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019) (Vigência)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme exposto acima, relaciona as limitações sofridas pela pessoa com deficiência em razão da interação com barreiras encontradas, definindo o artigo 3º, inciso IV, barreira como: “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:” a) barreiras urbanísticas; b) barreiras arquitetônicas; c) barreiras nos transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação; e) barreiras atitudinais; e f) barreiras tecnológicas.

Obstruir essas barreiras para permitir a participação plena e efetiva na sociedade das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas, exige um papel ativo do Estado, da sociedade e das próprias pessoas com deficiência. Neste sentido, é o trecho extraído do livro “Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – lei n. 13.146/2015”⁷³:

O modelo social frisa o impacto do ambiente na vida da pessoa com deficiência e determina que este seja considerado, sempre. Pode-se dizer que essa posituação da mudança de enfoque conceitual e de olhar passa da lente do modelo médico e assistencial para a lente do modelo social da deficiência baseado nos direitos humanos.

73 LEITE, Flávia Piva Almeida, RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes, COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/2015**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 47 e 48

(...)

Como subsídio ao processo de melhor compreensão do modelo social da deficiência, foi desenvolvida interessante equação matemática (MEDEIROS, 2005) que ilustra o impacto do ambiente em relação à funcionalidade do indivíduo. Vejamos quais são os componentes da fórmula:

Deficiência = Limitação Funcional x Ambiente

Se for atribuído valor zero ao ambiente, por ele não oferecer nenhum obstáculo ou barreira, qualquer que seja o valor atribuído à limitação funcional do indivíduo, a deficiência terá como resultado zero. Por óbvio, não quer essa teoria dizer que a deficiência desaparece, mas sim que deixa de ser um problema e passa a ser posta como uma questão resultante da diversidade humana.

O artigo 3º traz outros conceitos importantes para a compreensão do texto do Estatuto, como o de: I – acessibilidade; II - desenho universal; III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica; V – comunicação; VI - adaptações razoáveis; VII - elemento de urbanização; VIII - mobiliário urbano; IX - pessoa com mobilidade reduzida; X - residências inclusivas; XI - moradia para a vida independente da pessoa com deficiência; XII - atendente pessoal; XIII - profissional de apoio escolar; e XIV – acompanhante.

O Estatuto preocupou-se em assegurar às pessoas com deficiências não apenas a igualdade formal, mas buscar também a igualdade material por meio da proibição de qualquer espécie de discriminação, a plena capacidade para os atos da vida civil e a obrigação do Estado, sociedade e família de assegurar com prioridade a efetivação de seus direitos.

De acordo com o parágrafo 1º, do artigo 4º, considera-se discriminação em razão da deficiência: “toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas”.

Conforme dispõe o artigo 6º, “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de

ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

No caso em que seja necessário ser submetida a curatela, esta afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (artigo 85).

A pessoa com deficiência que tenha preservada o seu discernimento, é facultado a adoção do processo de tomada de decisão apoiada (artigo 84, §2º), que é um procedimento judicial em que ela elege duas ou mais pessoas de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil.

O Estatuto também traz previsões no âmbito dos direitos fundamentais à vida, à saúde, à habilitação e reabilitação, à educação, à moradia, ao trabalho, à previdência social, à cultura, ao esporte, ao turismo, ao lazer, ao transporte e à mobilidade. E também ao acesso à informação, comunicação, tecnologia assistida, à participação na vida pública e política e ao acesso à justiça em igualdade de oportunidade com as demais pessoas.

Os artigos 88 a 91 tratam dos crimes e infrações administrativas praticados contra as pessoas com deficiência.

O Estatuto fez diversas alterações no Código Civil, que impactaram no Direito de Família, e que serão analisadas no capítulo a seguir.

2. IMPACTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), com vistas a adequar-se a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e garantir às pessoas com deficiência, igualdade, autonomia e participação plena e efetiva na sociedade, introduziu mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, alterando institutos do Direito de Família que serão analisados neste capítulo.

3.1. CAPACIDADE CIVIL

De acordo com o artigo 1º do Código Civil⁷⁴ toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, isto é qualquer ser humano, independente de qualquer requisito formal ou material possui a aptidão de contrair direitos e deveres. Esta é a chamada capacidade de direito ou de gozo.

Entretanto, nem todas as pessoas possuem autodeterminação e discernimento, tendo a chamada capacidade de exercício ou de fato limitada e necessitando assim da intervenção e auxílio de outra pessoa, seja por meio, por exemplo, da tutela ou da curatela.

Assim, capacidade civil plena é composta da capacidade de direito ou de gozo que é inerente a todo ser humano e da capacidade de exercício ou de fato que somente a possui aqueles que contemplam tanto a autodeterminação quanto o discernimento.

Os incapazes estão elencados nos artigos 3º e 4º do Código Civil, que sofreram grandes alterações com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Essas modificações tem o objetivo de adequar o Código Civil à nova Teoria das Incapacidades, ao próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial ao caput do artigo 6º, e à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, especialmente o disposto no artigo 12 ponto 2:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

I - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

74 BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 20 maio 2020.

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a

empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

O artigo 3º traz a relação dos absolutamente incapazes, que atualmente se limita aos menores de dezesseis anos, após o artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência revogar todos os seus incisos.

Foram revogadas as previsões quanto às pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos ou às que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

CC ANTES EPD	CC DEPOIS EPD
<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>I - <u>(Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>II - <u>(Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>III - <u>(Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p>

Os relativamente incapazes, estão previstos no artigo 4º do Código Civil, que também sofreu alteração pelo artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Permaneceu inalterada a previsão do inciso I quanto aos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, que precisam ser assistidos pelos pais ou tutores para pratica de certos atos, como por exemplo para ser parte em um processo.

No entanto, existem certos atos que podem ser praticados sem nenhuma assistência, como por exemplo ser testemunha, eleitor, elaborar testamento, aceitação de mandato.

Ainda relacionado ao menor de dezoito anos e maior de dezesseis anos cabem destacar dois pontos: 1) é possível antecipar os efeitos da maioridade civil por meio da emancipação (Por concessão dos pais, pelo casamento, por exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior, por estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, obtendo o menor as suas economias próprias, visando a sua subsistência - artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil) e 2) quando dolosamente ocultarem a idade ou declararem-se maiores de idade no momento da prática do ato, não poderão eximir-se posteriormente da obrigação assumida invocando a idade (artigo 180 do Código Civil).

Já o inciso II sofreu modificação, tendo sido excluída a previsão quanto às pessoas que por deficiência mental tenham o seu discernimento reduzido, não sendo mais consideradas como relativamente incapazes. Continuou previsto que ébrios habituais e viciados em tóxicos podem ser considerados relativamente incapazes para certos atos da vida civil.

Outra alteração promovida pelo Estatuto foi no inciso III, que transferiu a redação que anteriormente constava no artigo 3º, classificando agora aqueles que “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” como relativamente incapazes e não mais absolutamente incapazes. Também excluiu do rol “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, abrangendo aqui por exemplo as pessoas com *síndrome de Down*, que são consideradas atualmente *absolutamente capazes*.

Em 2019 o site Extra75 relatou a história de Rodrigo Fontana, que tem síndrome de Down e representado pela advogada Cristiane Zamari, membro do comitê jurídico da Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down, lutou na justiça para ver reconhecida a sua capacidade civil plena e assim cessar a curatela. Rodrigo obteve decisão favorável e deu o seguinte depoimento:

75 FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE SÍNDROME DE DOWN. **Autonomia e Independência são marcos para as pessoas com deficiência intelectual.** Disponível em: <<http://federacaodown.org.br/index.php/2019/08/06/autonomia-e-independencia-sao-marcos-para-as-pessoas-com-deficiencia-intelectual/>> Acesso em 20 maio 2020.

- Minha mãe me interditou quando eu era muito novo, achando que eu não conseguiria viver no mundo porque tenho Síndrome de Down. Eu tentei mostrar que podia, mas não fui ouvido por quase ninguém. Tentei várias vezes pedir ajuda à Justiça, mas não consegui, e continuei sendo controlado em tudo. Agora posso correr com minhas próprias pernas para tirar minha habilitação e comprar uma casa sem ter assinatura de ninguém. Já até marquei o casamento com a minha noiva para o dia 26 de outubro deste ano. Agora podemos oficializar a nossa relação. – comemora o noivo, que já alugou o salão para a festa em Santos, cidade onde vive.

Os pródigos, indivíduos que gastam desmedidamente, continuam previstos no inciso IV, como relativamente incapazes. A este respeito explica Silvio de Salvo Venosa⁷⁶:

Pródigo é, portanto, o indivíduo que gasta desmedidamente, dissipando seus bens, sua fortuna.

A origem dessa *capitis deminutio* reside no Direito Romano, quando na época era considerado o patrimônio uma propriedade comum e a dilapidação da fortuna afetava toda a família. A interdição vinha em benefício coletivo.

A prodigalidade não deixa de ser uma espécie de desvio mental, geralmente ligado à prática do jogo ou a outros vícios.

Ainda hoje, a prodigalidade é decretada no interesse da família, como um resquício da origem histórica. Há particularidades específicas para esse tipo de incapacidade.

Já o parágrafo único que remete à legislação especial a regulamentação da capacidade dos indígenas, o Estatuto apenas alterou a expressão “índio” para “indígena”.

CC ANTES EPD	CC DEPOIS EPD
--------------	---------------

⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 145

<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p>
---	--

Apesar do reconhecido avanço trazido pelo Estatuto, muitos doutrinadores apontaram situações problemáticas com as mudanças feitas no âmbito da capacidade, em que ao invés de aumentar a autonomia dessas pessoas, acabou por deixá-las mais vulneráveis.

O Professor José Fernando Simão, no artigo “Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte I)”⁷⁷ fez uma série de levantamentos das desvantagens que as pessoas com deficiências estariam levando com o reconhecimento da capacidade plena, como por exemplo a contagem da prescrição e decadência, as causas de invalidades e anulabilidades de contratos, os seus

⁷⁷ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte I)**. Revista Consultor Jurídico, 6 de ago. de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> Acesso em 20 de maio 2020.

próprios bens passam a responder por danos que causar a terceiros, entre outros, cabendo destaque o seguinte trecho:

II – Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, não poderá ser representado nem assistido, ou seja, deverá praticar pessoalmente os atos da vida civil. Mas há um problema prático: apesar de o Estatuto ter considerado tal pessoa capaz, na vida cotidiana tal pessoa não consegue exprimir sua vontade. Há pessoas que por fatores físicos são incapazes de manifestar sua vontade, mas passam a ser capazes por força da nova lei.

Assim indago: qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto? Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-los pessoalmente? A situação imposta pelo Estado às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma.

Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli, também demonstraram suas preocupações no artigo “As aberrações da lei 13.146/2015”⁷⁸:

De toda sorte, estão protegidos aqueles que infelizmente têm idiotia (menos que 25 de Q.I.), imbecilidade (de 25 a 50 de Q.I.), os que estão em situação de coma, os que estão em grau avançado de Alzheimer, Parkinson, e outras tantas doenças degenerativas. Aliás, todos eles no mesmo do rol do menor de 16 anos, que muito embora tenha alto grau de cognoscibilidade, não tem maturidade emocional.

Agora, por incrível que pareça, ou foram alçados por força do novo artigo 4º, inciso III, à condição de relativamente capazes, o que significa que uma pessoa em coma tem maior poder de autodeterminação e maior livre arbítrio do que um

78 BORGARELLI, Bruno de Ávila, KÜMPEL, Vitor Frederico. **As aberrações da lei 13.146/2015**. Migalhas, 11 de ago. de 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/224905/as-aberracoes-da-lei-13146-2015>> Acesso em 21 de maio 2020.

jovem de 15 anos (Estatuto do Jovem, art. 1º); ou, no caso dos deficientes mentais, à condição de capazes.

Parece incrível o dispositivo legal. Aterrorizante, na verdade. O seu pretense alvo de proteção é, ao mesmo tempo, sua maior vítima!

(...)

De fato, ela os inclui, jogando-os no grupo dos capazes, isto é, daqueles que não recebem a proteção consubstanciada no sistema das incapacidades. Os inclui para desprotegê-los e abandoná-los a sua própria sorte.

Quem se importa se com isso a pessoa com deficiência – acometida pelos males que expusemos – sofrerá? O importante mesmo é fazer uma lei que, formalmente, proclame a igualdade e despeje uma saraivada de princípios desprovidos de significado.

Com vistas a reparar tais inconsistências, foi proposto no Senado Federal o Projeto Lei nº 75779 em 2015, pelos senadores Antonio Carlos Valadares (PSB-SE) e Paulo Paim (PT-RS), que em sua redação original incluiria no rol dos absolutamente incapazes aqueles que “por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento para prática desses atos”; e nos relativamente incapazes juntamente com os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, “os que, por qualquer causa, tenham o discernimento severamente reduzidos”.

Em que pese o parecer favorável de muitos juristas, tais dispositivos não passaram pelo Senado, conforme lamenta Flávio Tartuce⁸⁰:

Apesar dessa afirmação, fica a dúvida se não seria interessante retomar alguma previsão a respeito de maiores absolutamente incapazes, especialmente para as pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade e que não são

79 BRASIL. **Projeto de Lei nº 757, de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1571776624454&disposition=inline>> Acesso em 13 maio 2020.

80 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 75

necessariamente pessoas deficientes. O presente autor entende que sim, havendo proposição nesse sentido no citado Projeto de Lei 757/2015, em sua redação originária e contando com o nosso apoio. Cite-se, a esse propósito, justamente a pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer condição de exprimir o que pensa. No atual sistema, será enquadrada como relativamente incapaz, o que parece não ter sentido técnico-jurídico.

Porém, é interessante destacar que no parecer final originário do Senado Federal a proposta de retorno de regra a respeito de maiores absolutamente incapazes acabou por não prosperar, infelizmente.

2.2. CASAMENTO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência teve um grande impacto no instituto do casamento, trazendo mudanças quanto à capacidade da pessoa com deficiência para o casamento, quanto as causas de nulidades e anulabilidades e de erros essenciais sobre a pessoa do cônjuge.

O casamento, conforme conceitua Flávio Tartuce⁸¹, é “a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”.

Em que pese alguns doutrinadores ainda conceituarem casamento como a união exclusiva entre o homem e a mulher, posto que não houve até o momento alteração legislativa, é majoritário e podemos dizer que pacífico o reconhecimento do casamento homoafetivo, esta é inclusive a ementa do enunciado 601 aprovado na VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em 2015: “É existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo”⁸².

Aos Estados que aderiram a Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, ficou consignado no artigo 23, ponto 1, “a”, que seriam tomadas medidas efetivas e apropriadas para assegurar o reconhecimento do direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, com base no livre e

81 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. – v.5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 49

82 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil – Enunciado 601**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/828>>. Acesso em 25 maio 2020.

pleno consentimento das partes, de casar-se e estabelecer família, sem discriminação.

Artigo 23

Respeito pelo lar e pela família

1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;

Seguindo essas diretrizes, o Brasil que é signatário da Convenção, previu no artigo 6º, inciso I, do Estatuto da Pessoa com Deficiência que a deficiência não afeta a plena capacidade civil, inclusive para casar-se.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A capacidade matrimonial está ligada à capacidade civil, assim, de acordo com os artigos 1.517 a 1.520 do Código Civil, não é permitido o casamento de menores de 16 anos em nenhuma hipótese e o casamento de maiores de dezesseis e menores

de dezoito anos está condicionado a autorização dos pais ou tutores, salvo se o menor for emancipado, conforme enunciado 512 aprovado na V Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal⁸³.

Em decorrência do reconhecimento da plena capacidade da pessoa com deficiência para o casamento foi retirado da redação do artigo 1.518 do Código Civil a figura do curador, uma vez que não há a necessidade de autorização do mesmo para a realização do casamento.

C ANTES EPD	CC DEPOIS EPD
Art. 1.518. Até à celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização.	Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u>

Estão impedidos de casar-se, conforme preceitua o artigo 1.521 do Código Civil:

- os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- os afins em linha reta (exemplo: sogra e genro, padrasto e enteada);
- o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- as pessoas casadas;
- o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

No que se refere ao casamento entre colaterais de terceiro grau, tios e sobrinhos, o chamado “casamento avuncular”, há uma exceção prevista no Decreto-

83 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil – Enunciado 512**. Disponível Em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/581>>. Acesso em 25 maio 2020.

lei nº 3.200/194184, ainda em vigor, em que sendo comprovado por dois médicos a inexistência de risco à saúde da prole que venha a ser concebida, este casamento seria permitido.

As causas suspensivas, previstas no artigo 1.523 do Código Civil, ao contrário das impeditivas, são situações de menor gravidade e as suas consequências não geram nulidades mas apenas sanções no âmbito patrimonial, impondo aos nubentes o regime da separação obrigatória (artigo 1.641, inciso I, do Código Civil), caso não sejam solicitados e comprovados previamente pelos consortes a inexistência de prejuízos. São elas:

- o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
- a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
- o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;
- o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

O casamento é um ato jurídico complexo que inicia-se com o requerimento de habilitação para o casamento perante o oficial do Registro Civil, seguido de sua celebração.

O processo de habilitação está previsto nos artigos 1.525 a 1.532 do Código Civil e começa com a apresentação perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público de um requerimento firmado por ambos os cônjuges, instruído com os seguintes documentos: "I – certidão de nascimento ou documento equivalente; II – autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra; III – declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar; IV – declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual

84 BRASIL. **Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941**. Rio de Janeiro, 19 de abril de 1944. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm> Acesso em 25 maio 2020.

dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; V – certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratório de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro de sentença de divórcio”.

Estando em ordem a documentação e não havendo nenhuma impugnação, o oficial extrairá o edital que será afixado durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes e se publicará na imprensa local, salvo se houver urgência, caso em que o Código Civil prevê a dispensa da publicação, o que não é, entretanto, o entendimento consolidado no enunciado 513 aprovado na V Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal em 2006: “O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo.⁸⁵

O oficial do registro tem o dever de esclarecer aos nubentes os fatos que poderão ocasionar a invalidade do casamento, como por exemplo os impedimentos, e os diversos regimes de bens.

Os impedimentos e as causas suspensivas, quando houverem, serão opostos em declarações escritas, assinadas e instruídas com provas, dando aos nubentes nota da oposição e oportunidade para apresentação de prova em contrário, bem como para promover ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.

Cumpridas as formalidades, será extraído o certificado de habilitação que terá eficácia de noventa dias.

Dentro deste período deve ser celebrado o casamento no dia, hora e local previamente designado, que poderá ser na sede do cartório ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, em outro edifício, público ou privado, desde que durante a solenidade o edifício permaneça com as portas abertas e tenham ao menos duas testemunhas se público ou quatro se privado.

Após a celebração do casamento, em que os nubentes afirmaram a pretensão de casar-se por livre e espontânea vontade sem que tenha ocorrido nenhuma das causas de suspensão da celebração (recusar a solene afirmação da sua vontade; declarar que esta não é livre e espontânea ou manifestar-se arrependido), será lavrado o assento no livro de registro.

O casamento religioso que atender as exigências legais tem efeitos civis (artigo 226, § 2º, da Constituição Federal e artigo 1.515 do Código Civil), e submete-

85 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil – Enunciado 513**. Disponível Em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/582>>. Acesso em 25 maio 2020.

se aos mesmos requisitos descritos para o seu registro, ou seja, habilitação prévia no prazo de noventa dias (§1º), entretanto, caso tenha sido realizado sem as formalidades exigidas, poderá a qualquer tempo requerê-la, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente, tendo seus efeitos retroagidos a data da celebração do casamento (§2º).

No caso de um dos nubentes encontrar-se acometido de moléstia grave, prescreve o artigo 1.539 do Código Civil que o presidente do ato irá celebrá-lo aonde se encontrar o impedido, inclusive durante a noite, se urgente, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever, e eventualmente na falta da autoridade competente para presidir o casamento, será suprimida por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro ad hoc nomeado pelo presidente do ato. O termo avulso, lavrado pelo oficial ad hoc, será registrado no respectivo registro dentro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado.

A modalidade prevista nos artigos 1.540 e 1.541 do Código Civil é denominada de casamento nuncupativo ou *in extremis vitae momentis* ou *in articulo mortis*, ocorre quando um dos contraentes estiver em iminente risco de vida e não houver a presença da autoridade incumbida de presidir o ato e nem quem a substitua, podendo neste caso o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas que não tenham parentesco até segundo grau com os nubentes.

Após a realização do casamento deve ser instaurado um procedimento de jurisdição voluntária dentro do prazo de dez dias em que serão tomadas as declarações das testemunhas (I- que foram convocadas por parte do enfermo; II- que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo; III- que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher), o juiz procederá as diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado na forma ordinária, serão ouvidos os interessados, verificado a idoneidade dos cônjuges para o casamento, e no caso de decisão favorável transitada em julgado, o juiz mandará registrá-la no livro do Registro dos Casamentos e assim os efeitos retroagirão à data da celebração do casamento.

No caso do enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro, serão dispensadas as formalidades acima descritas.

O casamento pode ser celebrado por procuração pública com poderes especiais para tanto, ressaltando que a revogação deste mandato, que só pode se dar por instrumento público, não precisa chegar ao conhecimento do mandatário

para que surta efeitos, mas caso o casamento seja celebrado sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, o mandante poderá responder por perdas e danos (artigo 1.542 do Código Civil).

No que diz respeito as hipóteses de nulidade do casamento, o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou o inciso I, do artigo 1.548, que previa a nulidade do casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, para adequar a nova Teoria das Incapacidades, uma vez que a deficiência não afeta a plena capacidade inclusive para casar.

Desta forma, atualmente a única previsão de nulidade de casamento é a do contraído com infringência de algum dos impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil.

CC ANTES EPD	CC DEPOIS EPD
<p>Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:</p> <p>I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;</p> <p>II - por infringência de impedimento.</p>	<p>Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:</p> <p>I - <u>(Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>II - por infringência de impedimento.</p>

Neste caso, qualquer interessado ou o Ministério Público poderá requerer a decretação da nulidade do casamento mediante ação direta denominada "ação declaratória de nulidade absoluta de casamento". Por tratar-se de matéria de ordem pública esta ação é imprescritível, seus efeitos são *ex tunc* (artigo 1.563 do Código Civil), entretanto, não atinge os direitos dos filhos, a aquisição de direitos a título oneroso, por terceiros de boa-fé, os direitos resultantes de sentença transitada em julgado e se o casamento tiver sido contraído de boa-fé por um ou ambos os cônjuges, em relação a este produzirá efeitos até o data da sentença anulatória (artigos 1.561 e 1.563 do Código Civil).

O artigo 1.550 do Código Civil traz um rol taxativo das hipóteses de anulabilidade do casamento, sendo a primeira delas a de quem contraiu casamento sem completar a idade mínima para casar, ou seja, o menor de dezesseis anos.

Neste caso a ação de anulação do casamento poderá ser proposta, desde que não haja gravidez dos contraentes (artigo 1.551 do Código Civil), pelo próprio cônjuge menor, seus representantes legais ou seus ascendentes (artigo 1.552 do Código Civil), no prazo de cento e oitenta dias da realização do ato, ou no caso do menor, no dia em que completar a idade núbil (artigo 1.560, §1º, Código Civil), podendo, entretanto, confirmar o casamento com a autorização dos representantes legais ou suprimento judicial quando completada a idade núbil (artigo 1.553 do Código Civil).

Também é anulável o casamento contraído pelo menor em idade núbil (menor de 18 anos e maior de 16 anos), quando não autorizado por seu representante legal, desde que os representantes legais não tenham assistido a celebração e nem tiverem manifestado sua aprovação. A ação anulatória poderá ser iniciada pelo incapaz, quando deixar de sê-lo, por seus representante legais ou por seus herdeiros necessários, no prazo de cento e oitenta dias a contar, respectivamente do dia em que cessar a sua incapacidade, da data do casamento ou da data da morte (art. 1555 do Código Civil).

O inciso III prevê que é anulável o casamento por vício da vontade, ou seja o casamento celebrado havendo erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge ou sob coação moral.

Ocorre a coação moral quando o consentimento para o casamento é captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares (artigo 1.558 do Código Civil). Neste caso somente o cônjuge que sofreu a coação poderá demandar a anulação no prazo de quatro anos (artigos 1.559 e 1.560, IV, do Código Civil), desde que, ciente da coação, não tenha havido coabitação (artigo 1.559 do Código Civil).

O artigo 1.557 do Código Civil descreve nos seus incisos as hipóteses de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, sendo o inciso I, "o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado". Alguns exemplos são: descobrir que a esposa é prostituta, que o parceiro é transexual, pensou ter casado com o irmão gêmeo, com viciado em jogos.

Outra hipótese de erro essencial prevista no inciso II é "a ignorância de crime, anterior ao casamento, que por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal". Ressalta-se, que não é necessário que tenha havido trânsito em julgado da condenação penal, basta que a vida conjugal tenha se tornado insuportável diante

da aversão gerada. Abaixo um exemplo real retirado do “Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência” de coordenação do Ex Ministro Cezar Peluso⁸⁶:

Anulação de casamento. Ignorância de crimes praticados antes do casamento. Cônjuge denunciado e condenado pela prática de estupro de vulnerável, cujas vítimas eram suas filhas. Recurso interposto contra a sentença penal condenatória pendente de recurso. Irrelevância. Basta a prática de crime grave, entendido como aquele capaz de gerar repúdio para o consorte enganado, antes do casamento. Redação atual do art. 1.557, II, que não exige o trânsito em julgado da decisão na esfera criminal. Ignorância da esposa quanto ao cometimento dos delitos demonstrada. Presença dos requisitos legais que autorizam a anulação do casamento. Recurso desprovido. (TJSP, Ap. Cível n. 0018353-84.2011.8.26.0590, 4a Câ. de Dir. Priv., rel. Milton Carvalho, j. 31.01.201

É considerado ainda erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge “a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência”. São exemplos de moléstias graves: sífilis, AIDS, hepatite.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência fez uma modificação nesta previsão, para especificar que o defeito físico não pode caracterizar deficiência. Assim, temos como exemplo a impotência coeundi ou instrumental do homem ou da mulher. Destacando que a impotência (esterilidade) generandi (do homem) ou concipiendi (da mulher) não é motivo para anular o casamento, salvo se esta tenha sido voluntária e dolosamente omitida do cônjuge.

Foi revogado pelo Estatuto o inciso IV que previa como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge “a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”, que era o exemplo da esquizofrenia. Com a inclusão social plena das pessoas com deficiência, não há mais que falar em hipótese de anulabilidade, sendo plenamente válido este casamento.

⁸⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de ... [et al.]; coordenação Cezar Peluso. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 13. ed. Barueri: Manole, 2019. p. 1633

CC ANTES EPD	CC DEPOIS EPD
<p>Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:</p> <p>I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;</p> <p>II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;</p> <p>III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;</p> <p>IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.</p>	<p>Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:</p> <p>I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;</p> <p>II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;</p> <p>III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>IV - <u>(Revogado)</u>. <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p>

No caso de erro essencial contra a pessoa do cônjuge, somente o cônjuge que incidiu no erro que poderá demandar a anulação no prazo de três anos (artigos 1.559 e 1.560, IV, do Código Civil), desde que, ciente do vício, não tenha havido coabitação (artigo 1.559 do Código Civil).

É anulável ainda o casamento do incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco seu consentimento (artigo 1.550, IV, do Código Civil). Este inciso se refere àquelas pessoas consideradas relativamente incapazes e que gozam de momentos de lucidez, são os ébrios habituais, viciados em tóxicos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (artigo 4º, II e III, do Código Civil). O prazo ingressar com a ação anulatória é de cento e oitenta dias.

Ressalta-se que este dispositivo não é aplicado a pessoa com deficiência, é neste sentido que foi incluído o parágrafo segundo para enfatizar a ideia de que a pessoa com deficiência mental ou intelectual que atingir a idade núbio poderá contrair matrimônio expressando a sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

CC ANTES EPD	CC DEPOIS EPD
<p>Art. 1.550. É anulável o casamento:</p> <p>I - de quem não completou a idade mínima para casar;</p> <p>II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;</p> <p>III - por vício da vontade, nos termos dos <u>arts. 1.556 a 1.558</u> ;</p> <p>IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;</p> <p>V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;</p> <p>VI - por incompetência da autoridade celebrante.</p> <p>§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.</p>	<p>Art. 1.550. É anulável o casamento:</p> <p>I - de quem não completou a idade mínima para casar;</p> <p>II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;</p> <p>III - por vício da vontade, nos termos dos <u>arts. 1.556 a 1.558</u> ;</p> <p>IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;</p> <p>V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;</p> <p>VI - por incompetência da autoridade celebrante.</p> <p>§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.</p> <p>§ 2º - A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de</p>

	seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
--	--

Esse dispositivo, entretanto, foi alvo de críticas de alguns doutrinadores, como José Fernando Simão⁸⁷:

O termo correto é “idade núbil”, ou seja, referente às núpcias. Novamente temos um problema na redação do parágrafo segundo acima transcrito: segundo o artigo 85 do Estatuto do curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, mas o parágrafo segundo que receberá o artigo 1550 do CC prevê que vontade de casar pode ser expressa pelo curador. Clara a contradição entre os dispositivos. A vontade é elemento essencial ao casamento e ninguém se casa senão por vontade própria. Admitir a vontade do curador como elemento suficiente para o casamento do deficiente é algo ilógico e contraria a personalidade do casamento, além de permitir fraudes perpetradas pelo casamento decorrente apenas da vontade do curador. O dispositivo deve ser interpretado restritivamente de acordo com a natureza personalíssima do casamento.

O casamento realizado por procuração já revogada sem que o mandatário ou o contraente soubessem da revogação ou por com mandato judicialmente decretado inválido (artigo 1.550, IV, §1º, do Código Civil), poderá ser requerida a anulação pelo cônjuge mandante em até cento e oitenta dias da data que tomou conhecimento (artigo 1.560, §2º, do Código Civil), se não sobrevindo coabitação entre os cônjuges.

Por fim, é possível aos cônjuges requererem a anulação do casamento no prazo de dois anos (artigo 1.560, II, do Código Civil), se realizado por autoridade incompetente, tratando-se aqui de incompetência *ratione loci*, como por exemplo um juiz de paz de determinada localidade que realiza o casamento em outra diversa, ou da incompetência *ratione personarum*, quando o juiz de paz não é do local da

87 SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte 2)**. Revista Consultor Jurídico, 6 de ago. de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acesso em 26 de maio 2020.

residência dos noivos. O ato nupcial considera-se válido apenas quando celebrado por juiz do local em que se processou a habilitação do casamento.

O artigo 1.554 do Código Civil dispõe que: "subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil". Neste caso, em que pese tratar-se de incompetência *ratione materiae*, e assim de casamento a priori inexistente, o legislador, aplicando a teoria das aparências, convalidou o casamento.

Ao casar, os cônjuges assumirão os deveres de (artigo 1.566 do Código Civil): I- fidelidade; II- vida em comum, no domicílio conjugal; III- mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e consideração mútuos.

De acordo com o Código Civil, artigo 1.571, a sociedade conjugal pode terminar: pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulabilidade do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.

Entretanto, com a entrada da Emenda Constitucional 66/2010, conhecida como a Emenda do Divórcio, que alterou a redação do parágrafo 6º, do artigo 226, da Constituição Federal criou-se uma divergência doutrinária e jurisprudência quanto a continuidade da existência do instituto da separação judicial.

CF ANTES DA EC 66/10	CF ANTES DA EC/10
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.	§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. <u>(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)</u>

Em que pese tal divergência o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a Emenda Constitucional 66/2010 não revogou os dispositivos que tratam da separação judicial, permanecendo vigente no ordenamento jurídico.

Informativo nº 0610 do STJ88

Publicação: 27 de setembro de 2017

A Emenda Constitucional n. 66/2010 não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que trata da separação judicial.

Informativo nº 604 do STJ

Publicação: 21 de junho de 2017

A Emenda à Constituição n. 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial.

No mesmo sentido foi o enunciado consolidado na V Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal: "A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial".⁸⁹

Além da separação judicial, das ações de divórcio indireto ou direto, há a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal pela via extrajudicial, desde que, nos termos do artigo 733 do Código de Processo Civil, seja consensual, não haja nascituro ou filhos incapazes e as partes estejam assistidas por advogados.

2.3. UNIÃO ESTÁVEL

A união estável entre duas pessoas é uma outra forma "reconhecida como entidade familiar, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (artigo 1.723 do Código Civil).

Em pese tanto a Constituição Feral (artigo 226, § 3º), quanto o Código Civil falaram em união entre "homem" e a "mulher", restou consolidado o reconhecimento das uniões homoafetivas no julgamento da Ação de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 13290:

88 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativos 610 e 604**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 27 maio 2020.

89 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil – Enunciado 514**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/583>>. Acesso em 27 maio 2020.

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Inconstitucionalidade 4277**, Relator(a): Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 maio de 2011, Divulgado: 13 de outubro de 2011, Publicado:

(...)2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (..). 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. (...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de

“interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212)

A união estável sempre existiu, porém antigamente não havia previsão legal.

No Brasil a primeira norma que mencionou a companheira foi o Decreto-lei nº 7.036/194491 que a reconheceu como beneficiária da indenização no caso de acidente de trabalho em que foi vítima o companheiro – “Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carreira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene da manifestação de vontade.”

Com o passar do tempo foram sendo consolidados direitos aos companheiros que viviam em união estável através da jurisprudência, como é o exemplo das súmulas do Supremo Tribunal Federal⁹² 35: “Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio” e 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

91 BRASIL. **Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1944. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De17036.htm> Acesso em 29 maio 2020.

92BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas 35 e 380**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf> Acesso em 29 maio 2020.

Após a previsão constitucional da união estável, foi editada a Lei nº 8.971/199493, que regulamentava o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessões.

Posteriormente, surgiu a Lei nº 9.278/199694, para regulamentar o parágrafo terceiro, do artigo 226, da Constituição Federal, que não revogou a anterior, e assim passaram as normas de ambas a serem aplicadas concomitantemente.

Atualmente a união estável está disciplinada no Código Civil nos artigos 1.723 a 1.727 e o seus requisitos são: a) convivência pública, ou seja, notoriedade da relação; b) contínua e duradoura, não há prazo mínimo, mas não pode haver interrupções; e c) com o objetivo de constituir família (*animus familiae*). Ressalta-se que não há a necessidade de coabitação.

Os impedimentos elencados no artigo 1.521 do Código Civil, também se aplicam à união estável, com exceção das pessoas casadas mas separadas de fato ou judicialmente. Portanto, não poderão constituir união estável:

- os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- os afins em linha reta (exemplo: sogra e genro, padrasto e enteada);
- o adotante com quem foi cônjuge/companheiro do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- as pessoas casadas que não estejam separadas de fato ou judicialmente;
- o cônjuge/companheiro sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Prevalece nos Tribunais, ainda hoje, a impossibilidade do reconhecimento de união estáveis paralelas, tendo em vista que vigora no Brasil o princípio da monogamia. Assim, não é possível constituir união estável pessoa que já vive em

93 BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Brasília, 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm> Acesso em 29 maio 2020.

94 BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Brasília, 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm> Acesso em 29 maio 2020.

união estável com outra, ou que permanece casada sem estar separada, sendo esta segunda união denominada de “concubinato impuro” ou “adulterino”.

Entretanto, existem duas outras correntes que entendem, respectivamente, que no caso de boa-fé do companheiro(a), ou seja, do desconhecimento das relações paralelas, seria aplicado por analogia o artigo 1.561 do Código Civil, configurando a “união estável putativa”, sendo-lhe resguardado todos os direitos inerentes à união estável, e por fim a terceira corrente, entende que basta o preenchimento do requisitos do artigo 1.523 do Código Civil para configurar união estável, sejam elas quantas forem, pois o afeto é que deve guiar o Direito de Família.

Tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 1045273/SE95, em que se discute a possibilidade do reconhecimento de união estável e homoafetiva concomitantes para fins de rateio de pensão por morte, os ministros estão tendentes a dar provimento ao recurso (5x3), admitindo a possibilidade de reconhecimento das relações paralelas. Os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio votaram favoravelmente a tese, e os ministros Alexandre de Moraes (Relator), Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes votaram para negar provimento ao recurso. Atualmente o processo está com o Ministro Dias Toffoli, que pediu vistas do autos.

Os deveres dos companheiros na união estável estão elencados no artigo 1.724 do Código Civil e são: a lealdade, o respeito e a assistência, e em relação aos filhos, o de guarda, sustento e educação.

Quando houve o julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG96, que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, fazendo uma equiparação sucessória do cônjuge e do companheiro, sem, no entanto, decidir se o companheiro passou a ser reconhecido como “herdeiro necessário”, levantou-se um questionamento se teria havido também uma equiparação dos institutos do casamento e da união estável.

95 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF começa a julgar recurso sobre reconhecimento de duas uniões estáveis para rateio de pensão**. 25 de setembro de 2019. Disponível Em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424625&caixaBusca=N>>. Acesso em 31 maio 2020

96 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 878694/MG**, Tribunal Pleno, Relator Ministro: Roberto Barroso, julgado em 10 de maio de 2017, publicado em 05 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306841295&ext=.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2020.

Entretanto, não houve tal equiparação, conforme restou consolidado no enunciado 641 da VIII Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal⁹⁷:

A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

Algumas diferenças entre os dois institutos são: i) o casamento é um ato solene, enquanto a união estável é um situação de fato; ii) para o casamento é um impedimento a pessoa não estar divorciada, já para a união estável, basta a separação de fato; iii) um dos deveres do casamento é a fidelidade, enquanto que na união estável é a lealdade; iv) ao contrário do casamento não há na união estável o requisito / dever da coabitação; e v) importantíssimo ressaltar, ainda, que tanto a Constituição Federal no seu artigo 226, parágrafo 3º, quanto o Código Civil no seu artigo 1.726, dispõe sobre a possibilidade de conversão da união estável em casamento.

Assim como para o casamento, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 6º, inciso I, reconheceu à pessoa com deficiência a capacidade civil plena para constituir união estável.

Em 2015, antes da vigência do Estatuto, a Terceira Turma do Superior Tribuna de Justiça julgou o Recurso Especial 1414884/RS98, onde não reconheceu um pedido de união estável em que uma cuidadora alegava manter relação marital com seu paciente, herdeiro de um patrimônio de aproximadamente R\$ 1,5 milhão, portador de esquizofrenia grave, que de acordo com seu diagnóstico possuía idade mental comparável à de uma criança de sete anos. Fundamentou o relator que: "Encontrando-se o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e

97 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil – Enunciado 641**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>>. Acesso em 01 jun. 2020.

98 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1414884/RS**, Terceira Turma, Relator Ministro: Marco Aurélio, julgado em 03 de fevereiro de 2015, publicado em 13 de fevereiro de 2015, .Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300717091&dt_publicacao=13/02/2015>. Acesso em 01 jun. 2020.

discernir os atos da vida civil, também estará, necessariamente, para vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família, por tal razão, não pode ser manifestado de modo voluntário e consciente”⁹⁹.

A psicanalista Giselle Groeninga, diretora de Relações Interdisciplinares do IBDFAM, fez reflexões sobre o caso no artigo intitulado “Caso de cuidadora que alegou união estável com incapaz traz à tona reflexões sobre afeto e sexualidade”¹⁰⁰, em que aponta que devem ser pensadas alternativas para que aqueles considerados incapazes possam exercer seu direito à realização afetiva e sexual na medida de suas capacidades, discernimento e responsabilidade, cabendo destaque os seguintes trechos:

Giselle destaca que todos têm direito à realização afetiva e sexual na medida de suas capacidades, discernimento e responsabilidade. Assim, o ensinamento que estes casos podem trazer, para além da interpretação de “interesses escusos”, é o de que devem ser contemplados níveis de incapacidade, de vulnerabilidade e de interdição. Mas às limitações devem corresponder alternativas, sempre no sentido do cuidado para que se possam realizar os direitos da personalidade.

(...)

A especialista aponta, ainda, que deve-se pensar formas possíveis de realização afetiva e sexual dos incapazes. “O sentimento expressa-se em relação a alguém e, em geral, a sexualidade também. E, embora ambos estejam presentes naqueles considerados incapazes, em geral com maior intensidade tendo em vista sua maior imaturidade, cabe ao objeto, seja dos impulsos, seja dos sentimentos, a escolha da forma como a estes corresponder, cabendo-lhes maior

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Cuidadora não consegue reconhecimento de união estável com paciente incapaz.** 25 de fev. de 2015. Disponível Em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-02-25_08-00_Cuidadora-nao-consegue-reconhecimento-de-uniao-estavel-com-paciente-incapaz.aspx>. Acesso em 29 maio 2020.

¹⁰⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Caso de cuidadora que alegou união estável com incapaz traz à tona reflexões sobre afeto e sexualidade.** 4 de mar. de 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5563>> Acesso em 30 maio 2020.

responsabilidade e cuidado. Ou seja, não se trata apenas de negar a realização, mas pensar em suas formas possíveis. Desta forma abrem-se os caminhos das possibilidades”, reflete.

Se o julgamento deste caso tivesse ocorrido após a entrada em vigor do Estatuto, talvez o desfecho tivesse sido outro.

2.4. PLANEJAMENTO FAMILIAR

Aos Estados que aderiram a Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, ficou consignado no artigo 23, que seriam tomadas medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação e assegurar os direitos das pessoas com deficiência relativos ao casamento, família, paternidade, guarda, custódia, curatela, adoção, convivência familiar, preferindo o ambiente familiar e comunitário, mas sempre priorizando o melhor interesse da criança.

Artigo 23

Respeito pelo lar e pela família

1.Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;

b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.

c) As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

2.Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia,

curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos.

3.Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência terão iguais direitos em relação à vida familiar. Para a realização desses direitos e para evitar ocultação, abandono, negligência e segregação de crianças com deficiência, os Estados Partes fornecerão prontamente informações abrangentes sobre serviços e apoios a crianças com deficiência e suas famílias.

4.Os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus pais contra a vontade destes, exceto quando autoridades competentes, sujeitas a controle jurisdicional, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, no superior interesse da criança. Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os pais.

5.Os Estados Partes, no caso em que a família imediata de uma criança com deficiência não tenha condições de cuidar da criança, farão todo esforço para que cuidados alternativos sejam oferecidos por outros parentes e, se isso não for possível, dentro de ambiente familiar, na comunidade.

Seguindo estas diretrizes, o Estatuto da Pessoa com Deficiência previu, assim como para o casamento e para união estável, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil para: exercer os direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre a reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à curatela e à adoção, seja como adotante ou adotando.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Com essas mudanças trazidas pelo Estatuto, a pessoa com deficiência tem atualmente autonomia para decidir o tipo de família que deseja constituir (matrimonial, informal, monoparental, mosaico, etc)¹⁰¹, bem como fazer o seu planejamento familiar.

Dispõe o parágrafo 7º, do artigo 226, da Constituição Federal que: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Este dispositivo é regulamentado pela Lei nº 9.263 de 1996¹⁰², que conceitua planejamento familiar “como o conjunto de ações de regulação que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (artigo 2º).

Esta lei transferiu ao Estado, através do SUS (Sistema Único de Saúde) a responsabilidade da implementação e desenvolvimento de recursos informativos,

101 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Você sabe o que é Direito Familiar**. 8 de set. de 2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/15179/Você+sabe+o+que+é+Direito+Familiar%3F>> Acesso em 04 jun. 2020.

102 BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Brasília, 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm> Acesso em 04 jun. 2020.

educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência também menciona a competência do SUS para garantir o acesso universal e igualitário da pessoa com deficiência à saúde, inclusive no que diz respeito à atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito à fertilização assistida (artigo 18, inciso VII); acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, com garantia do parto humanizado e seguro (artigo 19, inciso I); promoção de práticas alimentares adequadas e saudáveis, vigilância alimentar e nutricional e cuidado integral dos agravos relacionados à alimentação e nutrição da mulher e da criança (inciso II); aprimoramento e expansão dos programas de imunização (inciso III) e de triagem neonatal e identificação e controle da gestante de alto risco (inciso IV).

O planejamento familiar inclui um conjunto de ações e informações preventivas e educativas, em especial sobre: meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade; concepção e contracepção, atendimento pré-natal; assistencial ao parto, ao puerpério e ao neonato; controle e prevenção das doenças sexualmente transmissíveis; controle e prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis.

A Organização Mundial da Saúde, disponibilizou em seu website¹⁰³ uma cartilha traduzida para língua portuguesa com as opções de planejamento familiar.

A pessoa com deficiência tem o direito de exercer os direitos sexuais, de forma segura, sendo-lhe assegurada, em igualdade de condições, os métodos contraceptivos, como os preservativos, os anticoncepcionais, os dispositivos intrauterinos, salvo recomendação médica em contrário.

Em relação a esterilização, ela jamais poderá ser compulsória, devendo preencher os requisitos do artigo 10, da Lei 9.263/1996, quais sejam:

- Pessoas com capacidades civil plena;
- Maiores de 25 anos ou com pelo menos dois filhos;

103 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Você conhece suas opções de planejamento familiar?** Disponível em:

<https://www.fphandbook.org/sites/default/files/Wall%20chart%202017-05-03_Port.pdf>.

Acesso em 04 jun. 2020.

- Prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;
- Manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes;
- Consentimento escrito de ambos os cônjuges, se for o caso;

OU

- Risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

Ressalta-se ainda que é vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto os casos de comprovada necessidade, e que a esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderão ocorrer mediante autorização judicial.

Sobre as mudanças trazidas no Estatuto quanto a capacidade da pessoa com deficiência e a possibilidade de esterilização voluntária, Vitor Frederico Kümpel e Giselle de Menezes Viana fazem uma crítica no artigo "O paradoxo do planejamento familiar em face do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência"¹⁰⁴:

Muito embora obste a esterilização compulsória, o Estado assegura que a deficiência em nada obsta o exercício do planejamento familiar e dos direitos reprodutivos, não havendo, portanto, empecilhos decorrentes da deficiência para a esterilização voluntária. Mas seguir à risca a orientação dada pelo Estatuto pode resultar no absurdo de se autorizar a esterilização em pessoa que sequer entenda os consectários práticos do procedimento.

¹⁰⁴ VIANA, Giselle de Menezes, KÜMPEL, Vitor Frederico. **O paradoxo do planejamento familiar em face do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência**. Migalhas, 11 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/283381/o-paradoxo-do-planejamento-familiar-em-face-do-estatuto-da-pessoa-portadora-de-deficiencia>> Acesso em 04 jun. 2020.

Por óbvio que os órgãos públicos não devem dar efetividade ao texto do Estatuto, o que pode provocar demanda judicial com imprevisíveis consequências jurídicas. O princípio do consenso afirmativo deve, em qualquer caso, servir de termômetro para a análise da vontade declarada. O Estatuto da Pessoa com Deficiência quis evitar a esterilização compulsória – o que já não era admitido – mas acabou por autorizar, tecnicamente, uma situação teratológica: a esterilização “voluntária” de quem não tem perfeito controle da vontade declarada, muito embora tenha capacidade, em tese para autorizar a realização do procedimento. A linha entre o livre exercício do planejamento familiar e a esterilização compulsória, na prática, se mostra mais tênue do que indica a retórica legislativa.

Ainda sobre esta questão o Tribunal de Justiça do Distrito Federal teve posicionamentos divergentes em julgamentos recentes, um de 2018 e outro de 2019. No primeiro¹⁰⁵ foi negado o pedido de esterilização voluntária a uma deficiência sob o argumento de que só constava do pedido a assinatura de sua curadora, e de acordo com o Estatuto a curatela não alcança os direitos inerentes ao corpo e a sexualidade do deficiente, tratando-se de um direito personalíssimo.

O consentimento esclarecido da mulher com deficiência, respeitadas as peculiaridades e a extensão de suas limitações, é imprescindível para a realização de laqueadura tubária no momento do parto. Na origem, uma deficiente, representada por curadora, ajuizou ação cominatória contra o Distrito Federal, para requerer, em sede de tutela de urgência, a submissão à cirurgia de laqueadura tubária no momento do parto, nos termos de prescrição médica, em hospital da rede pública. A medida foi indeferida sob o fundamento de não ter sido demonstrada a recusa do DF em submeter a requerente ao procedimento. Em resposta ao agravo de instrumento interposto pela autora, os Magistrados consignaram que a ausência de comprovação não impede o pleito. Entenderam que o caso se amolda à hipótese de esterilização voluntária, prevista no inciso II do artigo 10 da Lei

105 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento 0708570-35.2018.8.07.0000**; Relator Des. James Eduardo Oliveira; Órgão Julgador: 4ª Turma Cível; Data do Julgamento: 17 de outubro de 2018; Data da Publicação: 23 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 04 jun. 2020.

9.263/1996. Pontuaram, contudo, que o consentimento expresso da mulher é necessário e que ela deve ser devidamente informada sobre a intervenção cirúrgica. Apontaram que no termo de solicitação de contracepção cirúrgica consta apenas a assinatura da curadora da agravante, o que ofende dispositivos da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que assegura aos deficientes exercerem direitos sexuais e reprodutivos, decidirem sobre reprodução e planejamento familiar, conservarem sua fertilidade e consentirem na realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. Além disso, os Desembargadores afirmaram que a Lei prevê que a curatela não alcança direitos inerentes ao corpo e à sexualidade do deficiente. A Turma concluiu que, sem o consentimento esclarecido da agravante, obtido conforme as peculiaridades e a extensão de suas limitações, é impossível permitir a esterilização voluntária. Com base em tais fundamentos, negaram provimento ao recurso. (Acórdão 1131055, 07085703520188070000, Relator Des. JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 17/10/2018, publicado no PJe: 23/10/2018.)

Já no segundo caso¹⁰⁶, foi autorizado a esterilização de um rapaz acometido da síndrome do cromossoma "X Frágil", requerido por sua curadora, sob o argumento de que eventual prole, em razão de sua incapacidade, não seria por ele sustentado, educado ou criado, e sim por seus familiares:

APELAÇÃO CÍVEL. AUTORIZAÇÃO. CURATELADO. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. ESTERILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA. LIMITAÇÃO DA LIBERDADE REPRODUTIVA DO INCAPAZ. SENTENÇA REFORMADA. 1. Hipótese de autorização para procedimento cirúrgico de vasectomia em favor de pessoa acometida pela síndrome do cromossoma "X Frágil". 2. No presente caso, à vista da regra prevista no art. 10, § 6º, da Lei nº 9263/1996, a realização do procedimento de vasectomia em favor do curatelado depende de expressa autorização judicial. 3. Diante

106 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível 0715905-33.2017.8.07.0003**; Relator Des. Alvaro Ciarlini; Órgão Julgador: 3ª Turma Cível; Data do Julgamento: 24 de julho de 2019; Data da Publicação: 29 de julho de 2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 04 jun. 2020.

da situação descrita nos autos, a liberdade sexual e reprodutiva do curatelado deve ser contrastada com a questão de saber quem deverá prover o sustento, a educação e o devido cuidado aos eventuais filhos que podem ser por ele gerados. 4. Para a deliberação a respeito de problemas jurídicos difíceis, como o de saber a respeito dos possíveis limites a serem impostos aos direitos sexuais e reprodutivos de pessoa submetida a curatela, portanto, é necessário sopesar essa liberdade com aspectos relacionados a outros interesses relevantes. 5. Sopesada a notória complexidade da situação jurídica ora em exame e devidamente avaliada a evidente incapacidade do curatelado para deliberar a respeito desse tema, a questão relevante a ser aqui elucidada, a considerar a eventual ocorrência de gravidez indesejada atribuída ao curatelado consiste, além dos diversos transtornos que podem advir ao próprio interessado e aos seus familiares, no próprio problema relativo à educação e aos cuidados a serem dispensados à eventual prole. Some-se a isso a questão de saber quem responderia por eventuais alimentos necessários aos cuidados dos filhos. Assim, é inegável que devem ser efetivamente avaliadas as circunstâncias acima referidas à luz do elemento consequencialista previsto no art. 20, caput, da LINDB. 6. Assim colocadas as diretrizes éticas e jurídicas que devem ser adotadas, com o intuito de proferir a melhor decisão dentre as possíveis para o caso concreto em análise, é possível agora constatar que a autorização judicial para a realização da cirurgia pretendida, longe de significar a imposição de restrições à dignidade do curatelado, amolda-se razoavelmente às restrições à liberdade reprodutiva do incapaz à luz do conceito de trunfo político cunhado por Ronald Dworkin nos seguintes termos: "Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum". (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XV). 7. No presente caso, sopesados todos esses fatores e, diante do pronunciamento positivo

exarado pelo Ministério Público do Distrito Federal, verifica-se ser legítima e necessária a pretendida autorização para a realização do procedimento de vasectomia requerido. 8. Apelação conhecida e provida. (Acórdão 1188102, 07159053320178070003, Relator: ALVARO CIARLINI, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 24/7/2019, publicado no PJe: 29/7/2019.)

Ressalta-se novamente que, de acordo com o Estatuto, as pessoas com deficiência que desejam ter filhos, possuem liberdade para decidir sobre o número de filhos que desejam ter, bem como ter acesso às informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar (artigo 6º, inciso III), sendo vedado ao Estado qualquer tipo de coerção (artigo 226, §7º da Constituição Federal e artigo 1.565, §2º, do Código Civil).

Em relação a técnica de reprodução assistida, as normas éticas estão na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017107. E essa técnica pode ser utilizada desde que haja probabilidade de sucesso e não incorra em risco à saúde para o paciente ou o possível descendente; e a candidata à gestação tenha até 50 anos de idade, cabendo exceções conforme o caso particular. Não será possível a escolha de nenhuma característica biológica do futuro filho. O número de embriões a serem implementados variam de acordo com a idade da mulher: a) até 35 anos: até 2 embriões; b) entre 36 e 29 anos: até 3 embriões; com 40 ou mais: até 4 embriões.

O Provimento 63 do CNJ regulamenta o registo de nascimento e a emissão da respectiva certidão de nascimento de filhos havidos por reprodução assistida.

Ana Cláudia Silva Scalquette, citando Washington de Barros Monteiro, esclarece os significados das expressões "inseminação", "fertilização", "heteróloga" e "homóloga", na obra: "Dilemas Acerca da Vida Humana: Interfaces entre a Bioética e o Biodireito" 108:

107 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017**. Brasília, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em 05 jun. 2020.

108 BATISTA, Juliana dos Santos, GIMENES, Antonio Cantero, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, ROCHA, Renata da.. [et al]. **Dilemas Acerca da Vida Humana: Interfaces entre a Bioética e o Biodireito**. São Paulo: Editora Atheneu, 2015. p. 78

A fim de aclarar as expressões, especialmente para os leitores que não são da área médica, transcreveremos o que pode ser entendido por inseminação, fertilização, heteróloga e homóloga.

Segundo Washington de Barros Monteiro,

A palavra *fecundação* vem do latim *fecundatio*, proveniente do verbo *fecundare*, que significa “fertilizar”, sendo entendida como a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo esperma. A palavra inseminação tem origem no verbo *inseminare*, composto por in – dentro – e *semem* – semente, significando a colocação do sêmen na mulher.

Quanto à diferença existente entre as expressões homóloga e heteróloga, afirmamos que tem-se a homóloga quando o material genético do filho é coincidente com o material genético dos pais. Diz-se heteróloga quando há material genético de pelo menos um terceiro. Pode ser, em alguns casos, que seja necessário contar com doador de esperma. Em outros, com doadora de óvulo. Porém há situações em que ambos os materiais genéticos serão originados de doadores.

O artigo 1.597, incisos III, IV e V, do Código Civil dispõe sobre a presunção da paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O enunciado 104 da I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal¹⁰⁹, dispõe sobre a presunção da paternidade quando o material genético utilizado nas técnicas de reprodução assistidas for de terceiros:

ENUNCIADO 104: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

Para que possa haver a inseminação após o término da relação conjugal, seja pelo divórcio, dissolução de união estável ou pelo falecimento, os pacientes devem ter manifestado previamente a sua vontade por escrito, nos termos do ponto V. 3 da Resolução do Conselho Federal de Medicina 2.168/2017:

V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES¹¹⁰

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Ressalta-se que de acordo com o entendimento consolidado no enunciado 107 da I Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal¹¹⁰, no

109 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil – Enunciado 104**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>>. Acesso em 07 jun. 2020.

110 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil – Enunciado 107**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>>. Acesso em 05 jun. 2020.

caso de dissolução da sociedade conjugal, a revogação da autorização prévia, somente poderá ocorrer até o início do procedimento da implantação dos embriões.

ENUNCIADO 107: Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

A adoção também é uma opção para as pessoas com deficiência que desejam ter filhos, nos termos do artigo 6º, inciso VI, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), regulamenta a adoção tanto de crianças e adolescentes, quanto de maiores de 18 anos. Os requisitos para ser adotante são: ser maior de 18 anos, não ser ascendentes ou irmão do adotando, se for uma adoção conjunta, estar casados ou vivendo em união estável, mas caso haja a dissolução do vínculo conjugal durante o processo de adoção, os ex-cônjuges ou companheiros ainda poderão adotar conjuntamente desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e a diferença de idade entre adotando e adotado há de ser de pelo menos dezesseis anos (artigo 42).

Já as adoções internacionais, entendidas por aquelas em que o adotante, independente de sua nacionalidade, é residente e domiciliado no exterior, são regulamentadas pela Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto nº 3.087/1999 (artigo 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente). As regras dessa Convenção só se aplicam as países signatários.

Em 2016, em um julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário 898.060/SC111, pela possibilidade do reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, de origem biológica e socioafetiva, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade humana e na busca da felicidade, fixando a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento

111 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**; Relator (a): Min. Luiz Fux; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Data do Julgamento: 21 de setembro de 2016; Data da Publicação: 24 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>>. Acesso em 07 jun. 2020.

do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

De acordo com os artigos 10 a 15 do Provimento 63 do CNJ, que sofreu alteração pelo Provimento 83 é possível fazer o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva diretamente perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, desde que cumpridas todos os requisitos e exigências legais, como por exemplo: os filhos devem ser maiores de doze anos e deve ser colhida o seu consentimento (artigos 10 e 11, §4º); o requerente deverá demonstrar a afetividade por todos os meios em direito admitidos (artigo 10-A, §2º); não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si e nem ascendentes (artigo 10, §3º); só poderá ser realizado o reconhecimento de forma unilateral e não poderá implicar no registro de mais de dois pais ou duas mãe no campo de filiação no assento de nascimento (artigo 14).

Por fim, cabe ressaltar que é terminantemente proibido qualquer tipo de discriminação entre os filhos, conforme previsto no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 1.596 do Código Civil.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao

jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

2.5. INTERDIÇÃO E O INSTITUTO DA CURATELA

A Curatela é conceituada por Washington de Barros Monteiro como: “o encargo deferido por lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo”¹¹².

Conforme preceitua o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela é medida extraordinária que afeta tão somente atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial do curatelado, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

rt. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Com as mudanças feitas na teoria das incapacidades, não existem mais maiores absolutamente incapazes, assim a curatela somente incidirá sobre os maiores relativamente incapazes.

Desta maneira, sofreu alteração pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 1.767 do Código Civil que elenca os sujeitos a curatela, excluindo-se do rol aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil, os deficientes mentais e os excepcionais sem o completo desenvolvimento mental e; mantendo-se aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os pródigos.

112 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo, Saraiva, 1994, v. II. Apud: GODOY, Claudio Luiz Bueno de ... [et al.]; coordenação Cezar Peluso. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 14. ed. Barueri: Manole, 2020. p. 2.138

C ANTES EPD	CC DEPOIS EPD
<p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;</p> <p>II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;</p> <p>III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;</p> <p>IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;</p> <p>V - os pródigos.</p>	<p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>II - <u>(Revogado)</u>; <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>IV - <u>(Revogado)</u>; <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>V - os pródigos.</p>

Os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, em sua maioria haviam sofrido alterações pelo Estatuto, além de passar a utilizar a terminologia "curatela", tiveram o procedimento deste instituto readaptado. Entretanto, esses dispositivos foram revogados pelo artigo 1.072, inciso II, do Novo Código de Processo Civil, tendo permanecido em vigor apenas entre janeiro e março de 2016.

O processo de interdição está regulamentado no Código de Processo Civil, a partir do artigo 747, o qual elenca os legitimados para mover essa ação, quais sejam: I- o cônjuge ou companheiro(a); II- os parentes, consanguíneos, por afinidade ou em decorrência de parentesco civil, até o quarto grau, ou tutores; III- o representante da entidade em que se está abrigado o interditando; ou IV- o Ministério Público, que somente poderá promover a interdição em caso de doença mental grave em três hipóteses: a) se nenhum outro legitimado existir; b) se todos forem incapazes; ou c) se nenhum promover a interdição (artigo 748).

Pela redação do inciso IV, artigo 1.768 do Código Civil, dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas revogada pelo Novo Código de Processo Civil, a própria pessoa estaria legitimada a propor a ação de curatela, ou a nomear o seu curador:

Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - pelos pais ou tutores; (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente; (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

III - pelo Ministério Público. (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

IV - pela própria pessoa. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

Neste sentido, restou consolidado no enunciado 57 da I Jornada de Direito Processual Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal¹¹³, que a própria pessoa a ser curatelada continua no rol dos legitimados a propor a ação: “todos os legitimados a promover a curatela, cujo rol deve incluir o próprio sujeito a ser curatelado, também o são para realizar o pedido do seu levantamento”.

Na petição inicial, o autor deverá especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e praticar atos da vida civil, se for o caso, bem como especificar o momento em que essa incapacidade se revelou. Deverá juntar laudo médico para comprovar suas alegações ou informar a impossibilidade de fazê-lo. Justificada a urgência, o juiz poderá nomear um curador provisório ao interditando (artigos 749 e 750 do Código de Processo Civil e 87 do Estatuto da Pessoa com Deficiência).

O interditando será citado, para comparecer a uma entrevista com o juiz que poderá ser acompanhada por especialista, acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil. Caso o interditando não possa se deslocar, o juiz poderá ouvi-lo aonde estiver. Poderão ser utilizados recursos tecnológicos na entrevistas para permitir e auxiliar o

113 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Processual Civil – Enunciado 57**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em 08 jun. 2020.

interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder as perguntas formuladas. E poderá ainda o juiz a seu critério, requisitar a oitiva de parentes e pessoas próximas (artigo 751).

Após a realização da entrevista abre-se um prazo de 15 dias para o interditando impugnar o pedido de interdição. Ele poderá constituir advogado, e caso assim não o faça, será nomeado curador especial, e seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderão intervir como assistente. O Ministério Público intervirá como *custos legis* (artigo 752).

Findo o prazo o juiz determinará a produção de prova pericial a ser realizada por uma equipe composta de experts multidisciplinar para a avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil, e especificar no laudo pericial, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela (artigo 753).

Apresentado o laudo e produzidas as demais provas o juiz proferirá sentença, se for caso, decretará a interdição, em que nomeará curador, fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito e considerará as características pessoais deste, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. Essa sentença será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por seis meses, na imprensa local, uma vez, e no órgão oficial, por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente (artigos 754 e 755).

É importante ressaltar que de acordo com o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência a curatela é medida extraordinária, que deve preservar os interesses do curatelado e só afetará os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Neste sentido foi consolidado o enunciado 574 aprovado na VI Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal¹¹⁴, que dizia respeito ao artigo 1.772 do Código Civil, revogado pelo Novo Código de Processo Civil, cujo entendimento ainda é válido quanto aos limites da interdição, com a seguinte redação: "A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para

114 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VI Jornada de Direito Processual Civil – Enunciado 574**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/645>>. Acesso em 09 jun. 2020.

todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772).”.

Cabe destaque, ainda a justificativa deste enunciado:

O CC/2002 restringiu a norma que determina a fixação dos limites da curatela para as pessoas referidas nos incisos III e IV do art. 1.767. É desarrazoado restringir a aplicação do art. 1.772 com base em critérios arbitrários. São diversos os transtornos mentais não contemplados no dispositivo que afetam parcialmente a capacidade e igualmente demandam tal proteção. Se há apenas o comprometimento para a prática de certos atos, só relativamente a estes cabe interdição, independentemente da hipótese legal específica. Com apoio na prova dos autos, o juiz deverá estabelecer os limites da curatela, que poderão ou não ser os definidos no art. 1.782. Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com efetiva demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado. Necessário individualizar diferentes estatutos de proteção, estabelecer a gradação da incapacidade. A interdição deve fixar a extensão da incapacidade, o regime de proteção, conforme averiguação casuística da aptidão para atos patrimoniais/extrapatrimoniais (PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil*. RJ: Renovar, 1997, p. 166; RODRIGUES, R. G. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil* (Coord.: G. TEPEDINO), RJ: Renovar, 2002, p. 11-27; ABREU, C. B. *Curatela & Interdição Civil*. RJ: Lumen Juris, 2009, p. 180-220; FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Direito Civil/Teoria Geral*. RJ: Lumen Juris, 2010, p. 252; TEIXEIRA, A. C. B. *Deficiência psíquica e curatela: reflexões sob o viés da autonomia privada*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 7, p. 64-79, 2009.

O artigo 1.775 do Código Civil traz uma ordem para nomeação do curador, começando pelo cônjuge ou companheiro não separado de fato ou judicialmente, em seguida o pai ou a mãe, na falta destes o descendente que se demonstrar mais apto, sendo que os próximos precedem os mais remotos, e na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador dativo.

Esta ordem não precisa ser necessariamente seguida, a curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado. Inclusive, o Estatuto da Pessoa com Deficiência incluiu a possibilidade de estabelecer uma curatela compartilhada, conforme prevê o artigo 1.775-A do Código Civil. Ressalta-se que, havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses também do incapaz e não apenas do interdito (artigo 755, §2º, do Código de Processo Civil).

Entretanto, em que pese o exposto acima, em julgamento excepcional pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹¹⁵, restou decidido pela interdição de todos os atos da vida civil de uma senhora acometida com mal de Alzheimer, posto que encontrava-se em estado de total alienação com o meio, revelando absoluta falta de condições de manifestar sua vontade.

Apelação. Interdição. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Extensão da curatela. Reconhecimento em situações excepcionais da necessidade de que a curatela implique afastamento total da possibilidade de o curatelado exercer os atos da vida civil. Desenvolvimento do direito superador da lei para atender à "natureza das coisas". Consciência e manifestação da vontade que são requisitos essenciais da prática dos atos e negócios jurídicos, alcançando mesmo atos existenciais. Falta de vontade que fere o plano da existência dos atos e negócios jurídicos. A lei não pode desconsiderar a "natureza das coisas" e deixar de reconhecer o dado biológico da existência de variados graus de deficiência. O princípio da igualdade substancial exige tratamento desigual na medida das desigualdades. Fere o preceito constitucional da dignidade da pessoa e toda a estrutura do ordenamento jurídico pretender dar o mesmo tratamento a pessoas que apresentam graus diferentes de deficiência. A teoria das incapacidades não constitui discriminação, mas forma de proteção jurídica. O próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência reconhece

115 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1006992-64.2017.8.26.0292**; Relator (a): Enéas Costa Garcia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jacaréi - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 20 de março de 2020; Data de Registro: 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13425041&cdForo=0>>. Acesso em: 09 jun. 2020.

existência de variados graus no espectro das deficiências, determinando adoção das providências adequadas às necessidades pessoais dos curatelados. Curatela instituída pelo art. 84, §1º da Lei nº 13.146/15 que deve ser interpretada como novo instituto jurídico, permitindo que o julgador determine in concreto a extensão da intervenção a cargo do curador, que pode alcançar grau extremo nos casos em que a condição de saúde do curatelado revele absoluta falta de condições de manifestar vontade, inclusive com eventual limitação de atos não patrimoniais nos quais a manifestação de vontade seja elemento inafastável. Paciente acometida de mal de Alzheimer, em total estado de alienação com o meio, sendo necessária extensão máxima da curatela. Recurso improvido.

Outra alteração feita pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foi no artigo 1.777 do Código Civil, que passou a priorizar o convívio familiar ao recolhimento em estabelecimentos em relação aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

CC ANTES EPD	CC DEPOIS EPD
<p>Art. 1.777. Os interditos referidos nos <u>incisos I, III e IV do art. 1.767</u> serão recolhidos em estabelecimentos adequados, quando não se adaptarem ao convívio doméstico.</p>	<p>Art. 1.777. As pessoas referidas no <u>inciso I do art. 1.767</u> receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio. <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p>

Maurício Requião, faz algumas considerações na obra "Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdições"¹¹⁶, quanto aos sistemas de tratamento das pessoas com deficiência mental, ponderando a importância de

¹¹⁶ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. 2. ed. Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2018. p. 131/132

proporcionar maior autonomia e dignidade à pessoa com deficiência mental, devendo reconhecê-la como um ser humano igual em direitos, apesar de suas especificidades, sendo necessário a construção de um paradigma de alteridade e solidariedade em que se reconheça a necessidade de construção de um espaço que propicie uma vida digna a eles, cabendo destaque o seguinte trecho:

Em segundo lugar, acredita-se que a experiência histórica mostra o fracasso dos manicômios e do sistema asilar de internamento enquanto padrão de tratamento. Ainda que possa ter tido pontuais acertos, foram eles obscurecidos por seus estrondosos erros. Não há como buscar a promoção da autonomia num sistema que se pauta justamente na sua retirada do sujeito.

Por fim, sem que pese se ter por certo que o sistema asilar é fracassado, não tem como se substituir algum tratamento por nenhum.(...) Melhor, entretanto, que ela, quando estritamente necessária, se dê num ambiente de cuidado total, voltado ao bem-estar do paciente, e não somente dentro do paradigma da internação asilar e excludente.

Mostra-se também necessário o crescimento aparelhamento de uma territorializada de acompanhamento ambulatorial, o que já vem sendo feito através dos CAPS, para que tenha a pessoa com deficiência mental acesso ao tratamento digno de que necessite.

Ainda em relação ao tratamento em estabelecimentos, cabe lembrar que o Brasil foi condenado em 2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Ximenes Lopes versus Brasil¹¹⁷, que em breve síntese, tratou-se de um caso em que Damião Ximenes Lopes, portador de doença mental, na época internado na Casa de Repouso Guararapes, foi vítima de maus tratos e torturado até a morte.

A curatela poderá ser levantada quando cessar a causa que a determinou, podendo o pedido ser formulado nos autos da interdição pelo próprio curatelado, pelo curador ou pelo Ministério Público, que será precedida de uma perícia a ser realizada por um perito ou uma equipe multidisciplinar. Após apresentação do laudo,

117 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf> Acesso em 09 jun. 2020.

audiência de instrução e julgamento, demonstrada a capacidade do curatelado para a prática dos atos da vida civil, ainda que parcialmente, poderá o juiz decretar o levantamento da curatela na medida de sua capacidade, a publicação da decisão na imprensa local e no órgão oficial, bem como determinar a averbação do registro de pessoas naturais (artigo 756 do Código de Processo Civil).

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 11.091/18118, proposto pelos senadores Antonio Carlos Valadares (PSB-SE) e Paulo Paim (PT-RS), que estabelece algumas alterações no Código Civil e no Código de Processo Civil quanto ao instituto da curatela e da tomada de decisão apoiada, para uma maior adequação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A proposta tramita em caráter conclusivo na Câmara dos Deputados, após a Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência ter apresentado parecer favorável ao projeto de lei no dia 19 de agosto de 2019¹¹⁹, cabendo destaque a seguinte passagem do parecer:

De outro lado, a proposição modifica disposições relativas ao instituto da curatela, enfatizando seu caráter limitado e excepcional e a inafastabilidade da vontade e preferências – inclusive as pretéritas, anteriores à existência do impedimento – da pessoa com deficiência sujeita à curatela, notadamente porque, mesmo nos casos em que o curador realizar atos jurídicos sem qualquer assinatura ou sinal perceptível dessa pessoa, ainda assim ele é mero “assistente”, pois deve justificar, caso solicitado, se o ato foi praticado da forma como a própria pessoa o praticaria.

(...)

Acreditamos que o projeto permitirá que avancemos um pouco mais na implementação dos dispositivos da Convenção e da LBI

118BRASIL. **Projeto de Lei nº 11.091, de 2018.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F59E55EC30477423ADAA6681E6D9882.proposicoesWebExterno2?codteor=1696382&filename=PL+11091/2018> Acesso em 13 maio 2020.

119 BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCCD0020190820001450000.PDF#page=63>> Acesso em 13 maio 2020.

sobre o direito à capacidade jurídica, que até hoje vêm sendo ignorados pelos órgãos do sistema de Justiça, que, em contrariedade à previsão constitucional e legal em vigor, ainda admitem a curatela de pessoas com deficiência, especialmente intelectual, mental ou grave, com base essencialmente na deficiência, reforçando a ideia, entre outras, de que os processos de interdição são necessários para ampará-las juridicamente.

2.6. TOMADA DE DECISÃO APOIADA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou ao incluir no Código Civil o instituto da “Tomada de Decisão Apoiada” no artigo 1.783-A.

Essa inovação consolidou o comando trazido no artigo 12, ponto 3 da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, com a seguinte redação: “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

A intenção deste instituto é justamente assegurar o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência, mantendo a sua autonomia, em igualdade de condições com as demais pessoas, porém assistido por pelo menos duas pessoas de sua confiança.

A tomada de decisão apoiada é um procedimento judicial em que a pessoa com deficiência elege duas ou mais pessoas de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil.

No pedido, a ser requerido pela pessoa com deficiência com indicação expressa dos apoiadores, devem constar os limites do apoio a ser fornecido, o prazo de vigência do acordo, os compromissos dos apoiadores, o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses das pessoas que devem apoiar.

O juiz apenas decide sobre a procedência do pedido após a oitiva do requerente, no caso, a pessoa com deficiência e as pessoas que lhe prestarão apoio, assistido por uma equipe multidisciplinar e do Ministério Público.

O parágrafo 4º do artigo 1.783-A ressalta que decisões tomadas por pessoa apoiada, desde que inseridas nos limites do apoio acordado, terão validade e efeitos sobre terceiros, afastando-se assim qualquer discussão sobre nulidades.

Podem ainda terceiros, para se resguardarem, solicitar que os apoiadores, com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial, contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

Havendo divergência entre a pessoa apoiada e o apoiador, quando o negócio jurídico possa trazer risco ou prejuízo relevante, o juiz decidirá, ouvido o Ministério Público.

O apoiador poderá ser denunciado e destituído se agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas. Lembrando que aplicam-se à tomada de decisão apoiada as disposições da prestação de contas da curatela, no que couber.

Pode a pessoa apoiada a qualquer tempo solicitar o término do acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada, assim como pode o apoiador solicitar ao juiz a exclusão da sua participação do processo.

O trecho abaixo retirado da obra “Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência”, de coordenação do Ministro Cezar Peluso¹²⁰, traz a diferença entre o instituto da tomada da decisão apoiada e da curatela:

A tomada de decisão apoiada foi criada em prol da pessoa com deficiência que possua limitações no exercício do autogoverno, mas mantenha de forma precária a aptidão de se expressar e de se fazer compreender. Dessa maneira, sua capacidade civil é preservada. Este instituto é indicado para o deficiente que está na posição intermediária entre as pessoas normais – nos aspectos físico, sensorial e psíquico – e aquelas pessoas com deficiência qualificada pela impossibilidade de expressão, que serão submetidas à curatela e consideradas relativamente incapazes. A curatela, por sua vez, como já afirmado em comentário ao art. 1.767, é medida protetiva da pessoa e dos bens daqueles que, pela falta de autodeterminação, apresentam carência de discernimento para o exercício de direitos e obrigações. É uma medida ligada ao campo patrimonial e aplicada às situações em que o deficiente tem limitação em sua capacidade de agir e decidir.

¹²⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de ... [et al.]; coordenação Cezar Peluso. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 13. ed. Barueri: Manole, 2019. p. 2121

Como é possível notar do trecho extraído acima, a principal diferença encontra-se no grau de limitação da pessoa com deficiência, ou seja, para que a pessoa possa optar pelo instituto da tomada de decisão apoiada ela deve possuir um grau de compreensão, do contrário será caso de curatela.

Este foi o entendimento consolidado no enunciado 640 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal realizado em 2018¹²¹:

ENUNCIADO 640 – Art. 1783-A: A tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela.

Justificativa: O instituto da tomada de decisão apoiada (“TODA”), introduzido com o art. 1.783-A, não pode ser aplicado naquelas hipóteses de falta de autodeterminação e inabilidade para a emissão de vontade, mas apenas em casos de fragilidade e vulnerabilidade percebidas pela própria pessoa como impeditivos de pleno desenvolvimento em sociedade. Nas situações de falta de habilidade para manifestar vontade, a pessoa deve ser submetida à curatela, cujos limites devem ser fixados de acordo com o caso concreto. A tomada de decisão apoiada configura, pois, um mecanismo de proteção acionado pela própria pessoa, e implementado por um negócio jurídico cuja efetivação depende já de uma capacidade compreensiva.

Esta também é a corrente seguida pelos Tribunais, conforme decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹²²:

INTERDIÇÃO – Sentença que declarou a ré absolutamente incapaz – Insurgência da demandada – Alegação de que apenas os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes e de que é necessária a regulamentação da curadoria – Parcial

121 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em 13 maio 2020.

122 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1007676-41.2016.8.26.0577**; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 14 de fevereiro de 2018; Data de Registro: 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 13 maio 2020.

cabimento – Interditanda que, à luz da nova legislação, é relativamente incapaz, nos termos do art. 4º, III, do CC – Ré que tem retardo mental profundo, sendo incapaz de exprimir a vontade – Demandante que é mãe da demandada, estando apta a exercer a curadoria – Instituto da decisão apoiada que é impertinente ao caso – Prestação de contas na forma do art. 1.781, do CC – Requerida que auferir apenas um benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1007676-41.2016.8.26.0577; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 14/02/2018; Data de Registro: 14/02/2018)

Consoante enunciado 639 também aprovado na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal realizado em 2018123, o único legitimado para requerer a tomada de decisão apoiada é a pessoa com deficiência.

Foi aprovado ainda neste enunciado que a pessoa apoiada pode requerer antecipadamente que em caso de curatela seus apoiadores sejam seus curadores.

ENUNCIADO 639 - A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência.

A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.

Neste sentido foi o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador Vito Guglielmi¹²⁴:

123 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil**. Disponível Em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em 13 maio 2020.

124 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1131784-21.2016.8.26.0100**; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30 de setembro de 2019; Data de Registro: 30 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12930632&cdForo=0>>. Acesso em 13 maio 2020.

INTERDIÇÃO. RÉU PORTADOR DE TRANSTORNO DEPRESSIVO RECORRENTE E HIPOCONDRIA. LAUDO PERICIAL QUE CONCLUIU PELA CAPACIDADE CIVIL DO REQUERIDO. SENTENÇA QUE, SEM EMBARGO, DECLAROU A INTERDIÇÃO DO RÉU. INADMISSIBILIDADE. CAPACIDADE CIVIL QUE É A REGRA, SENDO EXCEPCIONAL A INTERDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA INCAPACIDADE DAQUELE QUE, AINDA QUE PORTADOR DE TRANSTORNOS PSICOLÓGICOS, MANTÉM O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A VIDA CIVIL. MERA EXISTÊNCIA DE DÚVIDA ACERCA DO QUADRO DE INCAPACIDADE QUE JÁ LEVARIA À CONCLUSÃO PELA IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE DETERMINAÇÃO DE REGIME DE TOMADA DE DECISÃO APOIADA AO RÉU. INADMISSIBILIDADE. PEDIDO, NO CASO, QUE É DE LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DA PESSOA A SER APOIADA. ENUNCIADO 639 DAS JORNADAS DE DIREITO CIVIL. INTELIGÊNCIA DO SER. 1.783-A DO CC. DE TODA SORTE, RESSALVA-SE A POSSIBILIDADE DE, A QUALQUER TEMPO, PLEITEAR-SE A TOMADA DE DECISÃO APOIADA EM FEITO AUTÔNOMO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1131784-21.2016.8.26.0100; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30/09/2019; Data de Registro: 30/09/2019)

Ressalta-se ainda que a função dos apoiadores neste instituto é fornecer elementos e informações necessários para que a pessoa com deficiência sinta mais segurança na hora de tomar decisões e assim exercer a sua plena capacidade, e não de representa-la como na outorga de um mandato, conforme restou decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹²⁵:

TOMADA DE DECISÃO APOIADA. Autor que, por ter se tornado paraplégico e necessitar de auxílio em suas atividades, pretende a nomeação de duas apoiadoras, nos termos do art.

125 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1005426-04.2018.8.26.0597**; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29 de outubro de 2019; Data de Registro: 29 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13024294&cdForo=0>>. Acesso em 13 maio 2020.

1.783-A do CC. Sentença de improcedência. Não cabimento do inconformismo. Termos do apoio apresentado que extrapolam os limites do instituto da tomada de decisão apoiada, confundindo-se com a outorga de poderes de representação. Sentença mantida pelos próprios fundamentos. Art. 252 do RITJSP. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1005426-04.2018.8.26.0597; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/10/2019; Data de Registro: 29/10/2019)

Semelhante foi o entendimento da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de Relatoria do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos¹²⁶:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL.TOMADA DE DECISÃO APOIADA. PEDIDO INDEFERIDO. 1. A Tomada de Decisão Apoiada, prevista no art. 1.783-A do CCB, se dá em procedimento judicial promovido pela própria pessoa com deficiência, visando a ter auxílio de terceiros para realizar certos atos de sua vida. A tomada de decisão apoiada deve respeitar a vontade da pessoa apoiada, que não a tem substituída pela dos apoiadores. No caso dos autos não se trata de pessoa com deficiência, mas, em verdade, de pretensão da requerente, acometida de câncer, de ter alguém para representá-la em caso de agravamento da doença. 2. A propósito, verifica-se que na minuta de Termo de Decisão Apoiada das fls. 37-38, a apoiada nomeia e constitui seus apoiadores para representá-la e praticar diversos atos, mais se assemelhando aquele instrumento a um mandato, o que, por sinal, pode ser confeccionado pela requerente, independentemente de autorização judicial, porém não se confunde com Tomada de Decisão Apoiada. Assim, no contexto dos autos, deve ser mantida a sentença de indeferimento do pedido. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.(Apelação Cível, Nº 70079344834,

126 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível, Nº 70079344834**, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-02-2019. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero Processo=70079344834&code=9034&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%208.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em 13 maio 2020.

Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-02-2019)

Esta diferenciação foi bem elucidada por Joyceane Bezerra de Menezes¹²⁷:

“O apoiador é um facilitador que deve explicar melhor os termos o negócio e as suas consequências para que o apoiado tome decisões mais seguras. Diverge de um mero consultor porque terá legitimidade processual ativa para, por meio de oposição dirigida ao juiz, intervir na consolidação da avença se entender que esta trará graves riscos aos interesses existenciais ou patrimoniais do apoiado (art. 1.783-A, § 6o). No mandato, por sua vez, o outorgado age em nome do outorgante e, uma vez que aceitou essa representação, não tem o poder de discordar do conteúdo da vontade do mandatário para agir de modo distinto. Se assim ocorrer, o máximo que pode fazer é declinar dos poderes que lhes foram conferidos.”

Conforme exposto no tópico anterior, atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 11.091/18128, proposto pelos senadores Antonio Carlos Valadares (PSB-SE) e Paulo Paim (PT-RS), que estabelece mudanças na regulamentação dos institutos da curatela e prioriza a tomada de decisão apoiada para as pessoas com deficiência que possuem o mínimo de discernimento, alterando e adequando dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil.

127 MENEZES, Joyceane Bezerra. **Tomada de decisão apoiada e sua institutos afins**. In: Giselda Maria F. Novaes Hironaka e Frederico Baptista dos Santos. Direito Civil: estudos: coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa IBDCIVIL. São Paulo: Blucher, 2018, p. 83. *Apud*. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1005426-04.2018.8.26.0597**; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29 de outubro de 2019; Data de Registro: 29 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13024294&cdForo=0>>. Acesso em 13 maio 2020.

128BRASIL. **Projeto de Lei nº 11.091, de 2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F59E55EC30477423ADAA6681E6D9882.proposicoesWebExterno2?codteor=1696382&filename=PL+11091/2018> Acesso em 13 maio 2020.

A justificativa do Projeto de Lei nº 757129, proposto no Senado Federal já em 2015, mesmo ano da publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, antes mesmo do início da sua vigência, é o de corrigir os equívocos, lapsos e inconsistências legislativas, inclusive apontadas por diversos juristas renomados como José Fernando Simão, Atála Correia, Flávio Tartuce, Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli, adequar os mecanismos de proteção jurídicas à Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e ao próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Este projeto propõe a inclusão no Código de Processo Civil de dispositivos regulamentando o procedimento do instituto da tomada de decisão apoiada e no Código Civil a inclusão de artigos que detalhem o instituto e a sua preferência frente a curatela, sempre que a pessoa com deficiência possuir algum grau de discernimento, para que seja preservada a sua autonomia.

A Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência apresentou parecer favorável ao projeto de lei no dia 19 de agosto de 2019 e atualmente a proposta tramita em caráter conclusivo na Câmara dos Deputados.

5. ESTUDO DE CASO

Neste capítulo será apresentado um caso real de uma pessoa com deficiência mental, sendo preservados seus dados em razão do segredo de justiça, e será aberto um espaço para reflexão a respeito das mudanças feitas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e seu impacto.

Bruna nasceu em 1995, atualmente está com vinte e cinco anos de idade, diabética, teve seu desenvolvimento neuropsicomotor atrasado, começou a andar com um ano e cinco meses e a falar com dois anos e meio e em 2013 passou por uma avaliação por uma equipe multidisciplinar, quando foi relatado por sua tia que:

Habilidade diárias: a tia ao descrever sua rotina diz que Bruna alimenta-se sozinha, necessita de certa supervisão na higiene pessoal, no vestir e despir, controla os esfíncteres; ajuda em alguns afazeres domésticos; rosqueia e desparafusa; mostra dificuldades para abotoar, desabotoar, dar nó e laço; não enfia cadarço; não realiza pequenas compras, mas sabe a função do

129 BRASIL. **Projeto de Lei nº 757, de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1571776624454&disposition=inline>> Acesso em 13 maio 2020.

dinheiro; não sabe a função do semáforo e calçada; não seleciona roupas adequadas ao clima / situação; não tem noção do perigo relacionado ao fogo, altura, ingestão de medicamentos / plantas, objetos cortantes, atravessar a rua, não apresenta interação com animais e pessoas desconhecidas.

A equipe multidisciplinar chegou a seguinte conclusão diagnóstica:

- Distúrbio do Déficit de Atenção;
- Outros Transtornos Comportamentais e Emocionais com início habitualmente durante a Infância ou Adolescência;
- Leve Transtorno de Linguagem;
- Alfabetizada com Dificuldades nas Habilidades Matemáticas, de Leitura e Escrita;
- Deficiência Mental Leve;
- Transtornos Socioemocionais.

Seus pais são separados e desde os seus 12 anos de idade ela reside com a sua genitora.

Quando completou dezoito anos de idade o seu genitor ingressou com uma ação de exoneração de alimentos que foi julgada procedente sob o fundamento de "ter cessado a causa que ensejou fixação de alimentos, ou seja, a menoridade."

Sua genitora ingressou com uma ação de interdição no ano de 2016. A perícia médica foi realizada apenas por um Perito Médico, que chegou a seguinte conclusão: "A examinada é portadora de esquizofrenia, doença mental crônica, que evolui em surtos, causadores de sequelas afetivas e cognitivas, como as descritas. Diante disso, é incapaz de gerir seus encargos civis. Sua incapacidade é absoluta e permanente". Com base neste laudo a ação foi julgada procedente, "declarando-a absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, na forma do artigo 3º, inciso II, do Código Civil e, de acordo com o artigo 1.767, inciso I do Código Civil, nomeio-lhe" Curadora sua genitora.

Em relação a esta sentença prolatada no dia 14 de dezembro de 2016, já na vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, cabem algumas observações, primeiramente em relação ao inciso II do artigo 3º, que havia sido revogado, e ao inciso I do artigo 1.767, que teve sua redação alterada.

C ANTES EPD	CC DEPOIS EPD
<p>Art. 3^o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3^o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>I - <u>(Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>II - <u>(Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>III - <u>(Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p>
<p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;</p> <p>II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;</p> <p>III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;</p> <p>IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;</p> <p>V - os pródigos.</p>	<p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>II - <u>(Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; <u>(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>IV - <u>(Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)</u></p> <p>V - os pródigos.</p>

Outro ponto de análise e reflexão, se refere ao fato de tê-la declarado absolutamente incapaz para todos os atos da vida civil, enquanto o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência determina que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Após ter sido interditada, sua genitora, representando-a, ingressou com uma ação de Alimentos em face de seu genitor. Nesta ação, reconhecendo a incapacidade da filha, os genitores entraram em um acordo, em que o genitor pagará a título de pensão alimentícia o equivalente a 15% de sua remuneração líquida e a incluirá no plano de saúde.

Atualmente a única renda da família é a pensão alimentícia que recebe do pai, em razão disso, Bruna, representada pela mãe, requereu o Benefício de Prestação Continuada (Lei 8.742/1993) na Justiça Especial Federal, que é um benefício assistencial à pessoa com deficiência que comprove a renda por pessoa do grupo familiar menor do que $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, sendo então garantido um salário mínimo.

O exame médico pericial, realizado no dia 21 de janeiro de 2020, por um único perito médico, concluiu que a amplitude aproximada do QI da Bruna está entre 50 e 59 (em adultos, idade mental de 9 a menos de 12 anos). Isto inclui atraso mental leve, debilidade mental, fraqueza mental, oligofrenia, subnormalidade mental leve. Diante disto, restaria aferido retardo mental CID 10791.

O perito respondeu a alguns quesitos, que cabem aqui destaque:

O periciando está incapacitado para todo e qualquer trabalho?

Resposta: Sim.

O periciando exerce ou exerceu atividade laborativa remunerada? Qual é a sua atividade habitual?

Resposta: Não.

É possível a reabilitação do periciando?

Resposta: Não.

130 BRASIL. **Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Brasília, 7 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm> Acesso em 19 jun. 2020.

Qual a idade e escolaridade do(a) periciando(a)?

Resposta: 24 anos, grau de escolaridade frequenta escola especial.

O periciando é incapaz para os atos da vida civil?

Resposta: Sim, se encontra interditada judicialmente. ^LSEP

O caso ainda está em julgamento.

Diante dos fatos aqui narrados, abre-se espaço para reflexão sobre as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto a capacidade civil, casamento, união estável, planejamento familiar, curatela e o instituto da tomada de decisão apoiada.

De acordo com o Estatuto, Bruna não poderia ser considerada absolutamente incapaz, também não poderia ter sua capacidade para os atos da vida civil limitada, apenas quanto aos direitos de natureza patrimoniais e negociais, a sua deficiência não afetaria a capacidade para casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais, reprodutivos, decidir sobre o número de filhos e ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, se considerada capaz, ao invés da curatela, poderia optar pelo instituto da tomada de decisão apoiada.

Fecha-se esse capítulo com uma pergunta para refletir: essas mudanças trouxeram uma maior autonomia ou uma maior vulnerabilidade para Bruna?

CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência teve grande impacto no Direito de Família, a começar revolucionando a teoria das incapacidades.

Atualmente apenas o menor de dezesseis anos pode ser considerado absolutamente incapaz.

Ademais, o Estatuto em prol de uma maior autonomia e pautado na dignidade da pessoa com deficiência, determinou expressamente no artigo 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir sobre o número de filhos, ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, exercer o direito à guarda, tutela, curatela e adoção.

Em razão disto, foram retirados do ordenamento jurídico a menção a necessidade de autorização de curadores para o casamento (artigo 1.518 do Código Civil).

Revogado a hipótese de nulidade de casamento contraído “pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil” (artigo 1.548, I, do Código Civil).

Quanto as hipóteses de anulabilidade de casamento por erro essencial da pessoa, o legislador deixou claro que o defeito físico não pode caracterizar deficiência (artigo 1.557, III) e revogou a hipótese de anulabilidade por “ignorância, anterior ao casamento de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado” (art. 1.557, IV).

Ainda quanto a anulabilidade o Estatuto incluiu a parágrafo segundo, no artigo 1.550, dispondo que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil pode contrair matrimônio expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu curador.

Quanto a curatela foram revogados as previsões quanto “aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento mental para os atos da vida civil”, “os deficientes mentais”, e “os excepcionais sem completo desenvolvimento mental” (artigo 1.767 do Código Civil).

Enquanto que o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que a curatela é uma medida extraordinária, que afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Aos deficientes que possuem discernimento o Estatuto trouxe a grande novidade o instituto da tomada de decisão apoiada, que é um procedimento judicial em que a pessoa com deficiência elege duas ou mais pessoas de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil.

Esses foram, resumidamente os impactos trazidos ao Direito de Família pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Não há como negar que o Estatuto trouxe grandes contribuições às pessoas com deficiências.

Porém, na prática em determinados casos, é possível notar que os magistrados não o estão aplicando a risca, visto que ao invés que aumentar a autonomia da pessoa com deficiência, aumenta a sua vulnerabilidade.

Alguns exemplos trazidos neste trabalho são: o caso da Bruna que foi interdita como absolutamente incapaz em dezembro de 2016, e em razão disto pode voltar a receber a pensão de seu genitor e o caso que foi julgado procedente em 2019 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em que uma mãe de um rapaz acometido com o síndrome do cromossoma "X Frágil" requereu na justiça a autorização para o procedimento de vasectomia em favor do rapaz, alegando que eventual prole seria por ela criada e sustentada.

O Projeto de Lei nº 757 proposto pelos senadores Antonio Carlos Valadares (PSB-SE) e Paulo Paim (PT-RS), com o fundamento em críticas feitas por diversos juristas renomados como José Fernando Simão, Atálla Correia, Flávio Tartuce, Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli, tinha a intenção de voltar com algumas previsões anteriores, com vistas a diminuir essa vulnerabilidade criada, porém, essas previsões foram vetadas.

Talvez a mensagem que deve ser recebida com esse veto, com as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e com os compromissos assumidos com a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiências é que o maior desafio está na adaptação a esta nova realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Juliana dos Santos, GIMENES, Antonio Cantero, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, ROCHA, Renata da.. [et al]. **Dilemas Acerca da Vida Humana: Interfaces entre a Bioética e o Biodireito**. São Paulo: Editora Atheneu, 2015.

FERRAZ, Carolina Valença, LEITE, George Salomão, LEITE, Glauber Salomão.. [et al]. **Manual da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de ... [et al.]; coordenação Cezar Peluso. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 13. ed. Barueri: Manole, 2019.

LEITE, Flávia Piva Almeida, RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes, COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/2015**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo, Saraiva, 1994, v. II. Apud: GODOY, Claudio Luiz Bueno de ... [et al.]; coordenação Cezar Peluso. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 14. ed. Barueri: Manole, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. 2. ed. Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família. – v.5**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Manual de Direito Civil: volume único**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Artigos e outros documentos eletrônicos disponíveis na internet

BORGARELLI, Bruno de Ávila, KÜMPEL, Vitor Frederico. **As aberrações da lei 13.146/2015**. Migalhas, 11 de ago. de 2015. Disponível em:
<<https://www.migalhas.com.br/depeso/224905/as-aberracoes-da-lei-13146-2015>>
Acesso em 21 de maio 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Disponível em:
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf> Acesso em 09 jun. 2020.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE SÍNDROME DE DOWN.
Autonomia e Independência são marcos para as pessoas com deficiência intelectual. Disponível em:
<<http://federacaodown.org.br/index.php/2019/08/06/autonomia-e-independencia-sao-marcos-para-as-pessoas-com-deficiencia-intelectual/>> Acesso em 20 maio 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Caso de cuidadora que alegou união estável com incapaz traz à tona reflexões sobre afeto e sexualidade**. 4 de mar. de 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5563>> Acesso em 30 maio 2020.

_____. **Você sabe o que é Direito Familiar**. 8 de set. de 2017. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/15179/Você+sabe+o+que+é+Direito+Familiar%3F>> Acesso em 04 jun. 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra. **Tomada de decisão apoiada e sua institutos afins**. In: Giselda Maria F. Novaes Hironaka e Frederico Baptista dos Santos. Direito Civil: estudos: coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa IBDCIVIL. São Paulo: Blucher, 2018, p. 83. *Apud*. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1005426-04.2018.8.26.0597**; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29 de outubro de 2019; Data de Registro: 29 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13024294&cdForo=0>>. Acesso em 13 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comitte on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponível Em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Membership.aspx>>. Acesso em 12 maio 2020.

_____. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf> Acesso em 18 jun. 2020.

_____. **Declaração dos Direitos do Deficiente Mental**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Deficiencia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>> Acesso em 17 jun. 2020.

_____. **General Assembly - Resolution 61/106**. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_61_106-E.pdf>. Acesso em 11 maio 2020.

_____. **Status Of Ratification Interactive Dashboard**. Disponível em: <<https://indicators.ohchr.org>>. Acesso em 11 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Você conhece suas opções de planejamento familiar?**. Disponível em: <https://www.fphandbook.org/sites/default/files/Wall%20chart%202017-05-03_Port.pdf>. Acesso em 04 jun. 2020.

SENADO FEDERAL. **Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa**. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4273431&ts=1586467303049&disposition=inline>> Acesso em: 11 jun. 2020.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte I)**. Revista Consultor Jurídico, 6 de ago. de 2015. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> Acesso em 20 de maio 2020.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte 2)**. Revista Consultor Jurídico, 6 de ago. de 2015. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acesso em 26 de maio 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Cuidadora não consegue reconhecimento de união estável com paciente incapaz**. 25 de fev. de 2015. Disponível Em:
<http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-02-25_08-00_Cuidadora-nao-consegue-reconhecimento-de-uniao-estavel-com-paciente-incapaz.aspx>. Acesso em 29 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF começa a julgar recurso sobre reconhecimento de duas uniões estáveis para rateio de pensão**. 25 de setembro de 2019. Disponível Em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424625&caixaBusca=N>>. Acesso em 31 maio 2020

VIANA, Giselle de Menezes, KÜMPEL, Vitor Frederico. **O paradoxo do planejamento familiar em face do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência**. Migalhas, 11 de jul. de 2018. Disponível em:
<<https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/283381/o-paradoxo-do-planejamento-familiar-em-face-do-estatuto-da-pessoa-portadora-de-deficiencia>> Acesso em 04 jun. 2020.

Legislação, jurisprudência e enunciados

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 20 maio 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

_____. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Decreto nº 3.956, de 8**

de outubro de 2001. Brasília, 8 de outubro de 2001. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm> Acesso em 18 jun. 2020.

_____. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. **Decreto nº 6.949, 25 de agosto de 2009.** Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm> Acesso em 11 maio 2020.

_____. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Brasília, 20 de dezembro de 1999. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941.** Rio de Janeiro, 19 de abril de 1944. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm> Acesso em 25 maio 2020.

_____. **Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944.** Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1944. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7036.htm> Acesso em 29 maio 2020.

_____. **Diário da Câmara dos Deputados** . Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190820001450000.PDF#page=63>> Acesso em 13 maio 2020.

_____. **Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Brasília, 7 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm> Acesso em 19 jun. 2020.

_____. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Lei nº 13.146, 6 de julho de 2015.** Brasília, 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em 11 jun. 2020.

_____. **Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000.** Brasília, 8 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

_____. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Brasília, 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

_____. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.** Brasília, 6 de abril de 2001.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm>
Acesso em 17 jun. 2020.

_____. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Brasília, 24 de outubro de 1989. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853compilado.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

_____. **Lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990.** Brasília, 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>
Acesso em 17 jun. 2020.

_____. **Lei nº 8.213, 24 de julho de 1991.** Brasília, 24 de julho de 1991.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

_____. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Brasília, 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>
Acesso em 29 maio 2020.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Brasília, 12 de janeiro de 1996.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm> Acesso em 04 jun. 2020.

_____. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.** Brasília, 10 de maio de 1996.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm> Acesso em 29 maio 2020.

_____. **Lei nº 9.394, 20 de dezembro de 1996.** Brasília, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em 17 jun. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 06, de 2003.** Disponível em
<<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/701?sequencia=244>> Acesso em 11 jun. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 11.091, de 2018.** Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F59E55EC30477423ADAA6681E6D9882.proposicoesWebExterno2?codteor=1696382&filenome=PL+11091/2018> Acesso em 13 maio 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 3.638, de 2000.** Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19977>> Acesso em 11 jun. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 7.699-A, de 2006.** Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1308786&filename=Tramitacao-PL+7699/2006> Acesso em 11 jun. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 757, de 2015.** Disponível em:
<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1571776624454&disposition=inline>> Acesso em 13 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativos 610 e 604.** Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 27 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1414884/RS**, Terceira Turma, Relator Ministro: Marco Aurélio, julgado em 03 de fevereiro de 2015, publicado em 13 de fevereiro de 2015, .Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300717091&dt_publicacao=13/02/2015>. Acesso em 01 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Inconstitucionalidade 4277**, Relator(a): Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05 maio de 2011, Divulgado: 13 de outubro de 2011, Publicado: 14 de outubro de 2011. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em 29 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 878694/MG**, Tribunal Pleno, Relator Ministro: Roberto Barroso, julgado em 10 de maio de 2017, publicado em 05 de fevereiro de 2018. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306841295&ext=.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**; Relator (a): Min. Luiz Fux; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Data do Julgamento: 21 de setembro de 2016; Data da Publicação: 24 de agosto de 2017. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>>. Acesso em 07 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas 35 e 380**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf> Acesso em 29 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1005426-04.2018.8.26.0597**; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29 de outubro de 2019; Data de Registro: 29 de outubro de 2019. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13024294&cdForo=0>>. Acesso em 13 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1006992-64.2017.8.26.0292**; Relator (a): Enéas Costa Garcia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jacaréi - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 20 de março de 2020; Data de Registro: 20 de março de 2020. Disponível em: <
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13425041&cdForo=0> >. Acesso em: 09 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1007676-41.2016.8.26.0577**; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 14 de fevereiro de 2018; Data de Registro: 14 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em 13 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1131784-21.2016.8.26.0100**; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30 de setembro de 2019; Data de Registro: 30 de setembro de 2019. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12930632&cdForo=0>>. Acesso em 13 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento 0708570-35.2018.8.07.0000**; Relator Des. James Eduardo Oliveira; Órgão Julgador: 4ª Turma Cível; Data do Julgamento: 17 de outubro de 2018; Data da Publicação: 23 de outubro de 2018. Disponível em:
<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 04 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível 0715905-33.2017.8.07.0003**; Relator Des. Alvaro Ciarlini; Órgão Julgador: 3ª Turma Cível; Data do Julgamento: 24 de julho de 2019; Data da Publicação: 29 de julho de 2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 04 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível, Nº 70079344834**, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-02-2019. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70079344834&code=9034&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%208.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em 13 maio 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil – Enunciado 104**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>>. Acesso em 07 jun. 2020.

_____. **I Jornada de Direito Civil – Enunciado 107**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>>. Acesso em 05 jun. 2020.

_____. **I Jornada de Direito Processual Civil – Enunciado 57**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em 08 jun. 2020.

_____. **V Jornada de Direito Civil – Enunciado 512**. Disponível Em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/581>>. Acesso em 25 maio 2020.

_____. **V Jornada de Direito Civil – Enunciado 513**. Disponível Em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/582>>. Acesso em 25 maio 2020.

_____. **V Jornada de Direito Civil – Enunciado 514**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/583>>. Acesso em 27 maio 2020.

_____. **VI Jornada de Direito Processual Civil – Enunciado 574**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/645>>. Acesso em 09 jun. 2020.

_____. **VII Jornada de Direito Civil – Enunciado 601**. Disponível Em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/828>>. Acesso em 25 maio 2020.

_____. **VII Jornada de Direito Civil – Enunciado 641**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>>. Acesso em 01 jun. 2020.

_____. **VIII Jornada de Direito Civil.** Disponível em:
<<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em 13 maio 2020.

_____. **VIII Jornada de Direito Civil.** Disponível Em: <
<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf> >. Acesso em 13 maio 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017.** Brasília, 21 de setembro de 2017. Disponível em:
<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em 05 jun. 2020.

i Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba; Especialista em Direito Processual pelo Centro Integrado de Pós-Graduação Toledo; Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Camilo Castelo Branco. E-mail:
ademirgsjr@hotmail.com

ii Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba; Pós-graduada em Didática e Metodologia do Ensino Superior pela FIPAR; Especialista em Direito Processual pela FAMA; Mestrado em Direito pela UNIVEM. E-mail:
janaina.guimaraes@universidadebrasil.edu.br