

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 982

(Ano XII)

(31/10/2020)

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



Impactos da Lei federal nº 14.064/2020 (Lei Sansão) no ordenamento jurídico pátrio e seus reflexos penais

Categoria: Penal

Joaquim Leitão Júnior, 05.

ARTIGOS

A (in) eficiência das medidas protetivas aos direitos da mulher: uma análise crítica da evolução legislativa brasileira

Sara Lígia Oliveira Chaves e Giovanna Alice Ramalho Silva, 12.

As inconfundíveis funções do mediador e do administrador judicial na recuperação de empresas

Mateus Cecy, 34.

O imposto de renda da pessoa física e seus aspectos jurídicos

Diego Alves Lopes, 38.

A perspectiva sobre às candidaturas avulsas no cenário político brasileiro

Layanna de Oliveira Gomes e Eriko Regis Moura Cavalcante, 48.

“Clubes do Carimbo” sob a luz do sistema normativo penal brasileiro

Bruna Muniz Marques, 62.

Honorários periciais - Limites e valores

Diego Pontes Nascimento, 78.

O consentimento da vítima na criminalização da eutanásia e o princípio da dignidade humana

Jordan Albuquerque Simonetti de Melo, 91.

Violência doméstica contra às mulheres: uma análise sobre a busca ao acesso à Justiça no município de Itacoatiara-AM

Jhenny Fernanda dos Santos Higino e Jane Silva da Silveira, 114.

Um breve estudo sobre o crime de importunação sexual Artigo 218-C do Código Penal: "pornografia da vingança"

Alessandra Monteiro Souto, 140.

A questão das queimadas e desmatamentos na Amazônia legal em face dos compromissos e tratados internacionais firmados pela república federativa do Brasil

Izabel Luana Araujo da Silva, 156.

A atuação do NATJUS Palmas nas demandas da saúde no âmbito da disponibilização de medicamentos pelo SUS

Vitória Fernandes Correia de Castro, 175.

A necessidade da descriminalização dos crimes contra a honra: em busca do direito penal efetivamente mínimo

Rivaldo Ramalho Júnior, 193.

Habeas corpus coletivo: uma possibilidade no direito brasileiro como instrumento de acesso à Justiça

Guilherme Messias do Nascimento Soares e Alice Arlinda Santos Sobral, 204.

A Superlotação das Unidades Carcerárias Amazonenses: Causas, Consequências e Possíveis Soluções

Jordan Albuquerque Simonetti de Melo, 226.

A inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) em operações interestaduais com consumidor final não contribuinte.

Matheus Falcão Torti, 247.

A Importância da Defensoria Pública da União para o acesso à Justiça no Amazonas em relação aos benefícios previdenciários

Rômulo Costa Santiago, 254.

A eficácia da sentença em Mandado de Segurança

Danilo França Falcão Pedrosa, 265.

A penosidade, após 28/04/1995, não é mais elemento apto ao reconhecimento da especialidade no âmbito previdenciário.

Sheila Testoni da Rocha, 269.

Uma análise sobre a adequação típica perfeita da conduta de concussão quando praticado mediante violência ou grave ameaça

Fellipe Matheus Guimarães Mota, 304.

Conflito do instituto da guarda compartilhada na ocorrência da medida protetiva

Werick Patrick Duarte, 320.

Aplicação do Artigo 112 da Lei 7.210/1984 (LEP), após as alterações realizadas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), nos crimes hediondos ou equiparados cometidos por reincidentes

Carlos Alexandre Pacheco, 342.

A multa como mecanismo de efetivação da tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer: artigo 537 do Código de Processo Civil de 2015.

Sergio Trassi Miguel, 355.

Direitos e garantias fundamentais do investigado durante a investigação criminal

Lhuana da Silva Oliveira, 412.

O Direito Tributário no Brasil sob a ótica do contribuinte e a justiça tributária

Jordan Albuquerque Simonetti de Melo, 433.

Análise sobre o trânsito no interior do Estado do Amazonas: o desconhecimento dos usuários quanto ao Código de Trânsito - Lei 9.503/1997

Tayná Ferreira da Cunha e Jane Silva da Silveira, 452.

Abuso de autoridade: análise crítica a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019

Julio de Souza Dourado, 477.

Reforma da Previdência Social no Brasil

Debora Romeu Delfino e Elen Cristiane Rodrigues dos Anjos, 493.

A (não) aplicabilidade efetiva da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência na mobilidade urbana no interior do Estado do Amazonas

Renata da Silva Mendonça e Alice Arlinda Santos Sobral, 507.

Aspectos da igualdade e ações afirmativas

Daniilo França Falcão Pedrosa, 531.

Planejamento tributário e a Constituição da República de 1988

Diego Alves Lopes, 535.

IMPACTOS DA LEI FEDERAL Nº 14.064/2020 (LEI SANSÃO) NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SEUS REFLEXOS PENAIS

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil¹.

O Projeto de Lei nº 1.095/2019 que se transformou na Lei Federal nº 14.064/2020 (Lei Sansão) recentemente sancionada e publicada no Diário Oficial da União trouxe uma novidade que impactou positivamente o art. 32, da Lei nº 9.605/1998 (Lei do Meio Ambiente) – ainda que remanesça margens para as críticas de alguns pontos.

Deste modo, o art. 32, da Lei nº 9.605/1998 (Lei do Meio Ambiente) passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5

¹ Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

(cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

A nova Lei Federal nº 14.064/2020, denominada de “Lei Sansão”, surge em virtude de um pitbull que teve as patas traseiras decepadas no município de Confins-MG que causou comoção em todo o Brasil.

Tecidas estas singelas introduções, por questão de ordem e melhor didática, vamos primeiramente enfrentar os verbos nucleares do injusto penal que são *praticar*, *ferir* ou *mutilar*. *Praticar* corresponde (a levar a efeito; realizar; executar; cometer; exercer; fazer atos de ataque ou violência, com abuso ou de maus tratos em face de animal). **Ato de abuso** é ação injusta; mau uso ou uso errado; submeter ao animal a trabalhos excessivos. **Maus-tratos** é causar prejuízo de qualquer natureza ao animal; transportar o animal de maneira inadequada. *Ferir* significa (causar ferimento; lesionar a integridade física; causar sofrimento a; magoar, causar machucado; machucar). *Mutilar* significa (cortar alguma parte do corpo; privar algum membro do corpo).

Facilmente, podemos perceber que estamos diante de um tipo misto alternativo; plurinuclear ou crime de ação múltipla ou ação/tipo/crime/delito de conteúdo variado, sendo que a ocorrência de mais de uma dessas condutas no mesmo contexto fático não ensejará novo crime, caracterizando tão somente crime único – embora essas ações podem servir para dosimetria do art. 6º, da Lei do Meio Ambiente e art. 59, do CPB.

Após o enfrentamento dos verbos e destas nuances, é preciso também conceituar os animais descritos na cabeça do artigo para melhor compreensão da celeuma, senão vejamos um a um:

Animais silvestres ou selvagens consistem naqueles animais pertencentes às espécies nativas ou naturais, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida dentro dos limites do território brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras. Este conceito é extraído do § 3º, do art. 29, da Lei 9.605/1998. Podemos citar como exemplos de animais silvestres ou selvagens: a onça, tamanduá, papagaio, morcego, jibóia, jabuti, jacaré-do-papo-amarelo.

Animais domésticos ou domesticados são aqueles animais que vivem ou são criados em casa, e que sofreram um processo contínuo e sistemático

de domesticação. Como exemplos, podemos citar os cães, gatos, cavalos, galinha, pato entre outros.

Animais nativos são aqueles animais oriundos de uma localidade determinada (nacional), em que esses animais podem ser silvestres (selvagens) ou domésticos.

Animais exóticos são aqueles animais que são pertencentes a países estrangeiros (fauna estrangeira), ou seja, são aqueles em que o ciclo de vida natural ocorre em território distinto daquele que é empregado como referência e até mesmo do local em que o animal se encontra no momento de referência. Devemos sublinhar também que, as espécies ou subespécies inclusive domésticas eventualmente introduzidas pelo homem em estado selvagem, também são consideradas exóticas. Exemplo de animal exótico ao Brasil é o leão, porque é originário do continente africano.

Neste aspecto das **modalidades dos animais**, registramos à anotação valiosa da crítica de parcela da doutrina que sustenta não existir 05 (cinco) modalidades de animais, pois um animal dentro de determinada modalidade poderá variar, pois a adjetivação “silvestre” dá a possibilidade de ser qualquer das possibilidades (doméstico, domesticados, nativos ou exóticos)[1].

Em avanço, o **objeto jurídico do tipo** protege-se a integridade física dos animais. Para Guilherme de Souza Nucci se tutela o meio ambiente com incentivo à honestidade pública^[2].

Tem-se de outro lado como **objeto material**, o animal silvestre (selvagem), embora este pode ser doméstico, domesticado, nativo ou exótico.

Dando prosseguimento, em nossa perspectiva, o **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa, pois estamos diante de crime comum. Já o **sujeito passivo** é o Estado; A Sociedade; A Coletividade (principal/primário). Tem doutrina que acrescenta como sujeito passivo ainda, o proprietário do animal, caso a conduta tenha sido realizada por terceiro.

Por sua vez, o **elemento subjetivo** é o dolo com a vontade livre e consciente de dirigir a conduta para o fim do tipo penal. Não se exige elemento subjetivo específico, em que a **consumação** se dá com a efetiva prática dos verbos. No caso de abuso e maus-tratos não é exigido o resultado, enquanto nas modalidades de ferir e mutilar é necessário o resultado para consumação, admitindo-se a tentativa.

A Lei Sansão acaba por impedir reflexamente o cabimento da suspensão condicional do processo e do acordo de Não Persecução Penal

Outro reflexo nítido de implicação de ordem prática da Lei Sansão é suspensão condicional do processo, porquanto não é possível a suspensão condicional do processo nesta hipótese, já que a pena mínima do novel § 1º-A, do art. 32, da Lei nº 9.605/1998 ultrapassa 01 (um) ano.

O mesmo efeito impeditivo se dá relativamente ao **Acordo de Não Persecução Penal**, porquanto sua pena máxima desborda a previsão legal, fazendo com que não tenha cabimento.

No que toca à ação penal do novel § 1º-A, do art. 32, da Lei nº 9.605/1998, calha pontuar que a ação penal é pública incondicionada.

Reflexo da Lei Sansão quanto ao procedimento policial a ser lavrado em sede da Delegacia de Polícia e impeditivo de arbitramento de fiança na esfera policial

O procedimento policial em caso de flagrante será o auto de prisão em flagrante delito (APFD), ou não sendo prisão flagrancial, teremos a Portaria, para em ambos os casos gerarem à instauração do Inquérito Policial.

De mais a mais, em razão do *quantum* da pena, considerando que a pena máxima privativa de liberdade ultrapassa 4 anos, é defeso ao Delegado de Polícia o arbitramento de fiança, à luz do art. 322 do CPP.

Ademais, se a conduta de mutilar, maltratar, abusar, ferir ou matar recair sobre animais que não cães e gatos, cujo preceito secundário atrai à aplicação da Lei n. 9.099/95, teremos a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (art. 69 da referida lei do Juizado Especial Criminal), com a imediata soltura do infrator em caso de firmar compromisso.

Retomando à análise da nova lei denominada de “Lei Sansão” não vamos adentrar ao fato de ser a lei mais um fruto do populismo penal ou da inflação legislativa penal, porém, de qualquer forma, a lei acaba por recrudescer o tratamento penal a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais que sejam cães ou gatos.

Temos nitidamente diante do § 1º-A, do art. 32, da Lei nº 9.605/1998, uma nova qualificadora (crime qualificado) e por ser lei penal que vem agravar ainda mais, não pode retroagir para abarcar fatos pretéritos.

O legislador ordinário não quis abranger animais silvestres, nativos ou exótico, onde pode ter perdido uma grande oportunidade de ampliar a tutela penal, pois em que pese o cão e gato serem animais mais comuns culturalmente falando em nossa sociedade, isso não quer dizer que outros animais não pudessem receber a mesma tutela penal para tanto. Afinal, uma pessoa pode ter um coelho, um suíno ou outro animal que nutra a mesma intensidade sentimental daquele que cria cão e gato. Qual a diferença disto? Apenas o animal de criação.

No Brasil, por exemplo, a carne suína está inclusa no consumo alimentar de maneira mais popularizada e há notícias de parcela da população de forma menos habitual também consumir carne de coelho.

De outro vértice, há culturas por exemplo como a China, que o cão é um prato habitual a ser consumido pela população.

Com isto, diante desta análise empírica, talvez a única explicação plausível e racional, seja o legislador ter optado politicamente sob a ótica criminal pela expressão cão e gato para evitar polêmicas e facilitar à aprovação da lei, pois outros Projetos similares se arrastavam por anos no Congresso Nacional sem o mesmo êxito.

Isso é confirmado também, quando se analisa a ementa inicial do Projeto de Lei nº 1.095/2019 e depois da tramitação do Projeto de Lei teve uma redução, cuja ementa originária previa animais silvestres, nativos ou exótico, além do cão e gato.

A propósito, vejamos a ementa originária:

Ementa

Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime.

Agora comparemos a ementa depois dos avanços do Projeto de Lei 1.095/2019 que se transformou na Lei Federal nº 14.064/2020, denominada de “Lei Sansão”:

Nova	Ementa	da	Redação
NOVA	EMENTA:	Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.	

Comparemos no quadro abaixo:

Ementa originária	Nova ementa
<p>Ementa Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime</p>	<p>Nova Ementa da Redação NOVA EMENTA: Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.</p>

A interpretação histórica do processo legislativo que motivou o legislador com a *mens legis* e a *mens legislatoris*, assim como o contexto político de produção de lei não devem ser desprezados pelo intérprete.

Resultado morte de cão e gato, em decorrência de ato de abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação

Entendemos que havendo o **resultado morte de cão e gato**, advindas da prática do art. 32, da Lei do Meio Ambiente, ainda se terá a pena aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Lembremos que, o novel § 1º-A, do art. 32, da Lei nº 9.605/1998 é um tipo penal qualificado (crime qualificado), em que a pena inicialmente prevista é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Assim, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo, quais sejam, de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar o cão e gato e que venha a ter o resultado morte, o agente criminoso além de responder pela conduta qualificada (novel § 1º-A, do art. 32, da Lei nº 9.605/1998), estará sujeito a causa de aumento de pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) (§ 3º, do art. 32, da mesma lei) – que convivem perfeitamente entre si.

De outra banda, caso desde o início o agente tenha vontade livre e consciente de abater animal silvestre, nativo ou em rota migratória com o resultado

morte almejado, o crime será do art. 29, da Lei nº 9.605/1998 – em que a pena é menor do que a pena prevista do art. 32, §1º-A, da mesma lei.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, apesar de possíveis espaços para as críticas quanto a Lei Federal nº 14.064/2020, denominada de “Lei Sansão”, ser mais um fruto de populismo penal ou inflação penal legislativa e a não abrangência de tutela penal a outros animais, fato é que a lei não deixa de ser um avanço civilizatório que tenderá inibir práticas humanas absurdas e cruéis dirigidas em face de cão e gato.

Portanto, estas são as primeiras impressões extraídas sobre a nova lei.

NOTAS:

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 916.

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 916.

A (IN) EFICIÊNCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS AOS DIREITOS DA MULHER: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

SARA LÍGIA OLIVEIRA CHAVES:
Acadêmica do Curso de Direito do
Centro Universitário Santo Agostinho -
UNIFSA

GIOVANNA ALICE RAMALHO SILVA ^[1]
(coautora)

WIRNA MARIA ALVES DA SILVA ^[2]
(orientadora)

RESUMO: O presente artigo abordará sobre a (in)eficiência das medidas protetivas no histórico dos direitos da mulher e as mudanças sociais e legislativas geradas a partir da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), analisando minuciosamente a realidade das medidas protetivas no Brasil a partir de então, abordando o que se pode ser feito no âmbito legal e social para uma maior efetividade. Para tanto, será realizada uma análise, cujo objetivo é examinar histórica e legislativamente a luta pela garantia dos direitos fundamentais das mulheres, além de se observar também se há eficácia das Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha. Análise essa que será elaborada de acordo com dados, sites, jurisprudências e doutrinas especializados no tema da violência contra a mulher. Ressalta-se que a metodologia utilizada neste artigo foi a metodologia quali-quantitativa, bibliográfica, além de utilizado o método indutivo. Por fim, o artigo possui enorme relevância social, no que se refere à visão da mulher em sociedade, e legal, pondo em vista que o senso de impunidade é verdadeiro em muitas mulheres e a eficácia das medidas vem sendo questionada por diversos estudos governamentais, tal como o Mapa da Violência, e por estudiosos das ciências sociais.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha, Medidas de Segurança Pública, Direitos da Mulher, Violência Doméstica.

Abstract: This article will address about the (in)efficiency of protective measures on history of women's rights and the social and legislative changes generated from Law number 11.340/2006 (Maria da Penha Law), analysing thoroughly the reality of the protective measures in Brazil from then onwards, abording what may be done in legal and social ambits to a higher effectivity. Therefore, an analysis will be done, which the objective is to examine historic and the struggle to guarantee legislative fundamental women's rights, besides also observing if there is efficiency of protective

measures of Maria da Penha Law. The analysis will be elaborated by datas, sites, jurisprudence and specialized doctrine in the theme of violence against women. It is emphasized that the methodology used on this article was quali-quantitative, bibliografic, while using the inductive method. Finally, the article have enormous social relevance, regarding to the image of women in society, and legal relevance, in view of the truly impunity sense in a lot of women and the efficiency of protective measures has been questioned by several studies done by government, as the Violence Map, and by Social Science studies.

Keywords: Maria da Penha Law, Measures of Public Security, Women's Rights, Domestic Violence.

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução legislativa dos direitos das mulheres. 3 A lei 11.340/2006 e a luta pelo fim da violência de gênero. 4 As espécies de violência. 4.1 Violência física. 4.2 Violência psicológica. 4.3 Violência sexual. 4.4 Violência patrimonial. 4.5 Violência moral. 5 Das medidas protetivas que obrigam o agressor. 6 Projetos para reeducação do agressor nos casos de violência contra mulher. 7 Enfrentamento da violência doméstica durante a pandemia do covid-19. 8 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A situação da mulher na sociedade brasileira nem sempre teve importância nos debates mundiais de direitos humanos por conta, principalmente, da cultura patriarcal e machista trazida pelos colonos séculos atrás. Havia muitas normas brasileiras, da época colonial, com cunho discriminatório até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Elas estabeleciam, por exemplo, que as mulheres poderiam ser severamente punidas em caso de simples suspeita de adultério, poderiam, inclusive, serem assassinadas em virtude disso.

São palpáveis as mudanças legislativas em favor da mulher, principalmente após a promulgação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que serviu de base a criação de diversas outras legislações exclusivas à mulher, tais como a Lei 13.104/15 (Lei do Feminicídio) e Lei 13.718/18 (Lei da Importunação Sexual), que buscam a satisfação e garantias aos direitos fundamentais da mulher.

Entretanto, violência contra a mulher é um problema social grave, cotidianamente retratado nas mídias, e não é raro encontrar uma mulher que tenha sido vítima de pelo menos um dos diversos tipos de violência. Uma luta incessante e exaustiva é travada no combate a tais tipos de violência e aos poucos vai ganhando força e base para medidas que assegurem direitos e proteção à mulher.

No Brasil, estima-se, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019), que mais de 250.000 mulheres tenham sofrido violência doméstica. Trata-se de um número alarmante que põe em dúvida a eficácia das leis protetivas criadas especialmente para garantir e proteger os direitos da mulher.

Nessa conjuntura, é preciso uma análise crítica da Lei 11.340/2006 que homenageia e, inclusive, leva o nome da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica sofrida ao longo da vida conjugal, até culminar, por duas vezes, na tentativa de homicídio por seu então esposo. Em uma dessas tentativas, de forma bárbara e desumana, Maria da Penha ficou paraplégica, após levar um tiro de espingarda na coluna. A partir de então, ela iniciou uma luta em busca não só de proteção e garantia de seus direitos, mas de todas as mulheres vítimas de violência doméstica.

Mesmo que implementada de forma tardia, visto que o Brasil foi o 18º país da América Latina a ter legislação exclusiva à defesa dos direitos fundamentais da mulher, esta é classificada pela ONU como uma das três mais avançadas do mundo. O que se busca desde sua vigência é garantir sua total e absoluta eficácia, assim como das outras legislações específicas sobre o tema, para então conseguir diminuir os números absurdos e inaceitáveis de violência e homicídios contra mulheres.

Muito precisa ser feito para que as leis de proteção aos direitos das mulheres sejam efetivadas em todos os sentidos, mudando não só a conjuntura atual de segurança pública e como se dá a aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência, presentes do Capítulo II da Lei 11.340/2006, debatendo desde a publicização que tal lei garante à denúncia feita pela mulher ou pelo Ministério Público e o acolhimento que ela recebe, até o momento da condenação do agressor, caso haja, mas, também, o aspecto social de discriminação e desrespeito para com as mulheres no Brasil.

A disposição de medidas protetivas consiste em fato importantíssimo para a mudança de cenário para as mulheres brasileiras. Entretanto, as mesmas, apesar de muito boas na teoria, não têm o efeito pretendido no momento da sua elaboração por falta de efetividade na prática, sendo assim importante a análise da eficácia ou não destas medidas, a fim de elaborar uma solução realista, do ponto de vista social e legal, para que o direito da mulher seja realmente protegido.

2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS DIREITOS DAS MULHERES

A luta das mulheres para a garantia de proteção legislativa de seus direitos básico não foi fácil e ainda não é, uma vez que, mesmo tendo evoluído bastante em certo pontos, na prática, a sociedade mantém distinção nas relações sociais e na

valoração dos papéis ainda atribuídos às mulheres e aos homens e, segundo Bianchini, Bazzo e Chakian (2020, p. 20):

Toda sociedade pode atribuir diferentes papéis ao homem e à mulher. Até aí tudo bem. Isso, todavia, adquire caráter discriminatório quando a tais papéis são estabelecidos pesos e importâncias diferentes. Quando a valoração social desses papéis é distinta, há desequilíbrio, assimetria das relações sociais, o que pode acarretar violência.

Na época colonial do Brasil, seus direitos eram praticamente nulos, pois a mulher servia ao pai e, na falta deste, aos irmãos ou ao marido. Foi um período em que suas únicas obrigações (e seus únicos direitos) eram cuidar do lar e procriar. Não poderiam trabalhar para conseguir seu próprio sustento, não haviam leis que as protegessem ou garantissem seus direitos e elas nem mesmo podiam estudar para protestar por eles.

Historicamente, a mulher sempre teve seu papel social reprimido, seja por padrões sociais, seja por tentativa de justificativa biológica. É certo que socialmente o fato é mais gravoso, uma vez que a violência contra a mulher, especialmente conjugal, sempre foi amenizada e tida como “normal”, trivial. Tendo dito Espínola (2018):

A violência doméstica promovida pelo homem contra a “sua” mulher é considerada trivial. No Brasil são comuns as expressões culturais usadas para consolar ou tornar normal a violência: “entre tapas e beijos”, verso de uma música que tem conotação de violência na vida de um casal; “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, ditado popular considerando as agressões ocorridas no ambiente doméstico um problema particular do casal, exclusivamente; “de dia a gente briga e a noite a gente se ama”, verso musical, sucesso na década de 1990, mostrando o conflito como algo corriqueiro entre os amantes; “uma bofetada não magoa ninguém”, dito que igualmente reforça a violência como algo natural.

Poderiam ser facilmente punidas quando o marido ou pai quisessem e como quisessem. Traziam as Ordenações Filipinas, da mesma forma, que elas poderiam até mesmo serem mortas, caso o marido suspeitasse de adultério, o que confirma a falta

de legislação protetiva à mulher e o caráter patriarcal e discriminatório da legislação brasileira à época.

No entanto, ao passar do tempo, mesmo que tímida, a luta das mulheres por seus direitos foi motivando a mudança de tais legislações. Com a vigência do Código Penal de 1830, foi extinto o dispositivo que permitia aos homens matarem as esposas, caso houvesse adultério, vale ressaltar que no Código Penal de 1840 tornou-se crime o homem que praticasse tal conduta, tendo em vista que antes era apenas motivo para separação.

Mais tarde, um século depois, em 1940, o Código Penal trouxe em seu texto os crimes passionais e de legítima defesa da honra, usados para justificar a prática de homicídios contra a mulher em casos de traição. Mais de 50 anos depois, já em 1991, a decisão histórica do Ministro Jose Candido de Carvalho Filho da sexta turma do STJ no Recurso Especial 1.517/PR, mudou este entendimento. Leia-se a ementa da decisão:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JURI. DUPLO HOMICIDIO PRATICADO PELO MARIDO QUE SURPREENDE SUA ESPOSA EM FLAGRANTE ADULTERIO. HIPOTESE EM QUE NÃO SE CONFIGURA LEGITIMA DEFESA DA HONRA. DECISÃO QUE SE ANULA POR MANIFESTA CONTRARIEDADE A PROVA DOS AUTOS (ART. 593, PARAGRAFO 3., DO CPP).

NÃO HA OFENSA A HONRA DO MARIDO PELO ADULTERIO DA ESPOSA, DESDE QUE NÃO EXISTE ESSA HONRA CONJUGAL. ELA E PESSOAL, PROPRIA DE CADA UM DOS CONJUGES. O MARIDO, QUE MATA SUA MULHER PARA CONSERVAR UM FALSO CREDITO, NA VERDADE, AGE EM MOMENTO DE TRANSTORNO MENTAL TRANSITORIO, DE ACORDO COM A LIÇÃO DE HIMENEZ DE ASUA (EL CRIMINALISTA, ED. ZAVALIA, B. AIRES, 1960, T.IV, P.34), DESDE QUE NÃO SE COMPROVE ATO DE DELIBERADA VINGANÇA.

O ADULTERIO NÃO COLOCA O MARIDO OFENDIDO EM ESTADO DE LEGITIMA DEFESA, PELA SUA INCOMPATIBILIDADE COM OS REQUISITOS DO ART. 25, DO CODIGO PENAL.

A PROVA DOS AUTOS CONDUZ A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DUPLO HOMICIDIO (MULHER E AMANTE), NÃO A PRETENDIDA LEGITIMIDADE DA AÇÃO DELITUOSA DO MARIDO. A LEI CIVIL APONTA OS CAMINHOS

DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO. NADA JUSTIFICA MATAR A MULHER QUE, AO ADULTERAR, NÃO PRESERVOU A SUA PRÓPRIA HONRA.

NESTA FASE DO PROCESSO, NÃO SE HA DE FALAR EM OFENSA A SOBERANIA DO JURI, DESDE QUE OS SEUS VEREDICTOS SO SE TORNAM INVIOLAVEIS, QUANDO NÃO HA MAIS POSSIBILIDADE DE APELAÇÃO. NÃO E O CASO DOS AUTOS, SUBMETIDOS, AINDA, A REGRA DO ARTIGO 593, PARAGRAFO 3., DO CPP.

RECURSO PROVIDO PARA CASSAR A DECISÃO DO JURI E O ACORDÃO RECORRIDO, PARA SUJEITAR O REU A NOVO JULGAMENTO.

(REsp 1.517/PR, Rel. Ministro JOSE CANDIDO DE CARVALHO FILHO, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/1991, DJ 15/04/1991, p. 4309)

Era o começo da mudança legislativa no âmbito penal, que sofreu diversas modificações para se adequar à procura dos movimentos de mulheres e feministas pela maior efetividade na proteção de seus direitos.

3 A LEI 11.340/2006 E A LUTA PELO FIM DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Antes de falar da Lei Maria da Penha propriamente dita, é muito importante fazer uma conceituação prévia do que vem a ser a perspectiva de gênero em que se baseia a violência cometida contra mulheres em todo o mundo.

De acordo com Gonçalves (2013), o conceito do termo gênero surgiu de teóricas feministas no campo das ciências sociais a fim de desconstruir teorias fundadas em aspectos biológicos que acabavam por excluir as mulheres na esfera privada e do cuidado da família e do lar.

Vários estudos feministas nas áreas de psicologia e antropologia, dentre eles o que foi considerado marco para a desconstrução dos papéis de homens e mulheres: *sexo e temperamento* de Margaret Mead, fizeram com que o tema se tornasse cada vez mais abordado no meio científico, abordando nuances de etnia e classe social, tornando o termo ainda mais complexo.

Após décadas de estudo, torna-se perceptível que a diferenciação entre homens e mulheres não é biológica, mas, sim, fruto de uma construção cultural.

Passando a ser analisado o papel estereotipado da mulher não apenas no contexto social, mas, também, no contexto da família.

O trabalho de Margaret Mead foi importantíssimo para que, ainda segundo Gonçalves (2013), as feministas da época propusessem "uma crítica ao modelo idealizado de família", à época ainda visto como indiscutivelmente seguro e acolhedor, denunciando-o como ambiente de ocorrência de grave abusos (sejam estes morais, psicológicos ou físicos) e negações de direitos.

A partir de todo esse enfoque que a discussão de gênero tinha tomado, o ramo do Direito não poderia seguir caminho diferente, uma vez que o Direito que rege as normas dos Estados e se adapta a todas as atualizações que a sociedade sofre para que possa garantir direitos a todos.

Ainda mais importante essa adaptação após o período da Segunda Guerra Mundial, período que chocou a humanidade com a capacidade bárbara que o ser humano abriga, em que os direitos humanos passaram a ser exaltados, dentre eles a igualdade.

A Carta Magna de 1988, explicita ao longo de seus dispositivos os avanços na busca da liberdade e igualdade das mulheres, como, por exemplo, o que se dispõe no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

O texto fez surgir um importante princípio, não só para a sociedade como um todo, mas, principalmente, para o movimento incessante pelo fim da discriminação e violência contra a mulher no Brasil: o Princípio da Isonomia.

Importante ressaltar tal princípio, pois a busca da mulher pela equidade vem desde a época colonial, como afirmado acima. Muitos grupos de mulheres se uniram para que essa isonomia realmente se efetivasse, até ser constitucionalmente amparada pela Constituição Federal de 1988. Tendo dito, pode-se falar, então, da principal norma, depois da CF/88, de proteção da mulher: a Lei Maria da Penha. Esta surgiu após vários episódios vergonhosos para a história legislativa e do judiciário do país.

O Brasil era signatário da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, na sigla em inglês) de 1979, que passou a vigorar em 1981. Esta Convenção trazia várias recomendações para os países signatários a respeito da proteção ao direito da mulher, mas apenas em 2006 foi efetivamente criada uma Lei específica, após o Brasil ser processado em decorrência do caso de Maria da Penha por conta do judiciário negligenciar e ser condescendente com as várias violações aos seus direitos humanos e de muitas outras mulheres, representadas por ela nesta luta por justiça.

A Lei Maria da Penha surge como um micro sistema, trazendo mudanças não apenas no âmbito do Direito Penal, mas também do Direito Civil, nas normas trabalhista, de Direito Previdenciário e Administrativo.

Apesar de ser uma conquista para as mulheres, a lei já no começo de sua vigência passou a ter sua constitucionalidade questionada, principalmente dos artigos 1º, 33 e 41, por acreditar-se que a Lei em comento violaria os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade.

Entretanto, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, a Lei 11.340 de 2006 foi decretada em conformidade com a Constituição Federal. Infelizmente, isso não quis dizer que “a ineficiência seletiva do sistema judicial brasileiro, em relação à violência doméstica”, como bem colocado por Bianchini, Bazzo e Chakian em comento ao julgado do ADC 19 (2020, p. 45, *apud* WEBER, 2012), acabou.

O sistema pelo qual as mulheres vítimas de violência passam acaba por revitimizá-las, tornando a denúncia algo mais difícil e os danos ainda maiores para aquelas que já estão sofrendo. Isso se dá, ainda segundo Bianchini, Bazzo e Chakian (2020, p. 51), por “múltiplas razões de origem histórico-cultural que, por óbvio, afetam a formação de operadores (as) do Direito, que nada mais são que integrantes da nossa sociedade”.

Ainda há resistência, por parte dos órgãos e operadores, na aplicação da Lei Maria da Penha, o que acaba por dificultar todo o processo, pois além de lidar com todos os tipos de violência (alguns tratados a seguir), as mulheres ainda têm de lidar com a chamada violência institucional. Sobre o tema, bem explicam Bianchini, Bazzi e Chakian (2020, p. 54):

A influência cultural de um quadro muito recente de desigualdade de direitos legitimado pela própria norma jurídica permite que mulheres vítimas de violência no âmbito do lar também sejam, atualmente, vítimas de violência

institucional, que consiste precisamente na desconsideração, rejeição e hostilização da nova lei protetiva por agentes públicos com o dever de aplicá-la.

Por isso, é muito importante um debate mais amplo referente à Lei Maria da Penha e sua devida aplicação, assim como das diversas leis existentes para proteção da mulher.

4 AS ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA

O artigo 5º da Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), traz o conceito de violência doméstica e onde elas podem ocorrer, observe *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

É imprescindível que se tenha ação ou omissão e que ocorra em ambiente doméstico ou tenha convívio familiar, ou ainda que tenha relação de afeto entre a ofendida e o agressor em convivência ou que tenham convivido, independente de coabitação.

Deve-se entender por convívio familiar não só aquele em que tenha relação íntima (amorosa) entre as partes, mas pode incluir aqui, a relação sanguínea também, como por exemplo pai e filha, tio e sobrinha. Abrange também, relação não

consanguínea, mas também os parentes por afinidade, como enteado e padrasto ou madrasta, afilhado e padrinho, por exemplo.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019) estima que há um registro de violência contra mulher a cada 2 (dois) minutos, havendo registros de 263.067 casos de lesão corporal dolosa. Ressalta-se que além das violências mais conhecidas, violência física e sexual, há também a violência psicológica, patrimonial e moral, como veremos adiante.

Ademais, o artigo 7º da referida Lei, traz os tipos de violência, aos quais serão tratados a partir de agora.

4.1 Violência Física

Em seu inciso I, o artigo entende por violência física qualquer conduta que ofenda a integridade física ou saúde corporal da mulher. Na violência física há o uso de força física com o objetivo de causar dor, lesionar, sofrimento em que pode ou não deixar marcas no corpo.

O Código Penal brasileiro em seu artigo 129, § 9º indica que caso a lesão tenha sido praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, terá como pena detenção de três meses a três anos. Continuando do mesmo artigo, no § 10º traz a majoração de um terço se da violência resultar lesão corporal grave ou lesão corporal seguida de morte.

Na violência física, há grande sofrimento da vítima, já que o agressor utiliza, muitas vezes, de meios que tragam dor à mulher, agressões como tapas, socos, mordidas, puxões de cabelo são corriqueiros nesse tipo de violência. Como meio de não expor as marcas das agressões, os agressores buscam agredir nas partes do corpo que ficam menos expostas, porém há outros que não temem que vejam as marcas deixadas por sua violência.

Muitas vezes, as agressões acabam levando à morte da vítima, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019) demonstra que houve 1.206 (mil duzentos e seis) vítimas de feminicídio naquele ano, e que 88,8 % dos autores desse crime eram companheiros ou ex-companheiros das vítimas. Em que tais vítimas entram na triste estatística do feminicídio.

4.2 Violência Psicológica

O inciso II, trata sobre a violência psicológica:

Art 7º, inciso II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, 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; (BRASIL, 2006)

Tal tipo de violência trata-se de toda conduta que provoque dano emocional como diminuição da autoestima da mulher, rejeição, discriminação, desrespeito, cobrança de ciúmes, punições e humilhações. Exemplos comuns nesse tipo de violência são proibição de estudar, trabalhar, manter contato com amigos e família ou até mesmo sair de casa.

É a menos denunciada, mas é uma das que mais ocorrem e muitas vezes a mulher nem se dá conta de que está sofrendo violência psicológica, pois muitas vezes ela vem diluída em frases ou termos, não sendo necessário que haja efetivamente o contato físico, assim a mulher não percebe que sofre tal violência. Para que seja declarado o dano psicológico não é preciso de laudo técnico ou realização de perícia. Podendo o juiz conceder a medida protetiva de imediato.

A violência psicológica não atinge somente a mulher vítima, mas acaba atingindo indiretamente as pessoas que com ela convivem, como por exemplo, os filhos, podendo trazer a esses abalos psicológicos, desencadeando crises de ansiedade, preocupações excessivas entre outros problemas.

4.3 Violência Sexual

Dando continuidade o inciso III conceitua violência sexual:

Art.7º, inciso III - a 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 a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de

usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; (BRASIL, 2006)

Conforme explicita na lei, violência sexual não é apenas aquele em que se ato sexual, mas abrange aquela em que force a mulher a ver imagens pornográficas, bem como tirar fotos de seu próprio corpo para satisfazer a si próprio ou outrem, forçar ou negar o uso de anticoncepcionais ou outros meios que impeça a proteção de doenças sexualmente transmissíveis.

Essa modalidade também é pouco denunciada, principalmente se a mulher e o agressor forem casados, aliás, poucas mulheres deixam de denunciar por achar que deve satisfazer seus marido mesmo quando não quiserem, pensamento fruto do machismo trazido desde os tempos antigos.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019) trouxe que em 2018 houve 66.041 (sessenta e seis mil e quarenta e um) casos de violência sexual registrados, o maior número já registrado, em que 81,8% são do sexo feminino.

Tais dados mostram o crescimento desse tipo de violência que pode ser o mais traumatizante para a mulher, já que pode deixar sequelas às mulheres vítimas. Apesar dos números expressivos demonstrados aqui, esse ainda é o tipo de violência menos denunciado pelas mulheres, como citado acima, que por diversas razões não se sentem seguras em denunciar.

4.4 Violência Patrimonial

Já o inciso IV traz a conceituação de violência patrimonial:

Art. 7º, IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. (BRASIL, 2006)

Aqui pode-se ver que há a subtração de objetos da mulher, fácil chegar ao entendimento do crime de furto, de mesmo modo vê-se o crime de apropriação indébita e o delito de dano. É um tipo de violência que ocorre muito, mas que é pouco denunciada, nesse caso o agressor priva a mulher de sua independência e

quando o é, ele subtrai o que ela ganha ou seus objetos pessoais como o próprio artigo declara. Pode haver também a subtração de seus documentos pessoais, bem como de objetos que a mulher possua. Raramente a mulher esteja sofrendo somente esse tipo de violência, geralmente ela vem combinada a pelo menos uma das demais espécies.

4.5 Violência Moral

Já no inciso V entende-se por violência moral, aquela conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Os crimes de calúnia, difamação e injúria estão tipificados, respectivamente, nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro, com penas que variam de seis meses a dois anos de detenção e/ou multa.

Ocorre calúnia nos casos em que o agressor atribui à vítima uma conduta que seja tipificada como crime, nesse caso a mulher não cometeu o crime, está sendo acusada falsamente. Quanto à difamação dá-se quando o agressor ligue à vítima características que tragam uma má reputação. Por fim, a injúria se dá no momento em que o agressor xinga, humilha ou profere insultos contra a mulher, ferindo sua dignidade.

Aqui pode-se utilizar como exemplo xingamentos, atribuir à mulher fatos que não são verdadeiros. Esse tipo de violência traz um impacto emocional imenso na mulher, conviver com ironia, indiferença por parte de quem deveria conceber carinho e respeito para com ela.

Vale ressaltar que todos esses tipos de violência deixam um extremo dano psicológico na vítima, pois qualquer delas trazem uma sensação de inferioridade à mulher, por isso é de suma importância que ela denuncie ao perceber que está passando por qualquer delas.

5 DAS MEDIDAS PROTETIVAS QUE OBRIGAM O AGRESSOR

Em 7 de Agosto de 2006, entrava em vigor a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que disciplina já em seu primeiro artigo o seu principal objetivo: criar mecanismo para coibição e prevenção da violência doméstica e familiar.

Tal norma legislativa visa garantir à mulher o exercício e efetividade dos direitos fundamentais garantidos, para que se tenha um vida digna e segura. Porém, o que se percebe é que não tem a eficácia que se objetiva ter. De tal maneira, que fora criado um Capítulo, que tem caráter meramente punitivo ao agressor, ou seja, vê-se que as medidas preventivas não trazem a eficiência necessária para prevenir e garantir a saúde e proteção física e psicológica da mulher. Assim reforma Fernandes (2018, p. 111).

A Lei Maria da Penha consistiu em um enorme avanço no que tange a proteção das vítimas de violência doméstica, no entanto, ainda não conseguiu cumprir com sua finalidade precípua de proteção eficiente de suas vítimas.

Daí as inúmeras modificações legislativas, com o fim de incluir novos dispositivos protetivos às vítimas, bem como alterar os existentes, de forma a concretizar o princípio da vedação à proteção deficiente.

Apesar da Lei Maria da Penha ser uma norma exclusiva na garantia aos direitos fundamentais da mulher, além de ser um avanço e marco histórico na luta dos grupos sociais feministas e principalmente da homenageada pela lei, está longe de atingir sua finalidade, uma vez que não apenas é importante para a desconstrução da cultura machista e patriarcal, que é base da violência contra a mulher, mas também visa extinguir todo e qualquer tipo de violência que a mulher possa sofrer.

Dispõe o Capítulo II da Lei Maria da Penha sobre as Medidas Protetivas de Urgência, que devem ser entendidas como uma forma de garantia da proteção estatal uma vez que é constatada violência doméstica ou familiar contra a mulher, tais medidas têm o objetivo de garantir a liberdade e proteção da mulher, além de ter caráter punitivo ao agressor.

Como forma de garantir a efetividade do disposto nas normas referentes às medidas protetivas, a Lei 13.641 de 2018 alterou a Lei Maria da Penha para acrescentar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, no artigo 24-A, com pena de 3 meses a 2 anos, independentemente de ter sido uma medida de competência civil ou criminal.

Entretanto, na conjuntura atual, é possível dizer que tais medidas não tem exatamente a eficácia pretendida, pois não é raro ver mulheres que têm medidas contra o agressor de afastamento do lar, por exemplo, sofrendo constrangimentos, agressões e até mesmo morrendo pelas mãos daquele que deveria, por decisão judicial, estar afastado.

Por isso, é importante falar em outras maneiras de trazer a eficácia à proteção dos direitos das mulheres, seja reforçando a política de fiscalização e efetivação da medidas protetivas já trazidas pelas legislações, seja promovendo programas de ressocialização ou por meio da aplicação da Justiça Restaurativa, como traz a delegada da Polícia Civil de Minas Gerais, Carla Cristina Oliveira Santos Vidal, no livro "Combate à Violência Contra a Mulher – Medidas Protetivas – Lei Maria da Penha" (2018, p. 155).

A aplicação das práticas de Justiça Restaurativa, que podem ser empregadas tanto às mulheres, como aos homens, demonstram poderosos aliados para a reabilitação desses agentes. Essas experiências possibilitarão um exame detalhado das atitudes e sentimentos nutridos pela vítima e pelo agressor, permitindo que um conjunto de medidas reparatórias sejam adotadas pelos agentes.

Acredita-se a pena não seja a única solução para devida proteção da mulheres. O projeto reeducar, do Ministério Público do Piauí, traz uma taxa de 0% de reincidência para casos em que o agente não apenas cumpre com o determinado pelo juiz quanto ao crime cometido, mas, também, recebe orientações quanto à conscientização do crime que cometeu através de medidas socioeducativas.

6 PROJETOS PARA REEDUCAÇÃO DO AGRESSOR NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

Recentemente, foram adicionados ao artigo 22 da Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), que trata das medidas protetivas que obrigam ao agressor, dois incisos que tratam da questão da ressocialização do agressor, facultando ao juiz, alternada ou cumuladamente, dentre outras medidas presentes no artigo, a presença do agressor em programas de recuperação ou reeducação e/ou acompanhamento psicossocial do agressor.

A intenção da Justiça Restaurativa é trazer voz à vítima, dando a oportunidade de dizer e explicitar o que aquela agressão causou (ou ainda causa). Assim, o agressor pode saber o mal que fez e ter a oportunidade de voltar à sociedade com entendimento e discernimento quanto aos males que o desrespeito e a agressão à mulher causa a todos.

Diante de tal adição dos incisos às medidas que obrigam ao agressor, é possível analisar a possibilidade de abrangência da Justiça Restaurativa, haja vista que um de seus objetivos é promover a readequação do agressor perante a vítima e a sociedade. Inevitável que não se faça a ligação entre tais medidas e a Justiça Restaurativa, o que possibilita ver o crescimento da aceitação, eficiência e eficácia da mesma.

A Resolução 225, de 31 de Maio de 2016 (CNJ) dispõe em seu artigo 1º o conceito de Justiça Restaurativa, *in verbis*:

Art. 1º A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores

relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma.

Os defensores da Justiça Restaurativa entendem que as consequências do crime atingem não só a vítima, mas também a sociedade em que se inserem, que é atingida indiretamente, tem-se assim três polos: a vítima, o agressor e a comunidade.

Para Vidal (2018, p. 156):

O tratamento criminalizador não restitui à vítima a segurança, o autorrespeito, a dignidade, o senso de controle, nem mesmo restaura a crença de que o agressor possa corrigir aquilo que fez. Dessa forma, o modelo restaurativo surge como uma nova forma de resolução desses conflitos, surge como contraposição à concepção tradicional do sistema de justiça criminal.

O objetivo principal da Justiça Restaurativa é promover a ressocialização do agressor, indo além de punir, mas dando uma nova chance ao agressor de rever seus atos, responder pelo crime e reparar a vítima e a sociedade. Nesse viés, é mister a ênfase à conscientização do autor do crime para com as consequências de seus atos.

Sob essa perspectiva de admoestar o agressor da consequência de seus atos, percebe-se que o objetivo da Justiça Restaurativa vai além dos ideais da Justiça Punitiva comum, em que, neste último, busca-se apenas punir o agressor e não há chance de ressocialização, da retratação do agressor para com a vítima e a comunidade.

A busca da realização de tais medidas é feita por meio de equipes multidisciplinares, com o apoio da Justiça Estadual, como também por meio de programas cujo objetivo seja o mesmo, poderá contar com a ajuda de um mediador.

A dor da experiência de quem é vítima de violência doméstica é inimaginável, a busca pela compreensão e voz da mulher é de suma importância. Busca-se nesse sistema uma oportunidade do agressor se redimir e reparar no que for possível o trauma causado principalmente à vítima, filhos (se houver) e, também, à comunidade.

Nesse contexto, é importante o investimento de políticas públicas que ponha em prática a reeducação do agressor. Existem inúmeros projetos que possuem esse objetivo, como é o exemplo do "Projeto Reeducar: o Homem no enfrentamento à violência doméstica contra a Mulher". Este projeto é desenvolvido pela Prefeitura

Municipal de Teresina (PMT), através da Secretaria Municipal de Políticas Públicas para Mulheres (SMPM) desde 2014. Cujo objetivo é trazer ao homem uma reflexão de seus atos, bem como fazê-lo enxergar as consequências e responsabilização de seus atos, objetiva também trazer a importância da conversa na relação, a fim de evitar que tenha qualquer atrito entre o casal.

7 ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

As consequências da Pandemia do Coronavírus que colocou o planeta em isolamento, foram devastadoras, milhares de pessoas vieram à óbito diante da exposição de tal vírus. A Organização Mundial de Saúde (OMS), sugeriu a todos os países que haviam casos confirmados de Covid-19, que mantivessem o isolamento social até que fosse necessário, pois não se tinha conhecimentos sobre o vírus, e ele era de fácil contaminação.

Assim, Países entraram em quarentena, pararam as atividades, visando frear a disseminação do vírus. Diante disso, a população era instruída a ficar em casa, mantendo os cuidados necessários à sua saúde e de sua família. Tais medidas contribuíram, infelizmente, para o aumento no número de casos de violência doméstica contra a mulher, a vítima deveria lutar para enfrentar o vírus, ao mesmo tempo que a violência sofrida no lar.

Enquanto ficar em casa é, para muitos, sinônimo de paz e segurança, para vítimas de violência conjugal é um verdadeiro pesadelo. Diante do isolamento social disposto pelos Estados no combate ao Covid-19, houve um aumento exacerbado no número de casos de violência doméstica. Infelizmente, o número de denúncias não acompanha o número de casos, já que se torna difícil a mulher denunciar, tendo em vista que está a todo tempo com o agressor.

No Piauí, diversas estratégias foram criadas visando facilitar com que a vítima denuncie sem correr perigo, as denúncias podem ser realizadas por meio de aplicativos criados exclusivamente com essa finalidade, como por exemplo o "Salve Maria", além disso contou-se com campanhas como a do "Sinal Vermelho", criada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que consiste em um X desenhado na mão, onde a vítima exhibe o sinal a um balconista de farmácia e o mesmo acionará as autoridades competentes.

Em uma matéria publicada no jornal Cidade Verde, constatou-se que, no Piauí, no período de isolamento social, o aplicativo citado acima, Salve Maria contabilizou 263 casos no período de 16 de março a 8 de junho de 2020. Sendo que, em 2019 neste mesmo período, o aplicativo contou com o registro de 143 casos. Assim,

comparando o número de casos na mesma época em 2019 e 2020, fora encontrado um aumento de 83%. É perceptível que o acesso a redes sociais vem facilitando a disseminação de informações sobre como a mulher deve se portar e procurar ajuda caso esteja sofrendo algum tipo de violência.

Em âmbito nacional, em Fevereiro fora criada a Lei n. 13.979/2020, dispendo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, mais tarde essa legislação foi alterada pela Lei n. 14.022/2020, que dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Conforme dispõe a Lei n. 14.022/2020, os serviços de enfrentamento à violência contra a mulher, bem como o atendimento às vítimas foram consideradas essenciais, não podendo ser interrompidas enquanto perdurar a pandemia.

No que tange às medidas protetivas a lei permite que sejam solicitadas por meio eletrônico ou pelo número de emergência destinado a esse fim, 190 ou 180. Frisa-se que este é um meio facilitador, mas também é possível a realização das denúncias presenciais.

Para tanto em seu artigo 4º, da Lei que dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, dispõe:

Art. 4º Os órgãos de segurança pública deverão disponibilizar canais de comunicação que garantam interação simultânea, inclusive com possibilidade de compartilhamento de documentos, desde que gratuitos e passíveis de utilização em dispositivos eletrônicos, como celulares e computadores, para atendimento virtual de situações que envolvam violência contra a mulher, o idoso, a criança ou o adolescente, facultado aos órgãos integrantes do Sistema de Justiça - Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, e aos demais órgãos do Poder Executivo, a adoção dessa medida. (BRASIL, 2020)

Portanto, a todo momento percebe-se a luta pela garantia e segurança dos direitos da mulher, tendo em vista que a vítima se torna vulnerável no local onde deveria ser sinônimo de paz e segurança. Criando e executando medidas para facilitar o combate à violência contra a mulher.

8 CONCLUSÃO

A violência contra a mulher é um reflexo do que a sociedade vem impondo e reproduzindo por séculos, pode-se perceber que não apenas com saídas legislativas se faz a proteção da mulher. Pelo exposto neste estudo, isso é perceptível com a comparação da tecnicidade das legislações brasileiras de proteção à mulher com os números ainda espantosos de casos de violência.

Mesmo com legislações teoricamente muito eficientes, uma parte do disposto nelas não é colocado em prática ou, quando é, não se faz de forma correta ou, ainda, com resquícios do machismo incrustado na nossa cultura.

Destarte, devem ser feitas mudanças expressivas nas políticas públicas voltadas para a mulher a fim de que se possam ser colocadas em prática de forma integral as legislações referentes assim como políticas para conscientização da sociedade sobre o que é ser mulher em um dos países mais perigosos quando se tem em perspectiva a violência as mulheres, sobre a importância de proteção dos direitos humanos destas que foram desde muito tempo postas à margem, diminuídas e subjugadas.

Ressalta-se sobre a necessidade da implantação da Justiça Restaurativa no que tange à violência doméstica. Cujo objetivo constitui não só a punição do agressor, mas que este reveja seus atos e tenha a possibilidade de ressarcir a vítima e a sociedade, além disso, busca-se a melhor maneira de ressocializá-lo.

Neste contexto, importante frisar sobre os Projetos que visam a ressocialização e conscientização do agressor sobre seus atos. Com expressivas taxas que demonstram 0% de reincidência dos agressores que frequentam esses projetos.

É possível que se tenha uma percepção da implementação da Justiça Restaurativa e de Projetos que visam ressocializar os agressores na inclusão recente dos incisos VI e VII no artigo 22 da Lei 11.340/06, que trata das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor.

Para tanto, faz-se necessário um melhor acompanhamento para garantia de eficácia da Lei Maria da Penha, que como já dita é a terceira melhor legislação vigente pela garantia dos direitos da mulher.

Portanto, tal legislação necessita de políticas que possibilite uma eficácia eficiente e melhor capacitação dos agentes que estão na linha de frente para receber a vítima, bem como garantir sua proteção.

Diante de todo exposto, é possível perceber que a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), possui um texto capaz de trazer proteção e garantia na luta das mulheres por

seu direito. Porém, necessita da plenitude de sua eficácia para garantia de tais direitos, fazendo jus a sua colocação de terceira melhor legislação mundial no que tange aos direitos da mulher.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes Contra Mulheres**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 225 de 31/05/2016**. DJe/CNJ, nº 91, de 02/06/2016, p. 28-33. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mar 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.022, de 07 de julho de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (6. Turma). **Recurso Especial 1517/PR**. Recurso especial. Tribunal do júri. Duplo homicídio praticado pelo marido que surpreende sua esposa em flagrante adultério. Hipótese em que não se configura legítima defesa da honra. Decisão que se anula por manifesta contrariedade a prova dos autos (art. 593, parágrafo 3., do CPP) [...]. Recurso provido para cassar a decisão do júri e o acórdão recorrido, para sujeitar o réu a novo julgamento. Relator: Jose Candido de Carvalho Filho, 11 de março de 1991. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/597202/recurso-especial-resp-1517-pr-1989-0012160-0>. Acesso em: 01 mar. 2020.

CARPASO, Carlienne. Aplicativo Salve Maria: isolamento social aumenta denúncias em 83%. **Cidade Verde**, Teresina, 08 jun. 2020. Disponível em: <<https://cidadeverde.com/coronavirus/108472/aplicativo-salve-maria-isolamento-social-aumenta-denuncias-em-83>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

COORDENADORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. **Projeto Reeducar encerra mais uma turma com resultados positivos**. Disponível em: https://www.mppi.mp.br/internet/index.php?option=com_content&view=article&id=7047:projeto-reeducar-encerra-mais-uma-turma-com-resultados-positivos&catid=224:internet/noticias&Itemid=210. Acesso em: 30 abr. 2020.

ESPÍNOLA, Caroline. **Dos Direitos Humanos Das Mulheres À Efetividade Da Lei Maria Da Penha**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018. *E-book*.

FERNANDES, Fernanda Santos. Breves Comentários à Lei 13.641/2018: Descumprimento Das Medidas Protetivas. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso (Org.). **Combate à Violência Contra a Mulher – Medidas Protetivas – Lei Maria da Penha**. 1. ed. São Paulo: Posteridade, 2018. Cap. 5, p. 111.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, Ano 13. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/download/13-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2019/>. Acesso em: 29 fev. 2020.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a comissão interamericana de direitos humanos**. Tradução de notas e citações: Luciana Yonekawa. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

MONTEIRO, Claudia Servilha; MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

VIDAL, Carla Cristina Oliveira Santos. Justiça Restaurativa e Violência contra a mulher: em novo paradigma a ser enfrentado pelo sistema de justiça criminal brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso (Org.). **Combate à Violência Contra a Mulher** – Medidas Protetivas – Lei Maria da Penha. 1. ed. São Paulo: Posteridade, 2018. Cap. 7, p. 155.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* giovannaars@hotmail.com

[2] Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestra em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB.

AS INCONFUNDÍVEIS FUNÇÕES DO MEDIADOR E DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

MATEUS CECY: é acadêmico de Direito na Universidade Federal do Paraná, membro do Grupo de Mediação e Negociação da UFPR, colaborador jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, membro acadêmico na International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals e pesquisador na área de recuperação judicial e falências.

A mediação tem se demonstrado como a mais grande aliada dos processos de recuperação judicial. Nota-se um constante processo de discussão e amadurecimento acerca da temática, a qual vem demonstrando resultados surpreendentes dentro dos processos de insolvência.

Acerca da matéria, verifica-se que “a mediação é a via ideal para aproximar credores e o devedor, no caso a empresa recuperanda, por meio de um terceiro imparcial, isto é, que não envolva conflito de interesses com qualquer das partes, nem mesmo o Administrador Judicial”[1].

Nesse horizonte, percebe-se uma recente escalada normativa acerca do tema, considerando que, em outubro de 2019, o CNJ lançou a Recomendação n. 58, que ditou os novos rumos da mediação nos processos de recuperação judicial. No mesmo anseio, o PL 6.229/05, atualmente em trâmite no Senado Federal, busca atualizar a Lei 11.101/05 (legislação recuperacional vigente), dedicando uma seção exclusiva para tratar da mediação e conciliação em demandas dessa natureza.

Com o intenso processo de incentivo à conjugação dos métodos adequados de resolução de conflitos nos processos de recuperação judicial, torna-se pertinente discorrer acerca da função desse novo facilitador das negociações do processo em conjunto com a função do administrador judicial, uma das figuras mais importantes dentro das recuperações empresariais.

De breve modo, no que expressa a LFRE, o administrador judicial (AJ) é um profissional (pessoa física ou jurídica) de confiança nomeado pelo magistrado no momento de deferimento do processamento da recuperação judicial. Ele auxiliará a condução do processo, fiscalizará as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação, trará relatórios mensais da empresa devedora ao processo, dentre outros encargos. Trata-se de um ofício de alto grau de complexidade,

necessitando muitas vezes de uma equipe multidisciplinar jurídico-financeira para exercer o cargo de forma eficaz, sendo essencial ao processo. Registre-se que esse profissional não defende nenhuma das partes, sendo um *longa manus* do magistrado, que o nomeia e estipula sua remuneração de acordo com o grau de complexidade da demanda em que atuará.

Nessa toada, oportunamente esclarecida a função do AJ, um pressuposto a ser considerado na mediação aplicada ao processo de recuperação judicial é o teor do art. 6º da Recomendação n. 58 do CNJ[2], que veda ao administrador judicial a atuação como mediador no mesmo processo.

Muito se debate acerca de tal vedação, questionando se esse profissional, como auxiliar do juiz, não poderia se aventurar mediando negociações entre credores e devedor. No entanto, é mister enfatizar que a resposta do embate é encontrada na base principiológica que sustenta o instituto da mediação, consolidada na Lei 13.140/2015, sobretudo em se tratando de processos de insolvência de alta complexidade.

É válido salientar que o processo de mediação deve ser guiado por princípios. Como dita o art. 2º da Lei de Mediação, deve ser seguida a: i) imparcialidade do mediador; ii) isonomia das partes; iii) oralidade; iv) informalidade; v) autonomia das partes; vi) busca do consenso; vii) confidencialidade e viii) boa-fé. Dessa forma, ressalta-se que o mediador, com sua devida capacitação técnica, deve atuar como um facilitador da comunicação entre as partes.

Em casos em que a mediação é utilizada dentro de processos de recuperação judicial, seja ela na fase de negociação do plano de recuperação ou em se tratando de algum episódio incidental entre credor e devedor, a confidencialidade é o grande fator que vai distanciar a função do mediador e do administrador judicial. Explica-se: a efetividade da mediação muito se explica pelo simples fato de as partes poderem se abrir e expor ao mediador seus reais limites e interesses com a total garantia de sigilo, o que possibilita a construção de opções criativas pelas partes com o auxílio da refinada técnica empregada no procedimento.

Tal cenário não se confunde com o dever de total transparência dos atos e fiscalização do processo demandadas ao administrador judicial, considerando que cada vez mais se exige uma postura ativa em relação a sua atividade (vide o PL 6.229/05, que determina o novo encargo de "atestar a veracidade das informações prestadas pelo devedor"[3]). Dessa forma, fica evidente que o mediador, diferentemente do administrador judicial, não é um auxiliar do processo, e sim um auxiliar das negociações que deste sobrevém.

Outrossim, acrescenta-se que a legislação e as recomendações que orientam o instituto da mediação não chegam nem perto de guiar integralmente uma negociação oriunda de um processo complexo de insolvência. Nas palavras do mediador Diego Faleck, especialista em design de sistemas de disputa, o mediador atuante nessa área deve se modelar ao processo, visto não se tratar uma mediação clássica bilateral, sendo necessário desenhar qual seria caminho mais adequado a ser traçado para atingir resultados frutíferos tanto à empresa em dificuldades quanto aos credores em negociações coletivas. A estratégia sobrelevada não chega ao conhecimento do juiz, tendo este o conhecimento apenas do resultado da mediação, dinâmica que por si só impede a transparente atuação do administrador judicial como mediador no mesmo processo de insolvência.

De toda sorte, insta esclarecer o diálogo que pode ser notado entre o ofício realizado pelo mediador e pelo administrador judicial. Decisões judiciais vem sendo utilizadas cada vez mais para nomear conjuntamente o administrador judicial e um mediador, o que evidencia a confiança e a importância admitida pelo próprio Judiciário às funções que esses profissionais exercem.

Ainda, tanto o PL 6.229/05 quanto a Recomendação n. 58 do CNJ, aferem o dever do administrador judicial em “estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência”. Dessa forma, o AJ vem sendo figura chave para a consolidação da mediação na esfera recuperacional, sendo esse incentivo demonstrado em grandes *cases*, como na recuperação judicial da Saraiva[4], onde a ideia da realização de sessões de mediação foi introduzida pelo administrador judicial. Ademais, cabe registrar que a própria entrevista desse profissional pode muito esclarecer à montagem do quebra cabeça do caso pelo mediador em suas sessões, o que é de precioso valor a um processo de recuperação judicial, onde a dissonância de informações muitas vezes impera.

Em conclusão, é clara a separação das funções do administrador judicial e do mediador em processos de recuperação judicial. Nas palavras dos juristas Antonio Evangelista Netto e Samantha Longo, “sem dúvida que incentivar as partes a autocomporem é função de todos, mas cumular as funções poderia comprometer o princípio da confidencialidade”[5]. Logo, é de imperiosa necessidade a preservação dos princípios que fundam a mediação, principalmente em casos de alta complexidade como nas recuperações judiciais, garantindo que o instrumento gere resultados fáticos com menores prejuízos às partes envolvidas. O administrador judicial, por sua vez, como elemento indispensável aos feitos de insolvência, deve persistir fomentando a prática dos métodos autocompositivos nos processos recuperacionais. Será tão apenas na consolidação dessa nova cultura que o operador

do direito conseguirá colher os frutos de uma aplicação cada vez mais célere e imediata dos métodos adequados de resolução de conflitos, prevenindo iminentes crises empresariais e poupando os homéricos acervos judiciais que perseveram nos atuais tempos.

Referências bibliográficas

NETTO, Antonio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes. **A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos**. 1. ed. Porto Alegre: Paixão, 2020.

BONILHA, Alessandra Fachada. **A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado na recuperação judicial**. RArb 57/385-410 (DTR/2018/14502).

NOTAS:

[1] BONILHA, Alessandra Fachada. **A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado na recuperação judicial**. RArb 57/385-410 (DTR/2018/14502). p.390

[2] **Art. 6º** - Os magistrados não deverão atuar como mediadores, sendo vedada ao administrador judicial a cumulação das funções de administrador e mediador.

[3] O PL 6.229/05 impõe ao Administrador Judicial o dever de *c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor, atestando a veracidade e conformidade das informações prestadas pelo devedor.*

[4] <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-fortalecimento-da-mediacao-nas-recuperacoes-judiciais/>

[5] NETTO, Antonio Evangelista de Souza; LONGO, Samantha Mendes. **A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos**. 1. ed. Porto Alegre: Paixão, 2020. p. 178.

O IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

DIEGO ALVES LOPES: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes, Servidor do Ministério Público do Estado do Amazonas, Chefe da Secretaria dos Órgãos Colegiados do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Resumo: Este artigo, enquanto pesquisa descritiva, utilizando o método monográfico de abordagem, objetivou analisar o instituto do imposto de renda da pessoa física, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa perpassa pelo conceito de renda, pela digressão acerca do fato gerador, sua função, dos critérios informadores do tributo em estudo e de apontamentos específicos sobre o imposto de renda da pessoa física. A relevância da pesquisa se assenta no fato de que o imposto de renda é responsável por grande parte da arrecadação tributária federal, motivo que justifica um maior aprofundamento no assunto. Por fim, após as considerações sobre o tema proposto, conclui-se, ante os critérios orientadores do imposto sobre a renda da pessoa física, seu objetivo subjacente, qual seja, o de não só assegurar ao Estado a obtenção de receitas, mas a própria utilização desses recursos em favor de todos, sem olvidar a dignidade do contribuinte (pessoa natural), nem da permanência de pessoas jurídicas (manutenção da fonte produtora).

Palavras-chave: Direito Tributário. Imposto de Renda da Pessoa Física. Aspectos jurídicos.

Abstract: This article, as a descriptive research, using the monographic approach method, aimed to analyze the personal income tax institute, in the light of the Brazilian legal system. The research goes through the concept of income, the digression about the taxable event, its function, the information criteria of the tax under study and specific notes on the individual income tax. The relevance of the research is based on the fact that the income tax is responsible for a large part of the federal tax collection, a reason that justifies further deepening the subject. Finally, after considering the proposed theme, it is concluded, in view of the guiding criteria of the tax on the income of individuals, its underlying objective, that is, that of not only ensuring the State to obtain revenues, but use of these resources in favor of all, without forgetting the taxpayer 's dignity (natural person), or the permanence of legal entities (maintaining the source of production).

Keywords: Tax Law. Individual Income Tax. Legal aspects.

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito de renda e de proventos. 3. O fato gerador do imposto de renda. 4. Critérios informadores do imposto de renda (art. 153, § 2.º, inciso I, da CR/88). 5. Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF). 5.1. Omissões na declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física. 6. Considerações Finais. 7. Referências. 7.1. Legislação. 7.2. Obras jurídicas. 7.3. Jurisprudência

1. Introdução

Previsto na Constituição da República de 1988 (CR/88), especificamente no art. 153, inciso III, bem como no art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN), o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é de competência da União, isto é, compete a esta a sua instituição, observado o princípio da reserva legal. Ressalte-se que em 22 de novembro de 2018 foi revogado o Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999, conhecido como Regulamento do Imposto de Renda (RIR 1999), sendo substituído pelo Decreto n.º 9.580/2018, que atualizou o referido regulamento (RIR 2018, doravante), que nada mais é do que um compilado dos diplomas legais sobre o imposto em estudo.

Feitas essas ponderações, impende mencionar que assim como os demais impostos, o que se objetiva com a instituição do imposto de renda (IR) é a consecução de receitas para fins de manutenção da “máquina estatal”, somada à prestação de serviços públicos em favor de todos, contribuintes ou não e, segundo Eduardo Sabbag, “o imposto de renda se constitui na principal fonte de receita da União no campo dos impostos federais, e possui, marcadamente, caráter fiscal[1]” (SABBAG, 2017, p.219).

Outrossim, tendo em vista ser o imposto de renda uma ferramenta da União constitucionalmente prevista e legalmente instituída, que tem como contribuintes a pessoa natural e a jurídica, faz-se necessário aprofundar o tema partindo exatamente da compreensão de seu pressuposto de existência: a renda e os proventos de qualquer natureza.

2. O conceito de renda e de proventos

Considerando que a CR/88 não conceitua a renda, a extensão de seu conceito tem sido, ao longo do tempo, objeto estudo no campo doutrinário. Não é por menos que Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo conceituam renda como “o acréscimo patrimonial produto do capital ou o trabalho” (PAULSEN; MELO, 2018, p. 60).

Já Hugo de Brito Machado Segundo (2018, p. 271) conceitua renda da seguinte maneira:

(...) afere-se que renda, à luz da Constituição, é apenas o acréscimo patrimonial passível de troca, por quem o auferir, por produtos ou serviços, estando assim disponível ao seu titular, sendo certo, ainda, que renda, patrimônio, faturamento e receita são palavras usadas pela Constituição para designar parcelas inconfundíveis da realidade, no âmbito de regras de competência também diversas, pelo que renda não poderia ser pelo legislador – ordinário ou complementar – equiparada ao mero ingresso, por exemplo, pois isso implicaria baralhar tais conceitos.

Conclui-se, portanto, pela convergência dos conceitos apresentados, que renda é o acréscimo patrimonial. Portanto, ao se falar em crescimento da riqueza, chega-se, por via de consequência, à conclusão de que a aferição dessa ascensão exige a comparação dos haveres do contribuinte num espaço de tempo específico, característica que será tratada mais adiante.

Já os proventos de qualquer natureza, segundo o inciso II, do art. 43 do CTN é obtido por exclusão, haja vista que o dispositivo legal o conceitua como “acréscimos patrimoniais não compreendidos” no conceito de renda.

3. O fato gerador do imposto de renda

O fato gerador, assim entendido como “situação definida em lei como necessária e suficiente” à ocorrência da obrigação principal (art.114, CTN), ou seja, ocorrência de evento que justifica a cobrança, do contribuinte, de “prestação pecuniária compulsória” (art. 3.º, CTN), especificamente no caso do imposto de renda, é, nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional, “a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica” de renda ou proventos de qualquer natureza.

Destarte, visto que o fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, não se pode dispensar os devidos esclarecimentos sobre os citados termos.

Aquisição, na lição de Paulsen e Melo, nada mais é do que “adquirir, obter, conseguir ou passar a ter” (2018, p. 71), ao passo que a disponibilidade é conceituada como “qualidade ou estado do que é disponível, do que se pode usar livremente”. Nesse diapasão, no Recurso Especial (REsp) n.º 983.154/RS, o Ministro Castro Meira conceituou a disponibilidade econômica e financeira nos seguintes termos:

4. Não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira da renda ou dos proventos de qualquer natureza. Enquanto esta última se refere à imediata "utilidade" da renda, a segunda está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros.

5. Não é necessário que a renda se torne efetivamente disponível (disponibilidade financeira) para que se considere ocorrido o fato gerador do imposto de renda, limitando-se a lei a exigir a verificação do acréscimo patrimonial (disponibilidade econômica). No caso, o incremento patrimonial verificado no balanço de uma empresa coligada ou controlada no exterior representa a majoração, proporcionalmente à participação acionária, do patrimônio da empresa coligada ou controladora no Brasil. (grifei)

Em síntese, entende-se a disponibilidade financeira como a efetiva disponibilidade da renda ao sujeito, ao passo que a disponibilidade econômica é o acréscimo patrimonial independentemente da existência de recursos financeiros, contudo, imperioso é retomar a ideia corte temporal para se quantificar o enriquecimento do contribuinte.

Diz-se que o imposto de renda tem fato gerador complexo, isto é, o fato gerador do IR é apurado por um conjunto de operações realizadas durante o ano. No caso do imposto de renda da pessoa física, "considera-se ocorrido o fato gerador em 31 de dezembro do ano-calendário" (PAULSEN; MELO, 2018, p. 75). Já em relação ao imposto de renda da pessoa jurídica, considera-se ocorrido o fato gerador ao final de cada trimestre civil e no anual, em 31 de dezembro do ano-calendário.

Explicado o aspecto temporal que permeia o fato gerador, avançaremos com o estudo dos critérios informadores do imposto de renda.

4. Critérios informadores do imposto de renda (art. 153, § 2.º, inciso I, da CR/88)

A Constituição da República de 1988, em seu art. 153, § 2.º, inciso I, orienta o legislador no sentido de que a instituição do imposto de renda será informada pelos critérios da **generalidade**, da **universalidade** e da **progressividade**.

A despeito de a CR/88 utilizar o vocábulo "critérios", Machado Segundo (2018, p. 271) e Ricardo Alexandre (2017, p. 656) utilizam a palavra "princípios" e, em que pese a divergência, os conceitos de cada um dos autores não reduz o valor dos

critérios/princípios, pois estes permanecem essenciais, mormente por decorrerem “dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva” (ALEXANDRE, 2017, p. 656).

Paulsen e Melo definem generalidade como “critério que diz respeito ao campo subjetivo, mais especificamente à sujeição passiva do tributo” (2018, p. 68), ou seja, o imposto de renda deve abranger todos os contribuintes.

Já a universalidade é conceituada como “critério que diz respeito à extensão da base de cálculo, que deve abranger quaisquer rendas e proventos auferidos pelo contribuinte” (PAULSEN; MELO, 2018, p. 69).

Por sua vez, descrevem a progressividade como “critério que exige variação positiva da alíquota em que há aumento da base de cálculo” (PAULSEN; MELO, 2018, p. 69). Em outros termos: quanto maior a renda, maior a exação.

Feitas essas ponderações, adentrar-se-á no estudo do Imposto de Renda da Pessoa Física.

5. Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF)

O Imposto da Renda da Pessoa Física (IRPF, doravante), espécie do gênero Imposto de Renda, está regulado em um conjunto de normas, quais sejam, Decreto-Lei n.º 5.884, de 23 de setembro de 1943, Lei 4.506, de 30 de novembro de 1964, Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, Lei 8.134, de 27 de dezembro de 1990 e Lei n.º 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e consolidado no Decreto n.º 9.580, de 22 de novembro de 2018 (RIR 2018).

Conforme já tratado anteriormente, o IR tem fato gerador complexo, ou seja, corresponde à apuração de um conjunto de operações ocorridas durante um espaço de tempo específico (ano-calendário), sendo que se considera ocorrido o fato gerador no dia 31 de dezembro do ano apurado.

O IRPF incidirá sobre o rendimento bruto, na forma do art. 3.º, §§ 1º a 6.º, da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988 e, uma vez apurado o rendimento bruto, “A lei autoriza deduções da base de cálculo, como as relativas às despesas com educação, observado o limite individual por dependente, e as relativas às despesas médicas, estas sem limite de valor” (PAULSEN; MELO, 2018, p. 85).

Em que pese o fato gerador ocorrer ao final do ano-calendário, ocorre a retenção do mensal do IRPF na fonte (rendimentos pagos por pessoa física ou jurídica, responsáveis pela retenção), a título de adiantamento, conforme previsão do art. 7.º da Lei n.º 7.713/1988 e, quando da Declaração de Ajuste Anual será verificada

toda a renda auferida, calculada as deduções legais e verificado se ainda resta valor a pagar ou a ser restituído (daí a expressão “ajuste anual”).

Nesse diapasão, consideram-se rendimentos tributáveis aqueles previstos no Capítulo III do RIR 2018, que estabelece que incide o IRPF nos rendimentos do trabalho assalariado, de dirigentes e conselheiros de empresas, de pensões, de proventos e de benefícios da previdência privada (art. 36 a 37), os rendimentos de trabalhos não assalariados (art. 38 a 40), nos rendimentos de aluguel e *royalties* (art. 41 a 45), nos rendimentos decorrentes de alimentos e pensão (art. 46), demais rendimentos (art. 47), nos rendimentos recebidos acumuladamente (art. 48 e 49), nos rendimentos da atividade rural (art. 50 a 64) e na atualização monetária dos rendimentos (art. 65).

Noutro giro, o RIR 2018 estabelece que são consideradas dedutíveis mensalmente as contribuições previdenciárias (art. 67), as despesas escrituradas em livros-caixa (art. 68 a 70), os dependentes (art. 71), as pensões alimentícias (art. 72), sem olvidar, no ajuste anual, as despesas médicas (art. 73), com instrução (art. 74) e as contribuições previdenciária e aos Fundos de Aposentadoria Programada Individual (art. 75).

Registre-se também que existem rendimentos que são isentos ou não tributáveis previstos no art. 35 do RIR 2018, subdivididos em rendimentos originários do trabalho e assemelhados (art. 35, I), rendimentos pagos pelas previdências públicas e privadas (art. 35, II), rendimentos de indenização e assemelhados (art. 35, III), rendimentos de participações societárias (art. 35, IV), rendimentos obtidos no mercado financeiro e assemelhados (art. 35, V), rendimentos obtidos da alienação de bens e direitos (art. 35, VI) e rendimentos diversos (art. 35, VII). Insta mencionar que foram listadas tão somente as categorias, o que não significa que todas as formas de rendimentos são isentas ou não tributáveis.

A tabela mensal^[2] vigente para aferição do imposto a pagar se encontram no art. 122, inciso VI, do RIR 2018, e se mantém a mesma desde o ano-calendário de 2015, conforme se pode verificar abaixo.

TABELA PROGRESSIVA MENSAL		
BASE DE CÁLCULO (R\$)	ALÍQUOTA (%)	PARCELA A DEDUZIR DO IMPOSTO
Até 1.903,98	-	-
De 1.903,99 até 2.826,65	7,5	142,80
De 2.826,66 até 3.751,05	15	354,80
De 3.751,06 até 4.664,68	22,5	636,13

Acima de 4.664,68

27,5

869,36

Tabela 1.

Registre-se que o IRPF também leva em consideração o aspecto espacial para sua incidência, ou seja, leva em consideração rendas e proventos percebidos não apenas no Brasil, mas também no exterior, o que inclui rendimentos, ganhos de capital e proventos ganhos não só por brasileiros, mas por estrangeiros.

O art. 741 do RIR 2018 esclarece que os residentes e domiciliados estão sujeitos ao IR caso auferam renda ou proventos no Brasil, ressaltando, no seu parágrafo único, que “O imposto sobre a renda incidirá no momento do pagamento, do crédito, da entrega, do emprego ou da remessa dos rendimentos, o que ocorrer primeiro”.

Por outro lado, aos rendimentos auferidos no exterior por pessoa física também incidirá o IRPF (art. 115, RIR 2018), todavia, havendo reciprocidade de tratamento ou acordo/convenção firmado com o país em questão, permitir-se-á a dedução, desde que esta não exceda “a diferença entre o imposto sobre a renda calculado com a inclusão daqueles rendimentos e o imposto sobre a renda devido sem a inclusão dos mesmos rendimentos”. (art. 115, § 1.º, RIR 2018).

5.1. Omissões na declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física

Por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação, isto é, “todos os atos de apuração, quantificação, cálculo etc., relativos à liquidação da obrigação tributária, são efetuados pelo próprio sujeito passivo” (MACHADO SEGUNDO, 2018, p. 185), o imposto de renda da pessoa física é tributo em cuja Declaração de Ajuste Anual pode ocorrer omissões.

O Código Tributário Nacional prevê que nas hipóteses de omissões na declaração de rendimentos, a autoridade fiscal estará autorizada a efetuar o lançamento de ofício, conforme se verifica no art. 149, incisos V e VI, que seguem colacionados:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

Na mesma linha segue o RIR 2018, ao dispor, no art. 902, inciso VI, que caberá lançamento de ofício nas hipóteses de omissão de receitas ou rendimentos.

Dentre algumas hipóteses autorizadas de lançamento de ofício por parte do fisco estão os sinais exteriores de riqueza, os acréscimos patrimoniais a descoberto e a falta de emissão de documentos fiscais.

O RIR 2018 conceitua sinais exteriores de riqueza como “a realização de gastos incompatíveis com a renda do contribuinte” (§ 1.º do art. 910). Por certo, uma vez identificadas posses ou propriedades que, por sua natureza, revelem patrimônio além do que fora declarado, o contribuinte deverá apresentar documentação idônea e hábil para comprovar os gastos com tributos, guarda, manutenção, conservação e demais despesas indispensáveis à utilização desses bens (art. 911, RIR 2018).

Já os acréscimos patrimoniais a descoberto também autorizam o lançamento de ofício, uma vez que se tratam de rendimentos tributáveis, na forma do art. 47, XIII, do RIR 2018, mormente pelo fato de que a ausência de justificativa para o acréscimo patrimonial é também uma forma de omissão.

Por fim, a lei autoriza o lançamento de ofício nas hipóteses de não emissão de documentos fiscais, quais sejam, aqueles a que o art. 912 do RIR 2018 faz referência, a saber: aqueles devam ser emitidos por profissionais liberais (art. 38, § 3.º, RIR 2018); emissão de recibo ou documento equivalente que comprove o recebimento de rendimentos de locação de bens móveis ou imóveis (art. 43, RIR 2018); e a falta de emissão de notas fiscais de venda de mercadorias, prestação de serviços, operações de alienação de bens móveis, dentre outros (art. 295, RIR 2018).

6. Considerações Finais

O imposto de renda, tributo que alcança os acréscimos patrimoniais tanto de pessoas físicas como de pessoas jurídicas, é hoje uma das principais fontes de renda do Estado e, por isso, goza de riqueza única no tocante às possibilidades de estudo e aprofundamento.

Por se tratar de imposto sujeito a lançamento por homologação, cabe ao contribuinte proceder a reunião das informações para prestação ao fisco, sem olvidar os adiantamentos que serão ponderados a partir da análise dos rendimentos,

consideradas as deduções, a fim de estabelecer o *quantum* devido ao fisco ou a ser restituído ao contribuinte.

Por ser norteado pela generalidade, universalidade e progressividade, alcança todas as pessoas e rendas auferidas, sem ignorar o respeito à capacidade contributiva que reside no critério campo da progressividade.

Ante a complexidade e extensão do conteúdo, optou-se por discorrer brevemente acerca do imposto de renda da pessoa física, esclarecendo alguns aspectos afetos a que tipos de rendas estão sujeitas a tributação, que tipos de gastos implicam em deduções sobre o quantum apurado num determinado ano-calendário, bem como os rendimentos isentos de tributação. Cuidou-se de colacionar a tabela mensal e fazer breves apontamentos sobre omissões na declaração de ajuste anual e garantia dada ao fisco de realizar o lançamento de ofício.

Feitas essas considerações, conclui-se que o imposto de renda, na modalidade imposto de renda da pessoa física, é tributo que garante ao Estado boa parte das receitas necessárias ao seu funcionamento, não possui natureza confiscatória, pois é exigido a partir de faixas de rendimentos, assegurando a possibilidade de o contribuinte oferecer sua parcela de contribuição ao poder público sem prejudicar sua subsistência e, por fim, possui rica normatização, fornecendo ao fisco as ferramentas necessárias para garantir seu recebimento.

7. Referências

7.1. Legislação:

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 27/10/1966.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União, Brasília, 5/10/1988.

BRASIL. **Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988**. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22/12/1988.

BRASIL. **Decreto n.º 9.580, de 22 de novembro de 2018**. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Diário Oficial da União, Brasília, 22/11/2018.

7.2. Obras jurídicas:

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**, 11.^a ed. rev., atual. e ampl.. Salvador: Ed. JusPodivum, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**, 10.^a ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2018.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**, 11.^a ed.. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

SABBAG, Eduardo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 1.^a ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

7.3. Jurisprudência:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) n.º 983.154/RS**. Recorrente: Fazenda Nacional, Recorrido: Arnaldo Ulmann – Participações e Administração LTDA e outros, 03/04/2008. DJe 17/04/2008.

NOTAS:

[1] Segundo Ricardo Alexandre (Direito Tributário, 2017, p.43), os tributos podem ser caracterizados pela fiscalidade ou extrafiscalidade. Esta, com a finalidade precípua de intervenção numa situação social ou econômica e, aquela, com a finalidade arrecadatória.

[2] A tabela anual corresponde à multiplicação das bases de cálculo e parcelas dedutíveis por 12 (doze) meses.

A PERSPECTIVA SOBRE ÀS CANDIDATURAS AVULSAS NO CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO

LAYANNA DE OLIVEIRA GOMES:
Graduanda do curso de direito do Centro
Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

ERIKO REGIS MOURA CAVALCANTE^[1]
(coutor)

MARIA LAURA LOPES NUNES SANTOS^[2]
(orientadora)

RESUMO: O presente artigo busca analisar possibilidades e perspectivas sobre as candidaturas avulsas no ordenamento jurídico eleitoral no Brasil. Ademais, a pesquisa apresenta ainda sistemas eleitorais de países que adotam estes modelos de candidaturas e normas internacionais que declaram a legitimidade das candidaturas independentes de filiação partidária. Em conformidade com o tema abordado, são apresentados nos capítulos que seguem, os princípios do direito eleitoral que norteiam nossa Constituição Federal, a legislação e forma de atuação dos partidos políticos no país, as condições e exigências as filiações partidárias e por fim o capítulo sobre as candidaturas avulsas, no panorama atual do Brasil e suas possibilidades de acordo com o ordenamento interno e internacional vigente. A reforma política é lembrada em quase todas as legislaturas e quando chegamos ainda mais perto do pleito, mais propriamente pouco antes de um ano para o início da mesma, as discussões sobre o tema das candidaturas avulsas ficam ainda mais afloradas e as teses de reforma tomam ainda mais consistência, sendo tema de audiências promovidas pelos ministros no Supremo Tribunal Federal, devido ser um tema de repercussão geral. Entretanto, esse é um conteúdo muito difícil de chegar a consensos, por muitas vezes inconciliáveis.

Palavras-chaves: Direito Eleitoral; Democracia representativa; Candidatura independente de filiação partidária; Candidatura avulsas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Princípios do Direito Eleitoral. 2.1 Democracia. 2.2 Democracia representativa. 2.3 Estado Democrático de Direito. 2.4 Republicano. 3 Partidos Políticos. 4 Filiação partidária. 5 Candidaturas avulsas. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo analisar a viabilidade das candidaturas avulsas no sistema eleitoral brasileiro, com intuito de debater e

esclarecer tal possibilidade, além de discorrer dos requisitos de elegibilidade para o ingresso na política. Será abordado também conceitos e a força da Democracia no contexto político, além da aplicação do Pacto de São José da Costa Rica em relação aos Direitos Humanos.

Inicialmente, para fundamentar o presente artigo, analisar-se-á os princípios que norteiam o Direito Eleitoral, quais sejam: Democracia, Democracia Representativa, Estado Democrático de Direito e republicano. Esses princípios devem ser respeitados, possibilitando a atuação dos cidadãos em forma de organização e buscando sempre a paz social. Posteriormente, far-se-á o estudo no que tange as candidaturas avulsas, defendendo o pluralismo político, assegurando a liberdade de expressão e o reconhecimento das candidaturas avulsas.

Será abordado o trabalho do ACE Project, que realiza um mapeamento de sistemas eleitorais pelo mundo, em 224 nações, que realizam eleições, apenas 21 não permitem candidaturas independentes. Além do Brasil, países como Suécia, Israel, Argentina, Colômbia e Uruguai, compõem esse grupo minoritário.

Há uma limitação ocasionada pelos partidos para que os candidatos avulsos consigam ingressar em cargos políticos no Brasil, diante de uma elite que é favorecida dentro do poder, ocasionando o desfavorecimento contra as minorias. Desse modo, como um Estado Democrático de Direito, as candidaturas avulsas seriam uma nova oportunidade para os cidadãos participarem da política brasileira.

A lei nº 13.165/2015 dispõe sobre o número de candidatos em cada partido ou coligação. A partir desta lei, os partidos e coligações poderão lançar candidatos para câmara dos deputados, a câmara legislativa às assembleias legislativa e as câmaras municipais no máximo de até 150% do número de vagas para o cargo. Sendo que há exceções, no caso de estados com até doze cadeiras a preencher na câmara dos deputados, o limite de candidatos será de até 200%.

O tema do objeto deste estudo é importante de ser estudado e pesquisado visto que se trata de tema relativamente novo, o que torna o assunto com poucas pesquisas para o leitor. Ademais, o estudo é relevante para a sociedade por tratar-se das perspectivas as candidaturas avulsas nos cargos eletivos no Brasil, o que traz oportunidade aqueles com menos garantias, podendo exercer a sua livre manifestação ideológica. Nesse contexto, um maior número de pessoas colocar-se-iam a disposição do eleitorado, como uma opção a exercer e representá-los nos cargos eletivos.

A vida política deve ser trabalhada com cidadania e igualdade, proporcionando oportunidades aos menos favorecidos, e lembrando que a política

é um direito que antecede os partidos políticos. Juridicamente, negar o cidadão o direito de se candidatar é imoral e inconstitucional e viola os direitos humanos a obrigatoriedade da filiação.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO ELEITORAL

O Direito Eleitoral é o ramo que regula o exercício do direito fundamental do sufrágio, responsável por organizar o acesso ao sistema partidário, repleto de normas e princípios jurídicos para fins do interesse público e do bem comum. Nessa toada, o sistema eleitoral é regido por princípios capazes de ordenar sobre as demais normas, sendo fonte de interpretação e orientação das normas, além disso, servindo de apoio para a aplicação do direito dentre as possibilidades jurídicas.

Os principais princípios do direito eleitoral e os mais utilizados são: princípio da democracia, federativo, celeridade, duração razoável do processo, anualidade, dentre outros. Os princípios demonstram papel fundamental no Direito. Apresentam vantagens, facilitando sua aplicação para o operador do Direito. Sob essa perspectiva podem-se apontar a democracia, democracia representativa, Estado democrático de Direito e republicano como base desse estudo.

2.1 Democracia

Sobre o Princípio da Democracia, trata-se de valores produzidos historicamente e com grande importância e relevância para a atualidade. É uma constante luta por ideais dentro do cenário político brasileiro e a efetivação por direitos humanos, fundamentais e sociais.

A democracia é baseada por valores igualitários como forma de participação de todos no governo e com respeito à dignidade da pessoa humana para que o bem comum seja priorizado com respeito e honestidade. Ainda há uma busca enorme por essa democracia diante de uma realidade que não se resume apenas a direitos políticos, mas integra nos planos políticos, social e econômico. (FERREIRA, 2019).

No sistema brasileiro há uma democracia dentro dos direitos políticos, o que torna ao cidadão um regime político de direitos, sintetizando formas pelas quais podem intervir ao elencar governantes como seus representantes, garantindo o acesso a vida política.

Dessa forma, a doutrina de Pedro Lenza (2019) afirma que os direitos políticos nada mais é que instrumentos por meio dos quais a CF garante o exercício da soberania popular, atribuindo poderes aos cidadãos para interferirem na condução da coisa pública, seja direta, seja indiretamente.

Previsto na Constituição Federal/88, os Direitos Políticos abrangem a criação, o funcionamento e reconhecimento dos partidos, o que demonstra uma proteção e relevante importância quando se refere a partidos políticos, com sua grande representatividade na democracia e um amplo regramento jurídico.

No entanto, a interpretação dos direitos políticos causa divergência, o que afeta parte dessa democracia e violando também os Direitos Humanos, devido ao Pacto de San José da Costa Rica, assegurado pelos tratados 23 e 29, com embasamento no artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assegura as candidaturas independentes para eleições municipais.

Enfatizando esse raciocínio como um direito político negativo, que causa ilegitimidade e privação sobre o eleitor, demonstra a falta de oportunidades e espaço do cidadão na política. Assim, as candidaturas avulsas vêm como uma alternativa de avanço nos Direitos Políticos, além de fazer parte de uma democracia que visa o direito da livre associação, previsto no artigo 5º, XVII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

Além disso, a democracia é um princípio que rege o Direito Eleitoral, no intuito de preservar valores e proteger as normas eleitorais, visando a igualdade entre os candidatos que almejam a cargos políticos, que está diretamente ligado ao pluralismo político e partidário.

2.2 Democracia representativa

A democracia representativa é vista por modelo democrático criado para a participação popular no governo, com intuito de tornar a vontade dos governantes e governados realizadas, conferindo um conjunto de poderes. (MERELES, 2017).

O objetivo principal dessa democracia é o voto, dado aos cidadãos o direito de escolha de seus governantes. Esse sistema político é dotado de legitimidade, concentrado nas mãos de governantes, causado por sistemas eleitorais

implementados nas democracias representativas com mecanismos próprios, como plebiscito, referendo e a iniciativa popular.

Conforme Mereles (2017) o fator essencial para a valorização da democracia representativa é que *quantitativamente*, ela é **capaz de permitir que toda a população de um país vote**, independentemente de variáveis socioeconômicas, de gênero, credo, cor, crença. Assim, pode ser considerada uma forma abrangente de democracia. Enquanto na democracia direta grega, por exemplo, só homens atenienses eram considerados cidadãos e poderiam opinar, discutir e deliberar sobre as decisões, excluindo a maioria da população desse processo.

Através da representatividade, a democracia é fator essencial para que os interesses populacionais sejam respeitados, com maior efetividade na participação política e impedindo que os interesses políticos não sejam priorizados.

2.3 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito consiste na participação dos cidadãos no cenário político, exercendo livremente o voto direto e universal. Além de ser consagrado pelos direitos fundamentais, sociais e políticos pela Constituição Federal de 1988.

Contudo, o Estado Democrático de Direito é marcado pela separação de poderes, legislativo, executivo e judiciário, integrando a soberania popular e torna os cidadãos responsáveis pela execução das políticas públicas.

De acordo com Santos (2011) o Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito.

2.4 Republicano

A forma de governo republicano retrata um modelo representativo de Estado, que tem por fundamento a eletividade, temporariedade e as alterações de candidatos no poder. Implica, portanto, na necessária legitimidade popular do Presidente da República.

O sistema republicano consiste na representação de pessoas eleitas pelo povo, que de quatro em quatro anos os mandatos são renovados conforme o artigo 82 da Constituição Federal de 1988. A saber: Art. 82. O mandato do Presidente da República

é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição.

O princípio republicano é considerado um princípio constitucional fundamental e está conectado diretamente ao que discorre sobre o Estado Democrático de Direito por preservar a busca pelos direitos da maioria como da minoria.

3 PARTIDOS POLÍTICOS

Sob o panorama dos partidos políticos, estes, tornaram-se algo fundamental no mundo moderno, que teve a colaboração de outros países que adotaram essa forma de governar e representar o povo. Com o incentivo de ideais liberais, os partidos políticos encontraram fortalecimento e consolidação para ocupar seu espaço nos direitos políticos.

Entende-se por partido político a associação de pessoas envolvidas em um interesse comum, buscando o poder exercendo a organização de um sistema político, sendo um instrumento de decisões em prol do seu eleitorado. Os partidos políticos tem por finalidade alcançar o poder por meio dos objetivos que norteiam, dentre eles o êxito nas eleições, buscando o voto nos candidatos selecionados, além dos benefícios do poder. (RODRIGUES, 2020).

O início das formações dos partidos políticos foi marcado por constante negação para os governantes, já que se tratava de um sistema bipartidário instituído pelo regime militar e reconhecido pelo Tribunal Superior Eleitoral no ano de 1966, formado pela Aliança Renovadora Nacional (ARENA), e a oposição, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Diferentemente da atualidade, adotado pelo sistema pluripartidário que consiste em vários partidos assumir o controle de um governo. Para ingressar nas eleições, os partidos detêm de condições indispensáveis, podendo citar o artigo 4º da Lei N° 9.504 de 30 de setembro de 1997:

Art. 4º Poderá participar das eleições o partido que, até seis meses antes do pleito, tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, conforme o disposto em lei, e tenha, até a data da convenção, órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto.

Tal requisito indispensável permite, por exemplo, o acesso gratuito ao rádio e televisão e ao recurso do financiamento partidário, com bastante relevância para o regime democrático representativo.

4 FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

A filiação partidária como condição de elegibilidade é prevista na própria Constituição Federal (CF, art. 14, § 3º, inciso V) e nas leis da República: impossibilidade jurídica de candidaturas avulsas, não obstante o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 23, n. 2).

O candidato para filiar-se a um partido político deve estar em pleno gozo de seus direitos políticos para o exercício da cidadania. Vale ressaltar que o partido político sendo pessoa jurídica de direito privado, poderá aceitar somente aqueles que se submetem as regras contidas no seu estatuto, não sendo obrigado a aceitar em sua filiação. Todavia, o candidato já ingressado na filiação, não poderá existir barreiras para a obtenção de elegibilidade, tendo em vista os limites previstos na Constituição Federal de 1988.

O artigo 14, parágrafo 3º, inciso V, da Constituição Federal estabelece a filiação partidária como condição para elegibilidade, tornando impossível o registro de candidatos independentes de legendas. Mas nem sempre foi assim.

Durante um curto período, admitiram-se candidaturas avulsas nas eleições, mas a experiência ocorreu justamente na fase que antecedeu o segundo mais longo período de regime político fechado da história republicana brasileira a ditadura de Getúlio Vargas (1937-45). (GUEDES,2020).

Antes da Constituinte de 1934, o governo provisório que assumiu após a chamada Revolução de 30, liderada por Vargas, promulgou o decreto 21.076, em 1932, regulando as eleições. Essa lei de transição admitia duas espécies de partidos (permanentes e provisórios, que se formavam às vésperas dos pleitos, como as atuais coligações) e permitia as candidaturas avulsas.

Um candidato que não constasse na lista de partido algum poderia disputar os votos, desde que sua participação fosse requerida por um número mínimo de eleitores. Os partidos políticos, portanto, não detinham a exclusividade da indicação daqueles que iriam concorrer às eleições. O chamado "monopólio da representação" pelos partidos políticos só ocorreu após a edição do Decreto-Lei n.º 7.586, de 28 de maio de 1945. E prevalece na legislação nacional até os dias atuais.

Conforme dispõe o Decreto Lei nº 7586/45, art,39, caput: Art. 39. Somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos ou alianças de partidos. (GUEDES,2020).

Cumpra-se destacar que somente a própria Constituição Federal poderá criar as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos. Atualmente tais situações estão limitadas aos incisos I a V do art. 15 da CF/88.

A presente condição de elegibilidade deve também ser interpretada com o disposto no inciso III e V do art. 14, § 3º da CF/88, pois tanto o alistamento eleitoral (vide art. 71, II do Código Eleitoral) quanto a filiação partidária (vide art. 22, II da Lei 9.096/95) também exigem o pleno exercício dos direitos políticos para o seu exercício.

Nessa linha de ideias, pôde-se constatar a limitação posta pela Constituição Federal ao elencar a restrição de direitos políticos, sendo o termo “só se dará” descrito no art. 15 da Carta Política, reflexo dessa preocupação constitucional de evitar a restrição de direitos políticos, sendo certo que a maior limitação ao exercício de cargos públicos deve advir da vontade popular, não cabendo à Justiça Eleitoral o substituir, salvo em hipóteses excepcionais.

O que a Carta Constitucional brasileira de 1988 impõe como condição de elegibilidade é que o pretense candidato esteja filiado em alguma agremiação partidária. Contudo, norma infraconstitucional impõe outra restrição, qual seja, do nome do candidato ser aprovado em convenção partidária. A regra imposta pela Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), em seu art. 10, criou um limite de registro de candidaturas, que poderia ser qualquer percentual ou até mesmo não haver limite algum. (FERREIRA, 2018).

O princípio constitucional da legalidade pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/1988). Não se pode confundir uma sub condição específica para exercer um direito, com o próprio direito, nem tão pouco colocá-la no mesmo nível que os direitos e garantias individuais constitucionais. A Constituição prevê a participação direta e igualitária de se concorrer a uma eleição, mas não prevê nenhuma obrigatoriedade de estar filiado somado a escolha de seu nome em uma convenção de entidade privada. (PIETRO, 2017).

A consolidação de partidos políticos advém de outros países, inspirado na Itália de Mussolini e a Espanha de Franco, que somente foram admitidas na Ditadura Vargas, sobre o período de 1930 e 1940, com a implementação do Estado Novo, visando uma liberdade de organização partidária.

Com o propósito de impedir força política externa, Getúlio Vargas regulamentou a estrutura partidária nacional, debilitando e enfraquecendo as candidaturas avulsas no cenário político brasileiro. Em termos de democracia, deve-

se ter uma representatividade diante das minorias, prevalecendo o direito da livre associação.

5. CANDIDATURAS AVULSAS

As candidaturas avulsas, também conhecidas como candidaturas independentes, são debatidas atualmente como uma forma de ingressar na política brasileira sem a necessidade de filiação partidária. Não sendo admitidas no Brasil, e de acordo com o TSE, as regras de candidaturas são baseadas no Art. 14 da Constituição Federal, motivo pelo qual não são aceitas em nosso país (BRASIL, 1988). Durante um determinado período as candidaturas avulsas fizeram parte da política brasileira. Trata-se de uma forma de conduzir a vida política sem a necessidade de partidos, sem ser uma obrigação para o candidato adentrar em cargos de poder.

As candidaturas avulsas, independentes ou sem filiação partidária é um tema que já vem sendo discutidos nas esferas de governo municipal, estadual e federal e que não deve passar despercebida e merece discussões sérias, pois se configura como uma forma importante de participação popular no processo político e não seria forçoso argumentar no processo decisório das grandes questões nacionais. (BLUME, 2016)

A proposta da liberação das candidaturas avulsas surge recorrentemente no Congresso, mas não prospera. Assim vemos que em 2011, o senador Paulo Paim (PT-RS) apresentou uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), que recebeu parecer contrário do relator na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Posteriormente em 2015, no contexto da reforma eleitoral, o senador **Reguffe (PDT-DF)** apresentou outra PEC a respeito do mesmo tema. Em ambos os casos, a proposta não foi aprovada.

Em seguida no ano 2017 surgiu uma nova proposta, a PEC 350/2017, de autoria do deputado João Derly (REDE-RS). O objetivo era permitir as candidaturas avulsas, desde que houvesse um apoio mínimo de eleitores na circunscrição. A proposta também foi rejeitada pelo Congresso Nacional. (BLUME, 2016)

Da mesma forma, em 2017, o advogado Rodrigo Mezzomo recorreu da decisão da Justiça Eleitoral, que negou que ele tenha sido registrado como candidato independente pela cidade do Rio de Janeiro em 2016. Mezzomo alegou que a proibição violou a Convenção de San Jose da Costa Rica. O Brasil é signatário. Desde então, o assunto vem sendo discutido no Supremo Tribunal Federal.

O poder judiciário já levou a discussão ao plenário, inclusive com audiência pública com os setores envolvidos na questão. Já é recorrente a propositura de ações

junto ao Supremo Tribunal Federal, em que a matéria em objeto seja o requerimento da possibilidade do cidadão ter elegibilidade passiva sem a prerrogativa da filiação a siglas partidárias no Brasil, sendo avaliada pelos Ministros do STF como matéria de repercussão geral. Na maioria dos países, que adotam o regime democrático, é viável que o cidadão postule um cargo eletivo, sem o requisito da filiação partidária. Segue sobre o tema uma jurisprudência nacional:

Ementa:

DIREITO ELEITORAL. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
CANDIDATURA AVULSA. QUESTÃO DE ORDEM. PERDA DO
OBJETO DO CASO

CONCRETO. VIABILIDADE DA REPERCUSSÃO GERAL.

1. A discussão acerca da admissibilidade ou não de candidaturas avulsas em eleições majoritárias, por sua inequívoca relevância política, reveste-se de repercussão geral. Invocação plausível do Pacto de São José da Costa Rica e do padrão democrático predominante no mundo.
2. Eventual prejuízo parcial do caso concreto subjacente ao recurso extraordinário não é impeditivo do reconhecimento de repercussão geral.
3. Repercussão geral reconhecida. (Supremo Tribunal Federal STF - QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: QO ARE 1054490 RJ - RIO DE JANEIRO)

Conforme jurisprudência acima vista, ainda não há a possibilidade de candidaturas avulsas no Brasil. Entretanto, na evolução histórica do sistema político eleitoral brasileiro já vigorou o modelo de candidatura avulsa, que não dependia de filiação a qualquer agremiação partidária.

A perspectiva é de se esperar que existam pessoas que não queiram se filiar a nenhum dos partidos, dando origem a discursões sobre a candidatura independente. Este modelo de candidatura já foi adotado no sistema brasileiro, mas a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1946, perdeu espaço no cenário político até os dias atuais. Com a crise de representatividade, diversas vezes o tema foi abordado, chegando as discussões ao Supremo Tribunal Federal.

As candidaturas avulsas possuem várias discussões sobre a possibilidade de serem adotadas no Brasil, pois além de serem adotadas em vários países, encontram previsão no Pacto de São José, que foi promulgado pelo Dec. nº 678/92 e prevê:

Artigo 23

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Nessa linha, a filiação ao partido político seria ato voluntário de adesão a uma proposta de trabalho virtuoso, fruto de uma opção consciente, e não decorrente de uma imposição legal. A candidatura avulsa assim, ao contrário do que se supõe, a médio prazo, fortalecerá os partidos políticos que, devido à concorrência com outro sistema, deverão amearhar filiados pelos valores virtuosos que inspiram.

Para além dessa hermenêutica sistemática, a admissão de candidaturas avulsas, ou candidaturas independentes, é mecanismo de compatibilização entre o postulado democrático, cidadania e as tecnologias vestíveis da contemporaneidade, cabendo a cada indivíduo a discricionariedade para filia-se ou não aos partidos para participar do pleito eleitoral.

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente artigo e análise feita, buscou-se mostrar a possibilidade das candidaturas avulsas no cenário político brasileiro e destacar pontos positivos para esta hipótese que fortalece a democracia.

Como um Estado Democrático de Direito, acredita-se na ampliação da participação popular de forma ativa na sociedade assegurando direitos e garantias fundamentais. A isenção de novas opções no sistema político confere maior acesso aos que almejam a cargos eletivos resultando uma disputa igualitária.

O cenário político eleitoral brasileiro já trabalha esta discussão das candidaturas avulsas em todos os níveis e poderes das instituições brasileiras. Desde o âmbito municipal até a esfera federal, várias ações tem chegado ao STF, gerando uma matéria de repercussão geral e sendo tema de audiências e debates na suprema corte brasileira.

Assim, o sistema eleitoral deve ser pautado no bem comum e garantir a aplicação dos tratados e convenções internacionais, mais especificamente o Pacto de São José da Costa Rica. Além disso, a candidatura avulsa já é aceita na maioria dos países e deve ser vista como uma nova oportunidade aos que pleiteiam a um mandato eletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLUME. Bruno André. **Candidaturas Avulsas, por que são proibidas?**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/candidaturas-avulsas-por-que-sao-proibidas/>. Acesso em 13 de Outubro de 2020.

BRANCO. Adriana Lima. **O papel dos partidos políticos no Estado Democrático**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-3/o-papel-dos-partidos-politicos-no-estado-democratico-brasileiro>. Acesso em 10 de Abril de 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal STF** Supremo Tribunal Federal STF - QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: QO ARE 1054490 RJ - RIO DE JANEIRO. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770051935/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-com-agravo-qo-are-1054490-rj-rio-de-janeiro?ref=serp>. Acesso em 15 de Abril de 2020.

FERREIRA. Adgmar José. **Candidatura avulsa**. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-v-numero-viii/direito-publico/candidatura-eleitoral-avulsa-desnecessidade-de-filiacao-partidaria-para->

concorrenca-a-cargo-eletivo-em-respeito-a-democracia-proclamada-na-constituicao-federal-brasileira-de-1988/. Acesso em 05 de Outubro de 2020.

GOMES. José Jairo Direito eleitoral / José Jairo Gomes – 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

GUEDES. Paulo. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_054.html. Acesso em 12 de Outubro de 2020.

LENZA, Pedro. **Curso de direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELES. Carla. **Democracia Representativa**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/democracia-representativa-de-fato-nos-representa/>. Acesso em 20 de Abril de 2020.

MEZZOMO. Rodrigo Sobrosa. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/denuncia-mezzomo-candidatura-avulsa.pdf>. Acesso em 15 de Abril de 2020.

MOREIRA, T. O. **Há Possibilidade De Candidaturas Independentes No Brasil? Uma Análise À Luz Do Direito Internacional Dos Direitos Humanos**. Revista Fides, V. 8, N. 2, 30 Dez. 2017.

REVISTA JURIS. UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 94-111, abr./jun. 2018

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. "Sistemas eleitorais"; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/sistemas-eleitorais.htm>. Acesso em 14 de outubro de 2020.

PIETRO. Maria Silvyana. **Princípio da legalidade**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em 10 de Outubro de 2020.

SANTANO. Ana Claudia. **Ativismo judicial no caso das candidaturas independentes**. Revista Justiça Do Direito, v. 32, n. 1, p. 120-152, 2018.

SANTOS. Adailson. **O estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito/>. Acesso em 27 de Abril de 2020.

SENADO. **No Brasil possibilidade existiu**. Disponível em: conteudojuridico.com.br/. Acesso em 22 de Abril de 2020.

SOBRINHO. Emílio Gutierrez. **A disciplina Constitucional do Direitos Políticos.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-disciplina-constitucional-dos-direitos-politicos/>. Acesso em 21 de Abril de 2020.

NOTAS:

[1] Graduando do curso de direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. *E-mail*:erikokjn@hotmail.com.

[2] Professora do curso de direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA, doutorado pela Universidade de Fortaleza

“CLUBES DO CARIMBO” SOB A LUZ DO SISTEMA NORMATIVO PENAL BRASILEIRO

BRUNA MUNIZ MARQUES:

Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: As atividades dos chamados “Clubes do Carimbo” incluem relações sexuais denominadas “roletas-russas” com a atuação de indivíduos portadores do vírus HIV e pessoas saudáveis, sendo que alguns dos participantes têm conhecimento da presença da doença em seus companheiros e outros não, o que acarreta em dúvidas quanto à punibilidade quando existe consentimento. A legislação penal brasileira não estabelece um tipo penal exato em desfavor do indivíduo que propositalmente transmite o vírus da Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida (SIDA) para outrem. Tal condição dá origem a uma lacuna sobre qual seria a tipificação penal adequada. Em meio às probabilidades, podem ser presumidos os crimes de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do CP), perigo de contágio venéreo (art. 130 do CP), lesão corporal de natureza grave (art. 129, §2º, inciso II do CP) e tentativa de homicídio (art. 121 c/c art. 14, II do CP), bem como as condições que ocasionam agravantes que podem ser aplicados a situação. Tratando-se de um grupo de muitos soropositivos, manifesta – se o questionamento se é possível enquadrar como organização criminosa os participantes dos denominados “Clubes do Carimbo”.

Palavras-chave: Direito Penal; Clubes do Carimbo; Transmissão dolosa da SIDA; Sanção penal.

ABSTRACT: The activities of the so-called "Stamp club" include sexual relations called "Russian roulette" with the actions of HIV-positive individuals and healthy people, with some of the participants being aware of the presence of the disease in their partners and others not, which leads to doubts about the punishability when there is consent. The Brazilian penal legislation doesn't establish an exact penal type to the disadvantage of the individual who intentionally transmits the Acquired Human Immunodeficiency Syndrome (AIDS) virus to another. Such condition gives rise to a gap as to what would be the appropriate criminal typification. Between the probabilities, can be presume the crimes of danger of contagion of serious illness (art. 131 of PC), danger of venereal contagion (art. 130 of PC), serious bodily harm (art. 129, §2, item II of PC) and attempted murder (art. 121 c/c art. 14, II of PC), as well as the conditions that cause aggravating factors that can be applied to the situation. When it comes to a group of many seropositive individuals, it is questionable whether it is possible to classify the participants of the so-called "Stamp clubs" as a criminal organization.

Keywords: Criminal law; Stamp clubs; willful transmission of AIDS; criminal punishment.

Sumário: 1. Introdução. 2. Clubes do Carimbo. 3. Caracterização de Organização Criminosa. 4. Saúde Pública. 5. Possibilidade de Aplicação das Circunstâncias Agravantes. 6. Consentimento do Ofendido. 7. SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida. 8. Enquadramento Jurídico-Penal da SIDA. 9. Perigo de Contágio Venéreo. 10. Perigo de Contágio de Moléstia Grave. 11. Lesão Corporal de Natureza Grave. 12. Tentativa de Homicídio. 13. Considerações Finais. 14. Referências.

1. Introdução

A AIDS, sigla que designa a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, é uma doença crônica ocasionada pelo vírus HIV, que causa danos ao sistema imunológico e interfere nas funções do organismo de lutar contra outras infecções. O HIV é uma infecção sexualmente transmissível, que pode ser contraída tanto pelo contato com o sangue infectado quanto de forma vertical, ou seja, uma mulher que é portadora do vírus HIV pode transmitir ao filho, através da gravidez e/ou amamentação.

Com o primórdio da AIDS e sua, na década de 80, ocorreu à difusão do conhecido por “sexo seguro”, ou seja, a prática de relações sexuais com o uso de preservativo para se evitar a doença. Dentre outro parâmetro, com a grande quantidade de pessoas já portadoras da doença e o aumento expressivo da taxa de mortalidade, uma conduta perigosa em conformidade a atenção aos cuidados da transmissão do vírus foi – se observada globalmente.

Em associação as condições e relações entre as pessoas oriundas deste no espectro, originaram – se as atividades de coletivos criminosos, sob a égide do sistema normativo jurídico-penal brasileiro, cujos membros participam dos conhecidos pela denominação de “Clubes de Carimbo” que propõe – se, de maneira intencional, transmitir o patógeno da AIDS a pessoas sadias que não possuem conhecimento acerca da condição dos participantes do clube, assumindo desta maneira, os riscos de possível contágio.

O vigente artigo tem por propósito expender o enquadramento conveniente na legislação penal brasileira da prática de propagação dolosa do vírus do HIV, causador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, conhecida como AIDS, nesses encontros sexuais grupais impulsionados pelos referidos clubes.

A legislação penal brasileira não estabelece tipificação penal particular gerando uma lacuna sobre qual seria a tipificação apropriada. Portanto, delinear-se-á os institutos aplicáveis à prática citada e se realizará uma análise profunda no

intuito de estipular a sanção que mais se adequa com o objetivo de desestimular a prática de disseminação do vírus da SIDA.

Ademais, será esclarecida a repercussão jurídica das atividades envolvendo denominadas de "roletas-russas", organizadas pelos "Clubes do Carimbo", com atuação de pessoas soropositivos e indivíduos sedáveis, que podem ter ou não conhecimento acerca da condição de alguns membros do grupo. Existem também pessoas que se sujeitam de maneira consciente à exposição ao vírus, o que gera questionamento sobre o cabimento ou isenção de sanção penal ao soropositivo que transmitiu a SIDA a uma vítima que intencionalmente assumiu o risco de contágio.

2. Clubes do Carimbo

Clubes do Carimbo são associações de pessoas homogeneamente homossexuais soropositivos, que se designam como "vitaminados", e se conectam através da internet para induzir alguém a aceitar em manter relação sexual sem fazer uso de preservativo e/ou formas de inutilizar o mesmo, caso não se obtenha sucesso na primeira proposta.

A argumentação empregue é de que se todos forem infectados, a moléstia deixará de ser um problema social. A estratégia utilizada por esses indivíduos para a transmissão do vírus ocorre por meio de relações sexuais coletivas, denominadas "roletas-russas", em alusão ao perigoso jogo de azar que implica em deixar uma só bala no tambor de uma arma, girá-lo, e apontar o cano da arma para esses encontros grupais ocorrem em casas noturnas e envolvem pessoas HIV positivos e pessoas saudáveis. (CLUBE..., 2015).

Existem nesses grupos, membros que possuem conhecimento da condição de outros participantes, conhecidos pelo termo "bug-chaser", que implica em "coleccionador" de doenças sexualmente transmissíveis, e há também pessoas que não sabem sobre a situação de outros envolvidos na relação (HOMENS..., 2015).

Tais práticas configuram crime, conforme seu conceito material, implicando em "desvalor da vida social" (FRAGOSO, 1995, p. 144), e fundamentam-se na "violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade" (MACHADO, 1987, p. 78).

3. Caracterização de Organização Criminosa

É cabível a caracterização do crime de organização criminosa disposta no artigo 2º da Lei 18.850/2013 aos participantes dos "Clubes do Carimbo". E conforme a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, é considerado criminosa a associação de 04

(quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Os membros que integram os “Clubes do Carimbo” são muitos e seguem instruções estabelecidas on-line acerca de como “carimbar” as vítimas. Há sites exclusivos aos participantes orientando sobre como persuadir jovens a não praticarem sexo seguro, não fazendo uso de preservativo, e nos casos que não conseguem, indicam como deixar sem uso o preservativo entre outros meios de transmissão.

O propósito é o motivo indigno de realizar a disseminação do vírus, com o intuito de popularizar a SIDA, tornando a doença como normal e inofensiva, sendo vista como uma vantagem para os infectados, culminando em uma maior aceitação dos HIV/positivos no meio social.

4. Saúde Pública

Antes de abordarmos a competência das atividades realizadas pelos “Clubes do Carimbo”, se faz necessário o conhecimento do conceito de saúde pública para compreender os motivos pelos quais o judiciário brasileiro deve assumir medidas penais como forma de punição para tais práticas.

Em seu artigo 6º A Constituição da República Federativa do Brasil, determina a saúde como um direito social, além de possuir uma seção que trata especificamente sobre saúde, em seus artigos 196 a 200. Estipulando, assim, no caput do artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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.

Interpretando este dispositivo, podemos analisar o explícito intuito do legislador em instituir o direito à saúde a todos e, além do mais, concerne ao Estado o dever de proteção e manutenção deste direito. Estando ainda em evidência, em norma constitucional originária, em seu artigo 24, inciso XII, a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal de legislar a respeito da proteção e defesa da saúde.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

É notória a preocupação estatal com a saúde pública, tal como o encargo da sua responsabilidade em preservá-la, motivo pelo qual são criadas ferramentas para a sua defesa, como as políticas públicas, o Sistema Único de Saúde – SUS e sanções penais para atos que atuem contra a constância de sua conservação.

Também sobre o tema em tela, é significativo destacar que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental previsto na Constituição da República Federativa de 1988 e a inviolabilidade do direito à vida é uma garantia constitucional:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Analisando o dispositivo acima, compreende – se que qualquer ato que atente a vida do cidadão brasileiro ou para garantir o direito à vida digna, o Estado também oferece a assistência a todos, sem distinções, por meio da assistência pelo SUS.

De acordo, com o Dr. Dráuzio Varella – Médico oncologista, cientista e escritor brasileiro, formado pela Universidade de São Paulo – o Brasil possui “um dos melhores programas de HIV/AIDS do mundo – um programa que revolucionou o tratamento e reduziu a velocidade de disseminação da epidemia mundial ao adotar, em 1996, uma política de distribuição gratuita de medicamentos”, tendo ainda destacado que “se não tivesse adotado essa política, hoje, ao invés de 860 mil, o Brasil teria 18 milhões de brasileiros com HIV – mais ou menos a mesma prevalência da África do Sul”.

5. Possibilidade de Aplicação das Circunstâncias Agravantes

Tendo conhecimento de que os “Clubes do Carimbo” proporcionam festas denominadas roleta-russa com intuito de propagar a SIDA para pessoas sadias tendo ou não seu consentimento, é fundamental a análise dos agravantes dispostos no art. 61 do Código Penal para especificar as probabilidades de aplicação na sanção penal do criminoso.

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II – ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

(...)

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido.

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum.

(...)

A fim de melhor compreensão do que é uma circunstância agravante genérica:

“As agravantes genéricas são assim chamadas por estarem previstas taxativamente na Parte Geral do Código Penal (arts. 61 e 62), e a exasperação da pena, que deve respeitar o limite máximo abstratamente cominado pelo legislador, é definida pelo juiz no caso concreto, uma vez que a lei não indica a quantidade de aumento. Incidem na segunda fase de aplicação da pena”. (MASSON, 2017, P.748)

Conforme Cleber Masson (2015), o motivo fútil, é o insignificante, de pouca importância, completamente desproporcional à natureza do crime praticado, ou seja, se trata daquele em que a prática do crime não possui justificativa de forma alguma, a apreciação do comportamento exercido, faz jus a um juízo de proporcionalidade entre o motivo da prática criminosa e o resultado lesivo causado à vítima. A insignificância do motivo é o que estabelece a aplicação deste agravante. “O motivo fútil só ocorre quando claramente desproporcional ou inadequado, traduzindo-se em egoísmo intolerante, prepotente e mesquinho” (TJDFT, RSE 19990310011039, 2ª T. Crim., Rel. Des. Aparecida Fernandes, j. 15-9-2005).

Para Rogério Grecco (2017), torpe é o motivo desprezível, vil, que nos causa repugnância, pois atenta contra os mais básicos princípios éticos e morais. É notado no meio social como imoral o que causa a reprovação da prática. Os “Clubes do Carimbo” operam a partir do pensamento de que “se todos forem soropositivos,

ninguém mais será”, ou seja, eles têm por finalidade a disseminação global da moléstia com o objetivo de não precisarem ser tratados com resguardas mediante aos indivíduos sadios, razão pela qual não é o bastante ou socialmente permitido para transmitir doença incurável onde seu portador ficará sujeito aos tratamentos pelo resto da vida.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2005), a dissimulação acontece quando o indivíduo camufla seu real propósito, com a intenção de pegar a vítima desprevenida. Caso que acontece nas atividades desenvolvidas nos “Clubes do Carimbo”, as festas onde são promovidas relações sexuais, são oferecidas com o intuito de para propagar a doença, já que grandes parcelas das pessoas não aceitariam se tivessem conhecimento que entre os membros existiam soropositivos.

Contudo, “a dissimulação só ocorre quando a vítima não tinha motivo para desconfiar da conduta do réu” (TJSC, RCrim 2002.008499-4, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Paladino, j. 31-1-2006), o que pode gerar incertezas acerca de um indivíduo que participa de relações sexuais com pessoas que não conhece deveria possuir dúvidas ou ao menos utilizar algum dos métodos preventivos. Entretanto, a agravante traição transcorre da quebra de confiança depositada em alguém (NUCCI, 2005), no caso em questão seria os membros das festas, sendo de senso comum que pessoas soropositivas devem advertir de sua condição antes de manter relações sexuais com pessoas saudáveis.

6. Consentimento do Ofendido

Como já mencionado no capítulo 2, entre os participantes das “roletas-russas”, existem pessoas soropositivas e pessoas saudáveis, sendo que entre estas algumas sabem da condição de seus companheiros e outras não.

Tal circunstância carrega a dúvida quanto à punibilidade do ofensor se a vítima concordou em ser ofendida. O consentimento da prática de relações sexuais com um soropositivo não elimina a ilicitude do crime, uma vez que a integridade corporal é um bem indisponível e ao adquirir a doença irá, casualmente, levar quem a possui ao óbito. Neste ângulo:

“Entre os bens particulares renunciáveis, que podem, portanto, sujeitar-se à sua atuação, há quase unanimidade em mencionar-se a honra, a liberdade pessoal, a integridade corporal, assim como todos os bens jurídicos patrimoniais. Quanto à vida, esta é evidentemente irrenunciável. O consentimento quanto ao homicídio poderá atenuar a

culpabilidade, mas jamais refletir-se na caracterização do injusto”. (TAVARES, 1969, p. 261)

Faz-se necessário destacar ainda que, conforme Arrubla, a criminalização da conduta mesmo com consentimento do ofendido também ocorre devido ao interesse público, sendo mais promissor à saúde pública que esta prática seja passível de pena.

É primordial também ressaltar que caso o ofendido perdoe o ofensor, isso não configura motivo para que o crime seja perdoado, já que a ação penal é promovida pelo Ministério Público, não tendo a vítima competência para tal feito.

7. SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida

Antes de adentrarmos ao âmbito jurídico, faz-se importante destacar, sob perspectiva médico-legal, o que é a Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida (SIDA), bem como aspectos únicos relacionados com sua patogenicidade, transmissibilidade, evolução e prevenção.

A AIDS trata - se do estágio mais avançado da infecção por HIV. É uma doença crônica, que causa danos ao sistema imunológico e prejudica a habilidade do organismo de lutar contra outras infecções. O HIV é uma infecção sexualmente transmissível, que pode ser também adquirida através do contato com o sangue de um indivíduo infectado e de forma vertical, ou seja, a mulher que é portadora do vírus HIV o transmite para o filho durante a gestação, parto ou amamentação.

O HIV é transmitido de maneira mais massiva por meio de relações sexuais (vaginais, anais ou orais) realizadas sem proteção, isto é, sem fazer o uso do preservativo; e através da partilha de seringas o que é comum entre usuários de drogas ilícitas. Outra via de transmissão é entre a transfusão sanguínea, sendo esta, entretanto, mais rara de acontecer.

Levando em consideração que a maior parcela dos casos de SIDA transcorre da transmissão sexual do vírus, a doença tem uma atuação epidemiológica que, em nas mais variados características, assim como efeito, os casos também sobrevivem massivamente em áreas metropolitanas, onde é mais comum que ocorra a diversificação de parceiros.

Segundo Schechter (2013), com base em evidências disponíveis, o vírus possui mais facilidade em penetrar através da mucosa retal do que pela mucosa genital, dado que a mucosa retal é mais frágil, que a vaginal, por isso, sendo mais suscetível a microlesões, o que facilita o contato do vírus com a corrente sanguínea.

Como consequência dessa característica, o risco de infecção da SIDA é mais alto para os homossexuais e bissexuais masculinos do que para homens e mulheres heterossexuais.

Conforme a Organização Panamericana de Saúde (2015), as seguintes circunstâncias são apontadas de risco para infectar-se pelo vírus HIV:

- – não fazer uso de preservativos em relações sexuais com penetração;
- – variação com frequência de parceiros sexuais;
- – ser parceiro de pessoa portadora de HIV ou que se apresente a situações de risco de contágio;
- – ser portador de outras doenças sexualmente transmissíveis ou ter história recente desse tipo de doença;
- – fazer uso de produtos hemoderivados (por exemplo, hemofílicos e portadores de outros distúrbios da coagulação);
- – fazer uso de drogas injetáveis;
- – criança nascida de mãe portadora de HIV e;
- – criança amamentada por mulher portadora de HIV.

8. Enquadramento Jurídico-Penal da SIDA

O Código Penal Brasileiro foi desenvolvido em 1940, período em que a sociedade enfrentava uma realidade bem diferente da qual vivemos atualmente. Desta forma, o vírus da Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida não era, ainda, uma possível situação a ser considerada pelo legislador. Contudo, com o passar dos anos, a SIDA tornou-se uma real preocupação devido ao fato de ser uma doença que não possui cura podendo resultar em eventual morte.

Felizmente, com a evolução da medicina foram desenvolvidos medicamentos que proporcionam ao soropositivo a possibilidade de viver normalmente, entretanto, este sempre será dependente desses remédios, caso contrário, certamente, irá a óbito.

A transmissão dolosa de doença de tamanha força e consequência não poderia passar impune, por conseguinte, utilizando-se dos costumes, analogia e princípios gerais do direito, manifestaram-se entendimentos jurisprudenciais e doutrinários a respeito da punição adequada para esse caso. Não obstante, o entendimento não é pacífico, havendo divergências entre perigo de contágio venéreo (art. 130 do CP), perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do CP), lesão corporal de natureza grave (art. 129, §2º, inciso II do CP) e tentativa de homicídio (art. 121 c/c art. 14, II do CP).

9. Perigo de Contágio Venéreo

Conforme o artigo 130 do Código Penal, o crime de Perigo de Contágio Venéreo:

Art. 130. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º. Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º. Somente se procede mediante representação.

A SIDA pode ser transmitida por meio de relações sexuais, contudo esta não é a única forma de transmissão, sendo possível a disseminação através de variadas maneiras, como visto no capítulo 2 do presente artigo. Em relação ao artigo em destaque é “por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso” e “contágio de moléstia venérea”. Nessa perspectiva, o ilustre doutrinador Fernando Capez anuncia que “busca-se mediante este dispositivo legal evitar e sancionar o contágio e a consequente propagação de doenças sexualmente transmissíveis” (CAPEZ, 2014, p.281).

Além disto, para Fernando Capez (2014), o parágrafo primeiro deste mesmo artigo demonstra a forma qualificada do crime, assegurando uma pena mais gravosa para aqueles indivíduos que possuem o animus dolandi, ou seja, o intuito de transmitir a moléstia, sendo o contágio a materialização do crime tornando-se necessário o resultado eficaz da transmissão da doença.

Em conformidade ao ponto de vista médico, a SIDA é classificada, também, uma moléstia venérea. No entanto, sob o ponto de vista jurídico, pôr a SIDA poder ser disseminada de formas diversas ao ato sexual, não é considerada moléstia venérea. De acordo com este ângulo, o doutrinador Luiz Regis Prado (2000, p. 141), dispõe:

“A AIDS não é moléstia venérea, ainda que passível de contágio através de relações sexuais ou de outros atos libidinosos. A prática de ato capaz de transmiti-la poderá configurar, segundo o propósito do agente, o delito inculcado no art. 131 (perigo de contágio de moléstia grave), lesão

corporal grave ou homicídio, se caracterizando o contágio". (PRADO, 2000, p. 141)

Em resumo, a SIDA, para o direito, não é apontada como moléstia venérea pelo fato de não ser transmitida exclusivamente através do ato sexual ou libidinoso, não podendo ser aplicado o crime de perigo de contágio venéreo para quem, de maneira dolosa, transmite o vírus HIV.

10. Perigo de Contágio de Moléstia Grave

Havendo as moléstias que não são somente transmitidas através de maneira direta, entendendo por isto como contato físico por meio do agente e a vítima, o Código Penal tratou de tutelar também aquelas que podem ser difundidas através da forma indireta, ou seja, por consequência de utilização de objetos (seringas de injeção, talheres, etc.). Havendo o legislador criado, desta forma, o crime de perigo de contágio de moléstia grave: "Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir contágio: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

A conduta típica deste crime é nitidamente praticar conduta capaz de causar contágio de moléstia grave (CAPEZ, 2014). Um exemplo adequado para o enquadramento do caso nesse tipo penal seria do viciado em tóxico, portador do vírus HIV, que compartilha sua seringa com outros viciados, desta forma disseminando a SIDA; ou até mesmo uma mãe que sendo soropositiva, no momento do parto, não informa sua condição aos médicos, podendo transmitir a doença tanto para o bebê quanto aos envolvidos no parto se não forem tomadas as devidas precauções.

Este tipo penal é bastante extensivo devido ao fato de não haver limites pré estabelecidos de sua aplicação, apenas o fato de praticar ato capaz de produzir contágio é punível, podendo servir como exemplos de moléstias graves a tuberculose, cólera, lepra, etc. Sendo necessário frisar que para ser considerada moléstia grave independe de constar ou não no Regulamento do Ministério da Saúde.

11. Lesão Corporal de Natureza Grave

Segundo o douto Ministro Ricardo Lewandowski (HC 98.712/RJ) o enquadramento adequado para a transmissão dolosa da SIDA não seria como crime de perigo de contágio de moléstia grave, tendo em vista que "no atual estágio da ciência, a enfermidade é incurável, quer dizer, ela não é apenas grave, nos termos

do art. 131". Por ser uma enfermidade incurável, é necessário a observação do crime de lesões corporais de natureza grave:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
(...)

§ 2º. Se resulta:

II – enfermidade incurável;

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

§ 3º. Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Desta forma, a qualificadora é aplicável àquele que acarretar qualquer tipo de doença que a ciência médica ainda não encontrou a cura.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt (2001, p.174):

"Lesão corporal consiste em todo e qualquer dano produzido por alguém, sem animus necandi, à integridade física ou à saúde de outrem. Ela abrange qualquer ofensa à normalidade funcional do organismo humano, tanto do ponto de vista anatômico quanto do fisiológico ou psíquico. Na verdade, é impossível uma perturbação mental sem danos à saúde, ou um dano à saúde sem uma ofensa corpórea. O objeto da proteção legal é a integridade física e a saúde do ser humano". (BITENCOURT, 2001, p.174)

É nítido ainda que a pena para transmissão de enfermidade incurável é maior do que a de contágio de moléstia grave, já que a vítima terá que se contentar com a sua nova condição devido ao fato de não haver cura. No entanto, é importante destacar que "a vítima não está obrigada a submeter-se a tratamentos incertos ou operações cirúrgicas avançadas". (CAPEZ, 2014, p.275).

No presente, o entendimento da 5ª Turma do STJ é de que a transmissão dolosa da SIDA enquadra – se no art. 129, §2º, II do Código Penal.

"É de notória sabença que o contaminado pelo vírus do HIV necessita de constante acompanhamento médico e de administração de remédios específicos, o que aumenta as

probabilidades de que a enfermidade permaneça assintomática. Porém, o tratamento não enseja a cura da moléstia". (STJ, 5ª Turma, HC 160.982 – DF)

Dessarte, tal entendimento encontra-se contexto de que o bem indisponível tutelado, ou seja, a vida está em perigo, vez que a enfermidade ora em questão não há cura. Tendo, assim, a 5ª Turma do STJ no julgado do Habeas Corpus supracitado adotado o firmamento de que a transmissão dolosa da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida é considerada como lesão corporal de natureza grave devido se tratar de enfermidade incurável.

12. Tentativa de Homicídio

Levando em conta que não há cura e que, eventualmente, o seu portador virá a óbito, há a corrente que defende que o melhor enquadramento para a conduta de transmitir dolosamente a SIDA é a de tentativa de homicídio (artigo 121, §2º, II e IV, C/C art. 14, do Código Penal). "Se alguém pratica ato capaz de transmitir não apenas moléstia grave, mas moléstia eminentemente mortal e o faz dolosamente, incide em tentativa de homicídio". (TJSP, RT 784/587). Sendo esta corrente defendida, também, pelo douto Procurador-Geral de Justiça do Estado do Amazonas, Carlos Fábio Braga Monteiro.

Ainda nesse sentido, os "Clubes do Carimbo" atuam sem a consciência da vítima que, indefesa, torna a conduta insidiosa. Desta forma, defende o notório doutrinador

Antônio Sérgio Caldas de Camargo Aranha (1994, p. 13):

"Ora, sabendo o contaminado que praticar atos idôneos pode transmitir a moléstia a outrem, que de eventual contágio e transmissão decorrerá a morte da vítima, é de questionar-se se o delito não passa a ser o de tentativa de homicídio qualificado (meio insidioso de conduta), que poderá consumir-se se o ofendido vem a falecer em período curto de tempo e antes do próprio agente, transmissor da doença". (ARANHA, 1994, p.13).

O enquadramento como tentativa de homicídio enfrenta a problemática de que o vírus do HIV por si só, como visto previamente em outro tópico, não causa diretamente a morte de seu portador, sendo entendida para Capez como "cessação do funcionamento cerebral, circulatório e respiratório", tornando somente vulnerável para que outras doenças transpassem o sistema imunológico e estas sim ocasionem a morte da vítima.

Tal problemática, de a morte do portador ser causada por motivo diverso da conduta do agente, mesmo sendo causada efetivamente por esta conduta que ocasionou o resultado, gera conflito com a Teoria da Atividade, a qual, conforme Fernando Capez, “tem como consequência primordial a imputabilidade do agente que deve ser aferida no exato momento da prática do delito, pouco importando a data em que o resultado venha se efetivar”. Desarmonizando, assim, com a interpretação de que a prática em si não gera a morte, sendo que há formas de coibir a doença, com o efetivo óbito devido à doença diversa causada pela ação do agente.

A jurisprudência ainda não chegou a um consenso quanto a tipificação correta para a transmissão dolosa da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (REZENDE, 2014), ainda seria possível enquadrar a conduta em Infração de Medida Sanitária Preventiva (art. 268, CP) e epidemia (art. 267, CP), entretanto as correntes majoritárias dividem-se entre tentativa de homicídio e lesão corporal de natureza grave.

13. Considerações Finais

Os “Clubes do Carimbo” são organizações criminosas que têm por objetivo disseminar da Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida (SIDA) com o motivo torpe de popularizar a moléstia com o intuito de diminuir a discriminação que indivíduos sadios fazem de pessoas soropositivas, usando como fundamento a busca da “igualdade” entre as pessoas para que não haja necessidade de preocupação de adoção de políticas sociais a fim de reduzir a transmissão da doença.

A perpetuação dolosa da SIDA implica em riscos tanto para a saúde individual quanto à saúde pública, pois quanto mais infectados, maiores serão as chances de disseminação da doença, aumentando, assim, a taxa de mortalidade e afetando diretamente a qualidade de vida do cidadão brasileiro. Desta forma, faz-se necessária a intervenção do Estado para manter a sua responsabilidade de competência constitucional de proteger e defender a saúde, impedindo as práticas atentatórias à sua manutenção ao enquadrar a transmissão dolosa da doença em questão no Código Penal.

A maior parte das correntes tende ao enquadramento da transmissão dolosa da SIDA como lesão corporal de natureza grave (art. 129, §2º do Código Penal) e, para os mais severos, tentativa de homicídio (artigo 121, §2º, II e IV, C/C art. 14, CP); enquanto a minoria acredita se enquadrar no perigo de contágio venéreo (art. 130, CP) e perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP).

O consentimento do ofendido não elimina a punibilidade do ofensor visto que a vida é um bem indisponível e, tratando-se da SIDA, uma doença incurável, seu

portador poderá eventualmente vir a falecer se não seguir corretamente o tratamento, bem como poderá vir a infectar outras pessoas, colocando, assim, em perigo a saúde pública, a qual a garantia é dever do Estado conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

14. REFERÊNCIAS

ABADIA-BARRERO, C. E. (2003). "The Cultural Politics of the Brazilian AIDS Social Movement: A Local and Global Revolution." Latin American Studies Association.

ARANHA, A. Enquadramento jurídico-penal da AIDS. **Seção Criminal**, São Paulo, n. 56, p. 13, 1994. Disponível em <<http://www.revistajustitia.com.br>>. Acesso em: 13 set 2020.

AIDS. **Boletim Epidemiológico HIV/AIDS – 2012**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/node/75/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988, 35.ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BRASIL. Lei 12.850. **Lei da Organização Criminosa e Investigação Criminal**. De 2 de agosto de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 160.982/DF, 5ª Turma, Relator Min. Lauria Vaz. Julgado em 17 de maio de 2012. Publicado no DJe em 28 de maio de 2012. Disponível em: <<http://stj.jus.br/>>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.712/DF, 1ª Turma, Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 05 de outubro de 2010. Publicado no DJe nº 248 em 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>. Acesso em: 13 set. 2020.

CAPEZ, F. **Código Penal Comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal** – parte geral. Volume 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.67.

OGLOBO. **Clubes do Carimbo: Soropositivos pregam técnicas de transmissão do HIV de propósito**. Disponível em: <<http://www.oglobo.globo.com/sociedade/saude/clube-do-carimbo-soropositivos-pregam-tecnicas-de-transmissao-do-hiv-de-propósito-15406286/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

GRECO, R. **Código Penal Comentado**. 11 ed. Niterói,RJ: impetus, 2017

HAGA, S. **Da transmissão da AIDS e sua tipicidade no Código Penal Brasileiro.** Presidente Prudente, 2002, p. 11-62.

PRAGMATISMO POLÍTICO. **Homens ensinam 'passo a passo' para transmitir HIV de propósito.** Disponível em: <www.pragmatismopolitico.com.br/2015/02/homens-ensinam-passo-a-passo-para-transmitir-hiv-de-proposito/>. Acesso em: 10 set. 2020.

MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. Vol. 1** - 9.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

NUCCI, G. S. **Individualização da Pena.** 1 ed. São Paulo: RT, 2005. p.251.

MACHADO, L. A. **Direito Criminal: Parte Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 78.

MOLINA ARRUBLA, C. M. **El Consentimiento del Sujeto Pasivo de la Infracción a la Ley Penal.** Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas da Universidad Pontificia Bolivariana, Medellin, n. 75. 1986, p. 11-38.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. **Programa Regional de SIDA y ETS, División de Prevención y Control de Enfermedades Transmisibles.** Washington DC: OPS, 2015.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Revista dos Tribunais, v. 2, parte especial, São Paulo, 2000, p. 141

REZENDE, L. T. **Transmissão Dolosa do HIV é Crime de Lesão Gravíssima.** Boletim de Notícias Conjur, 2014.

SCHECHTER M. **Portadores Assintomáticos e Complexo Relacionado à AIDS.** In: SCHECHTER M, Marangono DV, eds. Doenças Infecciosas: Conduta, Diagnóstico e Terapêutica. Rio de Janeiro. Ed. Guanabara Koogan. 2013.

TAVARES, J. **O Consentimento do Ofendido no Direito Penal,** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 12, p. 261, 1969.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Update: AIDS Case Reported to Global Program on AIDS,** Geneve, WHO, 2012.

HONORÁRIOS PERICIAIS - LIMITES E VALORES

DIEGO PONTES NASCIMENTO:
Bacharelado em Direito. Fisioterapeuta consultor em Ergonomia. Perito e Assistente técnico pericial - TRT 11. Técnico em Segurança do Trabalho.

JOSE LUIZ LEITE[1]

(orientador)

RESUMO: Não é tarefa fácil para os profissionais que trabalham com perícias trabalhistas e cíveis no Brasil compreender o arbitramento dos valores dos honorários a serem pagos aos peritos, tampouco, compreender quem seria o responsável pelo pagamento desses honorários, especialmente em função da CLT não ser clara em relação e esse aspecto, tanto é verdade, que é necessária a utilização de forma subsidiária dos procedimentos do CPC. Neste contexto, propõe-se no presente apresentar um breve estudo dos procedimentos e base jurídica acerca dos valores e limites dos honorários periciais. O resultado é que embora exista previsões orientativas por resoluções administrativas, tais conteúdos revelam insuficientes e obscuros, inclusive com disposições contraditórias. A metodologia utilizada na elaboração deste trabalho constituiu no estudo descritivo-analítico por meio de pesquisa bibliográfica. As modificações ocorridas no processo civil e trabalhista, apesar de trazer novidades aos procedimentos periciais prescinde de uma reflexão mais atenciosa notadamente na harmonização dos valores a serem fixados pelos juízes e tribunais pelo Brasil.

Palavras-Chave: Honorários Periciais. Limite de honorários periciais. Perícia judicial

ABSTRACT: It is not an easy task for professionals working with labor and civil expertise in Brazil to understand the arbitration of the amounts of fees to be paid to experts, nor to understand who would be responsible for the payment of these fees, especially as the CLT is unclear in terms of relationship and this aspect is so true that it is necessary to use the CPC procedures in a subsidiary way. In this context, it is proposed at present to present a brief study of the procedures and legal basis about the values and limits of expert fees. The result is that although there are guidance forecasts by administrative resolutions, such contents reveal insufficient and obscure, even with contradictory provisions. The methodology used in the elaboration of this work constituted the descriptive-analytical study through bibliographic research. The changes that took place in the civil and labor proceedings, despite bringing news to

the expert procedures, require a more careful reflection, notably in the harmonization of the values to be fixed by the judges and courts in Brazil.

Keywords: Expert Fees. Limit of expert fees. Judicial expertise

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de Prova Pericial. 3. Procedimento e custeio da perícia. 4. Valores e limites. 5. Conclusão. Referências.

1.Introdução

Propõe-se no presente trabalho discorrer acerca dos procedimentos periciais previstos no Código de Processo Civil e Celetista. Em que pese já vigente por razoável tempo, o novo código de processo civil e a reforma ocorrida na legislação trabalhista, incerteza jurídicas se desvela por vezes tormentosa em especial na harmonização dos valores dos honorários periciais a serem praticados pelos juízes e tribunais. Posto isso, uma reflexão mais sofisticada acerca da lei, sobretudo, na definição dos valores a serem fixados para os trabalhos periciais como fator balizador prévio do custo da demanda para tomada de decisões processuais na jurimetria. Logo, o presente tem como ponto de partida a seguinte pergunta: Qual a base legal e os parâmetros para a fixação dos valores periciais no processo judicial?

Destarte, para o desenvolvimento do trabalho, a primeira parte abordou uma breve exposição do conceito da prova pericial sob a ótica processualista civil e trabalhista. Em seguida, discorreu o trabalho em um plano comparativo procedimental previsto no código de processo civil e trabalhista, sobretudo, na aplicação subsidiária no processo do trabalho e as diferentes formas de custeio do ônus sucumbencial das partes na produção probatória pericial. Por fim, na última parte apresentou as previsões das Instituições Públicas de Controle e Políticas Judiciárias de Unidade do Poder Judiciário, especificamente, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho Nacional de Justiça em virtude da ausência legislação objetiva sobre os valores ou parâmetros a serem adotados pelos juízes e Tribunais pelo Brasil.

Por derradeiro, o presente trabalho permitirá concluir que as reiteradas modificações legislativas no processo do trabalho e cível, apesar de ter contribuído para normatização com a unificação procedimental da atividade laboral do perito, revela insuficiente e tormentosa tanto as partes quanto aos peritos acerca dos critérios objetivos para mensuração do custeio do trabalho pericial de forma racional, proporcional e razoável. Portanto, apesar o presente trabalho não ter o condão de esgotar a discussão, mas sim, promover no meio jurídico e na classe profissional dos peritos, a necessidade de reflexão mais sofisticada quanto a harmonização dos critérios e parâmetros dos valores dos honorários periciais.

2. Conceito de Prova Pericial

Francisco Ferreira (2019, p. 816) descreve que a prova pericial, realizada através de uma perícia, é meio de prova onde técnicos, após determinação judicial, manifestam o seu parecer sobre determinado ponto controverso, apresentando suas conclusões ao juízo responsável pela dissolução da lide.

Segundo o artigo 464 do CPC, a prova pericial consiste em exames, vistorias ou avaliações.

Vicente Greco filho esclarece:

“exame é o tipo de perícia que consiste na verificação de fatos dos quais o perito extrai uma conclusão também no plano fático, ainda que no campo das probabilidades; vistoria é a simples constatação não conclusiva, restrita, portanto; avaliação é atribuição de valor mensurável por comparação objetiva com outros bens, direitos ou obrigações constatados concretamente; arbitramento é a atribuição de valor quando a coisa ou direito tem elementos imponderáveis que necessitam da integração da experiência pessoa do árbitro”.

Para Bezerra Leite (2019, p. 759) se a prova depender de conhecimentos técnicos ou científicos o juiz será assistido por um auxiliar da justiça que será o perito, entendimento que se coaduna ao disposto no CPC, art. 156.

A prova pericial pode consistir em exame, vistoria ou avaliação, cabendo ao expert auxiliar da justiça, elaborar o laudo pericial, que através de dados técnicos auxiliará o juiz na formação de seu convencimento. Importante salientar que por mais detalhado que seja o trabalho do perito, o juiz não fica adstrito ao laudo pericial, podendo inclusive deixar de considerar o laudo do perito, indicando os motivos que o levaram a isso, levando em conta o método utilizado pelo perito. (CPC art. 479).

Para Francisco Ferreira (2019, p. 816) o objeto da prova pericial são os fatos descritos pelo autor e pelo réu na inicial e na contestação respectivamente, que necessitem de uma opinião técnica para a sua confirmação, onde neste pedido, feito pelas partes, devem estar presentes pressupostos específicos para a realização da perícia: (a) imprescindibilidade de conhecimentos técnicos ou científicos; (b) necessidade de que os fatos a serem provados por seu intermédio necessitem de tais esclarecimentos e interpretação, o que em outras palavras, significa dizer que a perícia será indeferida quando: (a) a prova do fato não depender de conhecimento

técnico específico; (b) for desnecessária em vista de outras provas constantes dos autos; (c) a sua realização for impraticável (art. 464, § 1º, I a III, CPC).

Os peritos, que serão escolhidos dentre profissionais de nível universitário, deverão estar devidamente inscritos no seu respectivo órgão de classe, este que por sua vez tem a competência de expedir certidão comprobatória da especialidade na matéria que o perito deverá opinar.

Bezerra Leite (2019, p.760) destaca ainda que apenas o perito nomeado pelo juiz é quem está obrigado a prestar compromisso para desempenhar a função de auxiliar do juízo, por este motivo está sujeito aos mesmos impedimentos e suspeições dos magistrados (CPC, art. 148 II), enquanto que os assistentes técnicos, atuam como “ajudantes técnicos” das partes, não cabendo a estes por óbvio, exceção de suspeição.

A produção da prova pericial é dispensável em alguns casos, entretanto, Francisco Ferreira (2019, p. 817) destaca que nos processos trabalhistas a prova pericial é obrigatória nas demandas judiciais onde se discute o adicional de insalubridade ou periculosidade (art. 195, § 2º, CLT), destaca ainda que o art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o engenheiro ou o médico para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, devendo apenas o profissional ser devidamente qualificado para a elaboração do laudo (OJ 165, SDI-I).

Além da insalubridade e da periculosidade, a perícia é indispensável nas ações em que se discute:

a) a reintegração, por cláusula normativa (convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa), decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional; a constatação da responsabilidade civil por acidente de trabalho ou doença profissional. Nessas duas hipóteses, a necessidade repousa na avaliação médica das lesões causadas no trabalhador e o respectivonexo causal, além da aferição da negligência do empregador quanto ao cumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho. Recomenda-se que a perícia seja efetuada por dois peritos: o médico, para avaliar a lesão, o tipo de incapacidade etc. o engenheiro, para análise donexo causal e a inobservância das normas de medicina e segurança do trabalho. A dupla nomeação deriva da aplicação subsidiária do processo civil (art. 475, CPC), precipuamente, por ser uma perícia complexa e que exige conhecimento especializado de

mais de uma área do conhecimento humano; b) nas lides em que se discutem valores pecuniários controvertidos (horas extras, apuração de controles de frequência; diferenças de comissões; reclassificação salarial por quadro de carreira etc.), onde se tem a necessidade da designação de um perito contábil; c) nas liquidações trabalhistas, quando a sentença trabalhista é ilíquida (no todo ou em parte), diante da controvérsia dos cálculos apresentados pelas partes ou por outros motivos; d) grafotécnica – quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento (art. 478, caput, CPC). Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e da firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas; na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa, a quem se atribuir à autoria do documento, lance em folha de papel, por cópia, ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação (art. 478, § 3º, CPC). De acordo com o NCPC, nas situações de gratuidade de justiça, os órgãos e as repartições oficiais deverão cumprir a determinação judicial com preferência, no prazo estabelecido, cuja prorrogação poderá ocorrer de forma motivada (art. 478, §§ 1º e 2º).

Percebe-se que a produção de prova através de perícia é indispensável nas mais diversas situações, sendo este um meio de produção de prova de grande valor para a justiça, pois não sendo o juiz especialista na matéria discutida, o perito é quem tem condições de produzir a prova necessária para que o juiz possa decidir o mérito, sendo dessa forma a perícia um instrumento de prova fundamental nos casos acima descritos.

3. Procedimento e custeio da perícia

Daniel Amorim (2018, p. 800) esclarece que a perícia é o meio de prova mais complexo, demorado e caro de todo o sistema probatório, sendo que seu deferimento pelo juiz deve ser, segundo ele, reservado somente para os casos em que se faça indispensável o suporte de um expert.

O art. 472 do Novo CPC dispensa a prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem pareceres técnicos ou documentos que o juiz

considere suficientes para elucidar as questões de fato, entretanto, por mais que o direito moderno tenda a deixar o processo mais célere e menos caro, o direito à prova, garantido constitucionalmente, torna o dispositivo legal de pouca aplicação prática.

O encargo de perito, para Daniel Amorim (2018, p. 804) representa a prestação de um serviço público eventual, e ressalta que segundo o art. 378 do CPC, ninguém está eximido de auxiliar o juízo na busca da verdade, o que significa dizer que o perito tem um dever de prestar o serviço técnico, sendo naturalmente remunerado por isso.

A complexidade crescente das relações humanas é inegável, transportando ao processo matérias novas e cada vez mais complexas, que para Daniel Amorim (2018, p. 805) torna o trabalho de um só perito uma missão impossível de ser cumprida.

Com essas situações em mente, o art. 475 do Novo CPC permite ao juiz a nomeação de mais de um perito para a produção do trabalho pericial, para situações complexas, sendo aquelas que requeiram mais de uma área de conhecimento especializado. Situação que deve ser reservada a casos excepcionais em razão de seu custo.

Daniel Amorim (2018, p. 805) ressalta que, apesar da qualidade indiscutível do art. 475 do Novo CPC e da utilidade do que prevê, a multiplicidade de peritos deve ser excepcional, cabendo ao juiz reservá-la somente a situações em que realmente seja impossível concentrar em um só perito todo o trabalho pericial, atendo assim aos princípios da celeridade e da economia processual, sendo manifestamente mais simples, rápida e barata a perícia concentrada em apenas um perito”.

Ricardo Didier (2016, p. 541) Elucida que o Código Civil estabelece um procedimento para a fixação dos honorários do perito, procedimento este que determina que o perito apresentará sua proposta em cinco dias, o juiz, ouvirá as partes em cinco dias e arbitrará um valor, que será adiantado pela parte que houver requerido a perícia ou rateado entre as partes, quando a perícia for requerida pelo autor e pelo réu ou for determinada de ofício. O juiz pode ainda autorizar o pagamento de até 50% dos honorários no início dos trabalhos, deixando o restante para ser pago ao final.

Segundo o § 2º do artigo 465 do CPC, logo após a ciência da nomeação, o perito terá um prazo de cinco dias para apresentar sua proposta de honorários,

indicar seu currículo, a fim de comprovar sua especialização, e indicar seus contatos profissionais, em especial o endereço eletrônico que servirá para as intimações.

Tratando como tormentosa a questão dos honorários periciais Daniel Amorim (2018, p. 808) faz referência aos §§ 3.º a 5.º do art. 465. O qual, no § 3.º demonstra que as partes serão intimadas a respeito da proposta de honorários do perito e terão cinco dias para se manifestar, decidindo o juiz logo após, seguindo o adiantamento a regra do art. 95 do Novo CPC.

Segundo o § 4.º do mesmo dispositivo, o juiz poderá autorizar o pagamento de até cinquenta por cento dos honorários arbitrados pelo juiz, sendo o restante pago somente quando o laudo for entregue e todos os esclarecimentos prestados. E o § 5.º prevê que, quando a perícia for inconclusiva ou deficiente, o juiz poderá reduzir a remuneração inicialmente arbitrada para o trabalho.

Para Daniel Amorim (2018, p. 300) O custeio da perícia no processo civil será preferencialmente custeado com recursos alocados ao orçamento do ente público, realizada por servidor do poder judiciário ou por órgão público conveniado.

Tratando especificamente dos casos em que haja a gratuidade da justiça, Daniel Amorim (2018, p. 300) esclarece que não é do poder judiciário o dever de prestação de assistência judiciária aos beneficiários da justiça gratuita, mas sim do estado, sendo o ideal, segundo ele, que a perícia seja feita pelo próprio estado, sempre que existir órgão público que atue no ramo de especialidade que a prova técnica exigir.

Inclusive, o Poder Judiciário poderia realizar as perícias através de convênios com as faculdades públicas para a prestação desse "serviço social", sendo as perícias elaboradas pelos próprios alunos dos últimos períodos, através de trabalhos de conclusão e curso, sem custo adicional.

Apesar de o ideal ser produzir a prova pericial por órgão público, não se descarta sua realização por particular, sendo que neste caso, o trabalho deva ser remunerado.

Para a CLT, na redação original do art. 790B do dispositivo legal, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão do objeto da perícia, salvo se beneficiário da justiça gratuita, ou seja, se o laudo pericial for desfavorável ao autor (reclamante), mas o juiz, que não está adstrito à prova pericial, julga procedente o pedido de adicional de insalubridade por exemplo, o sucumbente na pretensão objeto da perícia será o réu (reclamada), esclarece Bezerra Leite (2019, p. 763).

Alterado pela lei n. 13.467/2017, o art. 790-B da CLT dispõe que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão da perícia, ainda que beneficiário da justiça gratuita, esclarece assim Bezerra leite (2019, p. 764):

Neste caso, “vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário” (CLT, art. 791-A, § 4º). Além disso, somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar as despesas relativas ao pagamento de honorários periciais, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo” (CLT, art. 790, § 4º).

Logo, observa-se que a CLT proibiu o adiantamento dos honorários periciais segundo dispõe o art. 790-B, § 3º, da CLT, anteriormente colacionado, entretanto o parágrafo em questão não trouxe uma expressiva mudança de entendimento, pelo contrário, ele seguiu o posicionamento já adotado pelo TST que já entendia ser ilegal exigir o depósito prévio para custeio desses honorários (OJ SDI 98 TST).

4. Valores e limites

O §1º do art. 790-B da CLT, incluído com a reforma trabalhista (BRASIL, 1943) estabeleceu que após a fixação dos valores dos honorários periciais pelo juízo, este deverá observar o limite máximo determinado pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT).

Antes da reforma trabalhista quando a parte sucumbente fosse beneficiário da justiça gratuita a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais seria da União, o que ainda se está previsto na Resolução nº 66/2010 do CSJT.

Segundo o art. 5º da Resolução 66/2010, os valores nela fixados são reajustados anualmente no mês de janeiro, com base na variação do IPCA-E do ano anterior ou outro índice que o substitua, por ato normativo do Presidente do

Tribunal. Atualmente, este valor está cerca de R\$ 1.220,00 (um mil e duzentos e vinte reais).

Para a Resolução Nº 232 de 13/07/2016 do CNJ, órgão hierarquicamente superior, que fixa os valores dos honorários a serem pagos aos peritos, no âmbito da Justiça de primeiro e segundo graus, nos termos do disposto no art. 95, § 3º, II, do Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 os valores a serem pagos pelos serviços de perícia de responsabilidade de beneficiário da gratuidade da justiça são os fixados na Tabela 1, na hipótese do art. 95, § 3º, II, do Código de Processo Civil, onde o magistrado, em decisão fundamentada, arbitrará os honorários do profissional ou do órgão nomeado para prestar os serviços nos termos desta Resolução, observando-se, em cada caso a complexidade da matéria, o grau de zelo e de especialização do profissional ou do órgão, o lugar e o tempo exigidos para a prestação do serviço e as peculiaridades regionais, podendo o juiz ao fixar os honorários, ultrapassar o limite fixado na tabela em até 5 (cinco) vezes, desde que de forma fundamentada.

Quando o valor dos honorários for fixado em montante superior aos definidos em tabela oficial, seu pagamento, a ser realizado pelos cofres públicos, estará limitado àqueles valores estabelecidos pelo Tribunal ou, na sua falta, pelo CNJ, conforme tabela abaixo.

Vale ressaltar que o pagamento desses valores é referente à perícia de responsabilidade de beneficiário da gratuidade da justiça que será efetuado com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal.

ESPECIALIDADES	NATUREZA DA AÇÃO E/OU ESPÉCIE DE PERÍCIA A SER REALIZADA	VALOR MÁXIMO
1. CIÊNCIAS ECONÔMICAS/ CONTÁBEIS	1.1 – Laudo produzido em demanda proposta por servidor(es) contra União/Estado/Município	R\$ 300,00
	1.2 – Laudo em ação revisional envolvendo negócios jurídicos bancários até 4 (quatro) contratos	R\$ 370,00
	1.3 – Laudo em ação revisional envolvendo negócios jurídicos bancários acima de 4 (quatro) contratos	R\$ 630,00
	1.4 – Laudo em ação de dissolução e liquidação de sociedades civis e mercantis	R\$ 830,00
	1.5 – Outras	R\$ 370,00
2. ENGENHARIA/ ARQUITETURA	2.1 – Laudo de avaliação de imóvel urbano, conforme normas ABNT respectivas	R\$ 430,00

	2.2 – Laudo de avaliação de imóvel rural, conforme normas ABNT respectivas	R\$ 530,00
	2.3 – Laudo pericial das condições estruturais de segurança e solidez de imóvel, conforme normas ABNT respectivas	R\$ 370,00
	2.4 – Laudo de avaliação de bens fungíveis/imóvel rural/urbano, conforme normas ABNT respectivas	R\$ 700,00
	2.5 – Laudo pericial em Ação Demarcatória	R\$ 870,00
	2.6 – Laudo de insalubridade e/ou periculosidade, conforme normas técnicas respectivas	R\$ 370,00
	2.7 – Outras	R\$ 370,00
3. MEDICINA/ ODONTOLOGIA	3.1 – Laudo em interdição/DNA	R\$ 370,00
	3.2 – Laudo sobre danos físicos e estéticos	R\$ 370,00
	3.3 – Outras	R\$ 370,00
4. PSICOLOGIA		R\$ 300,00
5. SERVIÇO SOCIAL	5.1 – Estudo social	R\$ 300,00
6. OUTRAS	6.1 – Laudo de avaliação comercial de bens imóveis	R\$ 170,00
	6.2 – Laudo de avaliação comercial de bens imóveis por corretor	R\$ 330,00
	6.3 – Outras	R\$ 300,00

Tabela 1 - Resolução N° 232 de 13/07/2016 do CNJ

Apesar de haver hierarquia clara entre os órgãos que tratam sobre o tema honorários periciais no Brasil, há pouca clareza em se tratando dos limites a serem praticados, uma vez que a lei prevê a possibilidade de aumento dos honorários previstos nas tabelas específicas desses órgãos, mas que não define com clareza os critérios de complexidade que devem ser levados em consideração, o que é totalmente compreensível, uma vez que cada situação, sob a ótica jurisdicional tem uma complexidade única.

5. Conclusão

Parece ser consenso entre os autores do que se trata a prova pericial, ou a perícia propriamente dita, assim como, quem é o perito, seja para o processo civil ou para o processo do trabalho, sendo a perícia, o meio pelo qual o especialista se valerá para colher as informações de que necessitar para formar o seu convencimento acerca das informações da inicial e contestação, somado às informações colhidas no

decorrer da perícia, onde um técnico, fazendo uma análise minuciosa e científica dos dados técnicos do processo no que diz respeito à solicitação da justiça, emitira um laudo onde apresentará sua conclusão a cerca do que observou no decorrer do procedimento pericial, sendo esse parecer mais uma prova a ser usada na tomada de decisão do juiz, que mesmo estando livre para fundamentar sua decisão em outras provas, vê no laudo pericial uma prova de grande valor.

O procedimento pericial sob a ótica da justiça é um dos procedimentos mais complexos de produção de prova, tanto é que apesar de não ser consenso, alguns autores entendem que a perícia deveria ser de responsabilidade do próprio estado e não do poder judiciário, uma vez que o estado poderia usar sua estrutura já existente, como exemplo as faculdades públicas, para realizar essas perícias.

De nenhuma forma essa sugestão pode ser compreendida como uma redução da importância da perícia para a justiça, pois mesmo com o entendimento de que a perícia é complexa e cara, sua relevância é valorizada e reconhecida, mesmo em casos em que haja a necessidade da nomeação de mais de um perito, com a ressalva de que essa possibilidade seja utilizada somente em casos de extrema complexidade, o que como contrassenso, alguns autores entendem ser a maioria dos casos.

Apesar de existirem tabelas e resoluções que delimitam os valores a serem pagos aos peritos considerando o tipo de perícia realizada e de haver uma clara hierarquia entre os órgãos e resoluções que abordam o tema dos honorários, a falta e clareza na lei no que diz respeito aos fatores que justificariam o aumento dos valores constantes nas tabelas base, faz que haja grande discrepância entre os valores praticados pelo país, mesmo em se tratando de perícias de complexidade similar, dessa forma, se faz relevante o estabelecimento de critérios mais objetivos e uniformes entre as resoluções e leis, de modo a facilitar, entre outros aspectos, a jurimetria como fator de suporte para a tomada de decisão e estratégia processual, permitindo além da adoção de uma estratégia mais assertiva para as partes, um maior controle pela justiça dos custos desse importante instrumento, que apesar de ser sabidamente dispendioso, há tempos tem se mostrado de extrema importância para a justiça brasileira.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66, de 10 de junho de 2010**. Regulamenta, no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, a responsabilidade pelo pagamento e antecipação de honorários do perito, do tradutor e do intérprete, no caso de concessão à parte do benefício de justiça

gratuita. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, DF, 28 de setembro de 2012

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 10 de agosto de 2020

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 232, de 13 de junho de 2016**. Fixa os valores dos honorários a serem pagos aos peritos, no âmbito da Justiça de primeiro e segundo grau, nos termos do disposto no art. 95, § 3º, II, do Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015.

DIDIER, Ricardo. **Novo Código de Processo Civil - CPC para concursos: Doutrina, Jurisprudência e questões de concursos I** - 6. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodium, 2016.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. e, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho** – 8. Ed. - São Paulo: Atlas, 2019

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim, **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Juspodium, 2016.

NOTAS:

Professor da Universidade Luterana do Brasil. Pós graduação em Direito do Trabalho e em Direito Previdenciário. Advogado e consultor jurídico. Mestre em programa de pós graduação *Stricto Sensu*, em **Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino**.

O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA CRIMINALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

JORDAN ALBUQUERQUE SIMONETTI DE MELO:

Graduando do Curso Superior de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA

INGO DIETER PIETZSCH^[1]

(orientador)

Resumo: Os avanços contínuos da medicina vêm ampliando substancialmente a discussão sobre a transição entre a vida e a morte, especialmente, no que se refere à possibilidade de intervenção do sujeito, através de mecanismos artificiais no processo de morte, por meio da eutanásia, que pode ser traduzida em uma expressão de significado complexo e produz uma série de eventos que precisam ser explicados. A problemática revela a confluência de várias disciplinas, inclusive com repercussão na seara do direito, ocasionando situações até então infrequentes. O presente estudo objetiva, destarte, abordar o tema da eutanásia sob a ótica jurídico-penal, mediante a abordagem de questões fundamentais relativas à vida e morte e as alterações conceituais sofridas nas últimas décadas, passando, em seguida, à contextualização das diferentes formas de eutanásia utilizadas pelos doutrinadores e sua aplicação sob a ótica do direito comparado. Além disso, será sopesado, ainda, o equilíbrio entre os princípios da bioética e da dignidade humana (justiça, benevolência, não maldade e autonomia) e o direito digno à morte e o direito à vida, tendo por base os diferentes métodos de eutanásia por meio de pesquisa de sanções judiciais no âmbito da Constituição Federal e do Código Penal.

Palavras-chave: Eutanásia. Criminalização. Consentimento da Vítima. Dignidade Humana.

Abstract: The continuous advances in medicine have substantially broadened the discussion about the transition between life and death, especially with regard to the possibility of the subject's intervention, through artificial mechanisms in the death process, through euthanasia, which can be translated into an expression of complex meaning and produces a series of events that need to be explained. The problem reveals the confluence of several disciplines, including repercussions in the field of law, causing situations hitherto infrequent. The present study aims, therefore, to approach the subject of euthanasia from a juridical-penal perspective, by addressing fundamental questions related to life and death and the conceptual changes suffered in the last decades, going, then, to contextualize the different forms of euthanasia

used by indoctrinators and its application from the perspective of comparative law. In addition, the balance between the principles of bioethics and human dignity (justice, benevolence, non-evil and autonomy) and the dignified right to death and the right to life will be weighed, based on the different methods of euthanasia by search for judicial sanctions under the Federal Constitution and the Penal Code.

Keywords: Euthanasia. Criminalization. Victim Consent. Human dignity.

Introdução

A eutanásia se tornou uma das questões mais complexas da atualidade, sendo cada vez mais discutida nas diversas sociedades, sobretudo diante dos avanços da tecnologia médica ocorridos no final do século XX. No entanto, no Brasil, até os dias hodiernos, a prática da eutanásia ainda se encontra tipificada em nenhum diploma legal do ordenamento jurídico pátrio, restando a alocação dessa conduta, restrita ao disposto no art. 121, §1º, do Código Penal, como homicídio privilegiado.

Mesmo com a notoriedade decorrente das inovações jurídicas alcançadas em outros países, no Brasil, a regulamentação legal da chamada “morte piedosa”, não encontrou o mesmo destino, tendo em vista o antagonismo produzido pela consagração do direito constitucional da dignidade da pessoa humana, de um lado, e de outro lado, a garantia fundamental da inviolabilidade do direito à vida.

Nesse sentido, verifica-se uma evidente colisão de princípios, entre a garantia da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e a proteção à vida, contida no caput do art. 5º, do mesmo dispositivo legal, resultando, na prática, no sofrimento de uma enorme variedade de pessoas, vítimas desse conflito que, fragilizadas como em consequência de uma doença terminal ou degenerativa, têm sua autonomia retirada no que concerne à capacidade de decisão sobre o fim condizente com sua história pregressa, sem que recebam a assistência adequada por parte do Estado, para dirimir seu sofrimento.

Visto que a legislação atualmente vigente pouco possibilita o respeito à autonomia da vontade, a eutanásia ainda é um tema bastante controverso no ordenamento jurídico brasileiro, suscitando o questionamento acerca dos limites da intervenção estatal na autonomia da vontade de uma pessoa, em sã consciência mental, portadora de grave e incurável doença, na escolha de morrer com dignidade, sem dor e sofrimento, para assegurar a garantia constitucional da vida humana.

Assim, diante do acima exposto, tendo-se por base o direito comparado e por plano de fundo o julgamento da ADI 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e do Projeto de Lei Nº 236/12 - Novo Código Penal -, o qual tipifica a prática da

eutanásia, o presente estudo tem por escopo analisar a possibilidade de não imputação de pena ao agente da eutanásia frente à interpretação constitucional.

Serão abordados, portanto, os conceitos e definições relacionados à eutanásia, estabelecendo-se sua relação com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e a demais direitos e garantias fundamentais, tais como a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à vida, o direito à vida em si, o direito de morrer, o direito a ter uma morte digna e o direito ao livre arbítrio correlacionado com a autonomia da vontade de cada ser humano.

2 O início da vida e o processo de morrer

Os debates relacionados à eutanásia, normalmente, trazem como antecedente lógico o binômio vida e morte, tendo em vista sua conceituação, de forma geral, como um adiantamento voluntário da própria morte, tornando-se, pois, imprescindível o estudo das questões envolvidas nos conceitos de vida, morte e, na esteira da nova problemática surgida com o passamento, do processo de morrer, os quais passaram a exigir reflexões éticas e jurídicas diante da presença e intervenção da ciência e da tecnologia na existência humana.

A vida e a morte são fenômenos, conceitos, antagônicos e ao mesmo tempo intrinsecamente relacionados, de maneira que discorrer sobre a vida e sobre a morte demanda reflexões profundas acerca da própria existência, delimitada por padrões culturais tradicionais, sociais, legais, médicos e religiosos, geralmente definido primeiramente na história por argumentos filosóficos, ideológicos e religiosos, e posteriormente também com fundamentos científicos.

No tange à vida, sua importância é tal deve ser situada acima das contingências valorativas do legislador penal, como elemento básico, na órbita do direito constitucional, na configuração de toda sociedade civil, ou melhor, fundamento de sua própria existência. A vida é o bem mais precioso que uma pessoa pode ter, pois esta pressupõe a própria existência humana. Somente a partir da vida é que o ser humano passa a ser titular de direitos e deveres.

A vida é a continuidade de todas as funções de um organismo vivo (vegetal, animal e humano) ou, no mínimo, o período compreendido entre a concepção (ou a fecundação) e o evento morte, de conformidade com o pensamento de respeitável corrente científica das áreas da Saúde. (MARCHESINI JUNIOR, 2017)

No estado atual da ciência médica, entende-se, de forma amplamente dominante, que a vida humana começa no momento da fecundação, quando o

embrião deve ser considerado como um ser vivo, distinto de seus progenitores, com uma carga genética individual.

Sob a luz da atual Constituição da República Federativa do Brasil, a vida é considerada como pressuposto de todos os demais, diante da necessidade de preservação da sociedade em todos os seus aspectos. Referida ilação pode ser extraída da própria redação de seu artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (omissis).

(BRASIL, 1988)

Em suma, o constituinte brasileiro tutela o direito à vida, cuja garantia se inicia, do ponto de vista biológico, com a fecundação. A partir desse momento, ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida, cabendo ao Estado garanti-la, tanto no que se refere ao direito de continuar vivo, como a um nível de vida adequado com a condição humana.

Dessa forma, destaca-se que a vida pode, em verdade, ser considerada como um valor, um princípio e, também, como um direito natural (inerente ao indivíduo e anterior a qualquer contrato social), humano (reconhecido internacionalmente como inerente ao ser humano na Declaração Universal dos Direitos do Homem) e, ainda, fundamental, pois incluído no ordenamento constitucional, sendo sustentáculo dos denominados direitos de primeira dimensão.

2.1 A morte e o processo de morrer

A morte, no entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 366), é marcada pelo fim do ciclo vital da pessoa humana, consistindo no término da sua existência, podendo ser conceituada sob diversos aspectos, tais como a morte biológica (destruição celular), a morte clínica (paralisação da função cardíaca e respiratória), a morte jurídica, a morte psíquica. Nesta mesma senda, Nóbrega Filho estabelece as delimitações abaixo:

1. Morte clínica, caracterizada pela parada cardíaca (com ausência de pulso), respiratória e midríase paralítica, podendo ser reversível, desde que sejam implementadas adequadas medidas de reanimação; Morte biológica, derivada da morte clínica, mas possuindo caráter irreversível, caracterizando-se

pela destruição celular em todo o organismo, fato que habitualmente se desenvolve no lapso de vinte e quatro horas; 3. Morte óbvia, cujo diagnóstico é inequívoco, a exemplo de evidente estado de decomposição corpórea, decapitação, dentre outros; 4. Morte encefálica, compreendida atualmente como sinônimo de morte biológica, nos termos da Resolução Nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, sendo caracterizada por uma série de parâmetros que atestam a lesão encefálica irreversível, situação onde todos os comandos da vida são interrompidos. (NÓBREGA FILHO, 2010, p. 25)

O aludido autor menciona, ainda, a morte cerebral, que se distingue do óbito encefálico mediante análise da respiração, já que na hipótese perde-se a consciência da respiração, que permanece funcionando de maneira automática, enquanto que se há morte encefálica o centro respiratório se torna danificado de forma irreversível, com a vida apenas podendo ser mantida com o emprego de instrumentos técnico-científicos.

Em compensação, a morte jurídica pode ser encontrada na redação dada pelo artigo 10 do Código Civil, de 2002, ao prever que a morte termina a existência da pessoa natural, muito embora a própria norma legal não estabeleça os conceitos de vida e morte, muito embora a concepção da morte como fenômeno vinculado estritamente com a cessação dos batimentos cardíacos e da respiração tenha se mantido ativa até o final da década de sessenta, sendo substituído pela concepção atual de que o critério decisivo para reconhecer o momento da morte é a ausência de atividade encefálica, tornando obsoletos os anteriores métodos.

Assim, a referida normatização surgiu em decorrência do advento da Lei Nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que disciplinou a matéria em seu artigo 3º, contendo o seguinte teor:

Art. 3º. A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (BRASIL, 1997)

Sendo assim, em conformidade com os termos da referida lei, a morte real vai ser determinada a partir do diagnóstico que defina a cessação das atividades

encefálicas, cujos critérios para a sua determinação encontram-se na Resolução Nº 1.480 de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, em complementação à Lei dos Transplantes de 1997, mediante a seguinte redação:

Art. 3º A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apneia.

(...)

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: a) ausência de atividade elétrica cerebral ou, b) ausência de atividade metabólica cerebral ou, c) ausência de perfusão sanguínea cerebral. (BRASIL, 1997)

É necessário que sejam feitas duas avaliações clínicas e exames complementares do paciente com suspeita de morte encefálica, sendo que a primeira poderá ser realizada por um médico intensivista e a segunda avaliação preferencialmente por um neurologista. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no termo de declaração de morte encefálica.

Ainda de acordo com o CFM, os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária: de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas; de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas; de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas e acima de 2 anos - 6 horas.

Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: ausência de atividade elétrica cerebral ou, ausência de atividade metabólica cerebral ou, ausência de perfusão sanguínea cerebral.

A importância dessa classificação se justifica pela necessidade de se autorizar intervenções lícitas sobre um cadáver – autópsia, extirpação de órgãos ou tecidos, utilização em práticas de estudantes de medicina, entre outros –, ou mesmo para o cumprimento das práticas de piedade familiar e social com os cadáveres.

Mais adiante, o Conselho Federal de Medicina (CFM), em 28 de novembro de 2006, publicou a Resolução Nº 1.085/06, baseada no art. 1º, inciso II, da CF, tendo por base a dignidade da pessoa humana, a fim de permitir que, nos casos de enfermidades graves e incuráveis, poderá o médico limitar ou suspender o tratamento que prolongue a vida do enfermo, garantido todos os cuidados para aliviar os sintomas do seu sofrimento, respeitando a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Assim, não há que se falar em eutanásia quanto ao desligamento de aparelhos em pacientes em situações de morte encefálica, por um lado e, por outro, resulta ilegítimo estender o mencionado conceito a enfermos em coma profundo, em estado vegetativo persistente e a outros pacientes cujo corpo, ainda que enfermo, conserve seu funcionamento integrado.

3 Eutanásia: considerações iniciais

No decorrer da história, a relação do homem com a morte sofreu várias mutações, mas sempre se constituiu na única e grande certeza humana, a finitude da vida. No entanto, discutir a morte e seus elementos ainda é um grande desafio; porquanto se trata de um assunto revestido de fortes emoções, marcado por traumas e experiências pessoais, que provoca desconforto e gera toda sorte de incertezas.

Contudo, nos tempos hodiernos, a morte passou a ser vista muito mais como um procedimento, um fenômeno progressivo, do que um momento único, razão pela qual se utiliza a expressão processo de morrer. Isso também se deve, como ressaltado acima, aos avanços no campo da medicina, que permitiram o prolongamento de uma vida por bastante tempo, mediante manutenção artificial das funções vitais, sobretudo a partir da administração integrada de fármacos e meios tecnológicos, permitindo preservar, sustentar e prolongar a vida até limiares verdadeiramente inconcebíveis, impedindo que o paciente chegue a óbito mesmo quanto inexistir possibilidade de reversão do quadro.

E é, justamente, nesse aspecto ganha importância a diferenciação entre a cura da doença e o alívio do sofrimento, já que enquanto a medicina se encontra, até certo ponto, bem aparelhada para combater a dor, não se pode dizer o mesmo em relação ao sofrimento, que, a seu turno, possui um sentido mais global que aquela, pois se refere à diminuição da qualidade de vida. (NÓBREGA FILHO, 2010, p. 32)

Um dos principais perigos em negligenciar essa distinção no contexto clínico é a tendência dos tratamentos se concentrarem somente nos sintomas físicos, como se apenas eles fosse fonte de angústia para o paciente, permitindo a imposição

agressiva de tratamentos fúteis, desconsiderando-se que a continuação de tais cuidados pode simplesmente impor mais sofrimentos para o paciente terminal.

Surge, nesse contexto, a eutanásia, como uma alternativa para a morte de alguém que está suportando um grave sofrimento, sem nenhuma perspectiva de melhora. Esta morte é ocasionada por um médico, desde que haja consentimento expresso do sujeito, por meio de uma ação ou omissão do profissional, que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de irreparável sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.

3.1 A eutanásia no mundo: evolução e contextualização histórica

A eutanásia é uma prática que existe desde os primórdios da existência do homem, fazendo parte, inclusive, de diversas tradições culturais, sob a alcunha de eutanásia social ou mistanásia, também chamada de eugenia, técnica de “higienização” ou profilaxia social, que consiste na eliminação de pessoas portadoras de deficiências, doenças graves ou idosos em fase terminal, prática hoje condenada pela maioria dos países ocidentais.

A eutanásia e a eugenia foram práticas recorrentes entre diversos povos primitivos, dentre os quais os Celtas, Fogueiros (indígenas sul-americanos), além das civilizações gregas e romanas, que, deliberadamente, a eutanásia e o suicídio assistido. Na ilha grega de Cós, por exemplo, os idosos eram conduzidos a uma festa, onde lhes era oferecido veneno. Em Atenas, igualmente, o Senado tinha o poder absoluto de decidir sobre a eliminação de velhos e incuráveis, dando o *conium maculatum* – bebida venenosa, em cerimônias especiais. Em Esparta, os recém-nascidos mal formados eram lançados do Monte Taijetom conforme as palavras de Maria Helena Diniz:

Entre os povos primitivos era admitido o direito de matar doentes e velhos, mediante rituais desumanos. O povo espartano, por exemplo, arremessava idosos e recém-nascidos deformados do alto do Monte Taijeto. (...) os guardas judeus tinham o hábito de oferecer aos crucificados o vinho da morte ou vinho Moriam (...) Os brânames eliminavam recém-nascidos defeituosos, por considerá-los imprestáveis aos interesses comunitários. Na Índia, lançavam no Ganges os incuráveis (...) Os celtas matavam crianças disformes, velhos inválidos e doentes incuráveis”. (DINIZ: 2009, p. 386)

Assim, durante parte do período helenístico, os antigos gregos deixavam os velhos e bebês nascidos com deformidades morrer ao relento, com propósitos eugênicos, ou seja, com o intuito de purificar a raça, ao passo que os espartanos, os celtas e os brâmanes se utilizavam se requintes de crueldade para se desfazer de crianças e idosos defeituoso, através de rituais desumanos, por razões puramente estéticas.

Em Esparta, que era uma sociedade guerreira por excelência, era prática comum lançar-se do monte Taígeto os nascituros que apresentassem defeitos físicos. Evidenciando, também, que na Índia antiga, os doentes incuráveis, assim compreendidos aqueles considerados inúteis em geral, eram atirados publicamente no Rio Ganges, depois de obstruídas a boca e obstruídas a boca e as narinas com um pouco de barro. (BANDEIRA, 2012, p.11)

Na Índia, por sua vez, os doentes sem perspectiva de cura eram lançados no rio Ganges. Diversos povos, como os celtas, por exemplo, tinham por hábito que os filhos matassem os seus pais quando estes estivessem velhos e doentes. Na Roma antiga, Cícero afirmava que o pai tinha o dever de matar o filho disforme. Na América do Sul, alguns povos eliminavam os anciões para que não fossem mortos por animais selvagens. E, no Japão, os pais idosos e doentes eram abandonados pelo primogênito na Colina da Morte. (MACHADO, 2011)

Deste modo, a eutanásia era utilizada com diversos fins. Entre eles o controle populacional, pois dando fim aos fracos e doentes poder-se-ia dar prosseguimento a vida sem ter o fardo de cuidar destas pessoas. Um outro modo seria para controle de enfermidades, eliminando-se os doentes em estágio terminal, ter-se-ia um controle sobre a epidemia. Um terceiro exemplo seria na tentativa de controle político. No entanto, embora largamente utilizada por diversas civilizações ao longo da história, a expressão eutanásia foi empregada pela primeira vez, com o viés piedoso da "boa-morte", pelo historiador latino Suetônio, no século II d.C., ao descrever a morte do imperador Augusto:

A morte que o destino lhe concedeu foi suave, tal qual sempre desejara: pois todas as vezes que ouvia dizer que alguém morrera rápido e sem dor, desejava para si e para os seus igual eutanásia (conforme a palavra que costumava empregar). (SIQUEIRA BATISTA & SCHRAMM, 2004, p. 34)

Anos mais tarde, em 1623, época do Renascimento, Francis Bacon, em sua obra *Historia vitae et mortis*, emprega pela primeira vez, o conceito de boa morte, segundo nos leciona Élcio Luiz Bonamigo:

O contexto em que o termo surgiu estava mais voltado à compaixão humana do que ao reconhecimento da autonomia ou aos direitos do paciente. Ao mencionar a palavra eutanásia, em sua obra *Proficience and Advancement of Learning, Divine and Human* (1605), Bacon, de um lado, destaca a importância da função do médico para o alívio da dor e do sofrimento que castiga os enfermos em fim de vida. De outro lado, critica os médicos que abandonam seus pacientes em situação terminal (BONAMIGO, 2012, p.135)

Nesse contexto, Francis Bacon, emprega o termo eutanásia em seu significado mais próximo do atual, não se relacionando apenas ao sentido etimológico grego, mas à concepção de uma morte mais tranquila e silenciosa, designada ao tratamento adequado de doenças incuráveis. No entanto, com a expansão do catolicismo e do cristianismo e a noção da vida sagrada sendo um dom de Deus que deve ser preservado e cultivado, o direito à morte deixou de ser reconhecido, quando, no ano de 1980, no dia cinco de maio, a igreja católica emitiu a Declaração sobre a Eutanásia, trazendo o seguinte conceito: "Ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor. A eutanásia, situa-se, portanto, no nível das intenções e dos métodos". (MACHADO, 2011, p. 2)

A igreja católica, portanto, aderiu à posição contrária à eutanásia, pois entende que a antecipação da morte está em desacordo com as leis de Deus, a lei natural. A partir do cristianismo e do judaísmo – que celebram a vida como de natureza sagrada – é que a eutanásia passou a ser condenada, posto que era muito admitida na antiguidade. Entretanto, a contar do sentimento que envolve o direito moderno é que a eutanásia passou a ser mais criminalizada.

Contudo, a tradição hebraica ensina que o médico não detém o poder de decisão entre a vida e a morte do paciente, pois, aquela, é um dom divino. Entretanto, a tradição legal hebraica (halakhah) diferencia o prolongamento da vida do prolongamento da agonia, sendo apenas o primeiro, obrigatório. Dessa maneira, percebe-se o repúdio à eutanásia ativa, mas certa tolerância à passiva.

Em que pese o entendimento religioso, a eutanásia vem conseguindo um espaço jurídico em alguns países, de acordo com Maria Helena Diniz:

A eutanásia é tratada como um homicídio privilegiado pelos Códigos penais da Alemanha (art. 216, da Suíça (art. 114), e da Itália (art. 579), sendo inadmissíveis a absolvição e o perdão judicial. (DINIZ, 2009, p. 380)

A Holanda foi o primeiro país europeu a legalizar e regulamentar a prática da eutanásia, em abril de 2002, através da alteração do artigo 293 do Código Penal holandês. A legislação holandesa permite, ainda, a prática da eutanásia em menores, entendidos como aqueles com idade entre 16 e 18 anos, cujos quais poderão requerê-la desde que a decisão tenha sido tomada em comum acordo com os pais ou tutor. Além disso, os indivíduos com idade entre 12 e 16 anos poderão ter seu pedido deferido, judicialmente, desde que conte com a anuência de seus pais ou tutores.

A Bélgica descriminalizou, legalmente, a eutanásia, também no ano de 2002, em todas as suas modalidades, não se fazendo distinção entre abreviar a vida por uma terceira pessoa, suicídio assistido ou deixar morrer, tendo como critério indispensável a condição médica irreversível e o sofrimento físico e/ou psíquico constante e insuportável e sofrer de uma doença incurável, devendo o ser maior ou pelo menos emancipado, estar consciente no momento do pedido, que tem que ser voluntário, sem qualquer pressão externa.

Em Portugal, onde o debate chega pela segunda vez ao parlamento desde 2018, a morte assistida não está tipificada como crime com esse nome, mas a sua prática pode ser punida por três artigos do Código Penal: homicídio privilegiado (artigo 133.º), homicídio a pedido da vítima (artigo 134.º) e crime de incitamento ou auxílio ao suicídio (artigo 135.º).

Atualmente, vários Estados dos EUA incorporam a eutanásia em seus Códigos, aceitando-a. Como exemplo, há o Estado de Oregon, que aprovou, em 1994, a Lei sobre Morte Digna, que permite a prática da ortotanásia. Além deste, há também os Estados de Washington, Vermont, Montana e Texas, dentre outros.

No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, em decorrência da ausência de norma regulamentadora específica, é indispensável sua apreciação sob o prisma dos direitos fundamentais e, principalmente, do direito à dignidade humana, levando-se em conta que, do ponto de vista dos direitos humanos, manter um paciente terminal, em estado vegetativo irreversível, numa UTI, vai de encontro à existência solidária e digna preconizada pela carta Magna de 1988, já que, uma vez que um Estado Democrático de Direito preza pelo direito à vida e à existência digna, esse mesmo Estado deve primar pelo direito a uma morte digna.

3.2 Eutanásia: Conceitos e definições

Etimologicamente, o termo eutanásia se origina do grego, onde o prefixo "eu" significa boa e "thanatos", morte, sendo, portanto, descrita nos principais dicionários como a "morte sem sofrimento – conjunto de métodos que buscam uma

morte sem sofrimento, a fim de abreviar os tormentos de um paciente portador de uma doença muito dolorosa e incurável".

Segundo Plácido de Silva (SILVA, 2014, p. 877), a eutanásia pode ser entendida como "o direito de matar ou o direito de morrer, em virtude de razão que possa justificar semelhante morte, em regra provocada para término de sofrimentos".

O conceito utilizado por José Roberto Goldim é um pouco mais abrangente, defendendo a eutanásia como "a antecipação voluntária da morte de um paciente, promovida por um terceiro, habitualmente, mas não obrigatoriamente, um médico". (GOLDIM, 2010, p. 30)

Na mesma linha de raciocínio segue Martini (2010, p. 33) eutanásia "consiste no ato de facultar a morte a um indivíduo cujo estado de doença é crônico e, portanto, incurável, normalmente associado a sofrimento físico e psíquico".

É uma conduta onde uma pessoa, por espontânea vontade e ocasionada por intensas razões de cunho moral, gera a morte de alguém acometido de doença incurável em avançado estado de dor e sofrimento. A eutanásia se justificaria como um modo de alívio do sofrimento trazido por anos de doença. (FRANÇA, 2014)

Para Oliveira Júnior (2010, p. 36) a eutanásia é a "antecipação da morte do doente terminal, atenuando-lhe o sofrimento e dores intoleráveis, com a contribuição efetiva de alguém, ministrando-lhe, por exemplo, uma droga".

Carvalho (2011, p. 642) equipara a eutanásia ao homicídio piedoso, e que consiste na "morte provocada para evitar o sofrimento de uma doença havida incurável".

Por seu turno, ao se consultar a obra de Márcio Sampaio Mesquita Martins, extrai-se a seguinte definição acerca do assunto abordado:

Entende-se como eutanásia a conduta em que alguém, deliberadamente e movido por fortes razões de ordem moral, causa a morte de outrem, vítima de uma doença incurável em avançado estado e que está parecendo de grande sofrimento e dores. A eutanásia seria justificada como uma forma de libertação do sofrimento acarretado por um longo período de doença

Nas palavras do ilustre doutrinador José Afonso da Silva:

De eutanásia se fala quando se quer referir à morte que alguém provoca em outra pessoa em estado agônico ou pré-agônico, com o fim de liberá-la de gravíssimo sofrimento, em consequência de doença tida como incurável, ou muito penosa, ou tormentosa. Chama-se, por esse motivo, homicídio piedoso. É, assim mesmo, uma forma não espontânea de interrupção do processo vital, pelo que implicitamente está vedada pelo direito à vida consagrado na Constituição, que não significa que o indivíduo possa dispor da vida, mesmo em situação dramática. Por isso, nem o consentimento lúcido do doente exclui o sentido delituoso da eutanásia no nosso Direito. (SILVA, 2014, p. 204)

Sendo assim, conforme o exposto acima, o intuito da eutanásia é provocar uma morte menos dolorosa para aquele que se encontra em estado de profundo sofrimento. É um encurtamento necessário de uma vida que não possui a dignidade necessária para o indivíduo.

3.3 Tipos de eutanásia

Segundo o professor Goldim, a eutanásia, dependendo do critério considerado, pode ser classificada em várias formas, no que se refere ao tipo de ação e ao cometimento do paciente. Quanto ao tipo de ação, a eutanásia pode ser classificada em ativa, passiva ou de duplo efeito. (GOLDIM, 2004)

A eutanásia ativa consiste no ato provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos. É o sentido mais comumente conhecido e difundido da eutanásia, qual seja a cena do médico que desliga o aparelho (respirador ou outro de mesma valia), frente a um paciente considerado incurável, de maneira científica (ou por vezes arbitrária), ou de morte certa. Conforme as palavras de Maria Helena Diniz:

(...) a eutanásia ativa, também designada benemortásia ou sanicídio, que, no nosso entender, não passa de um homicídio, em que, por piedade, há a deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia (...). (DINIZ, 2006, p. 323)

Assim, a eutanásia ativa diz respeito à prática de atos que objetivam encerrar a vida, sendo esses planejados tanto por parte do indivíduo enfermo, como pelo profissional que efetivará o ato. Nessa hipótese, recorre-se a meios que possam pôr

termo à vida de maneira mais rápida e eficaz, a exemplo de medicamentos ou injeções que conduzem o paciente à morte.

A eutanásia passiva, também chamada de indireta, ou ortotanásia, é a morte do paciente terminal, ou porque não se inicia uma ação médica ou porque há interrupção de medida extraordinária, a fim de minorar o sofrimento; eutanásia de duplo efeito: a morte é acelerada como uma consequência indireta das ações médicas que são executadas visando ao alívio do sofrimento de um paciente terminal. Nas letras de André de Carvalho Ramos:

A ortotanásia consiste, com anuência do paciente terminal, na ausência de prolongamento artificial da vida pela desistência médica do uso de aparelhos ou outras terapias, evitando sofrimento desnecessário. Há aqueles que denominam a ortotanásia de eutanásia passiva ou indireta, mas não há proximidade com a eutanásia. A ortotanásia consiste na desistência, pelo médico, do uso de medicamentos e terapias, pois não há esperança de reversão do quadro clínico nos pacientes terminais. Ocorre a suspensão de aplicação de processos artificiais médicos, que resultariam apenas em uma morte mais lenta e mais sofrida, mas o que mata o paciente é a doença e não o médico. Diferentemente da eutanásia, a ortotanásia deixa de manter a vida por modo artificial, para evitar prolongar a dor em um quadro clínico irreversível. (RAMOS, 2020, p. 638-639)

A eutanásia passiva vem adquirindo vários defensores (o desligamento de aparelhos que apenas prolongam a vida de doentes em estágio terminal, sem diagnóstico de recuperação), assim como o suicídio assistido. Alguns falam que a eutanásia ativa (o Estado - médico - provocando a morte) seria homicídio. (LENZA, 2014, p. 1071).

Destarte, a eutanásia passiva não é capaz de provocar imediatamente a morte, pois ela consiste na interrupção de cuidados necessários que impossibilitem o progresso da enfermidade. Assim, com o decorrer do tempo, a falta de medicação e de cuidados devidos acarreta a morte do indivíduo. Ou seja, não há ato direto que implique o fim da vida, mas também não há medidas necessárias para redução do risco de morte, já que se efetiva a omissão de tratamento.

Há ainda a espécie eutanásia de duplo-efeito, onde esta é caracterizada pela ação médica ao ministrar determinados tratamentos, que por possuírem efeitos tóxicos ou agressivos, embora transmitam um estado confortável ao paciente,

acabam por apressar a sua morte. Como exemplo desta prática, podemos citar a ocorrência de um estado avançado de câncer, onde o paciente tende a sofrer muitas dores e o médico pretendendo aliviar as dores utiliza-se da aplicação de derivados da morfina, mas, é provável que tal medicação também, produza, concomitantemente, um encurtamento de sua vida.

No que concerne ao consentimento do paciente, a eutanásia pode ser voluntária, não-voluntária ou involuntária. Entende-se por eutanásia voluntária quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente e por eutanásia involuntária quando a morte é provocada contra a vontade do paciente. Já a eutanásia não-voluntária se dá quando a morte é provocada sem que o paciente tivesse manifestado sua posição em relação a ela, sendo realizada a pedido dos familiares ou em não havendo parente, o próprio médico autorizando. (GOLDIM, 2004)

O suicídio assistido seria outro termo que se refere ao assunto, caracterizado quando alguém municia ou possibilita a outrem desejoso de eliminar sua própria vida, tanto meios, bem como informações para tanto. Encontramos esta figura no tipo penal de "auxílio ao suicídio", no artigo 122 do Código Penal Brasileiro *in verbis*: "Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça." (BRASIL, 1940)

4 A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, três fatos são importantes para assegurar a autodeterminação do paciente: o primeiro, em 1996, foi a promulgação da Resolução Nº 196/96 que "reconheceu a importância da materialização do consentimento livre e esclarecido de qualquer sujeito exposto a procedimento médico, ou à pesquisa". O segundo momento foi a edição da Portaria nº 1.820/2009 do Ministério da Saúde. Esta Portaria assegurou o direito do paciente ser informado e de decidir sobre o tratamento a ser seguido. O terceiro, trata da Resolução Nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina. De acordo com a Resolução, proibiu-se a "prorrogação do sofrimento do paciente terminal (distanásia), sem permitir a antecipação da morte (eutanásia)", de modo que a ortotanásia somente pode ser praticada apenas por meio de processos paliativos.

Os avanços tecnológicos quando aplicados na medicina, proporcionaram a cura de muitas doenças, além de trazer a pacientes enfermos condições mais dignas de vida. No entanto, trouxeram também algumas consequências, como o fato de muitas pessoas morrerem sozinhas e solitárias em leitos de hospitais e de certa forma

uma “escravização”, muitas vezes não sendo permitido a algumas pessoas o direito ao fim do sofrimento através da morte. Conforme descreve Möller:

Hoje assistimos à morte tecnificada: morre -se em hospitais, em meio a máquinas e especialistas, e não mais no ambiente familiar, em companhia das pessoas próximas. Os próprios parentes muitas vezes desejam esquivar-se de um envolvimento com o moribundo “protegendo-se” de presenciar a morte. Reduzem-se os ritos familiares quando da proximidade da morte. Entregamos 12 nosso direito de presidir nossa vida e nossa morte aos técnicos, à medicina, renunciando à reflexão e à tomada de decisão. Até mesmo o luto medicalizar-se: quem perde um ente querido deve sedar-se, alienar-se através de ansiolíticos. (MÖLLER, 2012, p. 32).

Estamos na era dos direitos humanos e descobrimos que entre eles está o direito a decidir – dentro de certos limites, é claro – a respeito das intervenções que se realizam no próprio corpo, isto é, a respeito da saúde e da enfermidade, o da clássica relação médico-doente, hoje se chama de “direito ao consentimento informado”; e no âmbito da vida e da morte chama-se “direito à própria morte”.

4.1 A eutanásia e o Código Penal brasileiro

No Brasil, a eutanásia, tanto na forma ativa quanto na forma passiva, não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro de forma explícita, porém, está sujeita à tipificação prevista no artigo 121 do Código Penal, homicídio simples ou qualificado, podendo incidir a atenuante do homicídio privilegiado, considerando-se a hipótese de a pessoa agir impelida por relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, conforme transcrito abaixo:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Caso de diminuição de pena

§1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social, ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (BRASIL, 1940)

Sendo assim, se a doença ou mal que acomete o paciente for curável, o ato de abreviar sua vida não será considerado como eutanásia, mas como homicídio, conforme descrito no artigo 121 do supracitado diploma legal, sendo a pena atenuada, na hipótese crime ter sido cometido impelido por motivo de relevante valor social, ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

No que se refere à caracterização do relevante valor moral ou social, Bitencourt (2011, p.71) dispõe que:

Será motivo de relevante valor moral aquele que, em si mesmo, é aprovado pela ordem moral, pela moral prática, como por exemplo, a compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima. Admite-se, por exemplo, como por motivo de relevante valor moral o denominado homicídio piedoso, ou, tecnicamente falando, a eutanásia. Aliás, por ora, é dessa forma que nosso Código Penal disciplina a famigerada eutanásia, embora sem utilizar essa terminologia.

Ademais, dependendo da conduta que o indivíduo possa vir a praticar, pode-se tipificá-la como crime de participação em suicídio, previsto no artigo 122, conforme disposição a seguir:

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

(BRASIL, 1940)

Isso significa que eutanásia, no Brasil, além de ser considerada homicídio, também pode ser classificada como morte assistida, que é considerada crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, como é tipificado no artigo 122 no Código Penal.

Ademais, dependendo do caso concreto a eutanásia no Brasil pode até mesmo configurar homicídio qualificado (art. 121, §§ 2.º, I a IV), crime hediondo (art. 1.º, I da Lei 8.072/1990), com pena de reclusão de doze a trinta anos, quando se der, por exemplo, por motivo torpe (como na retirada de órgãos para o comércio clandestino, ou como forma de antecipar a herança, ou ainda, para o recebimento do prêmio de seguro de vida deixado) ou por impossibilitar a defesa do ofendido (desligar aparelhos de uma vítima inconsciente); ou homicídio qualificado-privilegiado,

quando as qualificadoras forem de natureza objetivas, para não haver incompatibilidade com a privilegiadora subjetiva.

A eutanásia passiva, ainda, poderia ser encarada como um crime de omissão de socorro (Art. 135 do Código Penal: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.”) ou de abandono de incapaz (Art. 133 do Código Penal: “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: (...) § 2º Se resulta a morte:”) que possuem penas menores para o autor do delito, encontra apoio doutrinário no direito brasileiro, até por caracterizar-se, a eutanásia, na maior parte das vezes como um crime comissivo por omissão ou, também chamado, omissivo impróprio.

Vale destacar que, por vezes, a eutanásia foi qualificada e punida como um tipo de homicídio simples, variando a pena de 6 a 20 anos de reclusão, ou como auxílio a suicídio, com reclusão de 2 a 6 anos, se o homicídio se consuma; ou reclusão de 1 a 3 anos, se resultasse em lesão corporal de natureza grave (CÓDIGO PENAL, 1940). Critica-se a adaptação desse tipo penal, já que praticar homicídio de modo intencional é bem mais lesivo que atender à súplica de alguém que unicamente almeja a morte para seja cessada a sua dor.

4.2 A criminalização da eutanásia no Brasil

Legalmente falando, o consentimento de pacientes em estado terminal é irrelevante e é muito importante que crimes não sejam descartados. Em outras palavras, a eutanásia com o consentimento do paciente só pode desqualificar o chamado suicídio assistido, portanto, os tipos de crimes listados no artigo 122 - induzir, incitar ou suicídio assistido.

Apesar da existência de consentimento, liberdade e consciência, a lei criminal continua a condenar as ações do reclamante e nunca exclui as ações ilegais. Lembre-se de que, em termos jurídicos, o consentimento de pacientes em estado terminal é irrelevante e é muito importante que crimes não sejam descartados.

A dignidade da pessoa humana não só é um dos princípios trazidos pela Constituição, como também está elencada no art. 1º, inciso III, da CF/88 como um dos fundamentos em que a Carta Magna é baseada. Considerada o princípio-matriz de todos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida, como um princípio relacionado com o respeito a direitos fundamentais inerentes à própria pessoa, tais como a vida, a intimidade, a liberdade, a honra e a

autodeterminação da própria vida, exigindo respeito das demais pessoas e do Estado. (GONÇALVES, 2012)

Qualquer pessoa pode ser vítima de homicídio, conforme acima mencionado, inclusive não importando o grau de vitalidade. Tanto o ser humano saudável como o moribundo podem ser vítimas de homicídio. No atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro a chamada “eutanásia” configura crime de homicídio. O máximo que pode ocorrer em casos que tais é o reconhecimento de uma redução de pena devido à configuração do chamado “homicídio privilegiado” (art. 121, §1º, CP). (CABETTE, 2012, p. 10)

O Novo Código Penal (PLS 236/2012), que ainda está sendo discutido, prevê no capítulo “Dos Crimes contra a vida” a forma da eutanásia, como crime comissivo, porém com uma pena mais branda do que a do homicídio simples e com a possibilidade de perdão judicial.

Mas, para isso é necessário que estejam preenchidos determinados requisitos, quais sejam: eutanásia praticada por cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima; agir por compaixão; o pedido da pessoa enferma (imputável e maior de 18 anos de idade) para reduzir o seu sofrimento; e a comprovação de que se trata de uma doença em estado terminal ou em estado grave.

Assim, o Novo Código Penal estipula sanção para a eutanásia com pena de reclusão de 2 a 5 anos. Entretanto, enfatiza-se que o artigo 121, § 4º, do projeto do Novo Código Penal estabelece que não constitui crime deixar de manter alguém por meio artificial, desde que atestada a morte inevitável e iminente por dois médicos e o consentimento do paciente ou pelo cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, quando dada a impossibilidade do indivíduo em questão.

Ampliando o olhar para futuros comportamentos sociais, jurídicos e legislativos, Barbosa (2019) se utiliza dos argumentos jurisprudenciais do caso referente ao aborto de anencéfalos analisado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, uma vez que, de acordo com a referida autora, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao direito fundamental passou a compreender a mesma, não apenas enquanto um direito a permanecer vivo, como também, baseado pela fraternidade, um direito a viver de modo adequado, sendo o mesmo equiparado a todos os demais direitos fundamentais positivados na CF-88 e, portanto, passível de renunciabilidade diante do caráter de controle de constitucionalidade presente no princípio da interpretação conforme, se vê a inconstitucionalidade em tratar de modo igualitário o homicídio privilegiado, como

vem acontecendo na prática judiciária brasileira, e a conduta eutanásica. (BARBOSA, 2019)

Ou seja, de acordo o acima exposto, os fundamentos utilizados no julgamento da ADI 3510, podem viabilizar futuros projetos que permitirão no ordenamento brasileiro, quiçá, não mais tratar a eutanásia e o suicídio assistido como homicídio ou instigação ao suicídio.

Neste sentido, o posicionamento adotado pela Corte Constitucional na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, sem dúvida, é um fator preponderante que poderá ser um facilitador das discussões sobre o reconhecimento da eutanásia e do suicídio assistido no Brasil, considerando que, diferentemente do feto, o doente que ainda possui capacidade de manifestação de vontade, deve ser ouvido e atendido em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade

4.3 O princípio da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana é declarada e reconhecida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1969. O artigo 11, §1º da Comissão estabelece que “toda pessoa tem direito ao respeito e ao reconhecimento de sua dignidade”. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969)

A dignidade da pessoa humana não só é um dos princípios trazidos pela Constituição, como também está elencada no artigo 1º, inciso III, da CF/88 como um dos fundamentos em que a Carta Magna é baseada. Considerada o princípio-matriz de todos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como um princípio que mantém relação com direitos fundamentais intrínsecos à pessoa, assim como a vida, a intimidade, a liberdade, a honra, e que, por esse motivo, exige respeito dos demais indivíduos e do Estado.

O argumento moral para a legislação sobre a eutanásia voluntária parece basear-se principalmente no apelo ao princípio de autonomia, ou seja, visto que as pessoas têm direito moral de tomar decisões a respeito de sua vida, a lei deve respeitar esse direito e não colocar obstáculos às formas de suas decisões de pôr fim à vida com auxílio de outrem.

A Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, motivo pelo qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua

como o “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. (SARLET, 2010, p. 87).

O princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Assegurar a vida a qualquer custo, sem o devido respeito ao que é considerado “digno” é desrespeitar e sentenciar o ser humano. Prolongar a vida em casos especialíssimos como em doentes terminais pode até ser considerado tortura, pois através do flagrante desrespeito à autonomia da vontade e à liberdade, permite-se a manutenção do sofrimento frente a uma situação irreversível. A lei que trata a vida como bem indisponível é a mesma que tem como princípio o direito à liberdade. Ser livre é ter autonomia para decidir o seu destino.

De acordo com Sidney Guerra, a dignidade da pessoa humana encontra alicerces no pensamento cristão, segundo o qual, criada à imagem e semelhança de Deus, “a pessoa é dotada de atributos próprios e intrínsecos, que a tornam especial e detentora de dignidade”. (GUERRA, 2013, p.53)

Indubitavelmente a Dignidade tem como marco conceitual de nosso tempo, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 ao estabelecer em seu preâmbulo 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. (...) Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. (ONU, 2009, p. 1)

Encontra-se neste documento os fundamentos dos direitos de todos os seres humanos, inclusive a dignidade à vida, liberdade, igualdade e tantas outras condições indispensáveis e necessárias para uma vida plena. Entretanto, há também em seu artigo que “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel,

desumano ou degradante.” (ONU, 2009, p. 4). Posição reafirmada pela Constituição Federal de 1988.

O direito de morrer, portanto, estaria assentado justamente nesta linha de pensamento que concebe a vida a partir do princípio da dignidade e que valoriza a autodeterminação do sujeito na escolha pelo processo natural de sua morte, abdicando assim, de meios extraordinários que acarretem o seu prolongamento meramente orgânico-biológico. Segundo a teoria que concebe um direito geral de personalidade – o qual funcionaria como cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana – o direito de morrer poderia enquadrar-se como um dos direitos que envolveriam a pessoa humana tendo em vista a proteção de sua personalidade, com fundamento na dignidade, até mesmo acima do bem vida.

O princípio da dignidade humana, pois, busca atribuir direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, para que possa decidir os rumos do seu próprio destino e tenha condições mínimas indispensáveis a uma vida pautada no bem-estar com respeito por parte do poder público e de terceiros.

Considerações finais

O medo de morrer é universal e atinge todos os seres humanos, independente de idade, do sexo, do nível socioeconômico e do credo religioso, sendo um processo básico e intransponível, provocando o temor pelos rompimentos de laços afetivos, a sensação de fracasso e finitude, a perspectiva de julgamento final pelas boas e más ações terrenas, o receio de sofrimento demasiado/agonizante, a fragmentação da personalidade.

A preparação à morte, especialmente a que leve a um fim digno, exige um processo de transformação, com vistas à humanização do processo de morte, levando-se em consideração a importância da autonomia do paciente terminal como valor que o dignifica, embora a liberdade de escolha não seja absoluta, uma vez que se deve observar os preceitos médicos, casuisticamente.

O direito de morrer dignamente é a reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos de personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. (BORGES, 2012, p. 02)

Uma vez que morrer é uma consequência natural da vida sendo necessária uma educação para que este convívio social com o tema se torne algo aprazível e

confortável, visando garantir que a morte ocorra de uma forma digna, o menos dolorosa possível.

Mesmo com os avanços tecnológicos e mudanças culturais, deveria se manter a preocupação em relação ao enfermo no sentido de devolvê-lo ao carinho da família, ressignificando a morte em contexto sociocultural, sem entretanto perder a imprescindível atribuição de bem cuidar. Propõe uma nova ética, não a da supressão da vida em função de sofrimento injustificado, mas a de confrontar, aliviar, cuidar do ser humano biopsicossocial e espiritual no momento de despedida da vida, respeitando, até os últimos instantes, o que tipifica como verdadeira razão dos vocacionados para cuidar.

Por essa razão, é necessário ter claro o que podem ser considerados estados clínicos terminativos, para esta pesquisa: doença terminal, o estado vegetativo persistente e doenças crônicas, especialmente a demência avançada. É importante, nessas situações, reconhecer a autonomia do paciente, e ser preservada a condição *sine qua non*, garantindo, assim, a autonomia a este, pois apenas, dessa forma, seria possível garantir ao indivíduo que ainda consiga ser protagonista da sua vida, para que não seja um mero coadjuvante.

Por fim, entende-se que num Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade não pode ser analisado de forma isolada, mas sim em consonância com os princípios da justiça, da moral e do bem-estar, seja pelo enfoque filosófico ou positivista.

NOTAS:

[1]Dr. Em Direito Jurídico Educacional pela Universidad Nacional Experimental De Los Lianos Occedentales Ezequiel Zamora – UNILLEZ.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA ÀS MULHERES: UMA ANÁLISE SOBRE A BUSCA AO ACESSO À JUSTIÇA NO MUNICÍPIO DE ITACOATIARA-AM

JHENNY FERNANDA DOS SANTOS HIGINO:
Acadêmica de Direito na Universidade do
Estado do Amazonas (UEA).

JANE SILVA DA SILVEIRA^[1]

(coautora)

RESUMO: A violência doméstica é uma questão de interesse de toda sociedade contemporânea e objeto de estudo de várias áreas do conhecimento, dentre elas a psicologia, o serviço social, as ciências sociais e também as ciências jurídicas. O presente trabalho tem uma importância contextual extremada, pois discorre sobre a violência doméstica, tomando como recorte de pesquisa a população do Município de Itacoatiara, situada na região metropolitana de Manaus. Inicialmente discorreremos sobre a violência doméstica contra a mulher analisando a busca de acesso fomentada pelo poder público. Tomando como base o fato de que o objetivo geral tem seus desdobramentos através dos objetivos específicos, são estes, portanto: 1. Analisar a trajetória histórico-político do enfrentamento à violência doméstica e familiar; 2. Investigar os efeitos do Projeto Casa de Maria como instrumento pedagógico no combate à violência doméstica no Município de Itacoatiara. Utilizou-se uma pesquisa teórica com abordagem qualitativa e quantitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica; Projeto Casa de Maria; Justiça; Lei Maria da Penha; Itacoatiara.

ABSTRACT: Domestic violence is a matter of interest to all contemporary society and the object of study in several areas of knowledge, including psychology, social work, social sciences and also legal sciences. The present work has an extreme contextual importance, as it discusses domestic violence, taking as a research clipping the population of the Municipality of Itacoatiara, located in the metropolitan region of Manaus. Initially, we discussed domestic violence against women, analyzing the search for access fostered by the public authorities. Based on the fact that the general objective has its consequences through specific objectives, these are, therefore: 1. Analyze the historical-political trajectory of facing domestic and family violence; 2. Investigate the effects of the Casa de Maria Project as a pedagogical tool in combating domestic violence in the municipality of Itacoatiara. A theoretical research with a qualitative and quantitative approach was used.

KEYWORDS: Domestic violence; Casa de Maria Project; Justice; Maria da Penha Law; Itacoatiara.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Violência: Etimologia, definições e tipos de Violência. 1.1 Violência Doméstica e seus Tipos. 1.2 Os Tipos de Violência. 2. Tratados Internacionais, Convenções e Conferências. 3. Leis Nacionais Inerentes ao Combate à Violência Doméstica. 4. Políticas Públicas: Do plano positivado ao Plano concreto. 5. O Enfrentamento à violência contra as mulheres: Do acesso à justiça e os serviços de segurança pública no Estado do Amazonas 5.1 O Acesso à justiça: A importância da Casa de Maria no Município de Itacoatiara. 6. Conclusão. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

Qualquer pesquisa que verse sobre um tema inerente à Violência Doméstica e Familiar, que não pretenda ser superficial, precisa ser radical, rigorosa e sistemática, além disso, faz-se necessário um diálogo holístico com as diversas áreas de conhecimento. Com efeito, é nesta senda que este artigo trilha, tendo em vista que se toma a Violência Doméstica e Familiar como tema interdisciplinar, embora enfoquemos a questão do acesso na dimensão jurídico-legal.

O acesso à justiça, é importante destacar, não se trata apenas de atendimento das vítimas em delegacias especializadas, trata-se de acesso à justiça que é abarcada pela legislação pertinente que se funda no direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Dados oficiais do Estado do Amazonas, apontados por Lemes (2020) aduzem que “12.984 mulheres foram vítimas de violência doméstica de janeiro a julho deste ano. Já o número de casos de mulheres que sofreram lesão corporal no mesmo período, chegou a 1.697”. Destarte, trata-se de um número exacerbado tendo em vista ser dados referentes ao primeiro semestre e que nos colocam diante de uma realidade que precisa de inferência zelosa por parte do Poder Público.

Tendo os dados alarmantes citados acima, se faz necessário compreender o acesso à justiça por parte das vítimas que sofrem o tipo de violência em discussão, é ele que serve de termômetro para se visualizar os reais efeitos das políticas públicas de enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar, que tem sido uma bandeira internacional dos Direitos Humanos e uma necessidade moral da sociedade contemporânea. O acesso à justiça ao que se refere este trabalho pode ser compreendido como “o exercício de um conjunto de direitos fundamentais formados sobre uma base de igualdade, com a finalidade de garantir a solução de conflitos mediante os procedimentos estabelecidos pelas leis de um país”.(COPELLO,2017,p2)

Embora parta-se um contexto de política nacional, busca-se compreender como se dá o acesso à política de combate à violência a mulher, tomando como recorte de pesquisa, os atendimentos da “Casa de Maria”, no Município de Itacoatiara, no Estado do Amazonas.

O objetivo geral desta pesquisa é discorrer analiticamente sobre a Violência Doméstica contra às mulheres no município de Itacoatiara à medida que se investiga a busca de acesso à justiça fomentada pelo poder público.

Os objetivos específicos por sua vez são: 1. Analisar a importância do Projeto Casa de Maria na assistência das vítimas de violência doméstica e familiar; 2 Investigar os efeitos do Projeto Casa de Maria como instrumento pedagógico no combate à violência doméstica no Município de Itacoatiara.

Estruturalmente o trabalho segue a seguinte sequência didática na qual inicialmente, busca-se compreender a Violência Doméstica e Familiar, no plano conceitual e de definições e em seguida, investiga-se a trajetória histórica, bem como a Política de Enfrentamento no cenário nacional. Por fim, investiga-se, o acesso tomando como base as ações do Poder Público no Estado do Amazonas, tomando como recorte populacional as mulheres itacoatiarenses que procuram acesso à justiça especializada em combate à Violência Doméstica e Familiar.

Adotou-se uma pesquisa teórica com abordagem qualitativa, tendo em vista que a mesma “não implica imediata intervenção na realidade, mas nem por isso deixa de ser importante, pois seu papel é decisivo na criação de condições para a intervenção” (BAFFI, 2016). Assim, fez-se necessário buscar aporte teóricos em obras específicas sobre o tema, enfocando a legislação pertinente, além de buscar dados e informações nas instituições que envolvem a problemática no campo prático.

1.VIOLÊNCIA: ETIMOLOGIA, DEFINIÇÕES E TIPOS DE VIOLÊNCIA.

A violência contra as mulheres é um dos maiores desafios impostos ao Estado brasileiro, aponta o relatório da comissão parlamentar de inquérito do Senado Federal (Brasil, 2013) apresentada pela então senadora Ana Rita. Com efeito, a Violência Doméstica, constitui violação aos direitos humanos e que são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Ampliando a discussão, buscamos compreender os conceitos, as definições e os tipos de Violência Doméstica.

Tem-se discutido sobre a Violência Doméstica contra à mulher em antes de aprofundarmos mais o tema, é mister entender o a definição de violência e neste sentido, leciona a Equipe editorial (2020)^[2]:

Remonta ao latim como *violentia*, associada ao adjetivo *violentus*, distinguindo o comportamento violento de um indivíduo, sobre vis, por força ou vigor, com raiz no indo-europeu *weie-, em alusão a querer pegar algo com tenacidade. É a imposição forçada de uma pessoa a outra, independentemente da forma, contexto e nível de relacionamento ou parentesco, sobre o qual os organismos estatais e a justiça têm a obrigação de velar. Pode surgir na privacidade da família, bem como no local de trabalho. Destacam figuras legais como violência institucional ou violência de gênero, bem como a distinção de pessoas que agem violentamente, cientes de suas ações apesar de não poderem controlar seus impulsos.

O sentido da palavra violência que é oriunda do etmo latim *violentia* já aponta a essência semântica da palavra em questão que é definida de forma objetiva e simples, por Michaelis^[3] como "Qualidade ou característica de violento; Ato de crueldade; Emprego de meios violentos; Fúria repentina; Coação que leva uma pessoa à sujeição de alguém". Percebe-se que a palavra violência implica em vários sentidos e estes levam a existência de vários tipos.

Assim, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (2020) existem três grupos de quem comete atos de violência que são: a violência autoprovocada, a violência interpessoal e violência coletiva. Destaca-se que a Violência Doméstica se enquadra na violência interpessoal.

Tendo em vista posto os tipos e conceitos sobre violência e para fins de conclusão sobre o conceito de Violência contra a mulher, diz respeito, segundo a ONU(1993) à todo ato de violência que tenha e que possa ter como resultado um dano como o sofrimento físico, sexual ou psicológico para a mulher, inclusive as ameaças e seus atos de coação, ou a privação arbitrária de sua liberdade, tanto que se procedam em sua vida pública ou privada.

1.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEUS TIPOS

A Violência contra a mulher não é algo natural, pelo contrário está atrelada a uma construção histórica e também social, que tem sua gênese no patriarcalismo das sociedades antigas (Leite e Noronha, 2015). Assim, para compreender este fenômeno violento, é importante compreender as raízes do mesmo.

Inicialmente, faz-se necessário compreender o que vem a ser a Violência Doméstica, e neste sentido leciona Pinafi (2007):

A violência contra a mulher é produto de uma construção histórica — portanto, passível de desconstrução — que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. **Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.** (grifo nosso)

Assim a violência contra a mulher, na qual se inclui a Violência Doméstica refere-se às condutas que causam danos físicos, sexual ou psicológico e também além da morte, considera-se violência doméstica, os danos morais e patrimoniais, como corrobora a Lei 11.340/2006

Art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (BRASIL, 2006)

De forma lacônica e objetiva a violência doméstica e familiar se caracteriza por atos de agressão ou omissão que se dão nas seguintes formas: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

Quando tratamos sobre Violência Doméstica, é mister atentar que se trata de uma luta contínua e dinâmica, no que tange ao direito internacional, e neste sentido tomar como base os conceitos e definições, também de forma mundialmente aceito, assim, por derradeiro a Organização Mundial da saúde aduz que:

Todo ato de violência baseado em gênero, que tem como resultado, possível ou real, um dano físico, sexual ou psicológico, incluídas as ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, seja a que aconteça na vida pública ou privada. Abrange, sem caráter limitativo, a violência física, sexual e psicológica na família, incluídos os golpes, o abuso sexual às meninas, a violação relacionada à herança, o estupro pelo marido, a mutilação genital e outras práticas tradicionais que atentem contra mulher, a violência exercida por outras pessoas – que não o marido - e a violência relacionada com a exploração física, sexual e psicológica e ao trabalho, em instituições educacionais e em outros âmbitos, o tráfico de mulheres e a prostituição forçada e a violência física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra”.(OMS, 1998, p.7).

A definição acima é mais ampla e foi elaborada e publicada na Eliminação da Violência Contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1993 e nos parece a mais completa e concatenada com a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Sabendo-se as definições e conceitos sobre a Violência Doméstica, é mister compreender os tipos de Violência Doméstica, e estes estão tipificados no corpo da Lei Maria da Penha, especificamente no Capítulo II, no Artigo 7º e incisos I, II, III, IV e V, conseqüentemente e são : Violência física; Violência psicológica; Violência moral; Violência sexual e Patrimonial.

1.2 TIPOS DE VIOLÊNCIA

Os tipos de Violência Doméstica aqui tratados, são os postos na Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, conforme citados anteriormente.

A Violência Física é “Entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher.” (IMP,2020) e neste tipo de violência, se encontram: Espancamento; Os atos de arremessar objetos; Sacudir a vítima; Apertar seus braços; Estrangulamento ou Sufocamento; Lesões das mais diversas formas e; Tortura.

A Violência Psicológica é “considerada qualquer conduta que: cause dano emocional e diminuição da autoestima; prejudique e perturbe o pleno

desenvolvimento da mulher; ou vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões” (IMP,2020.).

São casos de Violência Psicológica: Ameaça; Constrangimento; Humilhação; Manipulação; Isolamento (proibição de contato com amigos e parentes); Vigilância constante; Chantagem; Tirar a liberdade de crença e; Distorcer e omitir fatos para deixar a mulher em dúvida sobre a sua memória e sanidade (*gaslighting*); entre outros.

De acordo com o IMP (2020) a Violência Sexual “Trata-se de qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força”. Neste caso se encontram: O estupro; o ato de obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa; Impedir o uso de métodos contraceptivos ou forçar a mulher a abortar; Limitar ou anular o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; entre outros.

Violência Patrimonial é “Entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades”. (IMP,2020).

São exemplos de Violência patrimonial: Controlar o dinheiro; Destruição de documentos pessoais; Furto, extorsão ou dano; Estelionato; Privar de bens, valores ou recursos econômicos; Causar danos propositais a objetos pertencentes a vítima; entre outros.

Violência Moral “É considerada qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria” de acordo com o IMP (2020).

É Violência Moral: Acusar a mulher de traição; Emitir juízos morais sobre a conduta da vítima; Expor a vida íntima; Rebaixar a mulher por meio de xingamentos que digam respeito a sua índole; Desvalorizar a vítima pelo seu modo de se vestir; entre outros.

2. TRATADOS INTERNACIONAIS, CONVENÇÕES E CONFERÊNCIAS.

A fim de compreender o processo histórico mundial que envolve a questão dos direitos das mulheres, bem como toda discriminação de gênero e combate à Violência Doméstica e Familiar, compilamos os principais documentos pertinentes às conquistas, em se tratando de Tratados Internacionais, Convenções e Conferências. Percebe-se conforme o quadro abaixo, que a questão dos Direitos Internacionais da

Mulher sempre foram pautas dos Direitos Humanos, uma vez, estar atrelado à dignidade da pessoa humana.

Quadro 1: Tratados Internacionais, Convenções e Conferências

Principais Documentos Internacionais para a Promoção dos Direitos das Mulheres e da Igualdade de Gênero
Carta das Nações Unidas (1945)
Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).
Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher (1948)
Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953).
Convenção da OIT no. 100 (1951).
Convenção da OIT no. 103 (1952).
Convenção da OIT no. 111 (1958).
Convenção da OIT no. 156 (1981).
Convenção da OIT no. 171 (1990).
Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - CERD (1966).
Convenção Americana de Direitos Humanos, São José (1969).
I Conferência Mundial sobre a Mulher (Cidade do México, 1975).
Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher - CEDAW (1979).
II Conferência Mundial sobre a Mulher (Copenhague, 1980).
III Conferência Mundial Sobre a Mulher (Nairóbi, 1985).
Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio, 92).
II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993).
III Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 94).
Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará (1994).
IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, 95).
II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos- Habitat II'96 (Istambul, 96).
Declaração do Milênio (2000).
III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e formas Conexas de Intolerância (Durban, 2001).

Convenção e Recomendação da OIT sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (Genebra, 2011).

Fonte: Observatório de Gênero(adaptado)[4]

3. LEIS NACIONAIS INERENTES AO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Sabe-se que houve no mundo toda uma discussão no plano dos direitos internacionais no sentido de fazer existir direitos às mulheres, colocando-as no mesmo patamar dos homens, assim não havendo discriminação, e relações de superioridade de um gênero em relação a outro.

Há uma contínua e dinâmica por parte da sociedade mundial que sempre esteve nas trincheiras buscando garantir a Dignidade da Pessoa Humana para todos, inclusive às mulheres, que socialmente sempre foi parte vulnerável em cenários de sociedades patriarcais, que produziam uma cultura machista.

A luta pelos direitos das Mulheres, no que concerne ao combate à Violência Doméstica, é uma discussão que está dimensionada na garantia da Dignidade da Pessoa Humana, e para buscar garantir essa Dignidade, foi necessário, no Brasil, existir uma Lei específica, que não foi aprovada com tanta brevidade, no sentido de um tema urgente. É importante frisar que antes de entrar no ordenamento jurídico nacional, e em relação a isso aduz Martins (2020) "Antes desta data, os homens, histórica e culturalmente tinham liberdade para agredir indiscriminadamente suas companheiras sem receber as merecidas punições. Uma questão de gênero enraizada desde muitos séculos".

O Brasil já era signatário da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres desde o ano de 1984, porém desde então não houve nenhuma movimentação política no sentido de fomentar uma lei concernente à proteção das mulheres, fato este que mostra que havia uma predominância masculina conservadora no parlamento que não tinha interesse em criar uma lei específica relativa à Convenção mencionada acima.

Reprisa-se que o Estado foi inerte em relação aos direitos e garantias das mulheres, inclusive no combate à Violência Doméstica, até ocorrer o escândalo judiciário percebido no famigerado caso de " Maria da Penha" que forçou no plano internacional que o Brasil se enquadrasse, numa realidade contextual contemporânea mais racional como leciona Almeida, Nascimento, Costa e Outros (2005,p5):

Diante da omissão e negligência do poder judiciário, a CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional)

e o CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), juntamente com a própria Maria da Penha, encaminharam em 1998 uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), denunciando o Estado brasileiro pelo ato de impunidade e negligência em relação à violência doméstica da qual Maria da Penha havia sido vítima. **Assim, em virtude da pressão internacional, no ano de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu Informe nº 54, responsabilizou e condenou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres. Fato este que acarretou constrangimento ao Estado brasileiro, fazendo com que cumprisse os tratados internacionais dos quais é signatário.** (Grifo nosso).

Percebe-se que o caso Maria da Penha, apontou que o Brasil, assinava Tratados, participava de Convenções e Conferências, dando uma ideia de uma nação preocupado com a os direitos e garantias das mulheres mas no plano prático, havia uma política e uma legislação indiferente à realidade posta. O caso de Maria da Penha mostrou a realidade da mulher brasileira às veias abertas para a sociedade internacional.

Destacando esse contexto vergonhoso:

O Brasil ignorou os pedidos de esclarecimento enviados de Washington. Ante o silêncio, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu em 2001 fazer uma condenação pública, para que o mundo ouvisse. Acusou o país de covardemente fechar os olhos à violência contra suas cidadãs. **Foi uma humilhação internacional.**

Só então o governo começou a se mexer por uma lei contra a violência doméstica. Organizações feministas ajudaram na redação do projeto.

A pressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos também foi decisiva para que o marido de Maria da Penha fosse posto atrás grades, em 2002 — 19 anos e meio após os atentados. Os crimes caducariam aos 20 anos.

Em 2006, o projeto foi aprovado pela Câmara e pelo Senado e sancionado por Luiz Inácio Lula da Silva, o presidente na época. A Lei 11.340 ganhou o apelido de Lei Maria da Penha — justa homenagem à mulher que se recusou a aceitar a inércia das instituições e mudou o destino das brasileiras para sempre. (Jornal do Senado)

Como se percebe somente no ano de 2006 é que o Brasil passou a ter uma lei específica que introduz no plano positivado do ordenamento jurídico um instrumento concreto que combate a Violência contra as mulheres, cinco anos após ser condenado publicamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Mesmo sendo o Brasil signatário, ser integrante e participar de Conferências, Convenções e Tratados, só podemos considerar a realidade concreta como corte epistemológico e histórico, a entrada da Lei 11.340 no ordenamento jurídico. Com efeito é esse acontecimento que coloca o Brasil no caminho da decência humana no que se refere a Dignidade da pessoa Humana.

A Lei Maria da Penha, tenta romper com uma tradição patriarcal legalmente criminoso que remonta ao período de Brasil Colônia, como se constata:

A vida do Brasil colonial era regida pelas Ordenações Filipinas, um código legal que se aplicava a Portugal e seus territórios ultramarinos. Com todas as letras, as Ordenações Filipinas asseguravam ao marido o direito de matar a mulher caso a apanhasse em adultério. Também podia matá-la por meramente suspeitar de traição — bastava um boato. Previa-se um único caso de punição. Sendo o marido traído um “peão” e o amante de sua mulher uma “pessoa de maior qualidade”, o assassino poderia ser condenado a três anos de desterro na África.

No Brasil República, as leis continuaram reproduzindo a ideia de que o homem era superior à mulher. O Código Civil de 1916 dava às mulheres casadas o status de “incapazes”. Elas só podiam assinar contratos ou trabalhar fora de casa se tivessem a autorização expressa do marido. (Jornal do Senado)

A partir da existência deste instrumento legal que fomenta um combate à Violência Doméstica, urge também que haja políticas afirmativas por parte do Estado, neste sentido, inclusive ensejando uma nova cultura pautada na consciência de uma sociedade que não se cale diante das atrocidades causados pela Violência Doméstica.

Tendo em vista uma nova realidade contextual , este ano de 2020 , o Congresso Nacional corroborou a lei Maria da Penha , através da Lei 14.022/2020, de autoria da Deputada ativista Maria do Rosário e mais 22 congressistas da bancada feminina, “a Lei para tentar conter o aumento de casos de violência doméstica no país. (...)ampliou o alcance das medidas também para pessoas com deficiência que sofram violência doméstica e familiar.” (Agência Senado, 2020).

Tendo em vista a importância da Lei Maria da Penha na história do Brasil, no que tange à proteção à Dignidade da Pessoa Humana tendo como foco as mulheres, assim, cabe-nos analisar os efeitos da Lei ao que concerne às políticas públicas por parte do Estado.

Assim, é importante atentar e investigar como se dá o atendimento, o acesso à justiça por parte das vítimas de Violência Doméstica, tendo em vista que há uma lei específica para estes casos.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS: DO PLANO POSITIVADO AO PLANO CONCRETO.

De acordo com a Carta Magna de 1988, no Artigo “Todos são iguais perante a lei” e ainda acrescenta no Inciso I, do artigo mencionado que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. O Direito Fundamental à igualdade entre homens e mulheres pressupõe, inicialmente, que a Dignidade da Pessoa Humana é indistinta em relação ao gênero. Assim, é mister destacar que a letra da Lei Maior do Estado trata todos no mesmo nível, e este nível é o da dignidade, da equidade e igualdade, na contramão Oliveira e Cavalcante(2007) afirma “ que na prática os direitos fundamentais não são acessíveis a todo e qualquer cidadão, em virtude principalmente da não observância da igualdade e da dignidade da pessoa humana”.

Neste cenário dicotômico entre lei e fomento de políticas públicas há fissuras que não concatenam a teoria (Lei) e ações governamentais (Políticas públicas), e sem essa práxis político-legal é impossível combater a Violência Doméstica que está dimensionada na violência de gênero.

No que tange as primeiras iniciativas concretas corrobora Oliveira e Cavalcante (2017, p11):

A primeira experiência de implantação de uma política pública de combate à violência contra as mulheres no Brasil ocorreu em 1985 com a criação da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher-DEAM. No mesmo ano foi constituído o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Em 1986, foi

criada a primeira Casa-Abrigo para mulheres em situação de risco de morte do país. Essas três importantes conquistas da luta do movimento feminista no Brasil foram, durante muito tempo, as principais ações do Estado voltadas para a promoção dos direitos das mulheres no enfrentamento à violência.

Vem-se reprisando ao longo deste trabalho que o combate à Violência Doméstica é fruto de manifestações e reivindicações aguerridas e organizadas e ainda nos idos dos anos da década de 1980 houve a criação da Delegacia especializada de atendimento à Mulher, também foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e a primeira Casa-Abrigo.

A atenção à Mulher passa a ser enfocada de forma mais prioritárias a partir do ano 2003, como aduz Oliveira e Cavalcante (2017) apud Pasinato e Santos (2008):

inaugurou-se uma nova fase nas políticas públicas de âmbito nacional relacionadas às mulheres, com a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, a qual recebeu o status de ministério, com orçamento próprio, poderes e autonomia administrativa para criar e executar políticas públicas voltadas para a ampliação e a garantia dos direitos das mulheres. **Assim, a política de enfrentamento à violência contra as mulheres foi ampliada no sentido de promover a implantação de novos serviços e de propor a construção de Redes de Atendimento às mulheres em situação de violência.** (grifo nosso)

Percebe-se que a política de enfrentamento à violência contra as mulheres ganha uma dimensão mais concreta, institucional e objetiva a partir de 2003, quando passa haver um direcionamento a partir de diretrizes do Governo Federal com a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres que assim implementa a criação das redes de Atendimento às mulheres em situação de violência.

No sentido de políticas públicas podemos aduzir que a Política Nacional estabelecida a partir do ano de 2003, colocaram o Brasil numa direção político-legal das Nações que respeitavam os Tratados, Convenções e Conferências, como sintetiza BRASIL (2011):

A Política Nacional encontra-se, também, em consonância com a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e com convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tais como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1981) e a Convenção Internacional contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas (Convenção de Palermo, 2000). Desse modo, a elaboração da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) tem como objetivo explicitar os fundamentos conceituais e políticos do enfrentamento à questão, que têm orientado a formulação e execução das políticas públicas formuladas e executadas - desde a criação da SPM em janeiro de 2003 - para a prevenção, combate e enfrentamento à violência contra as mulheres, assim como para a assistência às mulheres em situação de violência.

No contexto desse novo olhar de uma política pública voltada para às mulheres é que se estabelecem diretrizes amplas para o enfrentamento à violência doméstica como se percebe:

A partir de 2003, as políticas públicas para o enfrentamento à violência contra as mulheres são ampliadas e passam a incluir ações integradas, como: criação de normas e padrões de atendimento, aperfeiçoamento da legislação, incentivo à constituição de redes de serviços, o apoio a projetos educativos e culturais de prevenção à violência e ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de segurança pública.(BRASIL, 2011).

Embora em 1986, já existisse um Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, uma verdadeira política pública de enfrentamento à violência contra as mulheres passa a existir somente a partir do ano de 2003 e assim busca-se entre as metas estabelecidas incentivar a constituição de redes de serviços, projetos educativos e culturais, além de buscar a ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de segurança pública.

5. O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES: DO ACESSO À JUSTIÇA E OS SERVIÇOS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DO AMAZONAS.

Vimos que a trajetória histórico-legal dos direitos inerentes às mulheres, principalmente no que se refere a dignidade da pessoa humana e à da igualdade de direitos e deveres caminha no Brasil em marcha lenta, mas tem alcançado os estados e inclusive tem alcançado cidades interioranas, que é o caso do Município de Itacoatiara, que desde o ano de 2019, tem tentado viabilizar acesso à justiça e a segurança pública para as mulheres vítimas de Violência Doméstica.

De acordo com o Senado Federal (2011) em relatório tratando sobre as políticas de enfrentamento do plano nacional, o Estado do Amazonas assinou o Pacto com a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) em 2009, tendo como municípios polos dez municípios, inclusive o Município de Itacoatiara. De acordo com o Mapa da Violência (2003), o Amazonas tinha uma taxa de 3.8 homicídios femininos para cada cem mulheres. Com efeito, o Governo do Estado do Amazonas passou a fomentar ações práticas o que tange ao enfrentamento ao combate à violência a mulher como se percebe:

Quadro 2: Ações Previstas para implementação do Pacto entre os anos de 2011 e 2014.

Ação	Órgão Estadual e/ou Municipal Responsável
Implantação do Núcleo de Atendimento às Vítimas de Violência Sexual, Doméstica e familiar e outras violências no IML.	Secretaria de Estado de Segurança Pública – SSP.
Criação da Central de Notificações e Central de Transportes	Secretaria de Estado de Segurança Pública – SSP.
Implantação e estruturação de um Banco de Dados sobre a situação da violência contra a Mulher no Estado do Amazonas.	Secretaria de Estado de Assistência Social e Cidadania – SEAS.
Estruturação da Coordenação dos Serviços de Atenção em Defesa dos Direitos da Mulher*	Secretaria de Estado de Assistência Social e Cidadania – SEAS.
Campanha dos 16 dias de Ativismo/Semana da Mulher	Secretaria de Estado de Assistência Social e Cidadania – SEAS.
Apoio aos Municípios para Criação e Instalação dos Conselhos Municipais dos Direitos da Mulher	Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos – SEJUS.
Perfil de mulheres em situação de violência no Estado do Amazonas – Brasil	Universidade Estadual do Amazonas – UEA.
Programa de Capacitação em artes manuais para mulheres em situação de prisão na cidade de Manaus	Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos – SEJUS.
Pesquisa sobre a Violência que sofrem mulheres em situação de prisão no Estado do Amazonas	Universidade Estadual do Amazonas – UEA.
Realização de 31 (trinta e uma) oficinas de capacitação em artesanato destinadas à formação de artesãs, com foco para as mulheres em situação de prisão da Cadeia Pública Feminina Des. Raimundo Vidal Pessoa, na cidade de Manaus	Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos – SEJUS.
Formação de 80 (oitenta) especialistas na prevenção e intervenção em Violência Doméstica, envolvendo	Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos – SEJUS.

Fonte: Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.[5]

Neste contexto de implementações de uma política nacional, o Estado do Amazonas, fez o Acordo de Cooperação com a União e assinado um Termo de adesão que visa consolidar o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra às Mulheres, como se fez saber Amazonas (2019, p2):

Acordo de Cooperação Federativa, de 31 de janeiro de 2012, celebrado entre a União, por intermédio da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e o Estado do Amazonas, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, o Ministério Público do Estado do Amazonas, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas e a Associação Amazonense de Municípios do Estado do Amazonas, **para a execução de ações cooperadas e solidárias para a**

implantação do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres.

Termo de Adesão n.º 012/2013/SPM/PR, de 30 de outubro de 2013, celebrado entre a União, por intermédio da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e o Estado do Amazonas, o Município de Manaus, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, o Ministério Público do Estado do Amazonas e a Defensoria Pública do Estado do Amazonas, **para a consolidação da Política e do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, mediante adesão dos partícipes ao "Programa Mulher: Viver sem Violência"**

De fato o Estado do Amazonas, incorporou a política de enfrentamento, e vem se estruturando nessa dimensão, criando pastas em sua estrutura governamental, e se adequando à uma concepção mais contemporânea de gestão, na qual se dá ênfase a políticas afirmativas e se atenta aos princípios dos Direitos Humanos.

No ano de 2019, a Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (SEJUSC) e o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM), assinaram um Termo de cooperação técnica que "tem por objetivo a cooperação técnica entre os partícipes, mediante a conjugação de esforços com vistas à continuidade das ações voltadas a gestão das políticas públicas para atendimento e apoio das Mulheres do Campo e da Floresta" (Amazonas, 2011). Assim, é fato que as políticas públicas em relação ao Enfrentamento ao Combate à Violência contra a Mulher, é uma realidade, no Estado do Amazonas.

É importante frisar que as ações da SEJUSC geram efeitos positivos no que concerne ao enfrentamento posto, como se observa:

Compete, especificamente, a SEJUSC: Apoiar tecnicamente as ações em prol das mulheres e divulgar amplamente as atividades que serão executadas através do presente acordo; Disponibilizar equipe técnica para desenvolvimento das ações e atividades previstas neste instrumento; Prestar atendimentos psicossociais às mulheres, com encaminhamentos à rede de atendimento de combate à violência contra a mulher; Promover abordagens informativas às mulheres; Promover rodas de conversas sobre a prevenção de violência contra a mulher; Realizar o cadastramento das mulheres usuárias da rede de atendimento; Realizar atendimento das demandas

emergenciais, responsabilizando-se pelo encaminhamento para a rede de atendimento de violência contra a mulher; Realizar a emissão de documentos básicos para mulheres (1.ª e 2.ª vias de RG e Certidão de Nascimento), em parceria com a Secretaria Executiva de Cidadania da SEJUSC; Disponibilizar, a título gratuito, para o TJAM a cessão da Unidade Móvel de Atendimento, para a implementação conjunta das ações e atividades descritas neste instrumento.

É inexorável afirmar que o Estado do Amazonas através da SEJUSC, traça no plano real e concreto uma gestão concatenada à política nacional de enfrentamento ao Combate à Violência as Mulheres, inclusive fomentando atendimentos que garantem acesso à justiça, no que concerne à uma mobilidade no caminho da cidadania e na construção da Dignidade da Pessoa Humana, das mulheres vítimas. Nesta esteira o acesso à justiça é visto como direito fundamental, que por conseguinte um direito previsto na Constituição Federal de 1988.

5.1 O ACESSO À JUSTIÇA: A IMPORTÂNCIA DA CASA DE MARIA NO MUNICÍPIO DE ITACOATIARA

Discorrer sobre as leis, refletir sobre as políticas de enfrentamento ao combate às formas de violência contra às mulheres, nada disso importa, se no plano prático, não houver acesso à justiça, que é a pedra de toque de fomentos das ações concretas das políticas públicas. Como já dito o “acesso” não é sinônimo de mero atendimento para registro de boletins de ocorrência, e sim, ter acesso à estrutura holística do Poder Público para o enfrentamento da Violência. Neste diapasão, o acesso à justiça, se dá dentro de uma política de enfrentamento posta em lei, e que implica na criação de uma estrutura como nos mostra o Pacto Nacional:

(...)ao definir um dos seus eixos como Fortalecimento da Rede de Atendimento e Implementação da Lei Maria da Penha, garante um maior aporte de recursos por parte da Secretaria de Políticas para as Mulheres e demais Ministérios para o apoio (criação/reaparelhamento/reforma) de serviços especializados de atendimento à mulher (em especial, Centros de Referência de Atendimento à Mulher, Casas Abrigo, Casas de Acolhimento Provisório, Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, Núcleos da Mulher nas Defensorias Públicas, Promotorias Especializadas, Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher(Presidência da República, p.20, 2011)

O acesso à justiça, por conseguinte, não é apenas, o atendimento na delegacia, envolve atendido por uma rede composta de uma estrutura robusta, concreta, objetiva, que fomente verdadeiramente o direito fundamental da dignidade da pessoa humana às mulheres, pois o acesso aqui desejável é à estrutura que conta com criação de delegacias especializadas ao atendimento específico de mulheres agredidas, a criação de abrigos para que a mulher agredida não fique exposta ao relento habitacional, a criação de núcleos específicos voltados para atendimento às mulheres agredidas, tanto na defensoria quanto na promotoria, além da existência de juizados especializados em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Em Itacoatiara, cidade localizada na Região Metropolitana de Manaus, nos traz uma demonstração de ação prática no combate à Violência Doméstica contra às Mulheres, fomentando assim acesso à justiça para as vítimas da violência em questão. Com efeito, em Itacoatiara a “Casa de Maria” desenvolve atendimento às mulheres vítimas dos crimes tipificados na Lei nº 11340.

A respeito da Casa de Maria, que é um projeto de iniciativa do Governo do Amazonas, por meio de sua Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (Sejusc), e atua oferecendo diariamente orientação, acolhimento e apoio a vítimas e seus familiares. Em relação à atendimento, parcerias e apoios, a Casa de Maria é:

um espaço anexo a Delegacia Especializada com atendimento social e psicólogo, faz parte de uma parceria entre Sejusc, Prefeitura de Itacoatiara, Movimento de Mulheres Camponesas de Itacoatiara e Delegacia Especializada no município, com apoio do Fundo de Promoção Social e Erradicação da Pobreza (FPS) e Agência de Fomento do Estado do Amazonas (Afeam).(Amazonas, Sejusc, 2019).

Tratando sobre o acesso à justiça fomentado na Casa de Maria, esclarece a Defensoria Pública do Amazonas “O atendimento será possível a partir da assinatura de um termo de cooperação entre a Defensoria e a Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (SEJUSC), que administra a Casa[6] (Amazonas, 2019), logo as vítimas de violência acolhidas pela Casa de Maria passaram a receber assistência jurídica gratuita da Defensoria Pública do Estado (DPE-AM) na sede do projeto, em Itacoatiara, colocando em pratica o que a lei e a política de enfretamento tem orientado.

Assim, a Casa de Maria , que é uma unidade da rede de Enfretamento à Violência Contra a Mulher no Amazonas que atua nesta frente a partir de uma cooperação entre dois órgãos do Estado que são a Defensoria Pública do Amazonas

e da Secretaria de Justiça de Cidadania e Justiça, que se deu através do Acordo de Cooperação Técnica nº002/2019, o qual garante atendimento jurídico e também faz os encaminhamentos aos órgãos de proteção e serviços psicológicos às vítimas.

Compondo parte da estrutura de acesso ao Enfrentamento, a Delegacia Especializada em Crimes Contra a Mulher, tem permitido em ação conjunta com a Casa de Maria, substituir a cultura do silêncio pela cultura da denúncia, como se percebe: “Quando chega a quinta-feira, eu posso ficar sossegada, porque eu sei que não vou mais apanhar”. Esse é o relato de Silene Matos, de 45 anos, que sofreu violência doméstica durante 23 anos no município de Itacoatiara (AMAZONAS, SEJUSC, 2020).

Outros depoimentos corroboram uma mudança comportamental nas mulheres vítimas de Violência Doméstica, graças a existência real e concreta de uma estrutura que permite o verdadeiro acesso à justiça, no sentido amplo, como se percebe, no depoimento de Silene que conta que por diversas vezes o marido chegava alcoolizado em casa nos fins de semana e a violentava, tanto fisicamente quanto psicologicamente e após ser atendida no Serviço de Apoio a Mulheres, Idosos e Crianças (SAMIC/ Casa de Maria) ela mudou a forma como se enxergava e conseguiu quebrar o ciclo de violência.

De acordo com a Delegacia Especializada em Crimes Contra a Mulher, nos anos de 2019 e 2020, tem os dados abaixo postos na tabela abaixo:

Tabela: índices de Ocorrências e Inquéritos instaurados

Violência doméstica		Violência doméstica	
2019		2020	
Ocorrências registradas	933		477
Inquéritos Instaurados	251		127

Fonte: Delegacia Especializada em Crimes Contra a Mulher (DECCM)

Os dados relativos aos atendimentos especializados em relação à Violência Doméstica e Familiar no Município de Itacoatiara nos mostram que a cultura do silêncio é rompida e dá lugar para a cultura da denúncia, pois há uma estrutura que corrobora para a dignidade da pessoa humana, no que tange à igualdade de gênero, no que tange a não-violência, no que tange à uma sociedade humana e justa.

A existência de uma estrutura de apoio que conta com a existência de um núcleo de atendimento, como a Casa de Maria, permite-nos visualizar através de dados e depoimentos como a realidade pode ser mudada, quando as políticas

públicas são conduzidas de maneira responsável e preocupada com o bem estar social, com a vida, com a cultura da paz.

A Casa de Maria, é fruto do envolvimento do governo do estado com o governo municipal, que juntos buscam consolidar o que já está posto em plano nacional a mais de uma década. É sempre importante destacar que quando há vontade política, e se coloca a questão como prioridade, a teoria vira leitura da prática. Abaixo segue quadro, no qual se percebe a atuação da Casa de Maria.

Quadro 3: Serviços da Casa de Maria

<p>1. Quantidade de Atendimentos</p>	<p>1- Mulheres atendidas desde junho de 2019 - 203 mulheres, 76- Pessoa idosa, 37-Crianeas e Adolescentes, 19- pessoa portadora de deficiência.</p>
<p>2. Procedimentos do Serviço Social</p>	<p>2- O profissional de Serviço Social, utiliza alguns instrumentos técnicos operativos, para uma melhor avaliação tais como: entrevista, processo de escuta inicial, e observações técnicas, outro instrumento comum, é a visita domiciliar, para recolher a realidade do qual, o sujeito vive. No que se refere ao encaminhamento, isso acontece após o processo de acolhida e orientações a mulher, assim como a passível encaminhamento para o órgão competente se for o caso.</p>
	<p>3— A metodologia adotada é a oferta do atenção especializadas, deve ter como foco a família e a situação vivenciada, muito das mulheres ainda nos levam enfrente suas denúncias, ainda por medo e vergonha, cabe a nós profissionais oferecer as vítimas, aos agressores e as famílias o atendimento necessário para</p>

<p>3. Metodologia</p>	<p>ajudar a superar as condições geradoras de violência e as sequelas resultantes dos maus tratos.</p>
<p>4. Por que se criou a “Casa de Maria”?</p>	<p>4 - para coibir os diversos tipos de violência; por conta do grande índice do violência doméstica, foi criado para o município de Itacoatiara, o SAMIC/ Casa de Maria vinculado a SEJUSC, com a parceria da Prefeitura Municipal de Itacoatiara, onde houve no primeiro semestre de 2019, atendimentos relevantes de violência doméstica.</p>
<p>5. O Acesso no sentido amplo</p>	<p>5-Equipe procura introduzir abordagem temáticas e rodas de conversas vistas a contribuir para retirar-las do processo de angústia, oficinas para terem seu próprio recurso financeiro, pois percebe-se a baixa autoestima por conta da condição de violência que estar inserida. Após todo processo de trabalho, se houver necessidade de abrigar-la, SAMIC/Casa de Maria. Ter um espaço, onde essa vítima pode ficar sobre nossos cuidados por três dias após o primeiro momento da violência sofrida. Quando há necessidade de medida protetiva a autoridade policial da delegacia especializada solicita e encaminha para equipe da Defensoria identificar se a vítima necessita de outros atendimentos como: partilha de bens, guarda compartilhada, pensão alimentícia, dentre outras, se houver.</p>

Fonte: SAMIC/Casa de Maria.

A Casa de Maria faz parte de uma estrutura, que conta com a existência de Delegacia especializada, núcleos específicos na Defensoria Pública e Promotoria, e tem em suas ações atendimentos voltados à integração social e à reestruturação psicológica, sendo, portanto, fundamental para a concretização do acesso às vítimas de Violência Doméstica e Familiar ao patamar positivado da Dignidade da Pessoa Humana, no município de Itacoatiara.

CONCLUSÃO

No decorrer deste artigo, pode-se investigar e analisar a trincheira histórica que tem sido a busca pelo acesso à justiça, por parte das mulheres vítimas de Violência Doméstica e Familiar. Pois este acesso tem um sentido amplo, não se referindo simplesmente à atendimento em delegacias, à defensoria ou algo similar, trata-se, de acesso à uma política justa que além de poder acessar à justiça também lhe forneça suportes estruturais para uma reestruturação psicossocial com amparo legal.

Outra conclusão que podemos tecer é a de que não se pode ver o acesso às vítimas de Violência Doméstica e Familiar à justiça sem a lente dos Direitos Humanos, pois este acesso está intimamente vinculado aos direitos fundamentais que tem como azo a Dignidade da Pessoa Humana.

É ponto de conclusão, aduzir que as políticas públicas podem alcançar seus objetivos se houver empenho do Poder Público, em suas instâncias. Se o Estado tornar prático o que está positivado, a realidade que se prega na não discriminação de gênero, será construída progressivamente, tendo em vista que o acesso à justiça permite uma mudança de comportamento, principalmente os que são imbricados de uma cultura extemporânea patriarcal e por conseguinte, machista.

No Estado do Amazonas, tomando o exemplo prático das ações do Governo estadual em cooperação federativa permitiu o município de Itacoatiara, conseguisse consolidar uma política prática de acesso à justiça para as mulheres vítimas de Violência Doméstica e Familiar, pois houve o fomento de estrutura de enfrentamento, do qual nota-se a função precípua e profícua das atividades realizadas pela " Casa de Maria".

A "Casa de Maria" conseguiu criar expectativas para quem já não as tinha e perspectivas positivas para quem já não tinha esperança numa vida digna, postulada como princípio fundamental.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS, Defensoria do Estado do . **Em Itacoatiara, mulheres vítimas de violência serão atendidas pela DPE-AM na Casa de Maria.** Defensoria do Estado

do Amazonas. Disponível em: <https://www.defensoria.am.def.br/post/2019/08/19/em-itacoatiara-mulheres-v%C3%ADtimas-de-viol%C3%A2ncia-ser%C3%A3o-atendidas-pela-dpe-am-na-casa-de-maria>. Acesso em 12.09.2020.

AMAZONAS, Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do. **Em Itacoatiara, Casa de Maria atende mulheres vítimas de violência no interior**. Disponível em: <http://www.sejusc.am.gov.br/em-itacoatiara-casa-de-maria-atende-mulheres-vitimas-de-violencia-no-interior/>. Acesso em: 25.09.2020.

BAFFI, M. A. T. Modalidades de pesquisa: um estudo introdutório. 2016. Disponível em: <http://usuarios.upf.br/~clovia/pesq_bI/textos/texto02.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2016.

BRASIL, Senado Federal do. Relatório Final. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência". Brasília, 2013.

BRASIL, Presidência da República do **PO L Í T I C A N A C I O N A L D E E N F R E N T A M E N T O À V I O L Ê N C I A C O N T R A A S M U L H E R E S**. PO L Í T I C A N A C I O N A L D E E N F R E N T A M E N T O À V I O L Ê N C I A C O N T R A A S M U L H E R E S SECRETARIA nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres. Brasília, 2011.

LEITE, Renata Macedo Leite . **NORONHA**, Rosangela Moraes Leite. **A violência contra a mulher: herança histórica e reflexo das influências culturais e religiosas**. Revista Direito & Dialogicidade -Crato, CE, vol.6, n.1, jan./jun. 2015

LEMES, Vanessa. **Violência contra mulheres**. Portal em Tempo. 2020. Disponível <https://d.emtempo.com.br/amazonas/218251/neste-ano-mais-de-12-mil-mulheres-sofreram-violencia-no-amem>.

MARTINS, Isabela Magno. **Violência Doméstica Contra a Mulher: Antes e Depois de 2006**. Portal Educação. 2020. Disponível em: <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/psicologia/violencia-domestica-contra-a-mulher-antes-e-depois-de-2006/57033>. Acesso em : 11.09.2020.

NASCIMENTO, Alexandre de Mendonça. **ALMEIDA**, Aline Gandra , **COSTA**, Aline Paes. e **OUTROS** . **Do histórico de legislação de proteção à mulher e do**

panorama atual da violência em londrina. Análise da lei maria da penha e suas implicações práticas, na disciplina de direito civil iv.. Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2015.

OLIVEIRA, Rosane Cristina de. Cavalcanti, Elaine Cristina Tenório políticas públicas de combate e enfrentamento à violência de gênero. Universidade do Grande Rio –Unigranrio.Periferia. Educação, cultura e Comunicação.2017

PEREIRA, Mariana Alvarenga . Acesso das Mulheres Vítimas da Violência Doméstica à Justiça. Revista Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijuí • ano 3 • n. 5 • jan./jun. • 2015 de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí .Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocraciap>. Acesso em 27.09.2020

PENAIF , Tânia. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. Revista eletrônica Histórica. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/texto03.pdf>. Acesso em 08.09.2020

PENHA, Instituto Maria da . Enfrentar, por meio de mecanismos de Conscientização e empoderamento, a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa é a nossa missão. Disponível em : <https://www.institutomariadapenha.org.br/> . Acesso em: 19.09.2020.

SENADO, Agência do. Lei torna essenciais serviços de combate à violência doméstica. Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/08/lei-torna-essenciais-servicos-de-combate-a-violencia-domestica>. Acesso em 11.09.2020

SENADO, JORNAL DO . Brasil só criou Lei Maria da Penha após sofrer constrangimento internacional. Portal Geledes. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/brasil-criou-lei-maria-da-penha-apos-sofrer-constrangimento-internacional/>, Acesso em 11.09.2020.

NOTAS:

[1] Jane Silva da Silveira, Bacharel em Estatística, Bacharel em Direito, Especialista em Direito Processual Civil, Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Amazonas.

[2] Equipe Editorial. Etimologia de violência. Etimologia e Origem do conceito. Disponível em.: <https://etimologia.com.br/violencia/>. Acesso em 10.09.2020

[3] Michaelis. Dicionário Michaelis. Editora Melhoramentos Ltda. 2020. Disponível em : <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/violencia>.

[4] Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/documentos-internacionais>.

[5] **BRASIL**, Senado Federal do. Relatório Final.COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência". Brasília, 2013.

[6] Grifo feito pela a autora.

UM BREVE ESTUDO SOBRE O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL ARTIGO 218-C DO CÓDIGO PENAL: "PORNOGRAFIA DA VINGANÇA"

ALESSANDRA MONTEIRO SOUTO:
Graduanda do Curso de Direito no Centro
Universitário Luterana de Manaus – ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo traz como proposta de pesquisa analisar os crimes contra a dignidade sexual do indivíduo, especificamente no que diz respeito ao crime intitulado de pornografia da vingança. O crime contra os costumes era o nome dado aos tipos de crimes que hoje se denominam de crimes contra a dignidade sexual, eles se referem, especificamente, a uma conduta moral perante a sexualidade com a condenação de certas formas sexuais. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica de cunho de revisão literária, na qual se verificou que a pornografia de vingança (ou revenge porn) é o nome dado ao ato de expor na internet fotos e/ou vídeos íntimos de terceiros sem o consentimento destes, geralmente contendo cenas que, mesmo tendo sido gravadas de forma consentida, não deveriam ser divulgadas publicamente, pois esta nunca foi à intenção de, pelo menos, uma das pessoas que participou das referidas cenas.

Palavras-chave: Crimes Sexuais. Dignidade Sexual. Pornografia da Vingança.

ABSTRACT: This article presents as a research proposal to analyze the crimes against the sexual dignity of the individual, specifically with regard to the crime titled pornography of revenge. Crimes against customs was the name given to the types of crimes that today are called crimes against sexual dignity, they refer specifically to a moral conduct towards sexuality with the condemnation of certain sexual forms. It is a bibliographic research of literary revision, in which it was verified that pornography of revenge (or revenge porn) is the name given to the act of exposing on the Internet photos and / or intimate videos of third parties without their consent, usually containing scenes that, even though they were recorded in a consensual manner, should not be publicly disclosed, as this was never the intention of at least one of the people who participated in the scenes.

Keywords: Sexual Crimes. Sexual Dignity. Pornography of Revenge.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A PROTEÇÃO PENAL DA DIGNIDADE SEXUAL DO INDIVÍDUO. 3 DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES – ANTES DA LEI Nº 12.015/09.

4. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. 5. PORNOGRAFIA DA VINGANÇA: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo traz como proposta de pesquisa analisar os crimes contra a dignidade sexual do indivíduo, especificamente no que diz respeito ao crime intitulado de pornografia da vingança. Abordando ainda os principais aspectos da tipologia criminal da Lei nº 12.015/09, assim como as mudanças legislativas ocorridas através da Lei nº 13.718/2018.

Vale ressaltar que, a sociedade que hoje vive na era da informática deve-se voltar para o jurista contemporâneo, cujo ponto de vista jurídico sofre mudanças em relação aos diversos aspectos da organização social, tais como: Democracia, Liberdade, Privacidade e Ética. Haja a vista, a informação na qual está alicerçada por sistemas digitais, tem sido como um bem jurídico de real valor, que pode ser levado em conta economicamente.

Assim sendo, a importância acadêmica, social e científica deste trabalho se dá também, por relatar os crimes tidos como violentos, não somente no âmbito familiar, social etc, mas também no que diz respeito aos crimes praticados no âmbito virtual, os quais geram consequências graves para a sociedade, pois atinge a todos, de forma direta ou indireta, e não escolhendo qual classe social será afetada.

Geralmente, a ideia de violência é pensada no espaço da rua, uma vez que se encontram, na atualidade, inúmeras residências cercadas por resistentes grades e enormes muros.

Entretanto, para muitos, o campo virtual tem se mostrado de forma vasta para prática criminosa, em virtude da facilidade e da ausência de uma maior fiscalização, existem pessoas que se aproveitam disso para cometer crimes virtuais, que vão desde a propagação de informações mentirosas até o uso das mesmas para uso dos meios eletrônicos, tais como fotografias íntimas e senhas.

Desta forma, as decisões dos tribunais ainda geram uma sensação de impunidade e desconforto, em virtude de não uma legislação própria que pune devidamente e ampara as vítimas. Neste sentido, o presente trabalho tratará desses aspectos tão relevantes e atuais no cotidiano da sociedade brasileira, tornando-se uma ferramenta mais acessível para os meios acadêmicos, social e científico.

2. A PROTEÇÃO PENAL DA DIGNIDADE SEXUAL DO INDIVÍDUO

Dentre os vários conceitos que serão abordados neste trabalho, um merece ser comentado de maneira específica, o conceito de dignidade da pessoa humana, ele pode-se dizer que é aberto, amplo, não podendo se satisfazer de maneira estática.

Esse conceito, segundo afirma Bitencourt (2018) possui natureza eminentemente de inclusão, uma vez que ele pode abarcar as diferentes formas de existência em sociedade, especialmente de minorias das pessoas que necessitem de especial proteção, em relação aos seus direitos fundamentais.

Neste sentido, a sexualidade também deve ser respeitada em sua dignidade, pelo que se traça um conceito de dignidade sexual que, por sua natureza, pertence ao sistema de direitos fundamentais da pessoa humana, em virtude de trazer à tona as diversas relações existentes, tanto de caráter eminentemente pessoal, como por exemplo, o fato de ser homossexual, quanto de caráter social, como exercer a sexualidade no contato com outros, conforme Barroso (2014):

[...] quando nos referimos aos direitos sexuais, há de se ter em mente que a sexualidade é parte integrante da personalidade de cada ser humano, um aspecto natural e precioso da vida, uma parte essencial e fundamental de nossa humanidade. Destarte, os direitos sexuais têm como objeto e fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana especificamente no tocante às questões relacionadas com o sexo, entendido aqui em sentido amplo, para abranger todas as suas dimensões, da mesma forma que os direitos humanos fundamentais, razão pela qual é lícito afirmarmos que os direitos sexuais são uma espécie daqueles. (BARROSO, 2014, p. 81).

Para o autor, o que se deve levar em consideração é que a moral pode até mesmo repudiar certas relações, tais como aquelas originadas e relacionadas ao comércio sexual. Tal repúdio diz respeito especificamente, a moral religiosa, que se caracterizam pelos os valores partilhados por indivíduos que professam a mesma fé.

Porém, existe o problema da moral secular, caracterizado num plano absoluto e rigorosamente distinto, que está relacionado à busca de enfrentar problemas vivenciados em uma situação prática, supondo um sujeito que seja responsável por seus atos, o qual poderá optar por duas ou mais condutas.

Neste sentido, entende-se que a liberdade sexual é uma das expressões mais caras da dignidade da pessoa humana, uma vez que quando exercida com poder de autodeterminação entre adultos, se faz a feição máxima do que aqui se denomina

de dignidade sexual, consistindo em um direito inerente à pessoa humana e tutelado pelo sistema de direitos fundamentais existentes.

Com respeito a essa classe de comportamentos, e independentemente da discussão sobre a eficácia da adoção de uma política criminal repressiva como meio de combate à pedofilia, não resta dúvida de que o legislador encontra o fundamento da punibilidade das condutas que tipifica na tutela da integridade sexual do menor, segundo afirma (PRADO, 2016):

[...] entendendo que o mesmo não é capaz de compreender com exatidão a transcendência dos atos praticados, e cujo desenvolvimento psicofísico poderia resultar altamente comprometido pela submissão ao abuso sexual por parte de adultos, ainda que essas práticas fossem intermediadas pelo seu consentimento. (PRADO, 2016, p. 189).

Neste sentido, de acordo com o autor, pode-se inferir que resta indagar a respeito do fundamento da punibilidade destes mesmos delitos, quando praticados contra vítimas maiores de 18 anos e no pleno gozo de suas faculdades mentais.

Nessas hipóteses, não resta dúvida de que a tipificação de tais comportamentos se justifica sempre com base na falta de consentimento do sujeito passivo, que pode ter sua origem no uso de violência, grave ameaça ou fraude, empregadas pelo autor do crime para tornar possível o abuso sexual (a título de exemplo, a descrição típica do art. 213, relativo ao estupro de vítimas maiores de 14 anos).

Vale ressaltar que, de acordo com o princípio penal da lesividade ou da ofensividade, todo e qualquer delito deve lesar ou, ao menos, criar perigo de lesão a bens jurídicos, os quais possam ser definidos como, conforme Nucci (2017):

[...] um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou meta individual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. (NUCCI, 2017, p. 126).

Assim, imperioso entender que esses valores sociais não podem, todavia, ser apontados pelo legislador aleatoriamente, devendo os bens jurídicos guardar relação com o que está estampado na Constituição Federal – (CF), com os valores que ali estão estabelecidos. Assim, o bem jurídico penal é constituído de relevante

importância para a sobrevivência do ser humano devendo haver uma tutela na esfera criminal.

3. DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES – ANTES DA LEI Nº 12.015/09

Os crimes contra os costumes era o nome dado aos tipos de crimes que hoje se denominam de crimes contra a dignidade sexual, eles se referem especificamente, a uma conduta moral perante a sexualidade com a condenação de certas formas sexuais, de acordo com CAPEZ:

[...] dos crimes contra os costumes, tutelava o Código Penal a moral social sob o ponto de vista sexual. A lei penal não interferia nas relações sexuais normais dos indivíduos, mas reprimia as condutas anormais consideradas graves que afetassem a moral média da sociedade. (CAPEZ, 2012, p. 25).

Assim entende-se que a mudança na expressão supracitada se deu em razão de que os crimes contra os costumes já não se enquadravam mais com a realidade dos bens juridicamente respaldados pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. Vale ressaltar que na medida em que a sociedade brasileira vem evoluindo, o tipo de crimes, bem como sua caracterização, também vem se modificando mediante as mudanças comportamentais dos cidadãos brasileiros.

Neste sentido, deve-se levar em conta que a dignidade sexual faz parte das espécies que compõem o gênero da dignidade da pessoa humana, segundo Greco (2016):

[...] o vocábulo 'costumes' é aí empregado para significar (sentido restrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, equivale mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe, in subjecta materia, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. (GRECO, 2016, p. 25).

Com isso, verifica-se que com as inúmeras alterações comportamentais ocorridas na sociedade pós-moderna trouxeram novas e graves preocupações. Assim, ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças e adolescentes. Neste novo cenário surgem dentro das tipologias criminais, as caracterizações do estupro, com a criação do delito de estupro de vulnerável e do atentado violento ao pudor.

Verifica-se também que outros artigos suas redações alteradas, passando a abranger hipóteses não previstas anteriormente pelo Código Penal; outro capítulo (VII) foi inserido, trazendo novas causas de aumento de pena.

De maneira acertada foi determinado pela nova lei que os crimes contra a dignidade sexual tramitariam em segredo de justiça (art. 234-B), evitando-se, com isso, a indevida exposição das pessoas envolvidas nos processos dessa natureza, principalmente as vítimas. Por exemplo, antes da Lei 12.015/2009 o delito de estupro compreendia apenas a conjunção carnal (assim entendida como a introdução do pênis na vagina) forçada praticada em detrimento da mulher, de acordo com (FARIAS, 2016):

Os demais atos libidinosos impostos mediante violência ou grave ameaça eram tidos como atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do CP, agora revogado. A revogação desse artigo, contudo, não significou um *abolitio criminis*, pois a conduta antes prevista no art. 214 do CP passou a ser descrita no artigo 213 do mesmo Código. (FARIAS, 2016, p. 143).

Continuando com o exemplo, supracitado, verifica-se que o art. 213 (estupro) descrevia a seguinte conduta criminosa: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça". E o art. 214 (atentado violento ao pudor) tipificava o seguinte comportamento: "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal".

Hoje, o entendimento é outro, pois não há mais o crime de atentado violento ao pudor, porém a conduta correspondente agora é considerada estupro; ou seja, a redação em vigor do art. 213 (estupro) alcança tanto a conduta antes considerada estupro como aquela anteriormente considerada como atentado violento ao pudor. O vocábulo estupro passou a ter, portanto, uma maior amplitude.

Imperioso lembrar que o crime em referência, em todas as modalidades, é considerado hediondo (art. 1º, V, da Lei nº 8.072/1990). Neste sentido, entende-se que o ato libidinoso seria aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido.

Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere ao ato, ou seja, a uma realização física completa. Por exemplo: realizar masturbação na vítima, introduzir o dedo ou instrumento postiço em seu órgão sexual, realizar coito oral ou anal etc. Condutas mais leves como apalpadelas,

amassos, beijos lascivos devem ser enquadrados como contravenção penal (Art.61 LCP).

Portanto, pode-se inferir que ao utilizar a expressão “dignidade sexual”, portanto, quis o legislador não apenas modernizar a visão que se tinha dos crimes sexuais como crimes contra os “bons costumes”, como também reconheceu explicitamente a necessidade de uma melhor definição do bem jurídico lesionado por aqueles delitos: dignidade sexual, no sentido da norma.

De acordo com a concepção aqui desenvolvida, duas importantes vertentes, abrangendo tanto a integridade sexual, entendida como intangibilidade corporal ou o direito do ser humano a preservar o seu corpo contra agressões externas com fim libidinoso (inviolabilidade carnal), bem como a liberdade sexual, que nada mais é do que o direito de toda pessoa de escolher como, quando e com quem deseja manter atividade sexual, e quando prefere abster-se da mesma, preservando sua integridade sexual, segundo (QUEIROZ, 2015):

Liberdade sexual, portanto, é o direito que possui cada ser humano de dispor livremente de sua integridade sexual, de acordo com suas próprias convicções (direito de autodeterminação sexual ou autonomia sexual), tanto em sua vertente positiva (escolha de parceiros sem limitação, ressalvada a liberdade sexual alheia), como negativa. (QUEIROZ, 2015, p. 51).

Continuando, o autor afirma que a visão da sociedade sobre o sexo mudou e muito, em função da educação familiar e de políticas institucionais. Assim sendo, nota-se que falar de sexo faz parte do currículo escolar nas diretrizes curriculares de muitos Estados brasileiros como conteúdos obrigatórios, ao lado de outros assuntos relacionados a desafios contemporâneos (meio ambiente, trânsito, drogas, etc.).

Verifica-se o que demonstra não só uma preocupação dos poderes públicos em melhor instruir os jovens, como também uma necessidade de que a sociedade acompanhe a evolução cada vez mais vertiginosa do alcance da maturidade sexual por parte dos mesmos. Neste aspecto, se evoluem sexualmente em um ritmo mais veloz que seus genitores, então que ao menos o façam com conhecimento e precaução.

4. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

De acordo com (CAPEZ, 2016), não houve previsão para o crime de estupro de vulnerável no CP de 1940. Nos casos de prática da conjunção carnal contra a

vítima menor de quatorze anos, ou ainda com pessoas alienadas ou deficientes mentais incapazes de manifestar livremente a sua vontade, o sujeito ativo do crime tinha sua conduta tipificada no crime de estupro, que era previsto no art. 213, Título VI (Dos crimes contra os costumes), combinado com o revogado artigo 224, Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual) ambos do CP, imputando-se uma violência ficto-presumida (NUCCI, 2017, p. 102).

Assim, conforme visto nos itens anteriores, a nova redação do art. 213 do Código Penal considera ainda como estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente no sentido de fazer com que a vítima, seja do sexo feminino, ou mesmo do sexo masculino, pratique ou permita que com ela se pratique, outro ato libidinoso.

Na expressão “outro ato libidinoso” encontram-se inseridos todos os atos de natureza sexual, que não há conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente, de acordo com (BATISTA, 2017):

Com a nova epígrafe do delito em estudo, entretanto, passou-se a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa (homem ou mulher) a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. Deste modo, ações que antes configuravam crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), atualmente revogado pela Lei n. 12.015/2009, agora integram o delito de estupro, sem importar em abolição criminis. Houve uma atipicidade meramente relativa, com a mudança de um tipo para outro (em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena). (BATISTA, 2017, p. 34).

Para o referido autor, o tipo de constrangimento realizado pelo agente, portanto, pode ser dirigido a duas finalidades diversas. Na primeira delas, o agente obriga a própria vítima a praticar um ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Neste sentido, a sua conduta, portanto, é ativa, atuando sobre seu próprio corpo, com atos de masturbação, por exemplo; no corpo do agente que a constrange, praticando sexo oral ou ainda, em terceira pessoa, sendo assistida pelo agente.

O segundo comportamento é passivo, uma vez que nesse aspecto, a vítima permite que com ela seja praticado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, quer seja pelo próprio agente que a constrange, quer seja por um terceiro, a mando daquele. Dessa forma, o papel da vítima pode ser ativo, passivo, ou, ainda, simultaneamente, ativo e passivo.

Cuida de um tipo misto alternativo, onde a prática de mais de um comportamento, levado a efeito em um mesmo contexto, importará em infração penal única.

A partir da década de 80 do século passado, os tribunais brasileiros, especificamente os de esfera superior, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, a, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia se modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção daqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940, conforme Brodt (2016):

[...], no entanto a doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. (BRODT, 2016, p. 167).

Na continuidade de seus argumentos, o referido autor defende a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois que para ele não existe dado mais objetivo do que a idade, apontada como elemento integrante do tipo.

Desta forma, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas.

Não conseguiam entender, permissa venia, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado, conforme Conegundes (2015):

Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente,

deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento. (CONEGUNDES, 2015, p. 241).

Neste aspecto, o autor elucida que tendo em vista os acontecimentos criminosos que são noticiados diariamente na mídia, o Estado, em resposta ao clamor popular, age por meio do legislador de maneira a adotar leis penais mais severas.

Outro exemplo acerca do exposto anteriormente é que muitas pessoas entendem os chamados crimes contra a honra como sinônimos, mas há diferenças sutis, definidas no Código Penal. Calúnia (art. 138) é acusar alguém publicamente de um crime, e difamação (art. 139), de um ato desonroso. Já a injúria (art. 140) é basicamente uma difamação que os outros não ouviram: é chegar e dizer para um sujeito algo que esse sujeito considere prejudicial. Valem ressaltar que é possível cometer os três delitos de uma vez só, de acordo com Damasceno (2019):

Por exemplo, se num determinado programa de TV, um entrevistado disser que o apresentador é cafetão, estará acusando em público de um crime (calúnia) desonroso (difamação), cara a cara (injúria). Então, atenção quando for denunciar uma empresa em redes e/ou mídias sociais, ou quiser contar os podres do ex em público. (DAMASCENO, 2019, p. 171).

Continuando, o autor enfatiza que é preciso cuidado extra com um tipo de vítima: o presidente da República ou qualquer outro chefe de Estado estrangeiro. “Contra eles, mesmo que o ‘criminoso’ tenha dito a verdade, será condenado”, conta Jorge Alberto Araújo, juiz e professor da Universidade Regional de Campinas, mas esse não é o foco desta pesquisa, apenas foi citado para uma visão mais ampla de como os delitos ocorrem e são vistos pela lei.

Divulgação de informações, muitas vezes mentirosas, que podem prejudicar a reputação da vítima. Estes crimes tornaram-se mais comuns com a popularização do site de relacionamentos, mídias, redes sociais etc.

Os últimos acontecimentos noticiados nas mídias reacenderam os debates acerca da violência sexual contra as mulheres e das dificuldades jurídicas na proteção das vítimas. Os eventos recentes, e tantos outros, trazem a população brasileira uma sensação em comum: a grande impunidade para a violência sexual contra a mulher.

Assim sendo, verifica-se que outras formas de violência diversas da penetração vaginal, mas que também são muito impactantes nas vítimas eram tratadas como “atentado violento ao pudor”, um crime menos grave.

Com a alteração da lei, conforme supracitado, todo e qualquer ato libidinoso, cometido mediante violência ou grave ameaça, passou a ser considerado estupro. Mas, a legislação ainda deixa invisíveis diversas formas de violência e sua aplicação depende da interpretação dos operadores do direito.

5. PORNOGRAFIA DA VINGANÇA: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Conforme visto anteriormente, a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, modificou significativamente os dispositivos do Código Penal (CP), ao prever os crimes contra a dignidade sexual, que na antiga redação eram denominados crimes contra os costumes. Esta lei trouxe o art. 217-A que representa o tipo penal autônomo denominado estupro de vulnerável.

Desse modo, não havia que se falar mais em violência presumida do art. 224 do CP que restou revogado pela nova lei, portanto, na incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Além disso, a Lei nº 12.015/09 promoveu a unificação de tipos antigos, como a conjunção carnal (art. 213, CP) com o revogado delito de atentado violento ao pudor (art. 214, CP), entre outras modificações.

Neste aspecto a nova Lei 13.718/18, que passou a vigorar em todo o território nacional em 25/9/2018, integrando o Código Penal Brasileiro, passou a tipificar como crime: importunação sexual; divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia; estupro corretivo. A lei ainda tornou a pena mais rígida nos casos de crimes sexuais contra vulnerável, e estabeleceu causas de aumento de pena para esses crimes, em razão da extensão dos temas, que são comuns a outros crimes contra a dignidade sexual, bem como no caso de estupro coletivo e estupro corretivo, segundo Hungria (2017):

A disseminação de pornografia não consentida na internet não se configura unicamente como um problema da esfera digital, mas como um crime, amparado em uma legislação ainda incipiente. O problema também se sustenta numa disparidade de gênero, já que 81% das vítimas atendidas pela ONG Safernet (que é referência no combate à violação de direitos humanos na internet) são mulheres. (HUNGRIA, 2017, p. 91).

Apesar da disparidade de 81% citado por Hungria em conformidade com a ONG Safernet a pornografia de Vingança pode ser praticada contra qualquer pessoa tendo como sujeito ativo e passivo tanto o homem como a mulher, ou seja, esse crime pode ser praticado contra alguém do gênero masculino.

Desta forma, segundo a advogada Carrie Golberg, especialista em direito digital e consultora da ONG Iniciativa dos Direitos Cíveis Cibernéticos (CCRI, na sigla em inglês), que oferece suporte jurídico e emocional às vítimas de pornografia de vingança nos Estados Unidos, diz que os provedores poderiam ser mais atuantes no combate a crimes virtuais, seja ao oferecer suporte financeiro a grupos que lutam contra o abuso online ou ao reforçar as equipes responsáveis pela área de remoção de conteúdo.

Vítimas de crimes cibernéticos no Brasil têm encontrado amparo no Marco Civil da Internet, que criou uma trilha rápida para a supressão de conteúdos acessíveis de forma pública. O artigo 21 da lei determina uma "responsabilidade civil solidária" dos provedores que, ao serem notificados a excluir determinado material, não o fazem, conforme Silveira (2015):

[...] não há um prazo específico para que um provedor remova uma imagem acusada como ofensiva, mas "entende-se que a medida deva ser tomada o mais rápido possível, assim que o provedor tomar ciência da existência do conteúdo íntimo". No ano passado, uma lei que alterou o Código Penal tornou crime a importunação sexual — prática sem consentimento de ato libidinoso contra alguém— e também a divulgação de cenas de sexo e pornografia contra a vontade. As penas variam de um a cinco anos e, no caso da pornografia de vingança, pode ser agravada de um terço a dois terços quando o agressor manteve alguma relação de afeto com a vítima. (SILVEIRA, 2015, p. 62).

Neste aspecto, o caso do estupro virtual, o entendimento passou a ser usada a partir de uma alteração de 2009 no Código Penal, que ampliou o conceito de estupro. Com a utilização dos meios eletrônicos e a expansão da internet, o ambiente virtual passou a ser utilizado entre os casais, com gravações de vídeos em momentos íntimos, compartilhamento de fotos em estado de nudez e envio de mensagens com teor sexual.

Apesar da condenação por boa parte da sociedade esse tipo de compartilhamento ocorrer em todas as faixas etárias sexualmente ativas, independente do grupo social. No entanto esse ato pode se demonstrar um tanto quanto problemática, após o término da relação, pois com a expansão da internet se criou um novo mundo de agressões. é dentro desse contexto, que se destaca o crime conhecido popularmente como "Revenge Porn" ou Pornografia de Vingança.

Ele consiste em divulgar na internet por meio de sites ou redes sociais fotos e vídeos com cenas de intimidade, nudez, sexo (á dois ou grupal), sensualidade entre outras coisas parecida, sem o consentimento da vítima, desta forma, inevitavelmente, colocando a pessoa em situação humilhante e constrangedora diante da sociedade e dela mesma.

A relação pode até ser consensual e o material na maioria das vezes é produzido com o consentimento da vítima ou enviado pela mesma, contudo isso não significa dizer que houve seu consentimento para a publicação do conteúdo, segundo Nucci (2017):

Esse crime tem como principal autor em sua maioria ex-parceiros (namorados, maridos), principalmente alguém que tinha relações íntimas com a vítima. Mas também existem casos em que essas divulgações não autorizadas de fotos e vídeos íntimos de terceiros se dá sem que os agentes sequer se conheçam, muitas vezes por furto ou invasão de seus computadores ou celulares, ou por situação em que levaram os aparelhos a uma assistência técnica. (NUCCI, 2017, p. 53).

Assim, com a ampliação dessa prática de crime, surgiu a necessidade de nossos legisladores adequarem ao novo mundo digital existente, e com isso surgiu a primeira lei visando abranger esse tipo de delito, foi a chamada “Lei Carolina Dieckmann”, quando a atriz teve diversas fotos íntimas expostas na internet quando levou seu computador em uma assistência técnica. Um dos maiores problemas desse crime é o dano psicológico que as vítimas sofrem, tendo casos inclusive de suicídios por não aguentar a pressão.

Vale ressaltar que a aplicabilidade nesses casos da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, nos casos em que houver algum vínculo afetivo entre o agente e a vítima, conseguindo demonstrar a existência desse vínculo, a difamação sofrida pela divulgação do conteúdo íntimo, a vítima deverá receber tratamento imediato nas Delegacias.

Desta forma, as autoridades policiais podem e devem requisitar ao juiz a imposição de medida restritiva ao agente. Além disso, essa lei traz um benefício importante, o agente não poderá usufruir do benefício previsto na Lei dos Juizados Especiais, que incluem a transação penal, conversão das penas em pagamento de cestas básicas ou prestação de serviços comunitários.

Em outros casos a Pornografia da Vingança era tratada como uma injúria, difamação ou ameaça, o que gerava um ar de impunidade por não haver uma

legislação própria tratando do assunto, pois ela não se encaixava nos Crimes Contra a Dignidade Sexual, pois era um tipo a parte.

No ano de 2018, a Lei 13718/18 tornou crime à divulgação de cena de sexo e pornografia sem o consentimento da vítima, a Pornografia da Vingança está descrita dentre esses crimes com penas que variam de 01 a 05 anos, com agravante de um terço a dois terços, quando o autor do crime manteve uma relação íntima com a vítima. Este crime está descrito no título dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, artigo 218-C, e sua agravante no §1º do Código Penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa classifica-se como bibliográfica e de características de revisão literária, neste sentido o objetivo da mesma foi analisar os crimes contra a dignidade sexual do indivíduo. Assim sendo, verificou-se que em relação ao crime intitulado de Pornografia da Vingança foram esmiuçados os novos crimes agora previstos no artigo 218 – C, CP.

Também se destacou a alteração da natureza da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual (agora indistintamente pública incondicionada). Foram ainda estudadas as modificações promovidas nas causas de aumento de pena e as revogações expressas levadas a efeito pelo legislador.

Desta forma, conclui-se que numa análise geral, as alterações são bem vindas, especialmente considerando toda a celeuma gerada em torno dos casos de abusos sexuais cometidos na internet, pois que a crescente percepção de que crimes e discriminações encontraram na rede um ambiente propício para a propagação massiva e o anonimato não parece, contudo, ter freado o número de casos de violência de gênero, como visto no estudo a prática desse crime é extremamente desproporcional entre homens e mulheres, talvez essa predominância se dê pela dominação masculina, uma vez que entre a mulher e o homem nunca houve uma partilha do mundo em condições de igualdade, infelizmente ao se analisar historicamente, verifica-se que ao homem pertence à política, a ciência, a família e até mesmo a própria mulher, sendo um capital simbólico, uma posse e propriedade masculina, o que torna a Pornografia da Vingança vista por alguns como uma nova modalidade de violência de gênero.

Desta forma, a Pornografia de Vingança traz inúmeras consequências a vítima, pois quando a o ato acaba sendo público, há reflexo no grupo social e familiar, sofrendo perda do emprego e muitas das vezes rejeição por parte da família (principalmente filhos) ou amigos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**, Vol 18. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora**. Revista de Ciências Penais. São Paulo, v. 19, jul. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**, Vol 3. São Paulo: Saraiva 2016.

CONEGUNDES, Karina Romualdo. **A nova sistemática dos crimes contra a dignidade sexual**. Revista de Direito. Viçosa. v. 1, n. 8, 2015.

DAMACENO, Diego. **Eficácia Punitiva na Divulgação de Material Sexual Consentimento**. Disponível em: <<http://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos>>. Acesso em: 04. set de 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 7 ed Rio de Janeiro: L Juris, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, Vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2009 (com revisão de 26/08/2009 e Adendo – Lei n. 12.015/2009 Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual).

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal, volume XX**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol 7, Parte Especial – arts. 184 a 288. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. **Os crimes cibernéticos e a Lei nº 12.737/2012. Conteúdo Jurídico, Brasil**. 22 jan. 2015. Disponível em: Acesso em: 16. Out, 2020.

NOTAS:

[1] Prof. Rubens Alves. Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

A QUESTÃO DAS QUEIMADAS E DESMATAMENTOS NA AMAZÔNIA LEGAL EM FACE DOS COMPROMISSOS E TRATADOS INTERNACIONAIS FIRMADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

IZABEL LUANA ARAUJO DA SILVA:

Acadêmica do curso de Direito da
Universidade do Estado do Amazonas – UEA

JUAN PABLO FERREIRA GOMES

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho foi desenvolvido através da pesquisa bibliográfica, possuindo amparo na legislação constitucional, infraconstitucional e pactos internacionais, tendo como objetivo analisar a responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil, em face dos compromissos internacionais assumidos por si no combate ao desmatamento, bem como sobre a questão das queimadas no âmbito da denominada Amazônia Legal, demonstrando-se a importância de um meio ambiente saudável para a coletividade, sendo este de fundamental importância para as futuras gerações, devendo assim ser preservado por toda a humanidade, o artigo visa ainda o entendimento sobre a responsabilidade estatal no direito e nas comunidades internacionais.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Direito Internacional. Amazônia Legal. Meio Ambiente. Responsabilidade por Dano Ambiental.

ABSTRACT: The present work was developed through bibliographical research, having support in constitutional legislation, infraconstitutional and international pacts, aiming to analyze the international responsibility of the Federative Republic of Brazil, in view of the international commitments made by you in the fight against deforestation, as well as on the issue of fires within the so-called Legal Amazon, demonstrating the importance of a healthy environment for the community, which is of fundamental importance for future generations, and should thus be preserved by all humanity, the article also aims to understand state responsibility in law and in international communities.

Keywords: Environmental Law. International Law. Legal Amazon. Environment. Responsibility for Environmental Damage.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. UMA ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO MEIO AMBIENTE. 2. A AMAZÔNIA LEGAL E OS COMPROMISSOS E TRATADOS FIRMADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL NO ÂMBITO INTERNACIONAL. 3. QUEIMADAS E DESMATAMENTOS: A PROTEÇÃO

JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do tema se encontra na importância do Direito Ambiental, o qual busca através de seus estudos meios que colaborem com a proteção do ambiente, bem necessário a humanidade, porém o estudo será voltado às questões que ocorrem na Amazônia Legal, visando demonstrar que cabe a população e ao Estado o dever de defesa e preservação desse meio.

O ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988, sendo este um direito fundamental de terceira geração. Ocorre, que na Amazônia Legal as queimadas e desmatamentos tem ocorrido de forma descontrolada, o que tem desencadeado preocupações em âmbito internacional, pois a República Federativa do Brasil apesar de ser signatária de tratados e compromissos internacionais, em matéria ambiental não vem honrando tais acordos.

Desta forma, se torna importante monitorar acontecimentos que visam de qualquer maneira enfraquecer o ambiente, devendo haver a responsabilidade dos infratores e até mesmo do Estado brasileiro, já que este aderiu a tratados internacionais que viabilizam a proteção ambiental e deve desta forma propiciar meios de combate a tais práticas.

1. UMA ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO MEIO AMBIENTE

Como diversos processos históricos que visam o reconhecimento de direitos, a luta ambiental não se deu de forma pacífica e consensual, de modo diverso, a busca pela afirmação da proteção ambiental é resultado de um longo processo histórico que envolveu conflitos, tensões, até obtermos as proteções atuais existentes, as quais ainda continuam nesse processo de desenvolvimento, sendo necessárias melhorias para a fortificação do resguardo ao meio natural.

O homem desde os primórdios do mundo já se interessava pelo meio ambiente, demonstrando preocupação em respeitar os bens naturais. Na Bíblia, constam referências sobre a responsabilidade ambiental: "se um fogo se espalhar e alcançar os espinheiros e queimar os feixes colhidos ou o trigo plantado ou até a lavoura toda, **aquele que iniciou o incêndio restituirá o prejuízo**" (BÍBLIA, Êxodo, 22, 6).

Podemos analisar, que mesmo nos tempos mais remotos onde não existiam documentos legais de diretrizes ambientais o ser humano já pensava na proteção do ambiente e na responsabilidade pelo dano cometido a este.

Essa luta pelas questões ambientais se deu inicialmente por meio dos teólogos e filósofos, os quais colocavam o centro das questões ambientais ligadas a Deus, Francisco de Assis, por exemplo, afirmava sobre a existência de uma vida humana em respeito aos bens naturais.

Atualmente, o direito ambientalista muito defende a ideia de um desenvolvimento sustentável juntamente a um equilíbrio ambiental, como afirmado no princípio 01 da declaração do Rio de Janeiro de 1992: “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente, 1992).

Acontece, que para a ocorrência desse desenvolvimento sustentável, do equilíbrio ecológico e sadio se fez necessário um processo demorado de afirmação histórica internacional, consagrada através de diversos tratados e compromissos jurídicos firmados pelos Estados e organizações, com o intuito de fortificar a proteção ambiental, gerando deveres aos Estados-Membros.

José Augusto Fontoura Costa, afirma que “o nascimento do Direito Ambiental Internacional se insere, em um cenário internacional rico em transformações e, principalmente, concessões necessárias por parte dos mais tradicionais atores das Relações Internacionais: os Estados” (FONTOURA, 2001, p. 14).

Essa preocupação em preservar o ambiente cresceu ao longo dos anos, sendo motivada por acontecimentos históricos importantes.

A preocupação ambiental já pode ser detectada em alguns documentos internacionais anteriores à Convenção de Estocolmo, como na Convenção para Regulamentação da Pesca da Baleia (Genebra, 1931), Convenção para a Proteção da Fauna e da Flora e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América (Washington, 1940), Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia (Washington, 1946), Convenção Internacional para a Proteção dos Vegetais (Roma, 1951 e Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição do Mar por Óleo (Londres, 1954). (FONTOURA, 2001, p. 14).

Diante dos mencionados acontecimentos, ocorreu o avanço da industrialização havendo então o crescimento da poluição por meio de radiação, desmatamentos, queimadas, enfim, a expansão da degradação da natureza, gerando a necessidade de uma proteção ambiental específica, o que levou ao acontecimento da Conferência de Estocolmo no ano de 1972, a qual se concretizou através do ECOSOC, sendo aprovada em dezembro de 1968 pela Assembleia Geral.

Essa Conferência foi realizada pela ONU, sendo considerada um marco histórico sobre a proteção ao meio natural, onde foi produzida a DEMA que trouxe 26 princípios que objetivam a preservação, o respeito e um direcionamento para a melhoria do ambiente.

Sobre a importância da declaração de Estocolmo, podemos afirmar que: “as declarações são, no Direito Internacional, acordos destinados à criação de princípios jurídicos e, portanto, com pretensão de validade universal” (FONTOURA, 2001, p. 16).

Assim, entende-se que a CE e a DEMA são instrumentos fundamentais para a consolidação da proteção ao ambiente, pois, os temas sobre os acontecimentos ambientais no mundo, após Estocolmo, deixaram de estar em segundo plano entrando efetivamente na agenda global.

Posteriormente a Estocolmo, no ano de 1983 a médica Gro Harlem Brundtland foi convidada pelo Secretário-Geral da ONU para fazer parte da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, passando a presidir esta comissão, a qual tem uma forte ligação com o desenvolvimento sustentável, como afirmado por Maria Paula Dallari Bucci: “A contribuição mais notável da Comissão Brundtland foi a criação da temática do desenvolvimento sustentável” (BUCCI, 2001, p. 60).

Desenvolvimento sustentável este que tem presença fundamental no relatório, visto que o ser humano tem que compreender que para a utilização dos recursos naturais deve haver a preocupação com as gerações futuras, já que no mundo se encontram inúmeros habitantes e a prática desordenada da retirada de matérias naturais causam um impacto a todos, como as queimadas e o desmatamento na Amazônia que refletem negativamente no planeta.

Desta forma, interessada pela sustentabilidade a comissão trouxe o relatório conhecido como “*Nosso Futuro Comum*”, o qual contribuiu para a afirmação do desenvolvimento sustentável, onde se pode observar que existe ligação entre o desequilíbrio ambiental e a pobreza, sendo causa desse acontecimento a questão da desordem social naqueles locais onde não se tem a organização da sociedade, a qual é necessária para estabelecer a saúde do meio, onde há além da degradação

ambiental a degradação política, o que torna pior a situação, não havendo a devida atenção ao ambiente nem a aplicação de políticas públicas que possam contribuir para a mudança de hábito da população.

O relatório da comissão explica que as situações de pobreza sempre iram existir, no entanto, é possível a aplicação do desenvolvimento sustentável se o meio social atender as necessidades de todas as pessoas, do mais pobre ao mais rico, sem diferenças de classes, disponibilizando formas de organização social para todos, evitando os desequilíbrios naturais que ocorrem com frequência nos locais de moradias mais humildes.

O desequilíbrio ao meio nas áreas mais humildes, é devido à falta de aplicabilidade das políticas públicas voltadas para a população, que por vezes descartam seus lixos de forma errada, realizam práticas nocivas que poderiam ser evitadas. A exemplo disso, olhemos para a realidade de nossas cidades, os bairros onde se encontram as habitações de pessoas ditas mais abastardas financeiramente são aparentemente mais bem cuidados, mais limpos, como a Ponta Negra na capital manauara, enquanto que de forma contrária, ao olharmos para localidades como a do Bairro Japiim de Manaus, podemos observar a poluição presente, o igarapé conhecido como Igarapé do 40 chega a incomodar os moradores com seu mau cheiro, a quantidade de lixo que ali se encontra torna clara a questão mencionada no relatório.

Além da pobreza existe a questão da política adotada na localidade, em uma cidade onde não existem preocupações com o meio ambiente, o desenvolvimento sustentável também não se faz presente.

A busca do desenvolvimento sustentável requer:

Um sistema político que assegure a efetiva participação dos cidadãos no processo decisório;

Um sistema econômico capaz de gerar excedentes e know how técnico em bases confiáveis e constantes;

Um sistema social que possa resolver as tensões causadas por um desenvolvimento não-equilibrado;

Um sistema de produção que respeite a obrigação de preservar a base ecológica do desenvolvimento;

Um sistema tecnológico que busque constantemente novas soluções;

Um sistema internacional que estimule padrões sustentáveis de comércio e financiamento;

Um sistema administrativo flexível e capaz de autocorrigir-se. (BUCCI, 2001, p. 61).

Assim, é importante a junção do sistema político, econômico, social, de produção, tecnológico e internacional para que se possibilite o desenvolvimento sustentável, onde a partir da colaboração dos sistemas ocorra a concretização do tipo saudável de crescimento, sem isso se torna difícil sua aplicação.

Menciona-se, que após duas décadas de Estocolmo foi elaborada a Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada por meio da Conferência das Nações Unidas Para Meio Ambiente e Desenvolvimento em junho de 1992, com o intuito de fortalecer a Declaração da Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Humano.

O ponto crucial era a união global e igualitária dos Estados, para que desta forma fossem viabilizados meios de fazer acontecer o respeito entre os envolvidos, bem como o alcance da proteção ao meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, já que seria mais fácil alcançar esse equilíbrio ambiental se todos os Estados se unissem em prol do bem maior, colocando seus interesses egocêntricos de lado.

Tal declaração possui 27 princípios, que funcionam como diretrizes aos debates que envolvem assuntos ambientais abrangendo a cooperação, precaução, prevenção, responsabilidade e subsidiariedade, estando entre alguns de seus princípios os que seguem:

Princípio 3 – O direito ao desenvolvimento deverá ser exercido por forma a atender equitativamente às necessidades, em termos de desenvolvimento e de ambiente, das gerações atuais e futuras.

Princípio 7 – Os Estados cooperarão espírito de parceria global para conservar, proteger e recuperar a saúde e integridade do ecossistema da Terra. Tendo em conta os diferentes contributos para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na procura do desenvolvimento sustentável a nível internacional, considerando as pressões exercidas pelas suas

sociedades sobre o ambiente global e as tecnologias e os recursos financeiros de que dispõem.

Princípio 26 – Os Estados deverão resolver todas as suas disputas ambientais pacificamente e através de meios ajustados de acordo com a Carta das Nações Unidas. (DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

Observa-se no texto da ECO 92, que a preocupação com o desenvolvimento insere o homem do presente e do futuro, cabendo a todos o dever de cuidar e o direito de ter para si um ambiente saudável.

Em decorrência da conferência acima descrita se originou a Agenda 21 global, a qual também tem como foco o desenvolvimento sustentável por meio da colaboração dos países, funcionando como mais um mecanismo de direcionamento para as discussões no mundo sobre o meio ambiente, visando aspectos indispensáveis ao alcance do desejado desenvolvimento sustentável.

Buscam os documentos mencionados, a melhora do relacionamento entre as pessoas jurídicas de direito público, para que seja possível a manutenção do meio ambiente através da sustentabilidade, entretanto, para a consolidação desse desejo é necessário colocar o homem como parte da natureza, aquele que se encontra inserido nesta.

Todos os marcos da história internacional do meio ambiente contribuíram para adoção de normas, leis, princípios, documentos legais que são voltados a manutenção ambiental no mundo e a não aplicação dessas diretrizes por um Estado contribuem para a degradação da natureza, afetando aos demais, momento que os mecanismos internacionais de proteção ao bem natural devem ser acionados para que haja a responsabilização em caso de descumprimento das normas impostas.

2.A AMAZÔNIA LEGAL E OS COMPROMISSOS E TRATADOS FIRMADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A Amazônia Legal possui uma grande dimensão territorial, com diversa e rica vegetação, animais das mais variadas espécies, a maior bacia hidrográfica do mundo, conhecida como a Bacia Amazônica, o que traz para essa região o interesse e o reconhecimento em âmbito nacional e internacional.

Seu território foi estabelecido na gestão de Getúlio Vargas e abrange uma área de 5.114.798,30 km², compreendendo a nove estados da República Federativa

do Brasil, estando entre estes o Amazonas, o Acre, Mato Grosso, o Pará, Rondônia, Tocantins, Amapá, Roraima, e uma porcentagem do Maranhão.

O objetivo da delimitação da Amazônia Legal é garantir o desenvolvimento e o planejamento da região por ser uma área com grande proporção de recursos vegetais, hídricos e minerais que sofre com problemas de desmatamentos e queimadas, por isso se faz necessária sua proteção, visando a fortificação do ambiente e da sustentabilidade.

O meio ambiente deve ser conservado e utilizado pelos indivíduos, conforme o artigo 225 da Constituição Federal, sendo a proteção ambiental um dever de todos, um direito das gerações atuais e futuras, como também um interesse em comum da sociedade, é um bem de uso coletivo dada sua natureza pública, merecendo um resguardo fortalecido de proteção, tendo status de direito fundamental.

É importante para a qualidade de vida do ser humano, pois a dignidade da pessoa humana está ligada a um conjunto de necessidades, estando dentre estas um meio ambiente saudável. Por tais motivos, necessitamos de um amparo legal que garanta a preservação e a sustentabilidade.

No âmbito nacional o resguardo aos direitos são feitos por meio de leis, normas, doutrinas, regras, órgãos que estabelecem as diretrizes jurídicas para determinadas situações, mas para além destes existe na esfera internacional os acordos, tratados, convenções, protocolos, agendas e outros documentos que fazem a normatização, podendo estes serem acionados em caso de violação a direitos.

Referente as representações para relações estrangeiras, entre outras pessoas jurídicas de direito público com a República Federativa do Brasil, competem a União e qualquer documento internacional produz efeitos desde que aceitos expressamente por esta.

Como todo tipo de relação jurídica as relações internacionais estão sujeitas a regulamentações, para tanto existe a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, onde constam 85 artigos que dão o direcionamento jurídico sobre os tratados, objetivando a garantia do relacionamento sadio entre os entes internacionais, para a ocorrência de discussões respeitadas entre estes. Ressalta-se, que esta Convenção foi promulgada pelo Brasil em 23 de maio de 1969 por meio do Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

Apesar de importante, em matéria ambiental o Brasil não tem demonstrado muito interesse em firmar compromissos internacionais, principalmente frente a atual gestão política, o que contribui para a elevação dos índices referentes aos danos

ambientais no país. Ao contrário de outros Estados, onde é visível o pensamento ambientalista, como a Suíça, que se preocupa com a inserção do desenvolvimento sustentável havendo harmoniosa convivência entre o homem e natureza, sendo conhecida como um dos países mais verdes do mundo.

Se não fossem as normatizações ambientais, o homem provavelmente devastaria o planeta na busca pela globalização, para tanto cada ente internacional adota sua política interna podendo estar sujeito as normas externas. Desta forma, passa-se ao estudo dos atos internacionais relativos ao meio ambiente que foram recepcionados pela República Federativa do Brasil.

Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, Especialmente para o Habitat de Aves Aquáticas;

Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio;

Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios;

Convenção Interamericana para a Proteção e Conservação das Tartarugas Marinhas;

Convenção de Roterdã sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos;

Convenção Internacional para Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo (OPCR-90);

Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América;

Convenção Internacional para a Conservação do Atum e Afins do Atlântico;

Acordo Constitutivo do Instituto Interamericano para Pesquisa em Mudanças Globais (Ata de Montevideú);

Convenção sobre Diversidade Biológica;

Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul;

Convenção sobre comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção;

Convenção da Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito;

Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos países afetados por seca grave e/ou desertificação, particularmente na África;

Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial;

Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes;

Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica;

Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.

Convenção sobre as medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas dos bens culturais;

Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

Entre os atos internacionais citados, destacam-se cinco por estarem ligados ao tema desenvolvido, são eles:

1. Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América:

“O objetivo é o de proteger e conservar no seu ambiente natural exemplares de todas as espécies e gêneros da flora e fauna indígenas, incluindo aves migratórias, em número suficiente e em locais que sejam bastante extensos para que se evite, por todos os meios humanos, sua extinção. Além disso, os Estados-partes visaram a proteger e conservar as paisagens de grande beleza, as formações geológicas extraordinárias, as regiões e os objetos naturais de interesse estético ou valor

histórico ou científico, e os lugares caracterizados por condições primitivas dentro dos casos aos quais esta Convenção se refere” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

Promulgação em 23 de março de 1966 por meio do Decreto 58.054, onde os Estados Partes assumiram o compromisso de desenvolverem dentro de seus territórios as reservas nacionais, parques nacionais, reservas de regiões virgens, monumentos naturais, exercer a proteção das aves migratórias, resguardando a flora, a fauna e as belezas cênicas dos países da América.

2. Convenção sobre Diversidade Biológica:

Tem como objetivos principais a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos oriundos desta diversidade biológica. Pregando a soberania das partes em utilizar seus recursos genéticos, a CDB prevê medidas para conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, sua identificação e monitoramento, sua conservação in-situ e ex-situ, a utilização sustentável de seus componentes, disposições sobre pesquisa, treinamento, educação e conscientização pública, avaliação de impacto e minimização de impactos negativos, acesso a recursos genéticos, acesso à tecnologia e transferência de tecnologia, cooperação técnica e científica, gestão da biotecnologia e mecanismos financeiros para sua implementação. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

Foi promulgada em 16 de março de 1998 através do Decreto nº2.519, sendo um dos mais importantes instrumentos internacionais que existem em matéria ambiental, normatizando questões voltadas aos ecossistemas, recursos genéticos e espécies, servindo como direcionamento a outros atos internacionais, tornando-se fundamental na aplicação de diretrizes ambientais no território, com destaque a precaução.

Dentre suas motivações, que constam de seu preâmbulo, a importante menção ao princípio da precaução, quando prevê, em caso de ameaça de sensível redução ou perda da diversidade biológica, que a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

3. Acordo-Quadro Sobre Meio Ambiente do Mercosul:

Vigorando desde 17 de setembro de 2004 por meio do Decreto nº 5.208, visa a cooperação dos entes partes para a proteção ambiental e sustentabilidade.

O Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente no Mercosul foi celebrado em 2001, em Assunção, por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Trata-se a nosso ver de tentativa inicial de se estabelecer uma agenda comum no bloco econômico no que tange ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. É um ato internacional que se configura, a nosso ver, como uma declaração de intenções, já que praticamente não existem obrigações concretas estabelecidas em seu texto. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

4. Convenção sobre comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção:

Teve sua entrada em vigor no dia 17 de novembro de 1975 por meio do decreto nº76.623 e o objetivo é resguardar as espécies que correm risco de extinção, regulamentando a comercialização destas.

5. Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica:

Por meio do Decreto nº 5.705 o protocolo passou a vigorar em 16 de fevereiro de 2006, servindo como complementação para a Convenção Sobre a Biodiversidade.

Se funda no princípio da precaução, tendo o mesmo por objetivo garantir um nível adequado de precaução na transferência, na manipulação e no uso seguro dos organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia moderna, especificamente na relação adversa que seus efeitos podem ter na conservação e uso sustentável da diversidade biológica, através da regulação específica dos movimentos transfronteiriços. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

Estes atos internacionais ratificados pelo Brasil se tornam essenciais na proteção ao meio ambiente, visto o valor universal que este possui, não haveria como resguardar esse direito de terceira geração apenas por meio da norma interna dos países.

O Direito Internacional Público vem fortificar a atuação dos operadores do direito que estão na luta para a preservação e desenvolvimento sustentável, a Amazônia Legal tem um conjunto de bens naturais que são diariamente violados por meio da poluição, desmatamento e queimadas, o que tem causado um abalo ao ecossistema e populações locais.

A norma internacional deve ser ativada em caso de crime contra esse bem natural, apontando a responsabilidade do ente por meio da proteção jurídica estabelecida no ato internacional.

3. QUEIMADAS E DESMATAMENTOS: A PROTEÇÃO JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

Com a chegada dos colonizadores no Brasil se iniciou a exploração dos recursos naturais, desde então a busca pelo desenvolvimento e expansão da economia levou a perda de grande porcentagem das florestas brasileiras.

A ação do homem contra a natureza vem causando danos naturais que são irreversíveis, o desmatamento e as queimadas resultam na ameaça e até na extinção de espécies existentes no bioma.

Na Floresta Amazônica, estudos demonstram que uma imensa área já foi devastada e com o passar dos anos as práticas ilegais aumentam, o ano de 2020 está sendo marcado pela elevação nos índices de incêndio. Um estudo de cientistas de universidades britânicas, denominado "Regime Shifts Occur Disproportionately Faster In Larger Ecosystems", apontou preocupação ao relatar que é possível que em 05 décadas a Floresta Amazônica venha a desaparecer, tornando-se uma savana.

São inúmeras as pesquisas que podemos encontrar envolvendo os acontecimentos de queimadas e desmatamentos em nossas florestas, o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), detectou no mês de agosto de 2020 que os Estados do Amazonas, Pará e Mato Grosso estão entre os que apresentaram maior aumento na quantidade de incêndios, totalizando estes em 60% de queimadas ocorridas em apenas um mês.

A devastação na Amazônia deve ser controlada por meio das instituições nacionais do Brasil, em consonância ao princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder: "deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente" (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972).

A responsabilidade de cada Estado na gestão ambiental está presente em diversos instrumentos internacionais, os quais dão ênfase ao resguardo ao bem natural como sendo responsabilidade da sociedade, bem como dos Estados, observando-se que em matéria ambiental a responsabilidade é objetiva, independe então da existência de culpa.

Princípio 11 – Os Estados deverão promulgar legislação ambiental eficaz. Os padrões ecológicos, os objetivos e as prioridades de gestão do ambiente devem refletir o contexto ambiental e de desenvolvimento a que se aplicam. Os padrões aplicados por alguns Estados podem não ser convenientes e ter um custo econômico e social injustificado para outros países, especialmente para os países em desenvolvimento. (DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

O Estado não é dono dos bens naturais, mas um mero administrador destes, tendo assim que prestar contas de sua gestão e da eficácia ou não das normas internas adotadas, tendo por dever intervir em casos que coloquem o meio ambiente em risco.

O direito internacional do meio ambiente pode ser conceituado como o “conjunto de normas jurídicas escritas e consuetudinárias, instituídas por pessoas jurídicas de direito das gentes (Estados soberanos e organizações internacionais), que regulam a intervenção humana sobre o meio ambiente com um foco supranacional, objetivando a cooperação entre os povos para a consecução de um equilíbrio ambiental mundial para as presentes e futuras gerações. (AMADO, 2016, p. 841/842).

Para a normatização, o Estado brasileiro é parte em atos internacionais de direito ambiental, possuindo sua legislação interna por meio da Constituição Federal, Leis, Constituições Estaduais, Ministério do Meio Ambiente e seus órgãos, IBAMA, Serviço Florestal Brasileiro e entre outros.

A responsabilidade do Estado é analisada mediante a ocasião do nexo causal e do dano ambiental, logo, quando for constatado a lesão ao bem natural este está sujeito as normas estabelecidas nos compromissos que foram assumidos internacionalmente, devido à existência de vinculação entre os entes partes do ato.

Dano ambiental é tudo aquilo que traga consequências à natureza, bem como para a sociedade, tratando-se assim de dano social e ambiental, desta forma não encontramos uma definição expressa do que de fato seja o dano ambiental, devendo ser feita a análise de caso a caso, ora, a descrição de um rol taxativo ao dano limitaria a aplicação das normas jurídicas.

Marcelo Abelha Rodrigues afirma que para concretizar a proteção ao meio ambiente se faz necessária a proteção internacional “por ser o planeta a casa de todos” e como o dano ao bem difuso tutelado acaba atingido áreas que ultrapassam as fronteiras do Estado, o objetivo é demonstrar que existem formas de responsabilidade civil, por ação ou omissão, quando ocorre a não aplicação dos princípios de direito ambiental, quais sejam o da prevenção e da precaução.

O dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente vem sendo salientado em convenções, declarações e sentenças de tribunais internacionais, como na maioria das legislações internacionais. Prevenir é agir antecipadamente evitando o dano ambiental. Deixa-se de prevenir por comodismo, por ignorância, por hábito da imprevisão, por pressa e pela vontade de lucrar indevidamente. (MACHADO, 2018, p. 123).

Princípio 15 - Para que o ambiente seja protegido, será aplicada pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental. (DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

Logo, estes dois princípios devem ser aplicados pelo Estado na busca pela conservação de seus bens ambientais, a precaução diz respeito a falta de certeza, quando é feita a avaliação do risco, e a prevenção se refere aos estudos que demonstram a certeza dos danos que serão causados.

Infelizmente, apesar dos diversos instrumentos para o combate a danos ambientais existentes, nacional e internacionalmente, a atual gestão brasileira compactua com a desregulação da proteção ambiental, defendendo o enfraquecimento dos meios de proteção.

O atual Presidente da República Federativa do Brasil com frequência demonstra seu descompromisso com o meio ambiente brasileiro, tendo pensamento

em retrocesso frente as conquistas históricas mencionadas neste artigo, visando o afrouxamento das leis e o sucateamento dos órgãos de preservação. O mesmo interesse tem seu Ministro de Meio Ambiente, o qual recebeu diversas críticas inclusive com repercussão internacional, já que utiliza de um momento de pandemia (onde a preocupação está voltada à saúde) “para ir passando a boiada”, como o mesmo argumentou em uma reunião ministerial.

Estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só fala de covid[-19]”, complementou o ministro durante reunião realizada em 22 de abril, mas cujo vídeo foi tornado público nesta sexta-feira. Salles fala que as atenções estão voltadas para a pandemia, logo abre-se uma “oportunidade que nós temos, que a imprensa (...) está nos dando um pouco de alívio nos outros temas (...) e passar as reformas infralegais de desregulamentação. (ULTIMO SEGUNDO, 2020).

O discurso acima é surpreendente, onde analisamos a fala de um Ministro de Meio Ambiente que trabalha em controvérsia com a política de proteção ambiental. A este não interessa a opinião pública, o desrespeito às normas estabelecidas é evidente, os mesmos pisam nos interesses sociais, vejamos a situação dos indígenas que estão tendo suas terras e direitos violadas e dos meios de proteção que estão sendo desvalorizados.

Nesse sentido, podemos concluir que os gestores do Estado brasileiro querem o enfraquecimento dos meios legais de proteção ao ambiente para explorarem os recursos naturais, objetivando a elevação dos lucros, indo em oposição ao princípio da proibição ao retrocesso nos direitos fundamentais.

Essa proibição do retrocesso, diz respeito ao estreitamento da vontade do legislador, para que este não revogue ou altere a lei infraconstitucional, lei esta que resguarda os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Sabe-se, que o direito ao meio ambiente se inclui como sendo um direito fundamental e importante para a dignidade da pessoa humana, por isso podemos falar em princípio da proibição ao retrocesso aplicado ao direito ambiental, fortalecendo a ideia de que os meios legais existentes não podem ser afrouxados, ou seja, não pode ocorrer a retrocessão da proteção já existente, devendo os direitos fundamentais serem resguardados frente a atuação do legislador.

4.CONCLUSÃO

A busca pela globalização levou a deterioração de diversos biomas pelo mundo, o desenvolvimento não sustentado trouxe consequências para a sociedade, sendo necessário para a proteção ambiental a criação de normas que estabelecem deveres aos indivíduos e aos países sobre o avanço do desenvolvimento, demonstrando a necessidade em se aplicar políticas preservacionistas e sustentáveis ao redor do planeta.

O interesse pela proteção ao meio ambiente cresceu com o prolongar dos tempos, dando início a elaboração de normas para o resguardo dos bens naturais, surgindo as primeiras políticas de proteção ambiental, tendo como foco o desenvolvimento sustentado e a união dos entes para a concretização da proteção, cada um devendo gerir seu território aplicando as normas internas e externas referentes ao sistema jurídico-ambiental.

A importância de se firmar compromissos internacionais, deve-se a necessidade de vigilância aos Estados por uma norma maior, do contrário os entes agiriam visando apenas os interesses de seu território o que desencadearia descontentamentos e conflitos entre as nações, pois, a conduta gerada no país A consequentemente atingiria as fronteiras do país B, C.

De fato, a melhor maneira em solucionar as discussões internacionais é por meio do modo pacífico, sendo esta também a função dos tratados e convenções, o relacionamento amistoso entre os Estados, cabendo a todos a responsabilidade pela qualidade ambiental.

Por fim, não podemos permitir que ocorra o retrocesso e enfraquecimento das normas já existentes relativas à proteção ao meio natural, do contrário, devemos continuar lutando pela fortificação das normas ambientais.

5.REFERÊNCIAS

AGENDA 21 GLOBAL. **Declaração do Rio de Janeiro**. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, 1992.

AMADO, Frederico. Direito Ambiental Esquemático. 7ª Ed. Método. 2016.

ANDRADE, M. M. de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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: 12 de junho de 2020.

BLOG DIREITO AMBIENTAL EM QUESTÃO, Disponível em: <<https://www.direitoambientalemquestao.com.br/2017/06/convencao-para-protecao-da-flora-fauna-e-das-belezas-cencas-dos-paises-da-america-decreto-58054-66.html>>. Acesso em 13 de junho de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **A Comissão Bruntland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos.** In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). Direito ambiental internacional. Santos, SP: Leopoldianum, 2001, p. 50-63.

CAVALCANTI, Clóvis. **Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas.** São Paulo, Cortez Editora, 1999.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Aspectos fundantes da Conferência de Estocolmo.** In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). Direito ambiental internacional. Santos, SP: Leopoldianum, 2001, p. 11-26.

DERANI, Cristiane. **Aspectos jurídicos da Agenda 21.** In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). Direito ambiental internacional. Santos, SP: Leopoldianum, 2001, p. 64-82.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** São Paulo, SP: Max Limonad, 1997.

DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). **Direito ambiental internacional.** Santos, SP: Leopoldianum, 2001.

FERREIRA, Diego Vikboldt; BAUMGARTEN, Marcelo Zepka. **Controvérsias Internacionais: Soluções Pacíficas e Coercitivas.** Disponível em: Acesso em: 14 out. 2015.

G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/08/19/para-amazonas-e-mato-grosso-somam-60percent-das-queimadas-de-agosto-pantanal-e-bioma-mais-afetado.ghtml?fbclid=IwAR1U_Rvtx_DHSddW-UeyD6HDr_4IQ8RIZyBJPKcXo4K0WEKv2IGw0ebl9Mg>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito**

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/documentos/tratados-internacionais>>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

NATURE COMMUNICATIONS. Disponível em: <[file:///C:/Users/Luana/Downloads/Regime shifts occur disproportionately faster in l.pdf](file:///C:/Users/Luana/Downloads/Regime%20shifts%20occur%20disproportionately%20faster%20in%20l.pdf)>. Acesso em: 14 de junho de 2020.

NASCIMENTO, Blenda Lara Fonseca do. **Solução de Controvérsias Internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **De Estocolmo a Montago Bay 82: o ingresso do meio ambiente na agenda global**. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). Direito ambiental internacional. Santos, SP: Leopoldianum, 2001, p. 199-215.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente – Paralelos dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e à Cultura. 29ª Conferência Geral da Unesco. **Declaração sobre Responsabilidades das Gerações Presentes para as Gerações Futuras**. Washington, 12.11.1997.

A ATUAÇÃO DO NATJUS PALMAS NAS DEMANDAS DA SAÚDE NO ÂMBITO DA DISPONIBILIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS PELO SUS

VITÓRIA FERNANDES CORREIA DE CASTRO:
Bacharelada em Direito pela UniCatólica do Tocantins

JANAY GARCIA²
(orientador)

RESUMO: Este artigo possui o intuito de esclarecer o papel, nas demandas relativas à disponibilização de medicamentos, do Núcleo de Apoio Técnico de Palmas (NatJus Palmas). Conhecer, por meio de uma pesquisa exploratória e descritiva, com abordagem quantitativa e qualitativa, como esse núcleo tem auxiliado a resolução de demandas judiciais que abrangem a área da distribuição de medicamentos é o que se objetiva. Há a verificação do sistema adotado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e das políticas de acesso a medicamentos incorporados e não incorporados. Além disso, analisa-se a crescente judicialização da saúde e estuda como os relatórios do NatJus Palmas auxiliam magistrados, defensoria pública e o ministério público na resolução de processos judiciais em Palmas.

Palavras-chave: NatJus Palmas. Sistema Único de Saúde. Medicamentos incorporados e não incorporados. Judicialização da Saúde.

ABSTRACT: This article aims to clarify the role, in the demands related to the availability of medicines, on the Palmas Technical Support Center (NatJus Palmas). Knowing, by means of an exploratory and descriptive research, with a quantitative and qualitative approach, how this nucleus has helped there solution of legal demands that cover the área of medication distribution is what is aimed at. There is a verification os the system adopted by Single Health System (SHS) and the politics for acess to incorporated and non-incorporated medicines. In addition, It analyzes the growing judicialization of health and studies how NatJus Palmas reports assist magistrates, public defenders and the prosecutor in there solution of legal proceedings in Palmas.

Key words: NatJus Palmas. Single Health System. Medicines incorporated and non-incorporated. Judicialization of health.

² Vice-presidente da OAB Tocantins, Especialista em Direito Previdenciário e Ciências Políticas, Mestre em Políticas Públicas, Professora das Universidades Católica e Estadual do Tocantins.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO. 2 - *A CRIAÇÃO DO SUS E SEUS PARÂMETROS PARA DISPONIBILIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS DE FORMA GRATUITA.* 3 - *A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEU CRESCIMENTO.* 4 - *CONCLUSÃO.* 5 - *REFERÊNCIAS.*

1.INTRODUÇÃO

Com a promulgação da CRFB de 1988, o Estado Brasileiro garantiu a seus cidadãos inúmeros direitos e garantias e assumiu o compromisso de fazer o que estivesse a seu alcance para que estes sejam efetivados. Dentro deste rol de garantias constitucionais se encontra a saúde e isto tem trazido efeitos tanto à população quanto ao judiciário em si.

Por se tratar de um sistema universal, o Sistema Único de Saúde (SUS) tem como dever a garantia à saúde de forma integral à população, e isto abrange várias áreas da vida humana, como a garantia á saneamento básico, postinhos, hospitais, procedimentos e, especialmente, medicamentos.

O Brasil hoje é o maior consumidor de medicamentos do mundo e tal fato não reflete de forma correta a real situação da distribuição de medicamentos no país. A judicialização da saúde vem como uma consequência muitas vezes onerosa à criação desse sistema. Quando o cidadão não vê sua demanda atendida com presteza há o acionamento das varas da fazenda pública ou especializadas na saúde.

Averiguado isto houve a constatação, por parte do Ministério da Saúde, da necessidade da criação de um órgão auxiliar não somente de juízes, mas também da Defensoria Pública e do Ministério Público, nestas demandas que envolvem uma área em que os atuadores do direito não possuem o conhecimento necessário.

Desta necessidade criou-se os NatJus no país. Este cooperador é composto por profissionais da saúde e estes são acionados pelos órgãos mencionados para que forneçam informações, relatórios e pareceres sobre determinados medicamentos.

Nesta análise aqui feita pretende-se demonstrar como tem sido de relevância o papel do núcleo de apoio técnico de Palmas nas demandas relativas à disponibilização de medicamentos, visto que, como será demonstrado, esse tipo de pedido tem sido o mais recorrente dentro do âmbito desta judicialização tão crescente da saúde.

2.A CRIAÇÃO DO SUS E SEUS PARÂMETROS PARA DISPONIBILIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS DE FORMA GRATUITA

O Sistema Único de Saúde foi criado pela promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, isto ocorreu pelo fato de que consta entre o rol de direitos a serem assegurados pelo Estado, a saúde, em sua forma plena, neste sentido se ditou que, sobretudo, este direito deveria ser regido pelos princípios da equidade, universalidade e integralidade.

A Constituição Federal como instrumento ditador de direitos e normas, aduz em seu artigo 196 que:

“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.”

Observando-se então esta definição, o SUS e seus parâmetros foram definidos. Pautado em conjunto de ações e serviços realizados pela gestão pública, o SUS abrange também a seguridade social, atuando não somente na saúde, mas também na previdência e assistência social do Brasil.

A Lei 8.080/90 é conhecida como Lei do SUS e em seu artigo 9º elenca quais órgãos devem gerir este Sistema, de acordo com o que preceitua também a CF/88:

- I. no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
- II. no âmbito dos estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente;
- III. no âmbito dos municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Apesar de sua criação ter ocorrido no ano de 1988, este somente foi fundado em todo o território brasileiro em 1990, com a promulgação das Leis Federais nº 8.080 e 8.142.

Prioritariamente foram seguidos os ditames contidos no artigo 198 da CF/88, o qual define integralmente as diretrizes do Sistema Único de Saúde:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I. Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III. Participação da comunidade.

Parágrafo único – O Sistema Único de Saúde será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Neste sentido, a Coleção Para Entender a Gestão do SUS, em suas deliberações, alude que:

Os serviços integradores do SUS seguem também princípios organizativos e doutrinários, tais como:

» universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

» integralidade de assistência, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

» equidade;

» descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo;

» conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

» participação da comunidade;

» regionalização e hierarquização.(CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DA SAÚDE, 2011, p. 26).

Verifica-se que este sistema atualmente é um dos maiores sistemas de origem pública garantidor de saúde de modo integral e gratuito a todos os cidadãos. Nele há a abrangência de todas as ações ligadas à saúde, como urgência e emergência, consultas, internações, procedimentos cirúrgicos e fornecimento de medicamentos, além da atenção sanitária, epidemiológica e ambiental.

Neste viés, importante se faz destacar o fornecimento de medicamentos pelo Estado através deste sistema, também regulamentado na Constituição Federal, conforme artigo 200, inciso I:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

Também há regulamentação na citada Lei 8.080/90 e na 12.401/2011, esta trouxe para aquela inclusão de dispositivos regulamentadores da assistência terapêutica e fornecimento de medicamentos, seu artigo 19-M, neste entendimento, alude que:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

(...)

Já o artigo 19-P aduz que:

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Observa-se, portanto, que existem critérios tanto de competência quanto relacionados à especificidade da medicação para que esse venha a ser distribuído de forma gratuita pelo SUS. Esta relação de disponibilidade tem como parâmetros a importância deste medicamento na saúde pública somado a sua eficácia, segurança e custo-benefício.

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, mais conhecida como RENAME, é, no Brasil, responsável por esta política dos fármacos e tem comando de responsabilidade do Ministério da Saúde. Neste aspecto, a obra denominada A GESTÃO DO SUS, faz referência a este assunto:

Os usuários do SUS terão acesso garantido à assistência farmacêutica conforme o que consta na RENAME que compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS que será acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional (FTN) que subsidiará a prescrição, a dispensação e o uso dos seus medicamentos." (CONASS em 2015, p.33).

Se faz necessário explorar também o Decreto de número 7.508, de 28 de junho de 2011, que em seu artigo 28, inciso III, elenca os requisitos para o acesso à assistência farmacêutica, quais sejam:

Art.28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

I - Estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS.

II - Ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS.

III – estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e

IV – Ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Observa-se que estas diretrizes para disponibilização de fármacos pela rede de saúde pública brasileira possuem peculiaridades e exigências que, muitas vezes, se transformam em óbices para o atendimento integral à saúde.

Neste sentido dispõe o artigo 19-Q da Lei Federal nº 8.080/90 sobre a incorporação de remédios à lista do RENAME:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Em vista disso, o que se tornou recorrente hoje é a procura pela solução deste impasse, ocorrente frequentemente via judicialização da demanda, objetivando obrigar a União, determinado Estado ou Município a disponibilizar a medicação necessária, mesmo que esta não esteja elencada nos parâmetros do Sistema.

A partir desta constatação do aumento de processos relativos à disponibilização de fármacos, o Supremo Tribunal de Justiça fixou critérios possuidores de modulação de efeitos, para que o poder público possa vir a disponibilizar medicamentos não incorporados ao SUS. Neste sentido, devem estar presentes então, para essa disponibilidade, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

- Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
- Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). (STJ, Resp n. 1.657.156).

3.A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEU CRESCIMENTO

Como já explorado, a garantia à saúde faz parte dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal Brasileira, conhecida como cidadã por tais aspectos inclusivos e democráticos. Contudo, conforme demonstrado, há complexidades e peculiaridades há serem analisadas quando se trata de garantia à saúde pelo SUS e estas muitas vezes impossibilitam o Estado de fazer seu papel de garantidor deste direito.

Sobre o tema, Luciano Chaves de Farias ensina que:

“a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública, almeja, primordialmente, a concretização dos direitos previstos na Constituição. Essa intervenção pode ser chamada de judicialização, quando, por sua magnitude ou abrangência, implica a transferência para o Judiciário de decisões que caberiam aos Poderes Executivo e Legislativo”.

Neste sentido, a CF/88, em seu artigo 5º, aludindo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e visto que o direito à saúde, quando não efetivamente garantido, pode gerar danos irreparáveis, garante a possibilidade do protocolo de ações deste teor:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

De forma a enfatizar como esta problemática é crescente no país, devem ser analisados os números de processos em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos juizados especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas turmas recursais e nas turmas regionais de uniformização, entre 2016 e 2017, que, em relação a fornecimentos de medicações, chegaram a 420.930 (quatrocentos e vinte mil novecentos e trinta), segundo a 14ª edição do relatório *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça.

Neste sentido, afirma BARROSO (2008) que “os riscos da judicialização envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.”

Sobre a judicialização da saúde (MENDES, 2015) ainda consigna:

Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário. (MENDES, 2015, p. 650).

Esta judicialização caracteriza-se, portanto, como a última alternativa da população em face de uma negativa de algum pedido formulado e, conforme

exposto, essa negativa se dá, principalmente, pela falta, no caso de medicamentos, de incorporações na política pública adotada pelo RENAME.

Muitas vezes também há a negativa por razões orçamentárias utilizando como argumento o princípio da reserva do possível, pois muitas vezes os custos para a manutenção de moléstias é significativamente alto. A problemática aqui identificada é a interferência do judiciário em políticas públicas, o que não é de sua incumbência, e como isto afeta a população mais hipossuficiente.

Porém cabe ressaltar que o objetivo deste estudo não é atacar o poder público e seus argumentos nas lides mencionadas, mas sim expor ao público-alvo deste como ocorrem os processos de obrigação de dar medicamentos, quais fundamentos utilizados pelo poder público e como a atuação do NatJus contribui para a solução destes, seja concedendo-se o que foi pedido ou não.

Portanto, face ao pedido amparado legalmente pela Constituição Federal o judiciário vem recorrendo ao princípio da reserva do possível e expondo suas impossibilidades de fornecimento do que estiver sendo pleiteado, formando-se assim, o processo de embate entre o pleiteante e o Estado para, principalmente, disponibilização de fármacos e ambos se encontram amparados legalmente.

Superada esta matéria o estudo explorará como se dá a atuação do Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário no âmbito de Palmas, seus números e sua importância.

4.A ATUAÇÃO DO NATJUS PALMAS

Os Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NatJus) foram criados a partir do Conselho Nacional de Justiça via Fórum da Saúde, visto a averiguação da necessidade iminente de apoio técnico de profissionais da saúde nas demandas da saúde.

No âmbito de Palmas, o Núcleo de Apoio Técnico é uma parceria entre o TJ/TO e Secretaria Municipal de Saúde, e foi regulamentado pela Portaria nº 468/SEMUS/GAB de 27 de maio de 2016. Estes Núcleos disponibilizam a magistrados um banco de dados advindos de laudos técnicos e pareceres elaborados por farmacêuticos e médicos, por exemplo.

De acordo com a cartilha do NatJus Palmas, disponível no site do TJTO, é de competência desse cooperador:

- *Subsidiar os magistrados e demais operadores do direito com informações relacionadas ao Sistema Único de Saúde e emissão de pareceres técnicos consultivos e fundamentados por normativas legais que regulamentam o Sistema Único de*

Saúde em práticas em saúde baseadas em evidências científicas;

- *Fortalecer a cooperação técnica e o diálogo entre o Poder Executivo, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Sociedade Civil procedendo a estudos técnicos, promovendo debates, sugerindo medidas aos entes públicos que visam aperfeiçoar a assistência à saúde pública no município de Palmas;*
- *Responder aos questionamentos e aos apontamentos relacionados à saúde pública apresentados pelos cidadãos, Promotores de Justiça, Defensores e Procuradores;*
- *Atuar de forma a prevenir a judicialização de demandas na área da saúde e a estimular uma solução administrativa acerca das demandas que versam sobre políticas públicas de saúde existentes, fortalecendo os mecanismos de escuta e de participação social;*
- *Atuar em coordenação com a Ouvidoria Municipal do SUS;*
- *Encaminhar bimestralmente, os dados estatísticos sobre suas atividades ao CEMAS/ Tribunal de Justiça do Tocantins;*
- *Solicitar pareceres técnicos a instituições reconhecidas em atividade regular em âmbito nacional;*
- *Demandar aos profissionais da rede municipal do SUS esclarecimentos sobre condutas e práticas em saúde objetos de demandas judiciais;*
- *Recomendar a incorporação de procedimentos e medicamentos ao rol de atribuições da gestão municipal do SUS;*
- *Sugerir condutas substitutivas e equivalentes a práticas não orientadas pelas normas e procedimentos do SUS ou que desconsiderem evidências científicas;*
- *Acessar documentos produzidos de interesse público, não resguardando pela confidencialidade, no âmbito da gestão*

municipal do SUS quando necessário para esclarecer processos administrativos ou judiciais;

- *Solicitar arguição e coleta de informações pertinentes aos pacientes envolvidos em processos administrativos ou judiciais, às diversas diretorias e assessorias da Secretaria Municipal de Saúde;*
- *Definir níveis de prioridades sobre processos administrativos ou judiciais em trâmite da Secretaria Municipal de saúde;*
- *Acompanhar as ações judiciais transitadas em julgado de demandas na área de saúde em desfavor do município de Palmas com objetivo de informar ao Poder Judiciário: óbito, alteração de prescrição, mudança de domicílio da parte autora.*

Extrai-se destas atribuições que a atuação deste colaborador se dá de diversas formas e em diferentes fases processuais. Presta consultoria aos órgãos do judiciário, como Ministério Público e Defensoria Pública, legitimados a adentrarem com ações de cunho prestacional como as neste estudo tratadas, de forma a fazê-los compreender mais sobre determinado medicamento e sua eficácia.

Também pode ser intimado por juízes das varas da fazenda pública para prestarem esclarecimentos, através de relatórios, sobre determinado medicamento ensejador de ações protocoladas contra o município de Palmas, esclarecendo assim, pontos abordados nas políticas públicas do SUS e suas diretrizes e se há medicamento distribuído na rede pública com função similar e que atenda às necessidades do pleiteante.

O tópico neste estudo já abordado, sobre as diretrizes do SUS para disponibilização de drogas medicamentosas, é abordado nos pareceres disponibilizados pelo NatJus. Também há a exposição de estudos, caso já tenham sido formulados, sobre a efetividade do medicamento comparado á outros, o que pode auxiliar, de forma crucial, decisões judiciais.

Com o intuito de servir como um banco de dados a ser facilmente acessado por juízes, pelo sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, foi criada também a plataforma digital denominada de e-NatJus. Desde sua criação esta vem possibilitando que pareceres sobre determinados medicamentos possam ser encontrados de forma rápida, com o intuito de gerar embasamento para decisões de magistrados das varas da fazenda pública.

Existem hoje, para acesso público, dentro deste banco de dados, mais de 400 notas técnicas sobre fármacos diversos. Estas foram selecionadas pelo próprio CNJ, entre as várias varas de todo o Brasil, para composição desta plataforma. De modo a prestar informações à população, a página eletrônica do NatJus Palmas disponibiliza relatórios referentes a determinados lapsos temporais, enfatizando a quantidade de demandas atendidas por ele e qual foi o ramo da saúde que mais necessitou de seu auxílio.

Obtém-se do fragmento do relatório do ano de 2017 abaixo a constatação de que a procura de medicamentos é predominante nestas demandas:

2 – Tipos de prestação de serviços em saúde solicitados nas demandas encaminhadas ao NAT-PALMAS e respondidas por meio de Notas Técnicas no ano de 2017

Tipo de demanda	Qdade	%
Medicamentos	181	71,26
Insumos	24	9,45
Procedimentos/cirurgias	10	3,94
Exames complementares/imagem	08	3,15
Consultas médicas	11	4,33
Internação compulsória	05	1,97
Internação/abrigo	01	0,39
Tratamento Fora do Domicílio (TFD)	01	0,39
Equipamentos de saúde portáteis	06	2,36
Informação	02	0,79
Dieta/Fórmulas nutricionais	05	1,97
Total	254	100

Fonte: Núcleo de Apoio Técnico – NAT Palmas

Com esta demonstração se verifica que durante todo o ano de 2017, por 254 vezes o órgão cooperador NatJus Palmas foi acionado para emissão de Notas Técnicas sobre serviços da saúde em geral. De forma específica se verifica que, deste total, mais da metade foram solicitações de medicamentos.

Importante também se demonstrar que os relatórios emitidos podem apontar falhas, como, por exemplo, apontamento de que determinado laudo não estaria seguindo as normas de enunciados dos fóruns realizados pelo CEMAS (Comitê da Saúde do Tocantins) ou também de enunciados do próprio Conselho Nacional de Justiça.

Na nota técnica número 201, referente ao medicamento Nivolumabe, o NatJus Palmas aponta que:

O citado relatório médico veio deficiente de informações necessárias para a análise mais acurada do caso posto, sabendo que tanto a instituição pública quanto a privada necessariamente devem seguir Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas conforme os conhecimentos da "MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS". Assim, o mesmo encontra-se em desacordo com a Política Pública, consubstanciada no art. 28 do Decreto nº 7.508; bem como em desacordo com o Enunciado 8 do III Fórum Estadual do Comitê da Saúde do Tocantins (CEMAS-TO), e Enunciado 12 do CNJ, por não ter sido informado: a) há quanto tempo o paciente tem a doença; b) quais foram os tratamentos realizados, bem como os resultados alcançados, e o motivo pelo qual foi escolhido o medicamento Nivolumabe (Opdivo®) que ainda está em fase de pesquisa; c) a classificação da doença, ou seja, se câncer de pulmão de pequenas células ou câncer de pulmão de células não pequenas, impossibilitando aferir se o médico assistente seguiu os protocolos preconizados pela assistência oncológica para o tratamento da doença; (NatJus Palmas, 2018).

Importante também se mencionar que, no âmbito palmense, existe uma relação comparada ao RENAME, anteriormente abordado, criada para melhor atender as demandas da população da capital de acordo com as epidemias que mais a atinge, esta relação denominada como REMUME atende orientação da Organização Mundial de Saúde. Em sua apresentação no Diário Oficial de número 1.307 de 27 de julho de 2015 o Secretário de Saúde de Palmas atuante à época aduz sobre esta listagem afirmando que:

"Atende a orientação da Organização Mundial da Saúde. A seleção dos medicamentos da REMUME baseia-se nas prioridades nacionais e regionais de saúde, na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade dos produtos." (Diário Oficial nº 1.307, 27 de julho de 2015).

Portanto, observa-se que na capital tocantinense o NatJus atua segundo as diretrizes do SUS, a relação do RENAME e também do REMUME, esclarecendo aos magistrados se existem pontos a serem verificados em determinadas demandas e os

auxiliando ativamente através de relatórios que sintetizam o que deve ser levado em consideração em cada lide pleiteante de fármacos.

Isto possibilita aos atuantes do direito utilizadores dessa ferramenta, maior conhecimento acerca de cada caso em particular visto a opinião e orientação de profissionais especializados, orientando sua decisão e fazendo com que essa se dê de forma mais fundamentada e com a rigorosidade que Leis, Enunciados e os ditames abordados exigem.

5.CONCLUSÃO

A crescente judicialização da saúde fez com que o judiciário brasileiro sofresse um “boom” de demandas envolvendo a saúde, a concessão de insumos, medicamentos, cirurgias, tratamentos e exames. Os membros do judiciário então se viram em uma situação complicada, em que parâmetros biológicos deveriam ser analisados, e, como não conhecem a área, precisavam de um auxílio dos profissionais da saúde.

Diante disso os diversos Núcleos de Apoio Técnicos foram criados no Brasil, com o fito de emitir relatórios e pareceres sobre medicamentos e de quem é a competência para fornecimento de cada medicamento, quando definida, para assim direcionar as demandas e fazer com que tenham um julgamento realmente justo e coeso com o regulamento brasileiro.

O Sistema Único de Saúde então, em conjunto com diversas Leis, Regulamentos, Portarias, julgados, definiu parâmetros para incorporação de medicamentos a serem concedidos de forma gratuita á população, e os núcleos de apoio técnico possuem condição de esclarecer, por meio de seus relatórios, municípios e estados, a obrigação ou não de disponibilização de fármacos.

Concluiu-se após esse estudo que o aumento de processos judiciais e embates entre cidadãos e entes públicos trouxe a necessidade do NatJus na capital Palmas.

Portanto, as demandas que envolvem o Município de Palmas, na área da saúde, precisam contar com o parecer deste núcleo para que os magistrados, a defensoria pública tão atuante nestas demandas, e o Ministério Público, quando cabível, possam conhecer sobre cada caso em particular e julgá-lo, defendê-lo ou esclarecê-lo de forma correta.

Assim a sociedade palmense hoje pode constatar o atendimento de forma correta á suas necessidades salutaras, atendimento este estruturado por meio de estudos e relatórios emitidos por profissionais especializados para tanto, o que

colabora para que mais demandas sejam atendidas pelo ente competente em cada caso concreto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.html. Acesso em 28 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em 28 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.401/2011**, de 28 de abril de 2011. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em 29 out. 2019.

FARIAS, Luciano Chaves de. **Mínimo existencial: um parâmetro para o controle judicial para as políticas em saúde**. 2010. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica do Salvador, Salvador.

STJ, RECURSO ESPECIAL: **Resp. 1.657.156 RJ 2017/0025629-7**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, DJ: 04/05/2018, JusBrasil 2018. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509?ref=juris-tabs>. Acesso em 30 out. 2019

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 29 out. de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

DIÁRIO OFICIAL DE PALMAS, Palmas-Tocantins, nº 1511, de 27 de maio de 2016. Disponível em:

<file:///C:/Users/03386440169/Downloads/Portaria%20SEMUS%20GAB,%20N%C2%BA%20468,%2027-05->

16%20Institui%20o%20NAT%20N%C3%BAcleo%20de%20Apoio%20T%C3%A9cnico%20em%20Sa%C3%BAde.pdf. Acesso em 31 out. 2019.

NATJUS PALMAS, **Cartilha do Núcleo de Apoio Técnico Palmas**. Disponível em: http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat_palmas/Cartilha_nucleo_de_apoio_tecnico.pdf. Palmas, 2016. Acesso em 30 de outubro de 2019.

Plataforma e-NatJus: <https://www.cnj.jus.br/e-natjus/pesquisaPublica.php>. Acesso em 29 out. de 2019.

DIÁRIO OFICIAL DE PALMAS, Palmas-Tocantins, nº **1.307**, 27 de julho de 2015. Disponível em: [file:///C:/Users/03386440169/Downloads/RESOLU%C3%87%C3%83O%20CMS%20N%C2%BA%2019,%20de%2013%20de%20maio%20de%202015%20-%20Aprova%20a%20REMUME%20-%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20Municipal%20de%20Medicamentos%20Essenciais.p](file:///C:/Users/03386440169/Downloads/RESOLU%C3%87%C3%83O%20CMS%20N%C2%BA%2019,%20de%2013%20de%20maio%20de%202015%20-%20Aprova%20a%20REMUME%20-%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20Municipal%20de%20Medicamentos%20Essenciais.pdf)df. Acesso em 31 out. de 2019.

NATJUS PALMAS, **Relatório 2016**. Disponível em: http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat_palmas/RELATORIO_2016.pdf. Acesso em 30 out. de 2019.

NATJUS PALMAS, **Relatório 2017**. Disponível em: http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nat_palmas/RELATORIO_2017.pdf. Acesso em 30 out. de 2019.

NATJUS ESTADUAL, **Nota Técnica número 201**, 2018. Disponível em: <http://wwa.tjto.jus.br/saude/images/nt-medicamentos/NIVOLUMABE.pdf>. Acesso em 30 out. de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DA SAÚDE (CONASS), **A Gestão do SUS**. 1. ed., Brasília, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DA SAÚDE, **Coleção para entender a gestão do SUS**, 1. ed., Brasília, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Justiça em Números**, 2018, Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 29 de out. de 2019.

BARBOSA, Flávio Alves. **Descomplicando o Complicado: Aprendendo a Fazer uma Monografia em Três Dias**. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2016.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

A NECESSIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA: EM BUSCA DO DIREITO PENAL EFETIVAMENTE MÍNIMO

RIVALDO RAMALHO JÚNIOR: Pós-graduado/especialista em Direito Penal;

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo estudar a atuação do Direito Penal frente à tutela da honra, cujo crimes encontram-se alocados em capítulo próprio da parte especial do Código Penal. A honra das pessoas é considerada uma das manifestações do direito da personalidade e, por consequência, objeto de tutela pelo atual ordenamento jurídico face ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerado o epicentro axiológico da atual ordem constitucional. Por outro lado, temos um aparente conflito com alguns dos princípios que norteiam a aplicação do Direito Penal no nosso ordenamento jurídico, os quais impedem a sua atuação em face de condutas com baixa ofensividade. Nesse sentido, o presente trabalho traz uma visão crítica acerca dos crimes contra a honra previsto na legislação brasileira à luz dos princípios constitucionais e dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PENAL, CRIMES CONTRA A HONRA, DESCRIMINALIZAÇÃO, BENS JURIDISCOS, DIREITO PENAL MINIMMO, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

ABSTRACT: The present work aims to study the performance of Criminal Law in relation to the protection of honor, whose crimes are allocated in a specific chapter of the special part of the Penal Code. People's honor is considered one of the manifestations of the right of personality and, consequently, the object of protection by the current legal system in face of the principle of human dignity, considered the axiological epicenter of the current constitutional order. On the other hand, we have an apparent conflict with some of the principles that guide the application of Criminal Law in our legal system, which prevent its performance in the face of conducts with low offense. In this sense, the present work brings a critical view about the crimes against honor foreseen in the Brazilian legislation in the light of the constitutional principles and the principles of subsidiarity and fragmentation.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ESCORÇO HISTÓRICO DOS CRIMES CONTRA A HONRA. 2 ESPÉCIES DE CRIMES CONTRA A HONRA NA HODIERNA LEGISLAÇÃO. 3 O DIREITO PENAL E OS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, DA FRAGMENTARIEDADE E DA SUBSIDIARIEDADE. 4 A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL INAUGURADA EM 1988 E O TRATAMENTO DAS LESÕES A MORAL E A HONRA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

KEYWORDS: CRIMINAL LAW, CRIMES AGAINST HONOR, DECRIMINALIZATION, LEGAL PROPERTY, MINIMUM CRIMINAL LAW, DIGNITY OF THE HUMAN PERSON.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o ramo do direito que possui como objetivo a tutela de determinados bens jurídicos, ou seja, aqueles considerados indispensáveis para o controle e a ordem social. Também chamado de *ultima ratio*, busca o Direito Penal sancionar mais severamente as condutas cuja lesão produza graves consequências aos bens jurídicos essenciais à manutenção e ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

O Ordenamento Jurídico, em sentido amplo, busca regular as relações entre as pessoas em sociedade, valendo-se, para tal desiderato, de vários instrumentos distribuídos entre os diversos ramos do direito, sendo, o Direito Penal, a manifestação mais severa de intervenção estatal contra o indivíduo, apenas justificando sua aplicação quando os demais ramos do direito se mostrarem ineficazes na tutela dos bens mais relevantes.

A Constituição Federal de 1988, que inaugurou no Brasil uma nova ordem constitucional, trouxe significativas mudanças, que refletiram em todo o ordenamento jurídico pátrio, obrigando os operadores do direito a repensar e adequar a legislação ordinária à nova ordem constitucional. Dentre as inovações trazidas pela carta magna brasileira, podemos destacar a expressa previsão, contida no artigo 5º, do direito a indenização à pessoa, pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A nova Constituição Federal, que elevou à categoria de direito fundamental a reparação civil decorrente do dano à moral, pôs em xeque a criminalização dos chamados crimes contra honra, que passaram a possuir um caráter preponderantemente civil, levando-se em consideração o caráter fragmentário do Direito Penal.

Este trabalho tem por objetivo, analisar a adequação constitucional e a aplicação prática dos crimes contra a honra, realizando um estudo à luz dos princípios que permeiam todo o ordenamento jurídico e, em especial, o Direito Penal.

1. ESCORÇO HISTÓRICO DOS CRIMES CONTRA A HONRA

A honra, marca de distinção da pessoa, conhecido como o princípio ético que leva o indivíduo a gozar de bom conceito junto à sociedade e estima da própria dignidade, desde os tempos mais remotos tem sido tutelado pelo Direito Penal, como um bem jurídico indispensável à manutenção da ordem pública.

Na idade antiga, mais precisamente na Grécia e em Roma, as ofensas à honra eram cruelmente castigadas pelo fato de tal atributo estar intimamente ligado à pessoa, havendo uma natureza de Direito Público, sancionada inclusive com a pena de morte. O Direito Canônico, na idade média, também punia criminalmente aqueles que lesam a honra de outrem. (BITENCOURT, 2011)

Não obstante a antiga previsão de pena àqueles que maculavam a honra da pessoa, foi apenas no período moderno que tais delitos ganharam independência.

O Direito Francês foi o primeiro a estabelecer distinção clara entre as modalidades que esse crime poderia assumir. O Código Penal Francês de 1810 foi o primeiro a incriminar separadamente *calúnia e injúria*, embora ainda englobasse em um mesmo conceito calúnia e difamação. Em 1819 substituiu o termo "calúnia" por "difamação" e eliminou o requisito da *falsidade*. (Bitencourt, Vol. 2, pag. 314)

No Brasil, o Código Criminal do Império e o Código Penal de 1890 também incriminavam as práticas da calúnia e da injúria, abrangendo esta, tal como no Código Penal Francês, as noções de injúria e difamação concebidas no hodierno códex.

2.ESPÉCIES DE CRIMES CONTRA A HONRA NA HODIERNA LEGISLAÇÃO

O atual Código Penal brasileiro prevê, no capítulo V, inserido no título dos crimes contra a pessoa, três espécies de crimes contra honra sendo eles a calúnia, a difamação e a injúria.

O Código penal, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, seguindo a tendência das demais legislações penais ocidentais, manteve a criminalização tripartida das lesões à honra, por reconhecer a transcendência do interesse na tutela daquele bem jurídico para toda sociedade.

A proteção da honra, como bem jurídico autônomo, não constitui interesse exclusivo do indivíduo, mas da própria coletividade, que tem interesse na preservação da honra, da incolumidade moral e da intimidade, além de outros bens jurídicos indispensáveis para a harmonia social. Quando determinadas ofensas ultrapassam esses limites toleráveis justifica-se a sua punição, que, na disciplina do Código Penal vigente, pode assumir a forma de *calúnia, difamação e injúria*. (Bitencourt, vol.2, 2011, p. 314)

Com efeito, podemos então definir honra como sendo o bem imaterial compreendido no complexo de predicados físicos, morais e intelectuais que orbita a todo ser humano, ainda que de forma mínima, que o faz merecedor de deferência tanto no seio social quanto na sua própria autoestima, sendo valor insuscetível de apreciação ou valoração mercantil porquanto intrínseco e indissociável à dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, parte da contemporânea doutrina penal bipartiu a noção de honra dividindo-a em honra objetiva e subjetiva, conceitos estes utilizados para fins meramente didáticos, não sendo utilizados pelo legislador. Assim, entende-se por honra objetivam, segundo MASSON (2011) “a visão que a sociedade tem acerca das qualidades físicas, morais e intelectuais de cada pessoa. É a reputação de cada indivíduo no seio social em que está imerso”. Ao passo que considera-se honra subjetiva como sendo o “sentimento que cada pessoa possui acerca das suas próprias qualidades físicas, morais e intelectuais. É o juízo que cada um faz de si mesmo”. Dada a definição de honra, como bem jurídico tutelado, passemos a examinar cada um dos crimes tipificados pelo código penal.

O crime de Calúnia, que está previsto no artigo 138 do código penal, pune com detenção de seis meses a dois anos quem imputa, falsamente, a alguém, fato definido como crime. Protege-se, no delito em tela, a honra objetiva da pessoa que, perante a sociedade, se ver constrangida ao lhe ser atribuída, falsamente, uma conduta definida como crime, roubando-lhe o decoro. Nestes termos, a Calúnia pode ser entendida como uma difamação qualificada pela imputação falsa de fato definido como crime, sendo o único tipo penal pune a lesão a memória dos mortos e que admite amplamente a exceção da verdade.

Na Difamação, cujo tipo é descrito no artigo 139 do código penal, também tutela-se a honra objetiva da pessoa, ou seja, a reputação do ofendido e o respeito que este goza perante a sociedade. Pune-se então quem difama alguém, “imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”. Neste crime, que pode também ter como sujeito passivo a pessoa jurídica, pouco importa se o fato ofensivo imputado seja falso ou não. Ao contrário da calúnia, neste crime, mesmo que o fato atribuído à vítima seja verdadeiro, ainda assim estará configurado o delito em comento, não admitindo-se a exceção da verdade, salvo quando trata-se de funcionário público e a ofensa diz respeito ao exercício de suas funções.

Por fim, no crime de Injúria, cujo tipo penal está previsto no artigo 137 do código penal brasileiro, ao contrário das duas espécies anteriormente abordadas, busca-se a proteção da honra subjetiva da pessoa, consistindo em crime quem “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”. No crime em apreço, por tutelar a honra subjetiva, não há a imputação de um fato determinado, configurando

a conduta delituosa a ofensa da dignidade e o decoro pessoal do ofendido, entendidas estas como os atributos morais e atributos físicos e intelectuais respectivamente, realizado através de xingamentos ou atribuição de qualidade negativa, somado ao *animus injuriandi* do autor.

No crime de Injúria, em particular, podemos destacar a forma qualificada prevista no parágrafo 2º, consistindo em Injúria real, quando a lesão à honra subjetiva é realizada mediante violência ou vias de fato que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes, punindo-se tal conduta com detenção de 3(três) meses a 1(um) ano e multa, além da pena correspondente a violência. Na forma da Injúria real, por se tratar de crime complexo, além da honra subjetiva tutela-se a incolumidade física da pessoa. Prevê também a modalidade de Injúria racial, quando da prática da ofensa utilizar-se de elementos referentes a raça, cor, etnia religião ou a condição de idosa ou portadora de deficiência, sendo a ação penal pública condicionada a representação, punida com reclusão de 1(um) a 3(três) anos além de multa. Por fim, cumpre ressaltar a total impossibilidade de arguir a exceção da verdade neste crime.

Nos crimes contra a honra, como regra geral, a ação penal é de exclusiva iniciativa privada, conforme depreende-se do artigo 145 do código penal.

Tal escolha do legislador se deu em virtude de que, conforme leciona BINTECOURT (2011), “a honra, quer objetiva, quer subjetiva, é um dos bens jurídicos disponíveis por excelência”, cabendo ao ofendido, via de regra, promover a ação penal pela qual se poderá buscar a responsabilidade daquele que cometeu o delito. Assim, constatada a prática criminosa é dada a “absoluta discricionariedade do sujeito passivo a decisão de processar ou não sujeito ativo, e, mesmo após ter decidido iniciar a ação penal, facultando-lhe poder renunciar o direito de queixa ou perdoar ao agente”.

Percebe-se então, que o legislador brasileiro, por se tratar de um bem jurídico disponível por excelência, decidiu deixar ao livre arbítrio do ofendido a promoção da ação penal que busca responsabilizar o autor do fato, bem como a disposição dos instrumentos despenalizantes como a renúncia e o perdão do ofendido.

3.0 DIREITO PENAL E OS PRINCIPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, DA FRAGMENTARIEDADE E DA SUBSIDIARIEDADE

O Direito Penal, por se tratar da forma mais brutal de invasão do estado na liberdade individual da pessoa, permeia-se por vários princípios garantistas, que buscam, das mais diversas formas, limitar o poder punitivo estatal e impedir o arbítrio do estado em desfavor do cidadão.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ratificada na França em 26 de agosto de 1789, que definiu os direitos individuais e coletivos dos homens, que ainda hoje são amplamente utilizados nos estados democráticos, pode ser considerada o nascedouro do princípio da intervenção mínima, estudada neste tópico, porquanto proclamava em seu artigo oitavo, que a “lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”

O princípio da intervenção mínima do Direito Penal, portanto, está intimamente atrelado ao princípio da legalidade, tendo em vista que este apenas estabelece limites ao arbítrio estatal, porém não impede que o estado, dentro da estrita legalidade, aplique penas cruéis e desarrazoadas cujo meio não seja o mais adequado para consecução dos seus fins, aplicando-as em situações inócuas e irrelevantes.

Para impedir a aplicação do Direito Penal e consequente a sua sanção a condutas ínfimas e cuja lesividade não atinja os bens jurídicos considerados indispensáveis, fora estabelecido o princípio da intervenção mínima cuja diretriz segundo BINTECOURT (2011) “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”.

Nestes termos, pode-se deduzir que, caso outras formas de sanção ou outras medidas de controle social mostrem-se adequadas e suficientes para atingir a sua finalidade – proteção do bem jurídico, a sua criminalização será considerada inadequada, ante o caráter agressivo e estigmatizante da pena.

Como corolário do princípio da intervenção mínima podemos destacar ainda os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Segundo o princípio da fragmentariedade, para MASSON (2011) o Direito Penal deverá apenas ser aplicado e preocupar-se “com alguns comportamentos contrários ao ordenamento jurídico, tutelando somente os bens jurídicos mais importantes à manutenção e ao desenvolvimento do indivíduo e da coletividade.”

Assim, em atenção ao aludido princípio, o Direito Penal irá socorrer tão somente aqueles valores cuja proteção se mostre imprescindível para a manutenção da sociedade e da pessoa singular, limitando-se a castigar as condutas mais reprováveis perpetrada em desfavor dos bens jurídicos mais relevantes.

No que diz respeito ao princípio da subsidiariedade, que também orienta o Direito Penal, prevê tal diretriz que esta ciência jurídica apenas será provocada e aplicada, quando os demais ramos do direito se mostrarem inócuos para a eficiente proteção de determinado bem jurídico. Nestes termos, depreende-se que, BINTECOURT (2011) “se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas, e não as penais.”.

Em outras palavras, o Direito Penal funciona como um executor de reserva, entrando em cena somente quando outros meios estatais de proteção mais brandos, e, portanto, menos invasivos da liberdade individual não forem suficientes para a proteção do bem jurídico tutelado. (Masson, vol. 2, 2011, p.41)

Conclui-se, portanto, que a sanção penal, por estar intimamente ligada a privação de liberdade e restrição de direitos do indivíduo, além de ser dotada de uma série de estigmas sociais, apenas terá justificada sua aplicação quando esta constituir meio indispensável para a proteção de determinados bens jurídicos, cuja tutela refira-se aos bens jurídicos mais importantes à manutenção e ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade e quando nenhum outro ramo do direito for suficiente para sua proteção em atenção aos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade, respectivamente.

4.A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL INAUGURADA EM 1988 E O TRATAMENTO DAS LESÕES A MORAL E A HONRA

A Constituição Federal promulgada 1988 inaugurou no Brasil uma nova ordem constitucional, trazendo ao país o que havia de mais moderno em matéria de democracia, assegurando-se diversas garantias constitucionais, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais.

Dentre as inovações trazidas pela nova constituição, podemos destacar o extenso rol de direitos e Garantias Individuais elencados na carta política, dentre os quais, o que prevê, mais precisamente em seu artigo 5º, nos incisos V e X, o dever de indenizar àquele que causar dano, ainda que moral, a outrem.

A opção do constituinte, ao elevar a obrigação de indenizar imposta aquele que causa dano a moral, a um direito fundamental, foi assegurar a reparação da ordem jurídica lesada, seja por meio da composição civil ou por outros meios, tais como direito de resposta.

Nestes termos, não há dúvidas de que o legislador brasileiro tornou certa a obrigação da composição civil e o direito a indenização daqueles que tiveram sua moral maculada diante da sociedade, contudo, a partir da promulgação da Carta Magna, passou-se a questionar se a previsão constitucional em comento havia dado, para as condutas descritas no capítulo dos crimes contra a honra, um tratamento de cunho preponderantemente civil revelando a intenção do constituinte em afastar, gradativamente, a responsabilidade penal aos autores daqueles delitos.

Tal questionamento decorre das semelhanças entre os dois bens jurídicos protegidos, a moral e a honra, que se confundem, porquanto uma sempre está atrelada a outra. Com efeito, impossível haver lesão moral sem afetar a honra, tampouco macular a honra sem abalar a moral.

Ao declarar que o dano moral será indenizado, o constituinte de 1988 claramente demonstrou a sua intenção de transferir a responsabilidade das pessoas que causam danos à honra de outrem, através de condutas caluniosas, difamantes e injuriosas da esfera penal para a esfera civil, porquanto se mostra mais adequada no cenário nacional contemporâneo.

Na realidade, o Direito Criminal foi alijado da disciplinação desta matéria, a qual foi transferida para a égide do Direito Civil. O moderno Constituinte Brasileiro decidiu eliminar as Ciências Penais desse campo, por entender que as violações à honra pessoal possuem *natureza privada*, consistindo em ultrajes personalíssimos que só interessam aos titulares da honra objetiva ou subjetiva ultrajada. Só os diretamente ofendidos possuem legitimidade para exigir a devida reparação da ilicitude, mesmo porque um mesmo fato pode significar insustentável ofensa grave para uma determinada vítima e nada representar de ofensivo a outra pessoa. Desejando, as vítimas deve impulsionar o Poder Judiciário – não mais na busca da imposição de uma sanção penal privativa de liberdade – todavia, perseguindo indenizações que possam reparar e ressarcir os danos materiais, os danos morais, os danos à imagem, os danos à vida privada e os danos à intimidade causados pela ofensa irrogada. Por isso, houve evidente transformação dos ilícitos penais em ilícitos civis. (Duarte, 1998, p.8)

A descriminalização dos crimes contra a honra e a escolha do constituinte brasileiro reflete a tendência global pela descriminalização de condutas cujos principais postulados podem ser apontados como sendo: a) a retirada das leis penais

das infrações que, de acordo com os costumes de nosso tempo, não mais se justificam como crimes; b) despenalização de condutas de menor gravidade ou ofensas a regras de convívio social; c) suprimida a jurisdição penal para questões cuja solução ficaria mais bem situada na esfera civil ou administrativa.

Ora, é cediço que a sociedade brasileira mudou e com ela também mudaram os costumes, onde não mais se justifica a configuração de crime, com a conseqüente instauração de um processo penal, dotado de todos os seus estigmas sociais, de condutas corriqueiras e de lesividade irrisória que poderiam ser solucionadas em outro ramo do direito, como na prestação pecuniária aplicada na esfera civil, através de ação indenizatória, como prevê a Constituição Federal.

Já afirmava ROXIN (1989), para quem o fundamento da descriminalização de condutas irrisórias “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”.

A própria legislação penal brasileira vem adotando, nos últimos anos, uma tendência despenalizadora, também acolhida em países desenvolvidos, estabelecendo, por exemplo, institutos como o da suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito e a transação penal, afastando ao máximo a aplicação do direito penal das pessoas em que uma pena não seja a medida mais adequada.

Ademais, a nova processualística trazida pela lei 9.099 de 1995, que instituiu no Brasil uma inovadora forma de justiça criminal, dando ênfase a conciliação e a transação penal, como forma políticas e juridicamente mais adequadas de solução dos conflitos, definindo os crimes de menor potencial ofensivo, veio a confirmar a tendência atual, porquanto traz consigo a possibilidade da composição civil pelos danos causados como forma de renúncia da ação penal e a conseqüente extinção da punibilidade do autor antes mesmo de iniciada a persecução penal.

Com efeito, ainda que alguém seja processado criminalmente no Brasil por um dos crimes previstos no capítulo dos crimes contra a honra, muito provavelmente tal processo terá como conseqüência, ou a composição civil dos danos causados, consistente em indenização paga a vítima, ou haverá uma condenação à prestação pecuniária, como pena restritiva de direitos, ambas, com caráter patrimonial, não havendo uma incidência prática da sanção penal, porém, subsistindo todos os efeitos maléficis do processo e pena criminal.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988, ao prevê a obrigação de indenizar pelo dano causado a moral de outrem, adotou uma diretriz despenalizante em relação aos crimes contra a honra, atribuindo a esta um cunho preponderantemente civil, porquanto sua solução fica melhor situada nesta esfera, cuja consequência é, no futuro, afastar a responsabilidade penal aos autores de tais condutas.

O Direito Penal por se tratar da forma mais invasiva do estado na liberdade individual da pessoa, apenas está legitimado a agir quando constituir meio indispensável para a proteção de seletos bens jurídicos, sendo estes os mais importantes à manutenção e ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade e quando nenhum outro ramo do direito for suficiente para sua proteção.

Os danos causados a moral e a honra, por se tratar de condutas menos lesivas e direcionadas a bens jurídicos disponíveis por excelência, não mais se justificam como crime na sociedade contemporânea, haja vista todos os efeitos nefastos e estigmatizantes do Direito Penal, devendo sua proteção ser atribuída a outro ramo do direito que melhor se adéqua a realidade.

Pugna-se, por todo o exposto, pela descriminalização dos crimes contra a honra em atenção aos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade que permeiam o Direito Penal, devendo ser transferida para o Direito Civil a competência para a respectiva ação cujo objetivo é reparar e ressarcir os danos materiais, os danos morais, os danos à imagem, os danos à vida privada e os danos à intimidade pela ofensa causadas a outrem, por haver a evidente transformação dos ilícitos penais em ilícitos civis.

6. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1:** parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 2:** parte especial 2: dos crimes contra a pessoa. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado** – parte geral, vol. 1. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2010.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado** – parte especial, vol. 2. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2010.

DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues. Crimes contra a honra e descriminalização, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio de Grande do Sul, 1998, p.8

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em: 24 de jan. de 2019.

BRASIL, Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 de jan. de 2019.

Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. Liberdades Públicas, São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

HABEAS CORPUS COLETIVO: UMA POSSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

GUILHERME MESSIAS DO NASCIMENTO SOARES:
Acadêmico do Curso de Direito na Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

ALICE ARLINDA SANTOS SOBRAL^[1]
(coautora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de existência do *habeas corpus* coletivo no direito pátrio, buscando bases na Constituição Federal, legislação infraconstitucional, doutrina e, mais recentemente, jurisprudência. Neste mesmo passo, busca-se mostrar que a utilização do *habeas corpus* coletivo é um meio de acesso à justiça àqueles que mais carecem da tutela jurisdicional, já que seu aceite rompe barreiras estruturais que impedem muitos custodiados de terem acesso à jurisdição. Por fim, se fará uma análise dos benefícios que vão além daqueles auferidos pelos pacientes, como economia, celeridade e eficiência do sistema judicial brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: *Habeas corpus* coletivo. Acesso à Justiça.

ABSTRACT: This article aims to analyze the possibility of the existence of collective *habeas corpus* in Brazilian law, seeking bases in the Federal Constitution, infraconstitutional legislation, doctrine and, more recently, jurisprudence. In this same step, we seek to show that the use of collective *habeas corpus* is a means of access to justice for those who most lack jurisdictional protection, since its acceptance breaks structural barriers that prevent many custodians from having access to the jurisdiction. Finally, an analysis will be made of the benefits that go beyond those received by patients, such as economy, speed and efficiency of the Brazilian judicial system.

KEYWORDS: Collective *Habeas Corpus*. Access to justice.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A posição tradicional do *habeas corpus*. 2. Viabilidade jurídica do *habeas corpus* coletivo. 2.1 Da tendência moderna de defesa coletiva de direitos. 2.2 Da convenção Americana de Direitos Humanos. 2.3 Das disposições no Código de Processo Penal Brasileiro. 2.4 Do resgate à doutrina brasileira do *habeas corpus*. 2.5 Da analogia ao mandado de injunção coletivo. 2.6 Da calamidade do sistema prisional brasileiro e o estado de coisas inconstitucionais. 2.7 Do direito comparado. 3. As barreiras ao acesso à justiça. 3.1 Das barreiras econômicas. 3.2 Das barreiras culturais. 3.3 Da barreira temporal. 3.4 Da barreira geográfica. 4. O *habeas*

corpus coletivo como instrumento de acesso à justiça e seus benefícios. 5. Considerações finais. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

O remédio constitucional do *habeas corpus* tem esteio constitucional garantido. Contudo, sua modalidade coletiva não foi prevista positivamente pelo constituinte originário, como foi feito com o mandado de segurança coletivo e outros instrumentos de defesa dos direitos difusos e coletivos. Assim, passou-se a questionar a perspectiva de utilizar o *habeas corpus* de maneira coletiva, a fim de garantir direitos de grupos maiores de pacientes, baseando-se numa interpretação sistemática da Constituição Federal e regramentos insertos no Código de Processo Penal, tendo o próprio STF já aplicado o referido instituto, conforme se verá adiante.

Nesta linha, é observável que a aplicação do *habeas corpus* coletivo serve como instrumento eficaz, eficiente e hábil para garantir o direito ao acesso à justiça, dado seu caráter supraindividual, o que quebra barreiras históricas que impedem os cidadãos em geral e certos grupos (especialmente os presos) de acessarem dignamente o Poder Judiciário, com enfoque na seara penal.

Ademais, a possibilidade de aplicação do *habeas corpus* coletivo promete resultados favoráveis que vão além da defesa da liberdade das pessoas de maneira coletiva, como obtenção de eficiência na prestação jurisdicional, celeridade processual, diminuição de acúmulo de acervo processual e afins.

Deste modo, objetiva-se, com este trabalho, demonstrar que o *habeas corpus* coletivo possui fundamento na sistemática processual brasileira e, a partir disso, é um instrumento eficaz e capaz de romper as barreiras do acesso à justiça.

No presente trabalho, inicialmente se fará uma análise da posição tradicional do *habeas corpus* no direito brasileiro, de modo a observar seus conceitos e aplicações já admitidas e pacificadas. Em seguida, se apresentará os diversos fundamentos que dão supedâneo à existência do *habeas corpus* coletivo. Em terceiro plano, se abordará as espécies de barreira ao acesso à justiça e, em seguida, se apresentará os o *habeas corpus* coletivo como instrumento de acesso à justiça e seus benefícios.

Por fim, em conclusão, o artigo englobará a essência dos tópicos anteriores, de modo a consolidar a hipótese inicialmente proposta.

1. A POSIÇÃO TRADICIONAL DO HABEAS CORPUS

Antes de se tratar efetivamente nos fundamentos do *habeas corpus* coletivo, é necessário fazer uma análise do instituto em sua espécie tradicional, isto é, o *habeas corpus* individual, sobre o qual não piram controvérsias, já que a sua modalidade coletiva é consequência de sua concepção individual.

O termo *habeas corpus*, conforme explica Mirabete (2000, p. 709), significa “tome o corpo”, tome a pessoa presa e apresente-a ao Juiz, sendo, hodiernamente, compreendida como ordem de liberação.

Não há consenso sobre a origem do *habeas corpus*. A esse respeito, ensina Bulos (2015, p. 738) que alguns acreditam que suas origens provêm do instituto romano *interdictum de libero homine exhibendo* (que defendia o direito de ir e vir); outros mencionam seu nascimento em 1628, no *Petition of Rights*, que culminaria no *Habeas Corpus Act*, datado de 1679; mas, efetivamente, surge em 1215, na chamada *Magna Charta Libertatum*, concedida pelo famoso rei João Sem Terra.

No Brasil, o instituto do *habeas corpus* esteve presente na maioria dos momentos históricos, marcando presença em todas as constituições brasileiras, com a ressalva da Carta Imperial de 1824.

Segundo Lenza (2019, pág. 1959 e 1960),

No Brasil, a primeira manifestação do instituto deu-se em 1821, através de um alvará emitido por Dom Pedro I, pelo qual se assegurava a liberdade de locomoção. A terminologia ‘*habeas corpus*’ só apareceria em 1830, no Código Criminal. Foi garantido constitucionalmente a partir de 1891, permanecendo nas Constituições subsequentes, inclusive na de 1988, que, em seu art. 5.º, LXVIII, estabelece: ‘conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.’

Em síntese da análise histórica e conceito constitucional vigente, o *habeas corpus* é uma espécie de remédio constitucional disposto a qualquer indivíduo que se ache ameaçado (ou efetivamente ofendido) em seu direito de liberdade de locomoção, por razões de ilegalidade ou abuso de poder.

Atualmente, o *habeas corpus* encontra previsão no art. 5.º, LXVIII, da Constituição Cidadã de 1988, conforme visto na citação anterior. Além da previsão

constitucional, também foi consignado no Código de Processo Penal, em seu livro III, título II, capítulo X.

No CPP, o habeas corpus foi inserto no livro destinado para recursos, embora possua natureza jurídica de ação autônoma de impugnação (AVENA, 2015, pág. 1.374).

A concepção tradicional e histórica do *habeas corpus* sempre se deu em sua modalidade individual, isto é, servindo apenas para um paciente específico, considerando que a interpretação literal dos dispositivos a ele pertinentes indicam sempre a singularidade daquele que sofre a ameaça ou coação da liberdade e, por essa interpretação, muitos negam a possibilidade de existência do *habeas corpus* coletivo, já que ultrapassaria a individualização do paciente e da coação ilegal.

Assim, diferente de outros remédios e ações constitucionais, o *habeas corpus*, até pouco tempo, era tido como remédio constitucional ou ação autônoma de impugnação de caráter estritamente individual, não havendo previsão expressa de sua modalidade coletiva no ordenamento jurídico pátrio.

Com o passar do tempo, o avançar da doutrina, a complexidade cada vez mais intensa das relações jurídicas entre cidadãos e estado e a necessidade de tutela coletiva de direitos, iniciou-se discussões sobre a possibilidade da existência do *habeas corpus* coletivo.

2. VIABILIDADE JURÍDICA DO HABEAS CORPUS COLETIVO

Como já sobredito, o *habeas corpus* tradicionalmente sempre teve viés individual, isto é, procedimentalmente, o *habeas corpus* costuma ser utilizado por apenas um paciente, visando tutelar o direito de locomoção de um único indivíduo.

No entanto, frente ao movimento necessário de tutela coletiva de direitos, a ciência jurídica deparou-se com o desafio de criar e adequar o *habeas corpus* coletivo. A esse respeito, é importante mencionar que o instituto de *habeas corpus* foi formado mediante um longo processo de mudança, precedentes, novas teses e mutações.

Inclusive, a ciência jurídica brasileira foi aquela que mais readequou o remédio heroico para suprir as demandas do plano fático. Essa forma elástica de tratar o *habeas corpus*, defendida por Rui Barbosa, é chamada de doutrina brasileira do habeas corpus e, por ela, o habeas corpus foi usado, por anos, como remédio constitucional hábil a tutelar diversos direitos fundamentais, e não apenas a liberdade de locomoção, conforme lembra Lenza (2019, pág. 1959 e 1960):

O habeas corpus foi inicialmente utilizado como remédio para garantir não só a liberdade física como também os demais direitos que tinham por pressuposto básico a locomoção. Tratava-se da chamada 'teoria brasileira do habeas corpus', que perdurou até o advento da Reforma Constitucional de 1926, impondo o exercício da garantia somente para os casos de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de ir e vir

Assim, apresenta-se, adiante, os diversos fundamentos que sustentam a possibilidade de existência do *habeas corpus coletivo* no direito brasileiro.

2.1 DA TENDÊNCIA MODERNA DE DEFESA COLETIVA DE DIREITOS

É fato notório o desenvolvimento de uma forte tendência de tutela coletiva de direitos, a exemplo das ações civis públicas, mandado e injunção coletivos, as novas atribuições em direitos coletivos do Ministério Público e Defensoria Pública, a inovação da Constituição Federal ao prever diversos direitos coletivos e difusos e etc. Todo esse movimento, em suma, materializa os direitos de terceira geração.

Acompanhando esse desenvolvimento, a ciência processual teve de criar mecanismos a fim de tutelar coletivamente os direitos previstos. A defesa da existência do *habeas corpus* coletivo, defendida neste trabalho, vai nessa linha de dar uma resposta a necessidade de tutela coletiva de direitos.

Inclusive, esse foi um dos fundamentos apresentados pelo Ministro Relator do HC 141.641 / SP (BRASIL, 2018, pág. 16):

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

Acompanhando esse movimento e nele encontrando supedâneo, o *habeas corpus* coletivo concretiza e oportuniza a defesa de direitos, frente a um clamor das coletividades carentes de jurisdição.

2.2 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Um segundo argumento que fundamenta o *habeas corpus* coletivo pode ser extraído do artigo 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, que informa o seguinte (BRASIL, 1992, n.p):

ARTIGO 25

Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-Partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competente, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Da análise deste dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos, é patente o direito de qualquer indivíduo, dentro do Estado brasileiro, se valer de qualquer recurso efetivo perante o Judiciário para proteger direitos fundamentais. E mais: é dever do Estado signatário o acesso à justiça, mediante esses recursos.

Com isso, nota-se uma imposição convencional de aceite da tutela coletiva de direitos via *habeas corpus* coletivo, mesmo que sem previsão legal específica, eis que a convenção, como norma de direito interno, já seria, em conjunto com os demais fundamentos, suficiente para permitir a existência do *habeas corpus* coletivo.

2.3 DAS DISPOSIÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Um terceiro pilar na defesa do *habeas corpus* coletivo é a previsão existente no Código de Processo Penal de concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício por qualquer autoridade competente para fazê-la, além da existência de dispositivo que

permite a extensão dessa ordem concessiva àqueles que se encontrarem submetidos às mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, o que, na prática, sustenta as facetas básicas do *habeas corpus* coletivo.

Essas duas previsões processuais encontram-se insertas nos artigos 654, § 2º e 580, ambos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, n.p):

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

[...]

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

[...]

Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Ora, se a ordem de *habeas corpus* pode ser conhecida – e mais: estendida a outros pacientes – de ofício, sem rigidez quanto a pedido, instância e momento, não haveria razão para negar o direito de concessão da ordem para coletividades, desde que a coação ou ameaça de coação a abrangesse e que fosse possível identificar a coletividade com direito violado ou ameaçado, a fim de determinar o alcance da ordem.

O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641 / SP, por meio do voto do relator do remédio, Ministro Ricardo Lewandowski, utilizou este como um dos argumentos para admissão do *habeas corpus* coletivo (BRASIL, 2018, pág. 18):

Nessa linha, destaco o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que preconiza a competência de juízes e os tribunais para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal. A faculdade de concessão, ainda que de ofício, do writ, revela o quanto o remédio heroico

é flexível e estruturado de modo a combater, de forma célere e eficaz, as ameaças e lesões a direitos relacionados ao *status libertatis*.

Indispensável destacar, ainda, que a ordem pode ser estendida a todos que se encontram na mesma situação de pacientes beneficiados com o writ, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Esse também é o entendimento da grandes nomes da doutrina brasileira, tal como neste trecho de um parecer jurídico feito em nome da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, que tem como objeto a análise da possibilidade de existência do habeas corpus coletivo, subscrito por Sarmiento, Borges e Gomes (2015, pág. 18):

Ora, se todo magistrado dispõe de competência para conceder de ofício ordem de habeas corpus, não há razão para insistir na defesa da tese de que o remédio somente pode ser veiculado judicialmente em sua versão individual. Se o próprio Judiciário, diante da impetração de habeas corpus em favor de pessoas determinadas, pode ampliar, por iniciativa própria, a extensão subjetiva da proteção à liberdade de locomoção -flexibilizando com isso o princípio da inércia da jurisdição -, por mais razões ainda se deve admitir que a tutela jurisdicional seja perseguida, desde o início, em termos coletivos.

Certamente este é um dos argumentos mais lógicos e convincentes quanto a possibilidade da utilização do *habeas corpus* coletivo.

2.4 DO RESGATE À DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS

Outra justificativa utilizada pelos defensores do habeas corpus coletivo já foi inclusive mencionado neste trabalho: a existência da doutrina brasileira do *habeas corpus*. Ou melhor: o resgate dessa doutrina, que prega a maleabilidade do *writ* para tutelar violações à liberdade de locomoção.

Esse foi um dos fundamentos apresentados pelo Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, relator do HC 143.641 / SP (BRASIL, 2018, pág. 16):

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente writ coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais,

estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do habeas corpus, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o direito de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o habeas corpus individual ou coletivo.

E compartilhando deste mesmo pensamento, complementam Sarmento, Borges e Gomes (2015, pág. 12 e 13):

Logo no início de nossa trajetória constitucional republicana, influente corrente doutrinária, que se imortalizaria sob o nome de doutrina brasileira do habeas corpus, propôs sua utilização para a proteção do indivíduo contra qualquer tipo de violência ou coação que tivesse por origem ilegalidade ou abuso de poder, independentemente da existência de constrangimento corporal ou de afetação à liberdade de locomoção.

[...]

Pode-se identificar na doutrina brasileira do habeas corpus uma perspectiva pragmática: na ausência de instrumentos processuais específicos contra atentados a direitos individuais, ela pretendia ampliar o âmbito de aplicação do writ para assegurar a sua garantia.

Esse resgate à teoria, consolidada no país no século XX, pode-se concluir ser ela base sólida para a admissão do *habeas corpus* coletivo, eis que já foi endossada pelo STF e por grandes juristas, a exemplo de Rui Barbosa, mas, muito além disso, dá suporte histórico e estatal ao acolhimento de um remédio capaz de atender às necessidades de grupos coletivos ameaçados em sua liberdade ambulatorial.

2.5 DA ANALOGIA AO MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

A Constituição Federal de 1988 previu um remédio inovador chamado “mandado de injunção”, que serve para suprir a falta de norma regulamentadora, a fim de viabilizar o pleno e integral dos direitos fundamentais.

Contudo, tal como o *habeas corpus*, o constituinte originário não consignou, positivamente, sua versão coletiva, a exemplo do mandado de segurança coletivo.

Com o tempo, em parte pela mesma necessidade de tutela coletiva de direitos, a sociedade e as relações jurídicas cada vez mais complexas e transindividuais, exigiu que se cogitasse, na seara doutrinária e jurisprudencial, o aceite do mandado de injunção coletivo, mesmo sem previsão constitucional ou infraconstitucional específica.

O Supremo Tribunal Federal, percebendo a necessidade de garantir a tutela coletiva de direitos, especialmente pela essencialidade dos direitos a serem resguardados (os fundamentais), aceitou, em 1994, a utilização da espécie coletiva do mandado de injunção, mesmo que sem previsão positiva no ordenamento jurídico pátrio, conforme lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do HC 143.241 / SP (BRASIL, 2018, pág. 15 e 16):

De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves. A título de exemplo, vem permitindo a ampla utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim como do Mandado de Injunção coletivo. Este último, convém lembrar, foi aceito corajosamente por esta Corte já em 1994, muito antes, portanto, de sua expressa previsão legal, valendo lembrar o Mandado de Injunção 20-4 DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que este afirmou:

“A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia (...) a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade de ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito (...)”.

Posteriormente, inclusive, foi editada a Lei n.º 13.300, de 23 de junho de 2016, que, em seu bojo, formalizou a decisão do STF e previu o mandado de injunção coletivo.

Do mesmo modo como ocorreu com o mandado de injunção coletivo, é possível estender o entendimento ao *habeas corpus*, permitindo sua espécie coletiva, principalmente por existir, neste caso, além do fundamento da necessidade de tutela

coletiva de direitos, outros argumentos que atestam sua possibilidade, os quais estão sendo apresentados neste trabalho.

2.6 DA CALAMIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

Embora o *habeas corpus* não sirva de remédio apenas para aqueles que se encontram segregados no sistema prisional, já que a tutela da liberdade de locomoção se entende a várias hipóteses, inclusive a preventiva, é fato que o *writ* em comento é, por excelência, o remédio mais viável e célere para garantir o direito das populações carcerárias.

Assim, na verificação da admissibilidade do *habeas corpus* coletivo, é essencial rememorar em quais condições se encontra o sistema prisional pátrio, já que, uma vez negada sua admissibilidade, relegará centenas de milhares de presos a um sistema de encarceramento falido.

Ante essa falência e constatação de graves violações de direitos no sistema prisional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar na ADPF 347, reconheceu o estado de coisas inconstitucionais no sistema penitenciário brasileiro, o que foi um importante marco na jurisprudência pátria (BRASIL, 2015, n.p).

O *habeas corpus* coletivo, como meio de proteção à liberdade de locomoção cerceada por violações de direitos, ilegalidades e abusos de poder, tem a capacidade processual de mitigar e auxiliar o Estado brasileiro na solução dessa grave crise do sistema prisional, que, neste caso, serve também como fundamento para admissão da espécie coletiva do *writ*.

2.7 DO DIREITO COMPARADO

Impasse semelhante ao brasileiro (quanto à admissibilidade ou não do *habeas corpus* coletivo) viveu a Argentina, há alguns anos. Lá, tal como aqui, o *habeas corpus* coletivo não possui previsão específica, o que, em tese, inviabilizaria sua existência.

A Suprema Corte argentina, contudo, julgou pela admissibilidade do instituto do *habeas corpus* coletivo, conforme indicou o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do HC 143.241 / SP (BRASIL, pág. 16 e 17):

Foi com semelhante dilema que se deparou a Suprema Corte argentina no famoso “caso Verbitsky”. Naquele país, assim como no Brasil, inexistente previsão constitucional expressa de *habeas corpus* coletivo, mas essa omissão legislativa não

impediu o conhecimento desse tipo de writ pela Corte da nação vizinha. No julgamento em questão, o habeas corpus coletivo foi considerado, pela maioria dos membros do Supremo Tribunal, como sendo o remédio mais compatível com a natureza dos direitos a serem tutelados, os quais, tal como na presente hipótese, diziam respeito ao direito de pessoas presas em condições insalubres.

[...]

Vale ressaltar que, para além de tradições jurídicas similares, temos com a República Argentina também um direito convencional comum, circunstância que deve fazer, a meu juízo, com que o STF chegue a conclusões análogas àquela Corte de Justiça, de modo a excogitar remédios processuais aptos a combater as ofensas maciças às normas constitucionais e convencionais relativas aos direitos das pessoas, sobretudo aquelas que se encontram sob custódia do Estado.

Considerando a identidade das mesmas circunstâncias e a similaridade de ordenamentos jurídicos e regramentos internacionais, o caso argentino é mais um indicador da necessidade do aceite pleno do *habeas corpus* coletivo no direito pátrio.

3. AS BARREIRAS AO ACESSO À JUSTIÇA

As sociedades, quando organizadas em Estados soberanos, entregam a este ente fictício poderes, dentre eles, um dos mais importantes é oferta de jurisdição, com o objetivo de solucionar conflitos e evitar a autofagia social.

Com esse poder, surge para membro do Estado o direito de acessar os meios de oferta de jurisdição e, para o Estado, nasce o dever de ofertar esses meios, não causar embaraços e empecilhos desnecessários ao gozo desse direito.

A República Federativa do Brasil, alinhada a essa lógica, previu, em sua Constituição Federal de 1988, o direito ao acesso à Justiça e à assistência jurídica, em seu artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV (BRASIL, 1988, n.p):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Apesar dessas previsões positivadas na Lei Maior, na prática, o direito de acesso à jurisdição (inafastabilidade jurisdicional) e à assistência jurídica não são conferidos de maneira suficiente a grande parte da população brasileira, já que diversas barreiras e entraves se apresentam obstaculizando a acesso à jurisdição e concretização de direitos, principalmente das populações vulneráveis e mais pobres.

3.1 DAS BARREIRAS ECONÔMICAS

A barreira mais evidente e que se impõe com maior severidade à sociedade carente de concretização de direitos é a limitação econômica. Tal obstáculo é potencializado no Brasil, por tratar-se de uma país econômico e socialmente desigual, o que priva as pessoas das condições necessárias para o exercício elementar de direitos fundamentais.

O processo judicial, seja ele de qualquer natureza, custa caro. Em uma sociedade onde grande parte das pessoas luta para alimentar-se e têm dificuldade de obter utilidades mínimas para a sobrevivência, o custo financeiro do processo é, sem dúvida, uma barricada difícil de superar.

Esses custos processuais se referem, no geral, a honorários advocatícios, verbas de sucumbência, taxas, preparo de recursos, despesas com provas e peritos, emolumentos e demais despesas atreladas às ações.

No caso do *habeas corpus*, embora seja uma ação gratuita e que dispense a capacidade postulatória, isto é, a presença de advogado, é fato que nem todo cidadão tem conhecimento e capacidade para exigir corretamente a tutela da liberdade. Daí se evidencia a necessidade de admitir o *habeas corpus* coletivo, que, numa só ação, poderia comportar os reclames de um grande grupo de hipossuficientes.

Sobre as barreiras econômicas, certo o pronunciamento de Marinoni, Arenhart e Mitiero (2016, pág. 120 e 121):

O mais óbvio obstáculo para um efetivo acesso à justiça é o do “custo do processo”. Esse problema relaciona-se com o das custas judiciais devidas aos órgãos jurisdicionais, com as despesas para a contratação de advogado e com aquelas necessárias para a produção das provas.¹⁰ É evidente que o custo do processo constitui um grave empecilho para boa parte da população brasileira, pois todos conhecem as dificuldades financeiras que a assola. Na verdade, as custas processuais, as despesas para a contratação de advogados e relativas à produção de provas dificilmente poderão ser retiradas das disponibilidades orçamentárias das partes e assim terão de obrigá-las a economias sacrificantes.

Assim, salta aos olhos que a ausência de recursos financeiros, desigualdades sociais e hipossuficiência são determinantes àqueles que carecem de medidas judiciais.

Por fim, é importante registrar que, via de regra, os pacientes que dependem de *habeas corpus* são pessoas pobres, carentes, socialmente excluídas. Muitas vezes esse segmento sequer tem condições de contratar advogado para defesa criminal. Além disso, outras coletividades (além das populações carcerárias) também podem sofrer coação da liberdade de locomoção e podem – como de fato, em sua maioria, o são – ser igualmente carentes de recursos financeiros.

3.2 DAS BARREIRAS CULTURAIS

Para se buscar um direito é necessário, antes de mais nada, conhecê-lo. O gozo pleno da cidadania e dos direitos fundamentais somente se opera quando a sociedade, ou parte dela, tem gnose destes direitos e possui condições para buscá-los. Sem esse conhecimento inicial, o processo de busca de justiça não se inicia.

Essa carência cultural e educacional se acentua nas camadas mais carentes da população brasileira, impedindo-a de acessar à justiça, conforme ressalta Santos (1994, pág. 148, apud BOLESINA e RODRIGUES, 2014, pág. 4):

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas

também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico.

A existência desta barricada cultural e educacional faz com que direitos se percam no meio de tantas injustiças, reforçando a conjuntura de descaso com o respeito às garantias fundamentais e aumenta o distanciamento de grupos vulneráveis de sua dignidade anunciada pela Constituição.

Além disso, a associação desta barreira com a primeira (a econômica) torna ainda mais difícil o acesso à jurisdição.

3.3 DA BARREIRA TEMPORAL

É fato notório que o Poder Judiciário está assoberbado de milhões de processos, o que torna a atividade jurisdicional do Estado morosa, lenta e cheia de entraves, principalmente pela cultura litigante do povo brasileiro.

Como corolário dessa morosidade, surge mais uma barreira ao acesso à justiça: a barricada temporal.

De um lado, a busca pela tutela de direitos é tremendamente desestimulada pela demora e morosidade presente nos Tribunais brasileiros, o que faz com que o cidadão, se vencer as primeiras duas barreiras, repense se vale a pena buscar justiça nessas circunstâncias. De outro, aqueles que ainda se arriscam na caçada pelo direito, tem de aguardar, lentamente, a manifestação do Poder Judiciário, o que, na prática, torna perecível os direitos pleiteados, com enfoque aqueles mais urgentes, como a liberdade ambulatorial, objeto de excelência do habeas corpus.

A esse respeito, vale a pena observar a brilhante manifestação de Barbosa (1998, pág. 33, apud ANDRADE, 2007, pág. 134 e 135):

Justiça, para o povo, é sinônimo de demora, de morosidade. Há processos que permanecem em tramitação ano após ano. A Justiça era tardia antes e depois de Ruy Barbosa. Em seu tempo afirmava ele: "Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa

tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente”.(8) **O atraso na prestação jurisdicional, o que equivale a dizer, a Justiça tardia, prejudica especialmente os pobres, para os quais a longa espera traz prejuízos irreparáveis. A péssima sistemática da organização judiciária, o constante deslocamento de juízes, a escassez de recursos materiais, a falta de uma aplicação mais sensata dos recursos, tudo isto implica em prejuízo para a celeridade da prestação jurisdicional.**

(grifos nossos)

O lento transcorrer do tempo para recebimento de jurisdição afeta mais severamente as populações carentes (já fragilizadas pelas barreiras econômicas e culturais), fazendo com que, muitas vezes, direitos básicos sejam perdidos ou concedidos em partes.

Ressalte-se que mesmo as matérias urgentes (como as criminais, incluindo o *habeas corpus*) encontram grande dificuldade no tange à celeridade. Tal circunstância exige, assim, meios rápidos, eficazes e eficientes de oferecimento de justiça, como, por exemplo, o *habeas corpus* coletivo.

Com isso, os aqueles que mais precisam e que mais encontram barreiras para acessar a justiça, terão, mais concretamente, vez e voz na garantia de direitos básicos, sobretudo o da liberdade de ir e vir.

3.4 DA BARREIRA GEOGRÁFICA

O Brasil é um país de grandes dimensões territoriais, com parte considerável da população vivendo em pequenas cidades e zonas rurais, que geralmente são desprovidas de profissionais que possam intermediar o acesso à justiça, principalmente advogados e defensores públicos.

Com isso, na busca de justiça, essas pessoas, quando conseguem, se deslocam por grandes trajetórias geográficas a fim de buscar tutela jurisdicional, enfrentando dificuldades de todas as ordens (distâncias, carência financeira, deficiência de profissionais, demora no cumprimento das diligências judiciais e etc.).

Tal como as demais barreiras já mencionadas alhures, a distância da justiça se impõe mais intensamente às classes mais carentes da sociedade brasileira, conforme ressalta Santos (1994, pág. 74, apud CRUZ e GONÇALVES, 2017):

A distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, têm mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou as possibilidades de reparação jurídica.

Especificamente sobre a barreira geográfica e carência de profissionais que garantem acesso à justiça, aponta Santos (1985, pág. 127, apud CRUZ e GONÇALVES, 2017):

Quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.

Deste modo, diversas pessoas, muitas vezes ameaçadas em seus direitos, principalmente no interior e zonas rurais, composto por uma maioria de pessoas sem instrução ou pouca escolaridade, local propício para inobservância da lei, ficam expostas a toda sorte de tolhimentos de seus direitos básicos.

4. O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E SEUS BENEFÍCIOS

Considerando a existência das diversas e grandes barreiras de acesso à justiça, todas potencializadas na realidade da sociedade brasileira, é necessário – e dever – dos Poderes do Estado viabilizarem meios de transpor essas barricadas e oferecer, tanto quanto possível, jurisdição rápida e eficiente àqueles que carecem de justiça.

A admissão do *habeas corpus* coletivo no sistema judiciário brasileiro vai ao encontro dessa necessidade e dever de garantir acesso à justiça, principalmente às populações carcerárias, que é, certamente, o grupo que mais enfrenta as barreiras de acesso à justiça.

O *habeas corpus* coletivo auxilia no rompimento da primeira barreira (a econômica), na medida em que, por meio de uma ação apenas, se pode tutelar direitos de uma grande coletividade, que não precisará desistir de luta pela liberdade por ausência de recursos financeiros para pagar advogados, despesas processuais, recursos e etc. Os gastos para se obter uma manifestação de judicial em favor de muitas pessoas serão tremendamente reduzidos, muitas vezes pagos pelo próprio Estado (considerando a atuação singular da Defensoria Pública nos *habeas corpus* coletivo), o que elimina, pelo menos em parte, a dificuldade econômica dos pacientes.

No que tange à barreira cultural (ou educacional), o *habeas corpus* coletivo serve para viabilizar a cessação rápida de situações de violação da liberdade de locomoção que os próprios pacientes desconheciam e, por isso mesmo, não buscaram a tutela jurisdicional. Muitas violações de direito não são percebidas pelos pacientes e suas famílias ou, quando o são, não sabem eles como agir ou onde buscar socorro. Assim, um grupo de profissionais ou uma instituição (como a DPE) pode, pela expertise que lhes são próprias, visualizar as violações de direitos e buscar, mediante *habeas corpus* coletivo, a garantia do direito de ir e vir daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade cultural e educacional.

O *habeas corpus* coletivo, respeitante à limitação temporal, é uma inteligente solução para a grande demora na prestação judicial e acúmulo de acervo processual nos tribunais. É, também, um brilhante meio de concretizar os princípios da eficiência, razoabilidade, duração razoável do processo e economicidade. Em apenas um *habeas corpus* coletivo, se pode resolver questões relativas a um grande grupo de pessoas que, numa conjuntura onde *writ* coletivo é inadmitido, poderiam, cada uma por si, propor *habeas corpus* individuais e com isso encher o Poder Judiciário de ações baseadas em uma mesma circunstância fática, comprometer pautas de julgamentos e atrasar ainda mais o oferecimento de justiça. Além do mais, nem todos os integrantes deste grupo conseguiriam acessar jurisdição, o que feriria de morte o princípio do acesso à justiça e igualdade.

A barreira geográfica é, de igual modo, substancialmente mitigada com a presença do *habeas corpus* coletivo, já que os efeitos das decisões nessa espécie de remédio coletivo se irradiam mais facilmente – e com força determinante – aos locais mais longínquos e de difícil acesso, bastando que o próprio Juiz singular, com base da decisão do *writ* coletivo, reconheça aquilo já decidido e conceda a liberdade de locomoção aos pacientes que se enquadrarem nos requisitos da concessão da ordem. Assim, por exemplo, um *habeas corpus* coletivo que teve a ordem concedida pelo STF, STJ ou outro Tribunal, em favor de pessoas que encontrem em determinada situação, pode ser facilmente executado numa comarca de difícil acesso no Estado

do Amazonas e, deste modo, rompe uma grande disparidade de acesso à justiça ocasionada pela limitação geográfica.

Além de romper com essas barreiras mencionadas, a admissão do *habeas corpus* coletivo tem outros benefícios, anunciados em diversos ambientes e momentos.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC 141.641 / SP, menciona diversos benefícios da admissão do writ coletivo (BRASIL, 2018, pág. 16):

Considero fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assumira a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis. **Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. Ademais, contribuirá decisivamente para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juízes brasileiros.**

(grifos nossos)

Essa melhora da máquina judiciária pela presença do *habeas corpus* coletivo é lembrada por Sarmento, Borges e Gomes (2015, pág. 5):

Em primeiro lugar, a tutela supraindividual de direitos é medida necessária para se evitar o congestionamento ocioso da máquina judiciária. A reunião em um único processo de questões que poderiam estar diluídas em centenas ou milhares de ações importa economia de tempo, esforço e recursos indispensável para que se possa atender ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

A admissão do *habeas corpus* coletivo também prestigia a isonomia e a garantia de acesso à justiça, como reafirma Sarmento, Borges e Gomes (2015, pág. 5 e 6):

A coletivização de demandas de origem comum traduz, ainda, uma preocupação com a isonomia no tratamento entre os

jurisdicionados. A um vasto contingente de ações corresponderia um elevado número de decisões, capazes de oferecer soluções contraditórias a um mesmo problema. Em tais circunstâncias, o recurso ao Judiciário pode se converter em verdadeira loteria, em que a maior ou menor sorte do litigante é determinada no momento da distribuição da ação. Ainda mais importante, o tratamento coletivo de litígios individuais desempenha a relevante função na promoção do efetivo acesso à justiça, notadamente em relação aos mais necessitados. Em um país marcado por graves desigualdades sociais, o acesso real a direitos também continua profundamente assimétrico. A carência econômica impõe obstáculos materiais no acesso ao Judiciário, e a hipossuficiência cultural leva a que muitos lesados, pertencentes a grupos vulneráveis, sequer tenham consciência da violação ao seu direito e dos meios para remediá-la. Nesse cenário, os instrumentos processuais de proteção coletiva de direitos se afiguram fundamentais para a viabilização do efetivo acesso à justiça, pois permitem que indivíduos sejam beneficiados por decisões judiciais, sem terem o ônus de recorrer ao Poder Judiciário.⁷

Assim, o *habeas corpus* coletivo se mostra instrumento hábil para tutelar a liberdade de locomoção de coletividades, quebra substancialmente as barreiras ao acesso à justiça e, ainda, tem diversos outros benefícios.

5. CONSIDERAÇÃO FINAL

A partir da profunda pesquisa realizada na produção deste trabalho, pôde se observar que o instituto do *habeas corpus* coletivo encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, com bases sólidas no direito convencional, legislação infraconstitucional e doutrina, além de posicionamentos favorável do Supremo Tribunal Federal e precedentes no direito comparado.

Observamos que a admissão do *habeas corpus* coletivo, mais do que uma possibilidade, revela-se, atualmente, uma necessidade para sociedade brasileira, que carece de remédios constitucionais à altura de ameaças à liberdade que podem ser operadas coletivamente.

Compreendemos, também, diante das diversas barreiras ao acesso à justiça, que o instituto em comento é capaz de auxiliar populações vulneráveis a transpor

essas barreiras ferrenhas que limitam o pleno exercício da cidadania e dos direitos fundamentais, essencialmente o da liberdade.

Por derradeiro, constatou-se que os benefícios da admissão do *habeas corpus* coletivo vão muito além da garantia da liberdade de ir e vir, mas fazem grande obséquio ao Poder Judiciário em sua função típica, melhora e otimiza a máquina judiciária, garante a duração razoável do processo, prestigia a eficiência, razoabilidade e economicidade, traz segurança jurídica às decisões judiciais e, de maneira geral, é mais um instrumento de concretização de justiça, igualdade e acesso ao gozo dos direitos fundamentais.

6. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do Processo Civil. 2ª edição em e-book baseada na 2ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: OBSTÁCULOS E INSTRUMENTOS GARANTIDORES. THEMIS: Revista da ESMEC, [S.I.], v.5, n. 1, pág. 119-157, 2007. Disponível em < <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/issue/view/19>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal Esquematizado. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

BORGES, Ademar; GOMES, Camila; SARMENTO, Daniel. O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>>. Acesso em: 3 de outubro de 2020.

BOLESINA, Iuri; RODRIGUES, Thais Brugnera. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E A SUA (NÃO)CONCRETIZAÇÃO DIANTE DA CRISE DE EFETIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. Revista XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. [S.I.] 2014. Disponível em < <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11680/1612>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

BRASIL. DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acessado em: 2 de outubro de 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em: 3 de outubro de 2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acessado em: 21 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf> > Acesso em: 4 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> > Acesso em: 4 de outubro de 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRUZ, Luana Quental Leondas da; GONÇALVES, Gracy Lima. Os obstáculos para o acesso à justiça e os meios alternativos para a resolução dos conflitos. Jus Navigandi [online]. [S.I.] 2017. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/62758/os-obstaculos-para-o-acesso-a-justica-e-os-meios-alternativos-para-a-resolucao-dos-conflitos> >. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 10ª edição. São Paulo: Atlas: 2000.

NOTA:

[1] Advogada. Professora Titular da Universidade Estadual do Amazonas – UEA. Doutora pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA (2015)

A SUPERLOTAÇÃO DAS UNIDADES CARCERÁRIAS AMAZONENSES: CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

JORDAN ALBUQUERQUE SIMONETTI DE MELO:

Graduando do Curso Superior de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA

Resumo: O Sistema Prisional Brasileiro vem enfrentando uma crise de longa data, causada, principalmente, pela incompatibilidade entre as vagas existentes nas penitenciárias ativas e o quantitativo crescente de novas prisões. O Brasil, segundo os últimos relatórios fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – Depen, vem se mantendo no pódio dos países com as maiores taxas de aprisionamento, aparecendo, o estado do Amazonas, logo nas primeiras posições do ranking nacional, especialmente, em decorrência do seu alto índice de presos temporários, que vem chegando, ano após anos, invariavelmente, à casa dos 50% do total de detentos. Nesse sentido, essa parcela populacional excessiva, em específico, é tida como uma das principais causas do inchaço populacional nas unidades presidiárias estaduais, resultando no confinamento coletivo em condições insalubres, sem nenhuma condição de higiene e ventilação, estando sujeitos, ainda, à intimidação e à tortura, por parte dos demais presos, tendo em vista que, normalmente, não há qualquer divisão por potencial ofensivo. Diante do presente exposto, o presente estudo teve por desígnio, avaliar a composição atual das unidades prisionais da capital e das cidades interioranas do estado do Amazonas, com base nos dados disponibilizados pelos relatórios anuais divulgados pelo Depen e pela Secretaria Estadual de Administração Penitenciária - Seap.

Palavras-chave: População Carcerária. Unidades Prisionais Amazonenses.

Abstract: The Brazilian Prison System has been facing a long-standing crisis, caused mainly by the incompatibility between the number of places available in existing prisons and the growing number of new prisons. Brazil, according to the latest reports provided by the National Penitentiary Department - Depen, has remained on the podium of countries with the highest rates of imprisonment. In this same context, the state of Amazonas, appears in the first positions, at national level, especially, due to its high rate of pre-trial detainees, reaching, invariably, around 50%. This high number of pre-trial detainees contributes significantly to the population swelling in state prison units, resulting in collective confinement in unhealthy conditions, without any conditions of hygiene and ventilation, and they are also subject to intimidation and torture by other prisoners. , considering that, normally, there is no division by offensive potential. In view of the foregoing, the present study aimed to assess the current composition of prison units in the capital and inland towns in the state of

Amazonas, based on the annual reports made available by Depen and the State Secretariat for Penitentiary Administration - Seap.

Keywords: Prison population. Amazonian Prison Units.

Sumário: Introdução. 1 A Decadência do Sistema Prisional Brasileiro. 1.1 O Estado do Amazonas no ranking nacional do INFOPEN. 2 A Composição da População Carcerária na cidade de Manaus – Capital do estado do Amazonas. 2.2 Somatória dos índices populacionais carcerários da capital e do Interior do Amazonas. 3 Causas, Consequências e Possíveis Soluções para Reduzir os Índices de Superlotação Carcerária. 3.1 Das causas. 3.2 Das consequências. 3.3 Possíveis Soluções. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O sistema prisional brasileiro vem se deteriorando, cada vez mais, com o passar dos anos, especialmente, em consequência dos índices elevados de novas prisões, claramente insuficientes para a quantidade de vagas existentes nas unidades prisionais, fomentados por mecanismos legais como a Lei de Drogas e a predileção pela encarceramento, ao invés de se optar, por exemplo, pela aplicação das medidas cautelares, o que acaba contribuindo, substancialmente, para a consolidação deste cenário.

Considerando que a sanção penal brasileira possui o propósito de punir o indivíduo através da retribuição pela prática delituosa e a prevenção, para o não cometimento de novos crimes, são elencadas, nesse sentido, pelo legislador, uma diversidade de espécies penais distintas, a serem utilizadas de acordo com o crime cometido, no intento de categorizar os detentos em de maneira condizente com os níveis de periculosidade.

Entretanto, não obstante de tal premissa, o Sistema Prisional Brasileiro encontra-se imerso em uma crise sem precedentes, caracterizada, principalmente, pela superlotação das penitenciárias, com os presos amontoados em celas minúsculas, sem que haja qualquer separação conforme o grau de periculosidade, favorecendo o recrutamento de detentos de menor potencial ostensivo por criminosos de grandes facções, desencadeando, conseqüentemente, diversas rebeliões na disputa pelo domínio dessas unidades.

Além disso, para que o Estado seja, efetivamente, um Estado Democrático de Direito, é essencial professar e assegurar os direitos fundamentais de seus cidadãos, de modo que tais direitos estejam vinculados à toda produção e interpretação do

ordenamento jurídico nacional, pautado na concepção de justiça social, visando a promoção da igualdade, da cidadania e da solidariedade.

Contudo, o sistema carcerário nacional encontra-se preso em uma conjuntura sem precedentes, com unidades penitenciárias superlotadas, sem a menor infraestrutura para abrigar novos detentos, ostentando ambientes insalubres, sem o mínimo de respeito à preservação do princípio da dignidade humana, favoráveis a fugas, rebeliões, elevado consumo e consequente comercialização de drogas dentro dos presídios, culminando em um considerável padrão de reincidência.

Outrossim, apesar dos dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro destinados à salvaguarda dos direitos fundamentais do preso, na fatídica realidade, os dados encontrados são completamente antagônicos, tendo em vista os últimos relatórios emitidos pelo Departamento Penitenciário, existiam 726.712 pessoas presas no Brasil, o que representa uma taxa de ocupação de 197% em presídios e carceragens do país, havendo um déficit total de 358.663 vagas nas unidades prisionais.

Dentre os estados com as maiores taxas de ocupação, está o Amazonas, apresentando o maior percentual, de 483,9% (cerca de 5 detentos por vaga). Depois dele, aparecem Ceará (taxa de ocupação de 309,2%) e Pernambuco (300,6%). Diante desse cenário, o hodierno estudo teve por finalidade, proceder com a análise da situação atual que acomete o Sistema Prisional Brasileiro, com ênfase nas condições encontradas nas unidades prisionais amazonenses, a partir do levantamento do número de presos em comparação ao número de vagas, passando-se pela apreciação das disposições legais vigentes, voltadas para os direitos fundamentais dos presos e a implantação de políticas destinadas à sua ressocialização.

1 A Decadência do Sistema Prisional Nacional

O sistema penitenciário pátrio encontra-se imerso em uma crise sem precedentes, em decorrência da ausência de infraestrutura das cadeias públicas para abrigar o número crescente de apenados existentes no sistema penal. A quantidade de vagas disponíveis nas unidades prisionais é totalmente incompatível com o rol de prisões decretadas.

Essa relação desproporcional entre a quantidade de vagas e a contagem de presos resulta, invariavelmente, no desenvolvimento de ambientes insalubres, sem qualquer respeito à preservação do princípio da dignidade humana, favoráveis a fugas, e rebeliões, além de favorecer o consumo e, conseqüentemente, a comercialização de drogas dentro dos presídios.

Outro aspecto digno de menção refere-se à violação dos direitos humanos dos presos como consequência da superlotação. O primeiro desses direitos a ser desrespeitado encontra-se previsto no art. 88 da LEP:

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

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

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

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).” (BRASIL, 1984)

Tal dispositivo prevê que os detentos sejam mantidos em celas individuais de pelo menos seis metros quadrados. No entanto, constata-se que a realidade difere bastante da lei, sendo mais que comum os presos dormirem amontoados em celas minúsculas, em péssimas condições de insalubridade. O isolamento noturno previsto no art. 88 da LEP, não passa de mera “carta de intenção” do legislador, pois com a superlotação constatada nos estabelecimentos penitenciários ela se torna inviável.

As cadeias e os presídios públicos encontram-se, atualmente, em estado de miséria, depredados, com instalações precárias, nas quais os presos convivem uns com os outros na maior promiscuidade, em total desrespeito à dignidade e à cidadania do apenado.

O excedente populacional dos presídios favorece, ainda, o desenvolvimento de diversos problemas de saúde, como consequência das péssimas condições de ventilação, iluminação, temperatura e de higiene, contribuindo para a disseminação de inúmeras doenças infectocontagiosas, como a tuberculose, a Aids, e demais doenças sexualmente transmissíveis. (COSTA NETO, 2013, p. 08)

A ociosidade ocasionada pela ausência de atividade laboral, constitui outro grande obstáculo para o referido sistema, visto que o detento ocioso tem tempo para arquitetar as suas maquinações delinquentes, fazendo com que os presídios sejam transformados em base de comando para os detentos, uma vez que eles comandam o crime dentro e fora da prisão.

Apesar de Lei de Execução Penal estabelecer, em seu art. 84, que o preso provisório não ficará junto com o condenado por sentença transitado em julgado, o

que ocorre, na realidade, é que presos provisórios e condenados dividem a mesma cela, da mesma forma não ocorre uma separação dos presos tendo em mente a natureza do delito cometido e outros fatores.

Assim, além de apresentar uma população muito acima da capacidade inicial do alojamento, existe, ainda, ainda, a mistura de presos de periculosidades diferentes, favorecendo o recrutamento de novos membros para o reduto das facções criminosas.

Como consequência deste sistema falido, figura uma quantidade absurda de ex-detentos devolvidos à sociedade sem qualquer reabilitação, retomando a liberdade mais próximos da criminalidade e seus agravantes, sendo comuns os casos de pequenos delinquentes que encontram o seu amadurecimento criminoso dentro destas instituições.

Em consonância com os dados divulgados pelo último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, publicado no ano de 2017, haviam 726.354 pessoas presas no Brasil, constituindo uma taxa de ocupação de 197% em presídios e carceragens do país, gerando, assim, um déficit total de 303.112 mil vagas, perfazendo uma taxa de ocupação de 171,62%.

Nesse contexto, analisando-se as informações contidas no Levantamento de 2017, verifica-se que é uma situação sem perspectivas de melhora, levando-se em conta que, no primeiro semestre de 2016, foram registradas 266 mil novas entradas, enquanto 197 mil pessoas saíram do sistema prisional, ou seja, para cada 73 pessoas liberadas, chegaram outros 100 presos.

1.1 O Estado do Amazonas no ranking nacional do INFOPEN

Com a exposição do relatório fornecido pelo Departamento Penitenciário Nacional, de 2017, o estado do Amazonas chamou a atenção, no meio da crise que assola o sistema prisional brasileiro, ao despontar no Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, como o segundo maior detentor dos índices de presos provisórios, atingindo a ampla porcentagem de 53,85%, ou seja, 4.809 indivíduos presos sem condenação transitada em julgado, perdendo, apenas, para o Piauí, com exatos 60%. (DEPEN, 2017)

Além dos 4.809 presos provisórios, foram contabilizados, ainda, 1.682 detentos condenados ao regime fechado (18,83%), 1.170 condenados ao regime semiaberto (13,10%), 1.260 associados ao regime aberto (14,11%) e 0,10% em sistemas de internação.

A taxa de aprisionamento encontrada na referida unidade federativa, ainda no Infopen de 2017, alcançada pela razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade populacional do país, multiplicando-se a razão obtida por 100 mil, obteve um total de 219,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. (DEPEN, 2017)

Vale destacar que a supracitada unidade federativa dispõe, tão somente, de 4.412 vagas, distribuídas em suas 19 unidades ativas, incluindo-se uma destinada ao cumprimento de medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial e uma destinada ao regime aberto ou de limitação de fim de semana, apresentando, dessa forma, um déficit de 4.519 vagas.

Quanto à taxa ocupacional, avaliada pela razão existente entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade de vagas existentes no sistema prisional, o estado do Amazonas detinha a taxa de 202%, em 2017. Nesse cálculo, são consideradas as pessoas detidas em carceragens de delegacias, porém, não são consideradas as vagas existentes nestes espaços privativos, visto que são espaços inadequados à custódia permanente da população privada de liberdade.

Mais recentemente, o último relatório divulgado pelo Depen, referente ao período de julho a dezembro de 2019, constatou que o número total de detentos, no estado do Amazonas, sofreu um acréscimo de 31% em relação ao número total de detentos contabilizado em 2017 (8.931), alcançando assim, um total de 12.060 encarcerados, sendo 10.368 do gênero masculino e 522 do gênero feminino. (DEPEN, 2019)

Os 12.060 detentos encontram-se distribuídos nos quatro regimes existentes, sendo 2.956 homens e 93 mulheres no regime provisório, 2.970 homens e 94 mulheres no regime fechado, 2.469 homens e 81 mulheres no regime semiaberto e, por fim, 3691 homens e 152 mulheres no regime aberto, além de dezenove detidos em sistemas de internação.

A taxa de aprisionamento, no que lhe concerne, aumentou em 30%, em comparação ao índice encontrado em 2017, cujo qual passou de 219,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, no referido ano, para o total de 291,20, em 2019. (DEPEN, 2019)

Considerando que a quantidade de vagas ofertadas nas unidades prisionais não aumentou, calcula-se que o déficit de vagas, que, em 2017, era de 4.591, passou para 7.648, em 2019. Entretanto, cabe mencionar que, apesar de a taxa ocupacional aparentar não ser tão elevada, subindo de 202% para 2,73%, equivalendo a três pessoas por cela, vale destacar que trata-se de uma média geral, obtida pela razão

encontrada entre o número total de vagas e o número total de presos, no que lhe concerne unidades prisionais individualmente.

Na intenção de suprir essa lacuna e fornecer uma estimativa mais abrangente, a Secretaria de Estado de Adestração Penitenciária – Seap, do estado do Amazonas, promoveu um estudo destinado, especificamente, para a população carcerária componente do sistema prisional estadual, conforme explicitado nos subitens abaixo.

2 A Composição da População Carcerária na cidade de Manaus – Capital do estado do Amazonas

Segundo os indicadores revelados pela Secretaria do Estado de Administração Penitenciária - Seap, no mês de junho de 2019, a cidade de Manaus, capital do estado do Amazonas, dispõe de oito unidades prisionais e uma casa do albergado, voltada para o recolhimento de 1.121 sujeitos em execução de pena em regime semiaberto.

As aludias unidades são responsáveis pelo abrigo de 8.756 detentos, dos quais 3.148 são presos provisórios (36%), 2.241 estão cumprindo pena no regime fechado (25%), 2.101 estão submetidos à pena no regime semiaberto (24%) e 1.223 (14%) apenados no regime aberto, além de sete indivíduos em regime de medida e segurança (1%).

No que se refere à provisão de vagas disponíveis nas unidades prisionais manauaras, aferiu-se o total de 2.979 vagas para abrigar 8.756 detentos, ou seja, apresenta um excedente populacional de 153%, equivalente a 4.554 presidiários, entre provisórios e condenados ao regime fechado. (SEAP, 2019)

O Centro de Detenção Provisória de Manaus I – (CDPM I) refugia 1.190 detentos, apenas, dos quais oitocentos e oitenta e oito (68%) são presos provisórios e trezentos e dez (32%) cumprem pena em regime fechado, extrapolando, portanto, o número de vagas disponibilizado pela instituição, em 622 presos, apresentando um excedente populacional de 109%.

O CDPM II, no que lhe cabe, apresenta um total de oitocentos e cinquenta detentos (850), sendo 525 deles, presos provisórios e, 325 em regime fechado, excedendo em 49% (279 presos), o número de vagas existentes. (SEAP, 2019)

O Instituto Penal Antônio Trindade – IPAT, tem sob sua custódia setecentos e dezenove detentos (60%), dentre os quais 431 são presos provisórios (40%) e 288 deles estão em regime fechado, ultrapassando, conseqüentemente, o número de vagas em 45%.

A Unidade Prisional do Puraquequara – UPP é a unidade prisional situada na comarca que mais recolher detentos, perfazendo a soma de 1.253 presos, distribuídos da seguinte forma: cento e cinquenta e seis estão em cumprimento de pena em regime fechado e mil e noventa e sete são presos provisórios, constituindo-se, indubitavelmente, na unidade detentora do maior índice de presos provisórios em todo o estado, chegando ao percentual gritante de 88% de presos sem condenação transitada em julgado.

O Centro de Detenção Provisória Feminino – CDPF, mantém sob sua incumbência, a acomodação de cento e sessenta três detentas, dentre as quais noventa e seis são presas em caráter provisório e sessenta e sete encontram-se cumprindo pena sob regime fechado, figurando como uma das pouquíssimas unidades estatais dentro do limite de vagas existentes, dispondo de um saldo positivo de dezenove vagas.

2.1 A Composição Populacional Carcerária no Interior do Amazonas

Conforme as informações coletadas nos presídios localizados nas cidades interioranas do estado do Amazonas, foram computados, ao todo, 1372 detentos, onde 1.254 são homens e 118 são mulheres, distribuídos genericamente, em oito unidades prisionais, distribuídas pelos municípios de Coari, Tefé, Humaitá, Itacoatiara (uma mista e uma masculina), Maués, Parintins e Tabatinga.

Os regimes de cumprimento de pena foram classificados na seguinte proporção: dentre os 1.372 detentos encontrados, 456 presos são provisórios (37%), 258 estão em regime fechado (21%), 348 deles cumprem regime semiaberto (27%) e 192 encontram-se em regime aberto (15%). (SEAP, 2019)

A Unidade Prisional de Coari abriga uma somatória de cento e cinquenta presidiários gênero masculino, sendo vinte e três deles, no regime fechado, quarenta e dois no regime semiaberto e três no regime aberto. Todavia, a informação mais alarmante refere-se ao número encontrado de presos provisórios: são setenta e sete indivíduos aprisionados, sem que a devida sentença condenatória transitada em julgado, correspondendo a mais da metade da população prisional desta unidade (51%).

Em contrapartida, a população feminina na Unidade Prisional de Coari população é, praticamente, nula, contando com apenas três detentas, sendo que duas estão concentradas em regime fechado e apenas uma, encontra-se sob a jurisdição do regime semiaberto.

Porém, no que concerne ao índice de superlotação, a referida unidade apresenta um déficit em torno dos 150%, visto que são apenas 40 vagas disponíveis, para abrigar 153 detentos. (SEAP, 2019)

A Unidade Prisional de Humaitá, por sua vez, abriga noventa e nove presos do gênero masculino, e doze detentas do sexo feminino, atingindo a soma de cento e onze encarcerados para um quadro de, apenas, 33 vagas, culminando em um excedente populacional de setenta e oito presos.

A Unidade Prisional de Parintins engloba um cômputo geral de cento e sessenta e três presos para, apenas, trinta e seis (vagas existentes, chegando ao excedente de 358%). São 158 apenados do gênero masculino, dos quais 48 cumprem sentença no regime fechado, 54 são presos provisórios, 47 estão no regime semiaberto e nove, estão no regime aberto. Na ala feminina, atualmente, estão sendo recebidas cinco mulheres, das quais uma se encontra no regime fechado, três estão no regime semiaberto e uma última é presa provisória.

A Unidade Prisional de Itacoatiara, voltada para o recolhimento exclusivo de sujeitos do gênero masculino, comporta um total de 116 apenados, dos quais quarenta e quatro (44) estão atrelados ao regime fechado e setenta e dois se constituem presos provisórios. Com um total de 120 vagas, a referida unidade se apresentando como a segunda unidade prisional do interior com o maior saldo de vagas.

A primeira unidade prisional do interior com o maior superávit de vagas é a Unidade Prisional Mista, também, localizada no município de Itacoatiara, dispondo de setenta e duas vagas para os cinquenta e quatro detentos lhes atribuído, sendo quarenta e cinco homens e nove mulheres, exibindo, portanto, um saldo de dezoito vagas.

A Unidade Prisional de Maués manifesta um total de 40 vagas para o quantitativo de 240 detentos, constituindo, assim, um excedente deficitário de 353% presos. A população carcerária masculina é composta por 229 sujeitos (47 no regime fechado, 51 presos provisórios, 66 no regime semiaberto e 65 no regime aberto); e a população feminina é representada por onze detentas, duas delas provenientes de prisões provisórias, enquanto que outras nove estão sentenciadas ao regime semiaberto.

A Unidade Prisional de Tabatinga, apareceu como a unidade do interior com a maior população carcerária, abrigando 266 detentos do gênero masculino, sendo 88 provisórios, 45 no regime fechado, 38 no regime semiaberto e 95 no regime aberto. Dentre a população feminina, são 67 mulheres, das quais 53 estão em regime

aberto, 9 estão em regime semiaberto e cinco são presas provisórias. Do total de 333 sujeitos atrelados à esta unidade prisional, 93 são presos provisórios (27%) e 148 (44%) estão no regime aberto. Assim, são contabilizados 77 detentos excedentes em relação às 108 vagas disponíveis, totalizando 185 presos de permanência total ou parcial nas Dependências da unidade, ultrapassando em 74% a disponibilidade cedida.

A Unidade Prisional de Tefé guarda trinta detentos em regime fechado, sendo vinte e nove homens uma mulher), sessenta e cinco sujeitos em regime semiaberto (64 homens e uma mulher), além de noventa e oito (98) presos provisórios, dos quais seis são mulheres e, por último, nove homens em regime aberto.

A Unidade Prisional de Tefé, após a Unidade Prisional de Humaitá, é o estabelecimento que mais concentra presos provisórios, chegando à quase metade dos detentos (44%). Contando com oitenta vagas, a referida unidade detém 113 sujeitos com estadia parcial ou permanente, além do número de vagas, numa taxa excedente de 70%.

Ademais, as delegacias de cinquenta e quatro dos sessenta e dois municípios do Amazonas funcionam como verdadeiros presídios, contando com uma população carcerária de 1.364 presos, dos quais 1.088 são presos provisórios, ou seja, muito mais da metade, apresentando uma taxa absurda de 80%. Assim, contabilizando-se a população carcerária encontrada nas unidades prisionais e nas delegacias do interior do estado do Amazonas, dada pelo relatório da referida secretaria, tem-se o quantitativo de 2.740 detidos, dos quais 2.600 são do gênero masculino e 140 são do gênero feminino.

Dentre a população masculina, 1.529 são presos provisórios (58%), constituindo mais da metade dos presos, seguidos pelos 480 presos em regime semiaberto (18%) e pelos 395 sentenciados a regime fechado (15%).

A população carcerária feminina, no que lhe toca, é composta por cento e quarenta apenadas, das quais trinta e três são presas provisórias (23%), onze cumprem pena no regime fechado (8%), quarenta e duas estão sujeitas ao regime semiaberto (30%) e cinquenta e três estão em regime aberto (39%). Somando-se ambos os gêneros, obtém-se um total de 1.562 presos provisórios (56%), 406 detentos cumprindo pena no regime fechado (15%), 522 no regime semiaberto (19%) e 250 no regime aberto (9%).

As unidades prisionais localizadas no interior do estado do Amazonas contam com, apenas 529 vagas, de modo que, considerando apenas os apenados que permanecem detidos em tempo integral e os que precisam passar o período noturno

nas Dependências das mesmas (2.480 indivíduos), encontra-se um excedente de 371% acima das vagas disponíveis.

2.2 Somatória dos índices populacionais carcerários da capital e do Interior do Amazonas

Computando-se os indicadores localizados na cidade de Manaus, capital do estado do Amazonas, aliados aos dados coletados nas unidades prisionais do interior, a Secretaria do Estado de Administração Penitenciária chegou ao total de 11.492 apenados, de acordo com a seguinte distribuição: 8.756 na capital e 2.740 distribuídos em dezoito unidades prisionais e uma unidade de internação, e 54 delegacias do interior.

Desse total de 11.496 indivíduos, 4.746 são presos provisórios (41%), 2.647 cumprindo pena no regime fechado, 2.623 no regime semiaberto (23%), 1.473 (13%) no regime aberto e, por fim, sete estão cumprindo medidas de segurança (0,1%).

Considerando que, ao todo, computando-se as capacidades individuais das unidades prisionais do estado do Amazonas têm capacidade para abrigar, apenas, 3.508 presos, contra os 6.515 detentos que precisam fazer uso das Dependências dessas instituições, seja em regime fechado, semiaberto ou provisório, obteve-se o índice geral superpopulacional de 183%.

3 Causas, Consequências e Possíveis Soluções para Reduzir os Índices de Superlotação Carcerária

3.1 Das causas

Além da insuficiência da estrutura judiciária, que não possui a capacidade de comportar o número de prisões, outro fator preponderante para a extensão dessa crise, está relacionado às falhas no sistema judiciário, que ainda opta por prisões desnecessárias mesmo quando existe a possibilidade de aplicar a liberdade provisória.

Nesse sentido, apesar das previsões legais existentes direcionadas para o uso de medidas cautelares em diversas situações, essas, raramente, têm sido utilizadas, em detrimento das prisões provisórias, contribuindo, substancialmente, para a enorme disparidade entre as vagas existentes e o total de presos, ao encarcerar centenas de sujeitos, sem sentença condenatória transitada em julgado.

Nesse contexto, a prisão provisória é um dos principais fatores contribuintes para a predominância da crise no sistema penitenciário brasileiro, encontrando previsão nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, cuja finalidade

consiste assegurar o bom andamento do inquérito ou do processo e por isso são chamadas prisões processuais, não havendo que se falar em culpabilidade do preso provisório ou temporário, visto que o encarceramento visa, apenas, o devido processo legal e não a sanção penal do indivíduo (CAPEZ, 2018, p. 341).

O Código de Processo Penal estabelece, ainda, no § 6º de seu art. 282, que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

No entanto, esse mecanismo de execução provisória da pena, também conhecido como prisão e segunda instância, faz com que o acusado inicie o cumprimento da pena a ele imposta, apesar da ausência de sentença condenatória transitada em julgado, quando ainda não foram esgotadas todas as possibilidades de recurso, resultando em uma antecipação do cumprimento da pena.

O Poder Judiciário, vale destacar, também tem contribuído para a permanência desse estado decante do sistema prisional ao optar, regularmente, pelo cumprimento da pena em regime fechado, reflexo da cultura punitiva, mesmo nas ocasiões onde existe a faculdade de aplicação de penas alternativas, restritivas de direitos e não de liberdade, conforme previsto no Código Penal.

Destarte, o Código Penal, em seu artigo 33, parágrafo segundo, determina que, nos casos de condenações com prazo de reclusão inferior a oito anos de reclusão, é possível, ao condenado cumprir pena no regime semiaberto, ou mesmo no regime aberto, de acordo com a quantidade de anos estabelecidos pela pena:

“Art. 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.”

(BRASIL, 1941, grifos do autor)

Assim, o condenado não reincidente, cuja pena esteja entre 4 e 8 anos de reclusão, poderá, desde o início, cumpri-la em regime semiaberto, enquanto o condenado não reincidente, cuja pena seja inferior a 4 anos, poderá cumpri-la em regime aberto desde o início.

No entanto, segundo dados divulgados pelo Infopen, apenas 18% dos detentos cumprem pena em regimes mais brandos, ao passo que boa parte se encontra em cumprimento de pena no regime fechado, mesmo quando já alcançaram os requisitos para progressão para o regime semiaberto, ou mesmo, para o regime aberto. (DEPEN, 2017)

Além disso, a promulgação da Lei de Drogas, de 2006, intensificou o inchaço populacional nas unidades prisionais, tendo em vista a falta de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes de entorpecentes ilícitos, bem como a rejeição do fim da pena de prisão para estes primeiros pelas agências penais, são fatores que contribuíram com este fenômeno.

Conforme dados disponibilizados pelo Sistema de Informações Penitenciárias do Infopen de 2017, foram detidos 1.368 indivíduos enquadrados pela Lei de Drogas, subindo para 3.200, no ano de 2019, representando uma taxa de 233% de aumento. No que se refere ao percentual de no total das prisões, dos 12.060 presos encarcerados adultamente, 26% deles estão associados ao tráfico de drogas. Trata-se de um número relativamente alto em comparação aos muitos outros delitos somados.

A referida lei, se apressou em endurecer as penas impostas aos traficantes efetivos e falhou ao deixar de estabelecer critérios para distingui-los dos usuários, acabando por intensificar a prisão de usuários de menor potencial ofensivo, levando-os a entrar em contato com traficantes de maior potencial, muitas vezes, associando-se a eles em prol da manutenção de sua integridade física, de modo que a prisão acaba funcionando como uma escola de aperfeiçoamento da marginalização

Ao relegar à avaliação pessoal da autoridade policial a constatação do consumo ou do tráfico, a Lei de Drogas acabou por impulsionar a criminalização de indivíduos portadores de pequenas porções de drogas, tem resultado no aprisionamento em massa de supostos traficantes, de modo que não tem sido o narcotraficante poderoso, organizado e violento levado à prisão, mas sim o usuário de drogas e o pequeno comerciante, em virtude da discricionariedade policial e das autoridades da justiça criminal.

Ao prender os indivíduos praticantes desses delitos de menor potencial ofensivo, o sistema acaba por colocá-los em contato direto com os criminosos das grandes facções, contribuindo, assim, para o seu aperfeiçoamento no mundo do crime da marginalidade, aumentando, conseqüentemente, os índices de reincidência, uma vez que, nas condições em que se encontra, não consegue cumprir as funções ressocializadoras das pena:

“Dessa maneira, o sistema prisional não consegue atingir seu objetivo que é o de recuperar e reintegrar os detentos à sociedade, dos egressos do sistema a grande maioria voltam a cometer novos delitos e retornam ao cárcere, este é um ciclo vicioso que parece não ter fim”. (GOMES, 2010, p. 24).

Percebe-se, assim, que tem sido amplamente ignorada a norma jurídica que estipula a separação entre os presos provisórios e os presos já condenados, e entre aqueles que cometeram crimes mais graves e os que cometeram delitos mais leves, de maneira que o crime organizado encontra um ambiente fértil para o recrutamento de novos membros, mediante à intimidação ou à promessa de proteção direcionada aos presos por crimes mais brandos.

3.2 Das conseqüências

A reincidência criminosa encontra-se disposta em nosso diploma penal no art. 63, nos seguintes termos: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. (BRASIL, 1940).

Trata-se de problema que assola a sociedade, e é claro, o sistema penal brasileiro, pois ao invés do detento cumprir sua pena, e não mais retornar à delinquência, se tem o inverso, voltando a cometer delitos e, por conseqüência, retornando às unidades prisionais.

O elevado índice de reincidência dos criminosos oriundos do sistema carcerário é a comprovação de que a pena privativa de liberdade não se revelou como remédio eficaz para a ressocialização do delinquente. Rafael Damasceno de Assis discorre sobre o tema:

“Essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliada ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua

liberdade. O estigma de ex-detento e o total desamparo pelas autoridades faz com que o egresso do sistema carcerário torne-se marginalizado no meio social, o que acaba o levando de volta ao mundo do crime, por não ter melhores opções”.. (ASSIS, 2007, p. 74-75)

Assim sendo, a ineficiência do sistema prisional em ressocializar o preso, ao deixar de proporcionar alternativas que facilitem a reintegração do egresso na sociedade, findo o cumprimento da pena, tem como reflexo o alto índice de reincidência, visto que o preconceito existente com os ex-detentos é um fator determinante da marginalização dos mesmos, que, em função da falta de oportunidades, voltam a delinquir, em boa parte das vezes.

A reincidência, além de agravar a pena do (novo) delito, constitui-se em fator redutor de uma série de benefícios legais, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns. Esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinquindo.

Nos últimos anos, a reincidência Criminal no Brasil tem aumentado demasiadamente, alcançando uma porcentagem de 25%, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, ou seja, um em cada quatro presos volta a cometer outro delito (IPEA, 2015).

Na concepção do autor Cezar Roberto Bitencourt:

“Os altos índices de reincidência têm sido, historicamente, invocados como um dos fatores principais da comprovação do efetivo fracasso da pena privativa de liberdade, a despeito da presunção de que, durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento ressocializador” (BITENCOURT, 2012, p. 587):

O ilustre doutrinador Guilherme Nucci, em contrapartida, acerca da reincidência criminal, traz a seguinte concepção:

“É o cometimento de uma infração penal depois de o agente já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior. Admitir-se, ainda, porque previsto

expressamente na Lei de Contravenções Penais, o cometimento de contravenção penal depois de o autor ter sido anteriormente condenado por trânsito em julgado por contravenção penal”. (NUCCI, 2016, p. 128)

O art. 10 da LEP dispõe que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (BRASIL, 1984).

O artigo 17 da LEP, estabelece que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso. O artigo 18 determina que o ensino fundamental é obrigatório e integrado ao sistema escolar da unidade federativa. E o artigo 21 exige a implementação de uma biblioteca por unidade prisional, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos (BRASIL, 1984).

Assim sendo, educação ao preso como instrução escolar aos analfabetos e ou formação profissional é importante na reeducação do sentenciado tanto para voltar ao convívio familiar quanto social, proporcionando uma oportunidade de encontrar uma profissão o qual se dedique posteriormente ao cumprimento da pena, cumprindo assim, o Estado com seu papel de ressocialização, pois quando os presos recebem uma educação de qualidade são qualificados profissionalmente, aprendem uma profissão através de cursos ministrados dentro das penitenciárias a chance desses reeducandos se reabilitarem é maior em relação a outros que não receberam essa oportunidade.

Outro grave problema suscitado pela crise vigente no sistema carcerário brasileiro está nos índices de rebeliões e fugas de presos, ainda que não seja possível estabelecer uma relação causal entre a superlotação carcerária e a ocorrência de rebeliões, o excesso populacional nos presídios brasileiros favorece a atuação de facções criminosas nas unidades prisionais, prejudicando a atuação do Estado na garantia da ordem e da segurança dos detentos.

As conclusões são da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em conjunto com Tribunais de Contas estaduais e municipais, sobre o sistema prisional de 17 Estados e do Distrito Federal. São eles: Acre, Amazonas, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Piauí, Paraná, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Sergipe e Tocantins. (TCU, 2018)

Foi essa a situação, por exemplo, do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), no Amazonas, que apresentava um déficit de 507 vagas. Em janeiro do ano

passado (2019), uma disputa entre facções rivais gerou uma rebelião que durou mais de 17 horas no Compaj. O resultado amargo foi o assassinato de 56 presos, representando a segunda maior chacina carcerária do país, ficando atrás, apenas do episódio conhecido como “Massacre do Carandiru”, quando 111 presos foram mortos após a intervenção policial para conter um motim também iniciado por uma briga entre facções rivais.

3.3 Possíveis Soluções

Uma das opções a serem adotadas para auxiliar na redução dos elevados índices populacionais das unidades prisionais, seria aumentar a celeridade da concessão dos benefícios àqueles que já fazem jus à progressão de regime ou de serem colocados em liberdade os presos que já saldaram o cômputo de sua pena.

Nota-se que o sistema prisional brasileiro ainda se preocupa, predominantemente, com o encarceramento do indivíduo enquanto forma de punição pelos delitos cometidos, em detrimento de outras formas de penalidades previstas na legislação, a despeito das medidas cautelares, como a famigerada audiência de custódia.

A audiência de Custódia ou Audiência de Apresentação é o ato pré-processual que assegura o direito que todo cidadão preso tem em face do Estado, sendo o principal de ser apresentado imediatamente à autoridade judiciária competente, para que sejam analisadas as circunstâncias que ensejaram a prisão em flagrante.

Roberto Nucci define a audiência de custódia da seguinte maneira:

“[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento.” (NUCCI, 2016, p. 1118),

À vista disso, a audiência de custódia consiste na apresentação do preso à autoridade competente, após a prisão em flagrante, no intuito de ter avaliada a legalidade dessa prisão e os aspectos a ela concernentes, de modo garantir a integridade física do detento, com essa apresentação imediata e, assim, assegurar a observância ao princípio da inviolabilidade à dignidade da pessoa humana, tendo por objetivos reduzir os abusos e as violências praticadas pelos agentes policiais, além de buscar reduzir os índices de prisões ilegais.

Dentre as finalidades da audiência de custódia, encontra-se o controle jurisdicional da prisão em flagrante, no intuito de **coibir as prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias**, de modo que, quando a convalidação da prisão em flagrante é realizada sem a presença física do flagranteado, ou seja, apenas com a remessa do Auto de Prisão e Delito (APF) para o magistrado, a decisão jurisdicional pode acabar sendo influenciada, sobretudo, pela opinião da autoridade policial e do órgão de acusação, que, não raras vezes, manifestam-se pela conversão do flagrante em prisão preventiva ou temporária. (ALMEIDA, et. al, 2019, p. 05)

Assim, a audiência de custódia pode contribuir, consideravelmente, para a redução do encarceramento em massa e, conseqüentemente, da superlotação dos presídios, tendo em vista dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça que classifica o Brasil como o terceiro país do mundo que mais aprisiona.

Considerações Finais

O Brasil, segundo dados disponibilizados por relatório produzido pelo DEPEN – Departamento Penitenciário, alcançou, em 2014, o terceiro lugar no ranking mundial dos países com o maior número de pessoas encarceradas, contendo, aproximadamente, 715.592 pessoas sob custódia, considerando-se que 567.655 estão presas no sistema prisional e 147.937 estão submetidas à prisão domiciliar. Esse quantitativo excede, em muito, o total de vagas existente nas unidades prisionais.

O confinamento excessivo de presos por metro quadrado, em celas mal projetadas, com péssimas condições sanitárias, sem qualquer condição de higiene, alimentação, educação e trabalho adequadas, em situações de pleno abandono, constitui-se um problema social de completa violação dos direitos humanos, em desobediência expressa a princípios constitucionais como o direito à vida e à dignidade humana.

Verifica-se, assim, que, os direitos do preso são largamente ignorados pelo sistema penitenciário brasileiro, não havendo qualquer garantia no que diz respeito à sua segurança ou ao respeito do princípio da dignidade humana, fornecendo, ainda, pouca ou nenhuma oportunidade de ressocialização do preso ao fim do cumprimento da pena. Muito pelo contrário, as cadeias públicas funcionam como verdadeiras universidades do crime, onde o detento, ao fim da pena, encontra-se, cada vez mais, especializado.

Segundo o relatório fornecido pelo DEPEN, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), de 2017, o estado do Amazonas possui cerca de 2.354 vagas em presídios e delegacias, mas comporta mais de 11.390 presos,

apresentando, assim, uma taxa de ocupação de 483,9% acima da disponível e bem acima da média brasileira, que é de 197,4%.

Nesse sentido, de acordo com relatório emitido pelo DEPEN, de 2017, o estado do Amazonas, enfrenta uma superlotação absurda em relação às outras entidades federativas, aliada às constantes rebeliões provocadas pelo crime organizado e o narcotráfico dentro dos presídios, em disputas por território ou poder, ou mesmo, retaliações.

Ainda conforme o referido levantamento, o estado do Amazonas possui cerca de 2.354 vagas em presídios e delegacias, mas comporta mais de 11.390 presos, apresentando, assim, uma taxa de ocupação de 483,9% acima da capacidade disponível e muito acima da média brasileira, que é de 197,4%, facilitado o surgimento de rebeliões, fugas e disputas entre facções pelo domínio do tráfico dentro dos presídios.

Assim, no ano de 2019, no mês de maio, somente a capital do estado do Amazonas, Manaus, foi palco de um massacre ocorrido dentro de 4 presídios, que culminou na morte de 55 presos, originada pela ruptura entre dois importantes líderes da maior facção criminosa do Amazonas, a Família do Norte (FDN).

Uma das causas apontadas pela superpopulação carcerária amazonense refere-se ao número excessivo de prisões provisórias. De 11.492 indivíduos contabilizados pelo Depen, no Amazonas, 4.746 são presos provisórios (41%), 2.647 cumprindo pena no regime fechado, 2.623 no regime semiaberto (23%), 1.473 (13%) no regime aberto e 7 cumprindo medidas de segurança (0,1%).

Verifica-se, destarte, que o grande desafio do sistema prisional amazonense baseia-se a curto prazo na necessidade de criação de novos postos de reclusão, e, a médio e longo prazo, na implantação de medidas de ressocialização efetivas. De modo algum haverá plano de ressocialização efetivo sem que o reeducando receba as condições mínimas de ressocialização, tais como as de dignidade constitucionalmente resguardadas e de atividades profissionais que ocupem o seu tempo enquanto recluso, permitindo exercer uma atividade profissional quando posto em liberdade.

Referências

ALMEIDA, Ricardo Silva de; ALMEIDA, Roberto Silva de; SILVA, Wanderlei Pires da; SILVA, Rubens Alves da. Audiência de custódia: sua contribuição para o sistema judiciário brasileiro e para a manutenção dos direitos do preso. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 31, nº 1646. Disponível

em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-processual-penal/4506/audiencia-custodia-contribuicao-sistema-judiciario-brasileiro-manutencao-direitos-presos>. Acesso em 13 de abril de 2020.

ASSIS, Rafael Damasceno de. A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 13 de abril de 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 21 de abril de 2020.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso: 12 de abril de 2020.

BENTES FILHO, Antônio Pereira. Superpopulação carcerária no Estado do Amazonas. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 31, nº 1650. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4522/superpopulacao-carceraria-estado-amazonas>. Acesso em 12 de abril de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – causas e alternativas. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 13ª ed., 2012.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em https://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf. Acesso 16 de abril de 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COSTA NETO, Nilo de Siqueira. Sistema penitenciário brasileiro: a falibilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 35. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24073>. Acesso em 14 de abril de 2020.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), atualização junho/2017. Brasília. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2020.

_____. Relatório Analítico referente aos meses de julho a dezembro de 2019. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AM/am>. Acesso em 15 de abril de 2020.

GOMES, Jorge Roberto. O Sistema Prisional e a Lei de Execução Penal: Uma análise do Ser ao dever ser. Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora – MG, 2010.

NUCCI, Guilherme. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Volume 1. 12 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2016.

SEAP. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. População Carcerária da Capital e do Interior do Estado do Amazonas. Relatório 2019. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/sistema-penitenciario-manaus-am/documentos/outros-documentos/unidades-prisionais-estado-do-amazonas>. Acesso em 10 de abril de 2020.

TCU – Tribunal de Contas da União. Acórdão 2643/2017-Plenário. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa-2/news/superlotacao-em-presidios-favorece-acao-de-faccoes-criminosas.htm>. Acesso 14 de abril de 2020.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS (DIFAL) EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE.

MATHEUS FALCÃO TORTI:
Advogado formado pela
Universidade Federal de Pernambuco
(UFPE).

RESUMO: O presente artigo busca explicar a dinâmica de cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, antes e depois da vigência das regras instituídas pela Emenda Constitucional nº 87/2015. Ademais, busca-se demonstrar a inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) em operações interestaduais com consumidor final não contribuinte, tendo em vista a necessidade de edição de Lei Complementar que discipline a matéria.

Palavras-chave: Dinâmica de cobrança do diferencial de alíquota do ICMS (DIFAL); Emenda Constitucional nº 87/2015; Operações interestaduais com consumidor final não contribuinte; Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A dinâmica de cobrança do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL); 3. A inconstitucionalidade da exigência do DIFAL em operações interestaduais com consumidor final não contribuinte; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A instituição do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) em operações interestaduais com consumidor final não contribuinte foi fruto da grande pressão exercida por boa parte dos estados brasileiros, os quais se sentiam prejudicados diante do regramento, disposto no texto original da Constituição Federal de 1988, que favorecia o desequilíbrio de distribuição de receitas tributárias em um cenário de crescimento vertiginoso do *e-commerce* e, por corolário, da arrecadação dos estados remetentes.

Mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 87/2015, a qual modificou o §2º do artigo 155 da CF/88 e incluiu o artigo 99 no ADCT para tratar da sistemática de cobrança do ICMS incidente sobre as operações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, contribuinte ou não do imposto; não houve, até o presente momento, previsão ou disciplinamento do assunto em lei complementar, apenas regulamentações expostas no Convênio ICMS 93/2015 do CONFAZ. Diante disso, os contribuintes apontam a inconstitucionalidade

da exigência do DIFAL, tendo sido reconhecida, inclusive, a Repercussão Geral da matéria pelo STF.

Nos últimos meses a tese adotada pelos contribuintes ganhou mais força diante do julgamento do RE nº 1.221.330, em repercussão geral, pelo qual o Supremo reconheceu a validade das leis estaduais, que exigem o ICMS sobre a importação realizada por pessoa física ou jurídica, que não se dedique habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, somente após a edição da Lei Complementar 114/02. Ocorre que, a despeito da decisão anteriormente mencionada, o contexto de crise mundial, resultante dos efeitos da pandemia, vem se refletindo em decisões motivadas por argumentos políticos e econômicos a favor do fisco.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar a dinâmica de cobrança do DIFAL, antes e depois da Emenda Constitucional 87/2015, bem como adotar um posicionamento crítico quanto à questão da constitucionalidade da exigência do diferencial de alíquota do ICMS em operações interestaduais com consumidor final não contribuinte, sem a edição de Lei Complementar que discipline o assunto.

2.A DINÂMICA DE COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS (DIFAL)

A dinâmica de cobrança do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL), antes da edição da Emenda Constitucional nº 87/2015, foi prevista no próprio texto constitucional original, o qual determinava apenas a aplicação do diferencial de alíquota para operações interestaduais quando o destinatário fosse contribuinte do imposto, nos seguintes termos:

Art. 155 (...)

§2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)

“VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII – na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto

correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual; (grifo nosso)”[1]

Importante observar, de início, que a alínea b) fixava a aplicação da alíquota interna, quando o destinatário do bem ou serviço não fosse contribuinte do imposto. Nesse sentido, no caso de uma aquisição de mercadoria realizada por consumidor final não contribuinte, como, por exemplo, uma pessoa física, localizada em Pernambuco, que compra um tênis de uma empresa, localizada em São Paulo, o fruto da arrecadação tributária seria destinado totalmente ao estado remetente.

O desequilíbrio arrecadatário entre os estados se tornou ainda mais flagrante com o crescimento do comércio eletrônico, tendo em mente que as compras realizadas pela internet possibilitaram que um grande número de operações fossem realizadas a consumidores finais não contribuintes de ICMS, localizados em estados diferentes do Estado de origem do remetente.

Diante desse contexto, foi iniciada uma guerra fiscal entre os estados da região sul e sudeste, os quais concentravam a maior parte dos vendedores, e os demais estados do Brasil, que passaram a editar legislações próprias exigindo o recolhimento do diferencial de alíquota. A união destas unidades federativas culminou no protocolo ICMS 21/2011, cujo principal objetivo foi estabelecer que nas operações interestaduais destinadas ao consumidor final, o ICMS seria devido ao estado de destino, devendo o remetente recolher o tributo, em favor do primeiro, no papel de substituto tributário.[2]

No entanto, em 2014, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o protocolo firmado, tendo em vista que o assunto estava previsto na própria constituição e, portanto, deveria ser modificado por Emenda Constitucional.

Ocorre que, em 2015, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 87/2015, cujo conteúdo modificou a redação do artigo 155, §2º, VII e VIII, da CF/88, nos seguintes termos:

“Art. 155 (...)

§2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)

VII – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a **consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado**, adotar-se-á a alíquota interestadual e **caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a**

alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

a) (revogada);

b) (revogada);

VIII – a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (grifos nossos)".[3]

Diante da nova dinâmica de cobrança do ICMS, nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, seria adotada a alíquota interestadual e caberia ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

Contudo, apesar da edição da Emenda Constitucional nº 87/2015, a exigência do DIFAL, nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes de ICMS, não foi prevista nem disciplinada em Lei Complementar. Nesse sentido, apenas o Convênio ICMS 93/2015 do CONFAZ prevê disposições sobre o tema, como a forma de cálculo do DIFAL e as obrigações acessórias a serem cumpridas.

3.A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO DIFAL EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE

A ausência de lei complementar que tratasse da matéria acarretou grande volume de demandas judiciais. Os contribuintes argumentam que, conforme o art. 146, III alínea "a", da CF/88, bem como o artigo 155, §2º, XII, alíneas "a", "d" e "i" da CF/88, o estabelecimento de normas gerais de direito tributário cabe à referida espécie legal.

Nessa toada, o Convênio ICMS 93/2015 do CONFAZ não poderia, por exemplo, estabelecer nova base de cálculo do ICMS para essas operações, como expressamente o faz em sua cláusula segunda.[4]

Diante da polêmica criada, o STF, através do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.237.351/DF, reconheceu a repercussão geral da matéria, sendo gerado o tema 1093, em que se discute se a instituição de Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais exige edição de lei complementar para disciplinar a temática.[5]

Em reforço aos argumentos defendidos pelos contribuintes no caso em tela, o STF fixou a seguinte tese no julgamento do RE 1.221.330, com repercussão geral:

“I - Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, **devendo tal tributação estar prevista em lei complementar federal.**

II - **As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002.**”[6]

A Emenda Constitucional 33/2001, mencionada anteriormente, implementou nova redação ao artigo 155, § 2º, IX, a, da CF/88, para permitir a incidência do ICMS sobre importação feita por quem não se dedica habitualmente ao comércio. No entanto, as leis estaduais editadas anteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002 só passaram a produzir efeitos a partir da vigência da mesma. Sendo assim, a exigência do ICMS sobre importação feita por quem não se dedica habitualmente ao comércio, no intervalo entre a edição da Emenda Constitucional e a entrada em vigor da lei complementar, foi julgada inconstitucional.

Nesse sentido, espera-se que a decisão do STF acerca do tema 1093 tenha compatibilidade com o entendimento firmado no julgamento do RE 1.221.330, em respeito à segurança jurídica, uniformidade da jurisprudência e previsibilidade das decisões.

4.CONCLUSÃO

Diante da linha interpretativa formada pelo STF, os contribuintes aguardam um posicionamento favorável da Suprema Corte no sentido de considerar

inconstitucional a cobrança do DIFAL em operações interestaduais com consumidor final não contribuinte, antes de edição de lei complementar que regule o tema.

O posicionamento pela necessidade de lei complementar que regule a matéria seria a decisão mais afinada aos ditames constitucionais acerca do assunto, além de trazer aos investidores maior previsibilidade. Outrossim, é importante apontar que a adoção desse entendimento favorece a construção de um sistema tributário mais claro e simplificado ao empresário, o qual, baseado na jurisprudência do Tribunal, terá pela frente um risco tributário muito menor para a continuidade das suas operações.

Não obstante a confiança dos contribuintes, insta salientar que, diante do cenário pandêmico, seguido do considerável aumento de gastos do Estado, o STF acabou por adotar, em seus posicionamentos recentíssimos, argumentos políticos e econômicos a fim de evitar perdas de receita às unidades federativas.

Resta às partes, portanto, esperar pelo posicionamento da Suprema Corte e torcer por uma decisão calcada na tese firmada no julgamento do RE 1.221.330 e compatível com os dispositivos constitucionais atinentes à lei complementar.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/09/2020.

BARROS, Maurício. **O ICMS no comércio eletrônico e a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS 21/2011**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 193, 2011, p. 102-103.

BRASIL. **Convênio ICMS 93, de 17 de setembro de 2015**. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV093_15>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1.237.351/DF - Relator: Marco Aurélio. **Teses de Repercussão Geral**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5783568&numeroProcesso=1237351&classeProcesso=ARE&numeroTema=1093>>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: RE 1.221.330 - Relator: Luiz Fux. **Pesquisa de jurisprudência**, acórdãos, 17 de agosto de 2020. Disponível

em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201221330%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

NOTAS:

[1] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/09/2020.

[2] BARROS, Maurício. **O ICMS no comércio eletrônico e a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS 21/2011**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 193, 2011, p. 102-103.

[3] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/09/2020.

[4] BRASIL. **Convênio ICMS 93, de 17 de setembro de 2015**. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV093_15>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

[5] STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1.237.351/DF - Relator: Marco Aurélio. **Teses de Repercussão Geral**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5783568&numeroProcesso=1237351&classeProcesso=ARE&numeroTema=1093>>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

[6] STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: RE 1.221.330 - Relator: Luiz Fux. **Pesquisa de jurisprudência**, acórdãos, 17 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201221330%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

A IMPORTÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA NO AMAZONAS EM RELAÇÃO AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

RÔMULO COSTA SANTIAGO:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
ULBRA.

RESUMO: A Defensoria Pública da União auferir para a sociedade através de prestações de serviços jurídicos o acesso à justiça para as pessoas hipossuficientes, sendo a sua criação um avanço primordial para que se obtivesse um estado mais igualitário e democrático de direito. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo expor a importância das prestações de serviços jurídicos desta instituição relacionados aos principais benefícios previdenciários que possuem maior demanda na região e o cenário existente no estado do Amazonas. Nesse sentido, foram analisados dados fornecidos pela própria instituição e demais órgãos competentes, como também doutrinas e artigos científicos que viabilizaram o estudo sobre o desenvolvimento do acesso a justiça, o nascimento das Defensorias Públicas, o contexto existente no estado do Amazonas e demais assuntos que contribuíram para que se alcançasse a finalidade da presente pesquisa.

Palavras Chave: Defensoria Pública da União. Acesso à justiça. Amazonas. Benefícios previdenciários.

Sumário: 1. Introdução; 2. O acesso à justiça; 3. A constituição e a Defensoria Pública; 4. A origem da DP no Amazonas e suas atuações; 5. As Espécies de benefícios previdenciários de maior atuação da DPU; 6. A necessidade de abertura de unidades no Amazonas para suportar a demanda e oportunidades de convênios; 7. Conclusão; e 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

Conforme a Constituição Federal previsto em seu artigo 134, a Defensoria Pública (DP) possui como objetivo principal "a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa em todos os graus, judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados." (Brasil, 1988).

A DP, portanto, exerce uma função essencial para a sociedade, visto que possibilita uma igualdade de oportunidades para os que mais necessitam do acesso à justiça, resgatando a dignidade de pessoas hipossuficientes fornecendo o conhecimento dos seus direitos fundamentais e como exercê-los (DONIZETTI, 2016).

Nesse passo, cada estado da federação possui defensorias com as suas respectivas competências conforme a divisão prevista no artigo 2º e inciso da LC 80/1994, em âmbito estadual e federal. Sendo assim, existem diversas unidades estaduais em vários municípios do Amazonas, pois o estado possui 62 municípios que em sua maioria o transporte é realizado por via fluvial (COSTA, 2013).

Desta forma, para atender a demanda amazonense existe uma unidade da Defensoria Pública da União (DPU) em Manaus, tendo como um dos seus principais serviços prestar auxílio jurídico em face aos benefícios previdenciários para que pessoas hipossuficientes possam garantir o direito do acesso à justiça. Por conseguinte, os benefícios previdenciários que a DPU atua são diversos, dentre eles os mais importantes são: BPC – LOAS presente na lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 em seu artigo 2º, I, tendo como objetivo “a proteção social”. Este benefício visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos garantindo 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família; (BRASIL, 1993). Assim como também atua de maneira crucial em causas referentes à aposentadoria por invalidez e a pensão por morte.

À vista disso, será abordada a importância do acesso à justiça pela população carente que necessita dos benefícios previdenciários por meio da atuação da Defensoria Pública da União no Estado do Amazonas.

2.O acesso à Justiça

O acesso à justiça possui uma grandeza histórica, uma vez que era somente compreendida nos séculos XVIII e XIX como uma possibilidade do cidadão de requerer ao Estado através da propositura ou contestação de uma ação o direito ao acesso à proteção judicial, tendo o Estado como objetivo único não permitir que os direitos das pessoas fossem violados por terceiros (CAPPELLETI, 1988)

Nesse contexto, os cidadãos que possuíam esse interesse eram responsáveis pelas custas processuais, ou seja, os hipossuficientes não possuíam condições de requerer ao Estado a tutela jurisdicional, tendo como consequência à desigualdade em termos de acesso à justiça. (CAPELLETI, 1988)

Não obstante, vale-se frisar que o princípio do acesso à justiça e sua evolução no decorrer dos anos não se encontram somente em doutrinas, artigos, ou relatos históricos, uma vez que se faz tipificado na Constituição de 1988, o qual preconiza em seu artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”. (BRASIL, 1998)

Assim, o termo acesso à justiça veio alcançando uma visão mais ampla com a chegada da DP, uma vez que é uma instituição constitucional que teve como objetivo principal de sua criação garantir esse direito fundamental ao hipossuficiente e a pessoas carentes, permitindo nos dias atuais uma tutela integral dos seus direitos em âmbito judicial bem como em inúmeras questões relacionadas a defesa extrajudicial de direitos. Deste modo, a DP nos dias atuais presta à sociedade uma assistência judicial Integral (GONZÁLEZ, 2015).

Conseqüentemente verifica-se que os preceitos abordados possuem uma importância vital para compreender como ocorreu a evolução desse direito que com a prestação jurídica dada pela DP torna o país um Estado mais igualitário e democrático de direito.

3.A constituição e a Defensoria Pública

As constituições desde o ano de 1934, excluindo-se a de 1937, previa a prestação judiciária aos necessitados como dever do Estado, contudo não havia uma instituição com essa finalidade, sendo promulgada a DP somente por meio da Constituição de 1988. Esta evolução foi marcada por avanços e retrocessos, tendo como objetivo maior a estatização desse serviço (ROGER,2014).

Assim, a Lex Mater atual conceitua Defensoria Pública em seu artigo 134 e o direito fundamental do acesso à justiça está previsto em seu artigo 5º, inciso XXXV conhecido como princípio do acesso à justiça que possui na letra de lei o seu conceito clássico, haja vista que as mudanças sociais que ocorreram no decorrer dos anos tomaram proporções gigantescas até chegar o que conhecemos hoje como o seu conceito material, ou seja, o acesso à justiça possui um conceito mais amplo como discorre o Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro Pedro González:

O “conceito atualizado de acesso à justiça” é, pois, o acesso à ordem jurídica justa. Isto é, o acesso ao Direito, o acesso aos direitos, o direito a ter direitos, o acesso à juridicidade o que pode ocorrer independentemente de intervenção judicial, inclusive mediante a educação em direitos e os chamados meios adequados de solução de conflitos como a conciliação, a mediação e arbitragem.

“Assim, em sua configuração atual pode-se dizer que a Defensoria Pública atua para promover não só o acesso à justiça em sentido formal, mas igualmente – inclusive de maneira prioritária – o acesso à justiça em sentido material, isto é, o acesso à ordem jurídica justa.”

(Livro de Teses e de Práticas do XIV Congresso Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos, pág.49)

Através dessas evoluções históricas a respeito das constituições, houve também a edição da Lei Complementar número 80/1994, onde a DP obteve um avanço primordial, pois alcançou um nível nacional com a regulamentação de sua organização interna e com a inovação exposta na lei complementar número 132 de 7 de outubro de 2009 proporcionando normas que garantiam uma organização funcional melhor, bem como também através da lei número 1.060/1950.

Com essas inovações, a DPU possuiu composição unitária, ou seja, tem como base atuar em segmentos da Justiça federal como um todo, garantindo a assistência judicial gratuita em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas do distrito federal e dos territórios. Restando a DPE prestar assistência jurídica gratuita em instâncias administrativas e graus de jurisdição de Estados-membros. Assim no decorrer dos anos foram sendo fundadas a DP conforme as suas competências. (ROGER,2014)

Contudo, a atuação da Defensoria Pública de forma geral tem em seus aspectos principais a proteção dos interesses de pessoas que são hipossuficientes como idosos; pessoas com deficiência, atuação em defesa da criança e do adolescente, vítimas de violência doméstica e dentre outros.

“Nesse contexto merecem destaque a função da Defensoria Pública de prestar orientação jurídica e de promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos (art. 4º, I e II). Também, de exercer a defesa – seja judicial ou extrajudicial – dos interesses individuais e coletivos, não só para o hipossuficiente econômico, mas também para o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, a pessoa com deficiência, a mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (art. 4º, VII, VIII, X e XI).”

(Livro de Teses e de Práticas do XIV Congresso Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos)

Assim, o tema também é abordado por meio de Tatiana Camillher em “o papel da defensoria pública para a inclusão social rumo à concretização do estado democrático de direito brasileiro”:

“Em suma, a Defensoria Pública é Instituição que reclama o espaço que lhe cabe, para que possa cumprir o papel de garantir a assistência jurídica integral e gratuita, compromisso constitucional, prestando-se como instrumento de inclusão social e canalizador da participação popular, nesse movimento de permanente construção e de aperfeiçoamento de nosso Estado Democrático de Direito”. (CAMILHER, Tatiana, pag.18)

Desta forma, verifica-se que as constituições e leis criadas favoreceram o desenvolvimento do acesso a justiça aos mais necessitados através do importante papel que possui as DP's.

4.A origem da DP no Amazonas e suas atuações

A DPU ganhou autonomia institucional trazido pelas emendas de 74 e 80 com a Constituição Federal possibilitando alcançar todos os estados do Brasil, e atualmente tem como um dos objetivos avançar em questão do acesso à informação, realizando estudos como: “assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da defensoria pública da união 2018”, que teve como finalidade disponibilizar diversas informações sobre os seus atendimentos e prestações de serviços jurídicos.

Deste modo a atuação da DPU no aspecto nacional conforme Tabela 6 do documento citado, expõe a quantidade de atuações por área temática de 2013 a 2017, possuindo como segunda maior demanda as previdenciárias que no ano de 2017 alcançou a marca de 155.444 (cento e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e quarenta e quatro); bem como traz a informação no gráfico número 11; o principal órgão de litígio, ou seja, o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) com cerca de 33% (trinta e três por cento) da demanda total. O gráfico de número 18, também evidencia que no ano de 2017 alcançou o valor médio de 967 (novecentos e sessenta e sete) PAJ's ativos, isto é, processos que o defensor é responsável por atuar (DPU,2018)

Em relação á história da atuação da DP no Amazonas, esta instituição surgiu em 1990 através de um núcleo estadual, ou melhor, através da DPE, completando no ano de 2020, 30 anos de atuação, pois antes dessa data apenas existiam advogados de ofícios lotados no extinto Departamento de Assistência Judiciária, órgão vinculado à Secretaria de Estado da Justiça. Deste modo, essa instituição foi à primeira da região norte e a segunda do Brasil, visto que existia uma única DP do Rio de Janeiro durante o período de 1977 até 1990 (AMAZONAS,2020).

Ao que se refere ao órgão federal, DPU; atualmente possui apenas um pólo de atuação na capital, representando uma cobertura de 33% das seções/subseções judiciárias conforme Figura 8 do documento: “assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da defensoria pública da união 2018”. Deste modo o órgão realizou 62.808 atendimentos entre 2016 e 2017, onde nesse período recebeu demandas de assistência jurídica de pessoas oriundas de 56 dos 62 municípios do Estado, correspondendo 90% do total dos municípios (DPU,2018).

Verifica-se também que conforme o mesmo documento citado anteriormente há um déficit de 73% (setenta e três por cento) de defensores para cada 100.000 (cem mil) habitantes, gerando uma demanda exorbitante para esses servidores, pois existem apenas 6 defensores públicos federais em exercício no estado afetando os dependentes desse serviço constitucional para possuírem acesso à justiça (DPU,2018)

Outra questão de relevância se verifica no documento fornecido pela DPU: “Quadro de atendimento de assistido – ASPLAN – exercício 2019” onde o número de atendimentos realizados na unidade de Manaus em 2019, totalizou 40.896 (quarenta mil oitocentos e noventa e seis) atendimentos, sendo assistido pela DPU um total de 10.463 (dez mil quatrocentos e três) até 31/12/2019 deste ano (DPU,2019)

Atualmente o Estado do Amazonas sofre com a falta de unidades para suportar a demanda, pois o cenário existente afeta em sua grande maioria os dependentes de serviços previdenciários, como os que necessitam de auxílio-doença, BPC-LOAS, aposentadoria por invalidez dentre outro.

À vista disso o acesso à justiça no estado do Amazonas através da DPU possui um papel fundamental para o desenvolvimento do país e do estado do Amazonas, uma vez que essa instituição expressa um dos instrumentos do regime democrático e o Estado tem como dever suprir as necessidades dos mais carentes através de soluções que viabilizem o acesso a este direito fundamental.

“A ausência de Defensor Público Federal não pode ser óbice ao desempenho da atividade de assistência jurídica. Assim, parece-me necessário que as Defensorias Públicas, por meios de seus órgãos da administração superior, discutam e viabilizem soluções estruturais para que essas demandas previdenciárias não sejam obstaculizadas pelas novas regras legais.”(SILVA,2020)

Desta forma, verifica-se a importância que esta entidade possui para os amazonenses que dependem do auxílio jurídico em prol das causas previdenciárias

como a prestação de serviços jurídicos, uma vez que a instituição é pilar do desenvolvimento do acesso a justiça.

5.As espécies de benefícios previdenciários de maior atuação da DPU

A DPU atua em diversas demandas de órgãos federais relacionadas a questões administrativas, ações previdenciárias, trabalhistas, sistema financeiro habitacional, questões tributárias e entre outros (DPE/RO,2017). Assim, as demandas previdenciárias como já exposto, possuem números significativos de atendimento de quem necessita de auxílio doença; aposentadoria por invalidez, dentre outros, gerando a necessidade de novas unidades.

É necessário evidenciar tais benefícios, pois contribuem para compreender a necessidade que os dependentes dessas prestações possuem, uma vez que sua eclosão necessita de uma intervenção estatal ágil em prol da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o seu direito fundamental à saúde (MARINHO, 2012)

Posto isto, o auxílio-doença é uma prestação previdenciária concedida para pessoas que estão incapacitadas de exercer qualquer atividade laboral no decorrer de 15 dias, sendo critério de deferimento o número de contribuição igual a doze, e ao ser concedido o segurado recebe 91% do salário (ALVES,2019)

E ao que se refere à aposentadoria por invalidez, este benefício é devido ao segurado que possua uma carência mínima exigida por lei, em que pese também a sua vida profissional, ou seja, acometida de doenças físicas, mentais, acidente de trabalho ou sendo de qualquer natureza, sem ter condições de exercer nenhuma atividade por meio de programa de habilitação ou reabilitação. Desse modo, salienta-se que o aposentado por invalidez deverá passar por perícias do INSS em qualquer tempo, podendo ocorrer no período de 15 anos da data da concessão do benefício, como também em outras hipóteses citando como exemplo o custeio de tratamento médico. (ALVES, 2019)

Nesse âmbito, o segurado ao passar por perícia médica - critério para a concessão do benefício - por meio de peritos responsáveis pelo atendimento no INSS que em sua maioria não são especialistas em relação às enfermidades do segurado, gera uma possibilidade de erro médico, não garantindo uma análise segura (ALVES,2019).

À medida que vão ocorrendo os indeferimentos e as cessações dos benefícios de forma indevida, como citado anteriormente, é necessário expor mais um dado significativo encontrado no documento disponibilizado no site da previdência social, chamado "Boletim estatístico da previdência social, volume 25, número 3", onde se

verifica o número de 5.274 (cinco mil, duzentos e setenta e quatro mil) benefícios cessados no estado do Amazonas em fevereiro de 2020 (PREVIDÊNCIA,2020).

É indispensável destacar que se ocorrer a cessação do benefício, gera consequências imensas para o dependente, pois muitas das vezes o valor do benefício está relacionado com os medicamentos que este está submetido diariamente a ingerir. E a essa assertiva, pode-se afirmar que se houver a cessação indevida de alguém residente do interior do estado prejudica gravemente a sua saúde, uma vez que a única possibilidade de encontrar justiça se faz por meios dos instrumentos que o Estado oferece, ou seja, a Defensoria Pública da União, pois é a instituição competente para atuar em sua causa.

Isto posto, tendo como base esses dois benefícios que possuem maior demanda na DPU de acordo com seu site oficial, percebe-se a função descomunal que esta instituição detém sobre a sociedade em virtude de proporcionar o ingresso ao judiciário com o objetivo de alcançar o direito que lhe é devido. Essa afirmação revela a importância que o princípio do acesso à justiça detém na vida dessas pessoas hipossuficientes por meio da atuação da DP, posto que se a Constituição não fornecesse esse instrumento, não haveria sentido existir o princípio da isonomia, pois o acesso à justiça somente existiria para quem pudesse provocar a função jurisdicional. (CAMILHER, pág.16)

6.A necessidade de abertura de unidades no Amazonas para suportar sua demanda e oportunidade de convênios.

A DPU possui no Brasil uma demanda significativa como demonstrado, o que sobrecarrega os defensores públicos federais por haver poucas unidades no país. Desta forma, por existir um monopólio da jurisdição por parte da DP e por ser um direito com relevância da seara do mínimo existencial, o Estado tem como obrigação prestar assistência jurídica, não sendo permitida a omissão quanto à criação de DP, pois é um mandamento constitucional, não devendo estar sujeito a avaliações do responsável em relação aos critérios de conveniência e oportunidade, sendo necessário a sociedade exigir do poder público a expansão do alcance da DP nos Estados (Camilher, pág16).

Com intuito de prever esse acesso à justiça a emenda Constitucional de 80/2014 exige que cada localidade da justiça Federal tenha uma unidade da instituição. Contudo, a realidade vivenciada pela DPU no Brasil é distinta da visão que a Constituição impõe, visto que ocupam 30% dessas localidades que tem como uma das causas a PEC 95/2016 que limitou os gastos públicos para a contratação de Defensores Públicos para a DPU (DYTZ,2019).

Nesse sentido, a DPU necessita de mais servidores e recursos para se obter uma efetividade na assistência judiciária prestada por este órgão aos mais necessitados, pois o papel do defensor público é garantir a defesa dos carentes e da maioria atuando em suas diversas competências. Portanto, é indispensável para que um país democrático e inclusivo que considere gastos com os necessitados para que conquistem os seus direitos mais básicos de cidadania (DYTZ,2019).

À vista disso, a DPU presente no Amazonas tenta a todo custo buscar estratégias para alcançar pessoas em lugares distantes para proporcionar o acesso a justiça, uma vez que assinou no dia 21 de janeiro de 2020, um termo de cooperação com a DPE podendo intercambiar espaço e estrutura física como de pessoal no interior e na capital com o objetivo de fortalecer, incentivar e aprimorar as ideias da DPU por meio de um cronograma de apoio de defensores públicos estaduais e espaços físicos compartilhados. (AMAZONAS,2020)

Contudo, mesmo através dessas iniciativas, ainda é necessário que se obtenha Defensores públicos e servidores federais atuando em prol da sociedade, uma vez que há uma demanda significativa na capital e interior do Estado.

7. Conclusão

A Defensoria Pública da União no estado do Amazonas possui limitações que necessitam ser sanadas, pois como observado, a instituição dispõe somente de um polo de atuação tendo que suportar a demanda do estado em sua totalidade, gerando um déficit imensurável de servidores para atuar em causas previdenciárias, que por sua vez possui a maior busca por parte da população em geral.

Assim, tendo em vista os aspectos observados, verifica-se que a sociedade amazonense carece de assistência jurídica gratuita para ingressar ao judiciário com a finalidade de alcançar seus direitos, pois a DPU é base do acesso à justiça dos mais necessitados e por esta instituição possuir um dever primordial para o desenvolvimento de um estado democrático e igualitário de direito, os cidadãos devem exigir ao poder público progressivamente o que está consolidado na *Lex Mater*, em outros termos, seus direitos fundamentais.

8. Referências

ALVES, H. Guia Prático dos benefícios previdenciários de acordo com a reforma previdenciária: EC 103, de 12.11.2019. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 5 de dezembro de 2019.

AMAZONAS. Defensoria do Amazonas completa 30 anos atuando em defesa da população e no combate ao coronavírus. Governo do Estado do Amazonas.

Manaus, 30 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.amazonas.am.gov.br/2020/03/defensoria-do-amazonas-completa-30-anos-atuando-em-defesa-da-populacao-e-no-combate-ao-coronavirus/>>. Acesso em: 16 de setembro de 2020.

AMAZONAS. Defensorias do Estado e da União firmam parceria para intensificar atuação no interior. Governo do Estado do Amazonas. Manaus, 21 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.amazonas.am.gov.br/2020/01/defensorias-do-estado-e-da-uniao-firmam-parceria-para-intensificar-atuacao-no-interior/>>. Acesso em: 16 de setembro de 2020.

BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, abril 2020, volume 25, número 4. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/05/Beps042020_trab_Final_sem_TMC.pdf. Acesso em: 16 de setembro de 2020.

BRASIL. LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.742%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201993.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assist%C3%A2ncia%20Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias>. Acesso em 16 de setembro de 2020

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de setembro de 2020

CAMILHER, T. O papel da Defensoria Pública para a inclusão social rumo à concretização do estado democrático de direito brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/tatiana_de_carvalho_camilher.pdf>. Acessado em: 16 de setembro de 2020.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DONIZETTI, Elpídio. Das funções essenciais à Justiça: a Defensoria Pública. 2016. Disponível em: <<https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/376824739/das-funcoes-essenciais-a-justica-a-defensoria-publica>>. Acesso em 16 de setembro de 2020.

DPE. DPE ou DPU? Siglas parecidas, atribuições diferentes. Rondônia, 5 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/1327-dpe-ou-dpu-siglas-parecidas-atribuicoes-diferentes>>. Acesso em 16 de setembro de 2020.

DPU. Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da defensoria pública da união. 3º edição, ASPLAN. Brasília, 2018. Disponível em: <https://docplayer.com.br/81924560-Assistencia-juridica-integral-e-gratuita-no-brasil-um-panorama-da-atuacao-da-defensoria-publica-da-uniao.html>. Acesso em: 21 de outubro de 2020.

DPU. Quadro de atendimentos de assistidos e processos judiciais. Disponível em: < <https://www.dpu.def.br/transparencia/atendimento-da-dpu>. Acesso em: 16 de setembro de 2020.

DYTZ. L. Justiça para todos é mecanismo de inclusão social, defende Luciana Dytz. Brasília, 11.de.Dezembro.de.2019.Disponível.em:<<https://www.poder360.com.br/opiniaio/justica/justica-para-todos-e-mecanismo-de-inclusao-social-defende-luciana-dytz/> Acesso em: 16 de setembro de 2020.

FRANKLIN. R.; ESTEVES. D. Princípios institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, Editora forense, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/14833866/FRANKLIN_ROGER_-_Princ%C3%ADpios_Institucionais_da_Defensoria_2014_. Acesso em: 16 de setembro de 2020.

GONZÁLEZ. P. Teses e Práticas Exitosas, Tema: Defensoria Pública: memória, cenários.e.desafios.O conceito atualizado de acesso à justiça e as funções da defensoria.pública.Rio.de.Janeiro,2019.Disponível.em:<https://www.anadep.org.br/wtksite/LIVRO_TESSES_E_PRATICAS_XIV_CONADEP_TESSES_1.pdf. Acesso em: 16 de setembro de 2020.

MARINHO;F. A incapacidade para o trabalho e sua interpretação na concessão dos benefícios.previdenciários.Brasília,outubro.de.2012.Disponível.em:<<https://revistada-dpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/146/127>.Acessado em 16 de setembro de 2020.

SIMAS, D. Desafios Da Inclusão Digital No Interior Do Amazonas E A Internet Como Ferramenta De Redução Das Desigualdades Sociais E Regionais. UFSM - Universidade Federal de Santa Maria 2013. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-9.pdf>. Acesso em: 16 de setembro de 2020.

A EFICÁCIA DA SENTENÇA EM MANDADO DE SEGURANÇA

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

O Mandado de Segurança constitui ação de natureza constitucional e rito especial destinado a salvaguardar direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Em face de seu caráter eminentemente mandamental e de seu procedimento de viés sincrético, o Mandado de Segurança tem em sua essência a concessão de ordem impositiva à autoridade apontada como coatora diante da violação de direito líquido e certo.

Não obstante, é preciso saber se a sentença que concede a segurança é dotada de eficácia imediata e deve ser, de pronto, cumprida ou se ela está sujeita às condições suspensivas de eficácia aplicáveis às sentenças de forma geral proferidas em face da Fazenda Pública.

Antes, porém, é preciso abrir um parêntese para esclarecer que a situação aqui investigada não diz respeito às hipóteses em que há a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, mas sim dos casos em que a tutela antecipada não foi expressamente deferida. Então, prolatada a sentença concessiva em Mandado de Segurança, seu cumprimento deve se dar de forma automática e imediata?

Neste viés, sem prejuízo da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela nos casos em que for cabível, cumpre observar que a Lei 12.016/2009 estabelece que a sentença que concede a segurança estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, podendo, todavia, ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar, *in verbis*:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

Assim, nas situações em que não houver a concessão de antecipação dos feitos da tutela e nem pedido de execução provisória da sentença, com amparo nos dispositivos acima transcritos, a sentença deve ser cumprida apenas depois de seu reexame pela instância superior, salvo, evidentemente, se houver determinação judicial em função de pedido de cumprimento provisório da sentença.

Nesta seara, é preciso atentar para a sutileza das situações decorrentes do rito mandamental. No caso das ações de Mandado de Segurança, o cumprimento provisório da sentença pode ser efetivado sem que haja deferimento de tutela antecipada. Ao contrário do procedimento comum, em que, se não houver a concessão de tutela provisória, não se permite a execução o cumprimento provisório da sentença, senão depois de confirmada a sentença pelo tribunal em sede de reexame necessário.

Nessa linha, é importante perceber que o artigo 496 do CPC, aplicável aos procedimentos comuns em face da Fazenda Pública, expressamente indica que a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, **não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal**, condição esta não contemplada no texto do artigo 14, §3º, da Lei 12.016/2009. Vejamos, então, a redação do artigo 496 do CPC, em comparação com o artigo 14, §3º, da Lei do Mandado de segurança, acima já transcrito:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

Então, ao que parece, a sentença concessiva de segurança, se não incorrer nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar, sem prejuízo de sua submissão ao reexame necessário, pode ser executada provisoriamente.

Todavia, é preciso observar que o fato da sentença concessiva de segurança poder ser executada provisoriamente não significa a dispensa da necessidade da dedução da pretensão executória provisória pela parte impetrante. O Juiz não pode determinar o cumprimento provisória da sentença de ofício, sem que a parte impetrante tenha apresentado requerimento neste sentido. Isso porque o cumprimento de uma decisão ainda não definitiva traz consigo o risco inato decorrente da possibilidade de sua reversão em instâncias superiores, risco este que não pode ser imposto à parte de ofício.

Por fim, não custa lembrar que o cumprimento provisório da sentença em sede de Mandado de Segurança não pode ser efetivado nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar, ou seja, quando a demanda tiver por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Em conclusão, é possível indicar que a decisão concessiva do Mandado de Segurança, ainda que não haja deferimento de tutela antecipada, não obstante sujeita ao duplo grau de jurisdição, comporta execução provisória, a ser deduzida por iniciativa e risco da parte impetrante, não podendo ser imposta de ofício pelo Juiz.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V.1

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 16^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. V.2.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 2.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 20^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 11^a ed. São Paulo: Método, 2007.

A PENOSIDADE, APÓS 28/04/1995, NÃO É MAIS ELEMENTO APTO AO RECONHECIMENTO DA ESPECIALIDADE NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO

SHEILA TESTONI DA ROCHA: Procuradora Federal. Especialista em Teoria Geral do Direito (Academia Brasileira de Direito Constitucional)

RESUMO: Esse artigo tem por objeto o benefício de aposentadoria especial e a impossibilidade de enquadramento como atividade especial do trabalho penoso após 28/04/95. O enquadramento por penosidade foi extinto desde 28/04/95, com a edição da Lei nº 9.032/95, sendo que atualmente não há previsão normativa que o autorize, sequer na legislação trabalhista. Portanto, o enquadramento legal de determinada atividade como penosa com base na súmula 198 do TFR está superado desde esse marco legal. A Constituição Federal prevê expressamente que os critérios para reconhecimento da atividade especial, nas circunstâncias que de fato prejudicam à saúde ou a integridade física, devem ser previstos em Lei Complementar. A atividade penosa pode vir a prejudicar a saúde ou a integridade física do segurado. O artigo 58 da Lei 8.213/91 prevê expressamente que a relação dos agentes nocivos à saúde é definida pelo Poder Executivo, sendo necessária a comprovação da efetiva exposição através de laudo técnico de condições de trabalho emitida pela empresa.

PALAVRAS-CHAVE. Atividade especial. Atividade penosa. Súmula 198 do TFR.

ABSTRACT: This article has as its object the benefit of special retirement and the impossibility of being classified as a special activity of drudgery, after 04/28/95. The classification for hardship activity was extinguished since 04/28/95, with the edition of Law nº 0932/95, and currently there is no normative provision that authorizes it, even in the labor legislation. Therefore, the legal framework for a particular activity as painful based on TFR Precedent 198 has been overcome since this legal framework. The Federal Constitution expressly provides that the criteria for recognition of the special activity, in circumstances that harm health or physical integrity, must be provided for in a Complementary Law. The painful activity may harm the health or physical integrity of the insured. Article 58 of Law 8.213 / 91 expressly provides that the list of agents harmful to health is defined by the Executive Branch, and proof of effective exposure is required through a technical report on working conditions issued by the company.

KEYWORDS: Special activity. Hardship activity. Precedent 198 of the TRF.

SUMÁRIO: Introdução; 2. Finalidades da Aposentadoria Especial; 3. Súmula 198 do TFR; 4. Trabalho Penoso; 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O aumento significativo das decisões judiciais que reconhecem a concessão do benefício de aposentadoria programada especial ou a concessão do benefício de aposentadoria, com a conversão de períodos de atividade especial em comum, não é compatível com a natureza do benefício, que deve ser a exceção e não a regra.

Conforme os dados fornecidos pela Divisão de Gerenciamento de Informações de Benefícios, da Diretoria de Benefícios do INSS, em 09/09/2020, ocorreu um aumento de 237% (duzentos e trinta e sete por cento) das concessões de benefício de aposentadoria especial, comparando as informações entre os anos de 2012 e 2019³:

UF	Ano concessão									
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	
02:Alagoas	344	591	621	495	634	757	878	534	184	
03:Amazonas	10	17	24	37	34	69	77	64	41	
04:Bahia	204	407	436	291	339	468	461	557	506	
05:Ceará	270	396	460	401	462	543	609	569	613	
06:Mato Grosso do Sul	8	16	28	61	39	57	64	160	216	
07:Espírito Santo	94	119	137	96	139	239	298	434	267	
08:Goiás	48	203	264	268	261	313	342	386	198	
09:Maranhão	20	39	78	67	72	82	161	150	122	
10:Mato Grosso	54	64	78	66	155	130	187	103	70	
11:Minas Gerais	1.750	2.076	2.089	1.781	2.132	1.671	1.845	1.551	1.268	
12:Pará	25	39	81	111	85	142	187	97	117	
13:Paraíba	22	70	138	145	178	242	251	233	269	
14:Paraná	363	844	736	883	1.078	1.242	1.180	1.449	1.882	
15:Pernambuco	176	265	503	750	785	914	769	635	520	
16:Piauí	4	10	40	48	70	90	67	159	200	
17:Rio de Janeiro	360	585	621	870	673	861	963	868	545	
18:Rio Grande do Norte	160	302	289	190	252	300	192	178	286	
19:Rio Grande do Sul	906	1.541	1.838	1.895	2.302	3.089	2.754	3.061	2.362	
20:Santa Catarina	907	971	818	1.799	2.206	1.810	1.820	1.517	1.170	
21:São Paulo	1.329	2.659	2.501	3.163	3.677	3.511	3.673	4.317	4.414	
22:Sergipe	253	299	215	246	152	202	213	201	231	
23:Distrito Federal	14	27	43	67	73	169	280	84	77	
24:Acre	19	13	4	11	20	29	25	22	23	
25:Amapá	3	4	14	5	10	15	13	20	10	
26:Rondônia	3	12	14	20	26	48	66	65	51	
27:Roraima	-	-	-	-	3	10	6	4	-	
28:Tocantins	15	26	18	14	20	22	37	28	4	
Total	7.361	11.595	12.088	13.780	15.877	17.025	17.418	17.446	15.646	

Destaque-se que com a vedação do art. 26 §2º, da Emenda 103/2019, apenas dar-se-á a conversão do tempo especial em comum prestado até o dia da sua publicação, não tendo o §5º do artigo 57 da Lei 8.213/91 sido recebido pela novel reforma constitucional. Portanto, é vedada a conversão do tempo especial em

³ Nesses dados não estão computadas as concessões de benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição (prevista no ordenamento jurídico até 13/11/2019) em que foram considerados períodos reconhecidos como atividade especial e convertidos para comum.

comum prestado após a data da publicação da reforma previdenciária, ou seja, até 13/11/2019.

Contudo, considerando que a regra da conversão dos períodos de atividade especial em comum continua sendo válida para os períodos laborados até essa data, não havendo influencia para sua aplicação a data de entrada do benefício, ainda há um grande lastro temporal até que todos os segurados que prestaram serviços até essa data de fato se aposentem.

A regra geral é a vedação ao uso de critérios diferenciados de aposentadoria. Tais critérios somente são admitidos em caráter especial, com demonstração de que a atividade laboral é exercida sob condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador, de forma permanente, não ocasional nem intermitente.

As condições especiais são definidas pela exposição a agentes nocivos químicos, físicos ou biológicos ou a associação de agentes prejudiciais à saúde ou a integridade física, definidos pelo Poder Executivo, devendo ser comprovada de fato a exposição mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou preposto, com base em LTCAT de condições ambientais de trabalho, nos termos da legislação trabalhista.

Por isto, é preciso rever a aplicação que indistintamente tem sido dada ao enunciado da súmula 198 do TFR, especialmente como enquadramento legal para o reconhecimento de tempo especial do labor em atividades supostamente penosas.

A Súmula tem sido aplicada tanto para o enquadramento de determinadas atividades como especiais, por categoria profissional, em que pese tal enquadramento não estar mais previsto desde a edição da Lei 9.032/95, por considerá-la penosa, quanto com relação a desnecessidade de apresentação de laudo ambiental, prova técnica, que de fato comprova a exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde e a integridade física do trabalhador previstos pelo Poder Executivo, em que pese existir previsão legal da necessidade da apresentação dessa prova desde 14/10/1996 (publicação da Medida Provisória n.º 1.523/1996), exceto para ruído e calor, em que sempre foi necessária a medição pelo laudo.

Na valoração das provas, afasta-se inclusive a documentação técnica apresentada em razão da máxima da experiência. Essa amplitude de aplicação da Súmula para o enquadramento de determinada atividade como penosa sequer estava prevista no momento de sua edição, que nunca afastou a necessidade de previsão legal dos agentes nocivos tidos como caracterizadores da especialidade.

Na primeira parte do artigo apresenta-se a evolução normativa da legislação previdenciária, bem como a aplicação da Súmula 198 do TRF com base na teoria do precedente, limitando a sua aplicação de acordo com a legislação que rege a matéria, conforme bem apresentado no artigo escrito por Aline Macho Weber (A Súmula nº198 do TRF em face do atual regramento de aposentadoria especial. Fevereiro, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-sumula-no-198-do-TFR-em-facedoatual-regramento-da-aposentadoria-especial,42193.html>. Acesso em: 03/09/2020).

Na segunda parte, analisa-se a aplicação que vem sendo dada pelo respeitável Tribunal Região Federal da Quarta Região da Súmula 198 do TFR, para o enquadramento de determinadas profissões como penosas e a valoração das provas apresentadas para a concessão do benefício de aposentadoria especial.

“Não se olvida que a aposentadoria especial pode ser tida como técnica legislativa de proteção à saúde e à integridade física do segurado; no entanto, não deve ser vista como corolário de todo e qualquer labor havido sob condições adversas”. (WEBER, 2013).

FINALIDADES DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Existem basicamente duas correntes doutrinárias sobre a finalidade da aposentadoria especial.

A primeira entende que o benefício teria uma finalidade compensatória, prestando-se a reparar financeiramente o segurado que trabalhou em condições nocivas à saúde. Nesse sentido, cita-se Castro e Lazzari “um benefício que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas” (LAZZARI, 2007, p.499) e Fernando Veira Machado, segundo o qual:

“a aposentadoria especial do Regime Geral da Previdência Social é o benefício devido ao segurado que exerce atividade em condições nocivas à saúde ou integridade física, benefício que visa garantir ao segurado uma compensação pelo desgaste resultando do tempo de serviço prestado em ambientes insalubres, penosos e perigosos (e como resultado disso, este receberá uma indenização pelos danos sofridos aposentando mais cedo (MARCELO, 2014, p.33)

A finalidade, portanto, seria uma compensação financeira para o empregado que laborasse em condições que agredissem a sua integridade física e a sua saúde.

A outra corrente sustenta que a aposentadoria especial tem por objetivo a preservação da saúde que se submete a condições prejudiciais de trabalho.

Nesse sentido, Adriane Bramante: “a aposentadoria especial tinha por finalidade a proteção/prevenção contra danos à saúde/e ou integridade física mental do trabalhador humano.” (BRAMANTE, 2020, p. 29) e Daniel Machado da Rocha:

“ uma modalidade de aposentadoria por tempo de serviço, com redução deste, em função das peculiares condições sob as quais o trabalho é prestado, presumindo a lei que o seu desempenho não poderia ser efetivado pelo mesmo período que as demais profissões” (ROCHA, 2008, p.248)

O STF, no julgamento do ARE 664335/SC (BRASIL, STF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 12/02/2015), julgado sob o rito da repercussão geral⁴ já se posicionou no sentido de que a aposentadoria especial possui caráter preventivo:

“ 4. A aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e impõe se para aqueles trabalhadores que laboram expostos a agentes prejudiciais à saúde e a fortiori possuem um desgaste naturalmente maior, por que não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo.

8. O risco social aplicável ao benefício previdenciário da aposentadoria especial é o exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física (CRFB/88, art. 201, § 1º), de forma que torna indispensável que o indivíduo trabalhe exposto a uma nocividade notadamente capaz de ensejar o referido dano, porquanto a tutela legal considera a exposição do segurado pelo risco presumido presente na relação entre agente nocivo e o trabalhador.

9. A interpretação do instituto da aposentadoria especial mais consentânea com o texto constitucional é aquela que conduz a uma proteção efetiva do trabalhador, considerando o benefício da aposentadoria especial excepcional, destinado ao segurado

⁴ Tema 555- fornecimento de Equipamento de Proteção Individual – EPI como fator de descaracterização do tempo de serviço especial).

que efetivamente exerceu suas atividades laborativas em “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (grifei)

Nesse sentido, também o voto do E. Ministro Dias Toffoli, no julgamento do tema 709 do STF5, que ao decidir a matéria, compreendeu que a vedação da simultaneidade entre a percepção do benefício de aposentadoria especial e a realização das atividades que deram causa à aposentação precoce do trabalhador afigura-se de grande valia, uma vez que atua como fator impulsionador do abandono das atividades laborativas lesivas, propiciando a preservação da integridade e do bem-estar do trabalho que, após longos anos de exposição a agentes nocivos, já deu sua contribuição para a sociedade, devendo, a partir de um determinado momento da vida, ser preservado.

Portanto, adota-se para o desenvolvimento desse artigo que a finalidade da aposentadoria especial é a proteção efetiva do trabalhador, considerando o benefício da aposentadoria especial excepcional, destinado ao segurado que efetivamente exerceu suas atividades laborativas em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

As condições especiais que prejudicam a saúde, por sua vez, para a concessão do benefício especial, merecem ser buscada nas normas jurídicas previdenciárias que regem a matéria, de acordo com a Constituição Federal, uma vez que existiram constantes alterações no instituto.

O enquadramento da atividade especial deve ser feito conforme a lei vigente à época da prestação de serviço, consoante jurisprudência pacífica do STJ: princípio do *tempus regit actum*.

2 DA SÚMULA 198 DO TFR

Aline Machado Weber escreveu em 2013 um brilhante artigo intitulado “A súmula nº198 do TFR em face do atual regramento da aposentadoria especial”. Nesse tópico, pretende-se trazer algumas das principais ideias apresentadas no artigo, discorrendo sobre a evolução legislativa sobre a matéria e a delimitação temporal da aplicação da Súmula 198 do TFR.

⁵ Tema 709: possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde. (BRASIL, STF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, RE 791.961/PR, DJe 19/08/2020)

Do surgimento da aposentadoria especial com a Lei nº3.087, de 28/08/60 até o advento da Lei nº 9.032/95, havia flexibilidade quanto aos meios de prova e as atividades passíveis de enquadramento como especial. Coexistiam duas hipóteses de enquadramento para fins de reconhecimento da atividade especial: pela categoria profissional e pela submissão a agentes nocivos.

A Lei Orgânica da Previdência Social (L. 3.807/60), bem como o seu sucessor, art. 9º da Lei 5.890/73, contemplavam expressamente a penosidade como elemento ensejador de concessão de aposentadoria especial:

"Artigo 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo" (grifei).

Art 9º A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 (cinco) anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados **penosos, insalubres ou perigosos**, por decreto do Poder Executivo.

As primeiras conceituações legais da aposentadoria especial traziam em seu bojo, portanto, os conceitos trabalhistas de insalubridade, periculosidade e penosidade.

Nesse quadro, o extinto TFR editou a súmula nº 198 (editada em 1985), dispondo que seria devida a aposentadoria especial *se perícia judicial* constatasse que a atividade exercida pelo segurado era perigosa, insalubre ou penosa, mesmo que não estivesse inscrita em regulamento, tese esta encampada pelo E. STJ.

Logo, se o segurado fizesse prova pericial que a sua profissão era penosa, poderia se aposentar pelo regime especial.

Destaque-se que os julgados nunca afastaram a necessidade de previsão legal dos agentes nocivos tidos como caracterizadores da especialidade. O alcance da súmula restringia-se à consideração de não-taxatividade ou não-exaustividade das categorias profissionais elencadas pelos diversos decretos regulamentadores. É o que se depreende das decisões que, aplicando-a, fizeram alusão a ocupações específicas, tais como a de operador de transferência e estocagem e operador de

processamento da Petrobras, engenheiro civil e pedreiro em caldeiraria. Veja-se: “preenchendo o segurado os requisitos para obtenção da aposentadoria especial (art. 31, da Lei n. 3807/60), a falta de indicação de seu emprego nas categorias contempladas nos quadros regulamentares não constitui obstáculo ao deferimento da vantagem, desde que comprovado que sempre exerceu atividade laboral sujeita ao rigor das condições preestabelecidas, que ensejam a aplicação do regime excepcional” (TFR, AC 0117169-MG, 2ª Turma, j. em 21.10.1986).

Depois da Constituição Federal de 1988, a aposentadoria por categoria profissional foi abolida, conforme se depreende da redação original do art.202, inciso II. Contudo, o critério das condições especiais efetivas, somente com a promulgação da Lei nº9.032/95 é que, dando cumprimento à disposição constitucional, passando-se a exigir a comprovação da efetiva exposição ao agente prejudicial à saúde, bem como que o tempo de exposição fosse permanente (FERNANDES, Ana Paula, 2017).

A lei de regência trouxe os meios de prova admitidos para a concessão da aposentadoria especial, bem como passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes arrolados como nocivos.

Portanto, a aposentadoria especial ganhou *status* constitucional em 1988, a qual, em seu art. 202, II, previu para a aposentadoria especial, o exercício da atividade sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, não sob condições que possam vir a prejudicar, ou seja, É NECESSÁRIO QUE EXISTA O PREJUÍZO, nos termos definidos em lei complementar (a redação da EC 20, de 15/12/88, estabeleceu que os critérios deveriam ser definidos em lei complementar, anteriormente constava apenas que os critérios deveriam ser definidos em lei).

Portanto, numa análise gramatical, a Constituição não usa a expressão “possam prejudicar”, mas sim “prejudiquem”, sendo que a atividade penosa pode ou não vir a prejudicar a saúde ou a integridade física.

Logo, o art. 201, § 1º, da CF/88 conferiu excepcionalidade à aposentadoria especial, pois dispõe ser: “vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social (...)”. Não menos nítida é parte final do dispositivo ao exigir a exposição do trabalhador a agente prejudicial à sua saúde, *verbis*: “(...) ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.”

Dessa forma, com a Constituição de 1988, os termos trabalhistas restaram extirpados do conceito da aposentadoria especial, quando foram substituídos pela

noção de desempenho de atividades laborais em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, nos termos definidos em lei complementar.

Redação Constitucional:

Inciso segundo do artigo 202 da Constituição Federal, redação original:
II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;

Parágrafo primeiro do artigo 201 da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 20/98:

"§1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria dos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas das condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, nos termos definidos em lei complementar" (grifei)

Parágrafo primeiro do artigo 201 da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 47/2005:

"§1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria dos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas das condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar" (grifei).

Parágrafo primeiro do artigo 57 da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 103/2019:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Pela redação atual, há vedação constitucional expressa à caracterização por categoria profissional ou ocupação, em que pese desde 28/04/95 já não fosse mais possível esse enquadramento.

Assim, a autorização constitucional não é para o reconhecimento da especialidade nos casos em que existe mero risco de acidente (periculosidade) ou exposição a condições de trabalho extenuantes, físicas ou mentalmente, com sofrimento, que podem vir a prejudicar a sua saúde ou integridade física (penosidade). Exige-se muito mais do que isso: é necessário verificar se a atividade envolve risco efetivo, prejudicando a saúde ou a integridade física (insalubridade) e se o agente nocivo que o provoca está previsto na regulamentação previdenciária definida pelo Poder Executivo.

Destaque-se que embora, conste expressamente na Constituição a necessidade de Lei Complementar para regulá-lo, sua redação e previsão foi conferida pela EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a qual manteve, expressamente, em seu art. 15, como norma de transição, que "até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda".

Assim, no período posterior a 29.04.1995 (inclusive), "a legislação de regência passa a exigir dois requisitos: a) comprovação do tempo de trabalho permanente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (§ 3º do art. 57 da Lei 8.213/91); b) comprovação de exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício (§ 4º do art. 57 da Lei 8.213/91). A lista dos agentes nocivos, a partir de então, passa a trazer apenas agentes insalubres, e não mais penosos e perigosos". (PORTO, 2019, p.45)

De qualquer forma, desde 28/04/95 o enquadramento por categoria profissional não é mais possível. É dizer, a especialidade da atividade desenvolvida a partir de 28/04/1995 (Lei nº 9.032/95) é mais restritiva e está vinculada à efetiva exposição a agentes que provocam e ao prejuízo a saúde e, em razão disso, garantem ao trabalhador um afastamento antecipado - tanto é que a norma estabelece uma gradação das situações de insalubridade permitindo que o trabalhador se aposente

com 15, 20 ou 25 anos, conforme o grau de insalubridade do agente nocivo a que se submete -.

Nesse cenário, aplicar indistintamente o enunciado da súmula 198 (editada em 1985) do extinto TFR ao trabalho prestado antes e depois da Lei 9.032/95, que disciplinou a aposentadoria especial, é negar vigência à norma constitucional.

No interregno compreendido entre 29/04/1995 (vigência da Lei n.º 9.032/1995) e 14/10/1996 (publicação da Medida Provisória n.º 1.523/1996), em que vigentes as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.032/95, o artigo 57 da Lei de Benefícios dispõe ser necessária a demonstração efetiva de exposição, de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes nocivos ou à associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, por qualquer meio de prova, considerando-se suficiente, para tanto, a apresentação de formulário-padrão preenchido pela empresa, sem a exigência de embasamento em laudo técnico.

Com a edição da Medida Provisória n.º 1.523, de 11/10/1996 passou-se a exigir, para fins de reconhecimento de tempo de serviço especial, a comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes agressivos por meio da apresentação do perfil profissiográfico previdenciário, acompanhado de laudo técnico de condições ambientais de trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, ou ainda, por meio de perícia técnica.

Dita Medida Provisória foi convalidada pela Medida Provisória n. 1.596, em 14 edições, sendo a última publicada em 11/11/1997, e transformada na Lei n. 9.528, publicada em 11/12/1997.

O Decreto n.º 2.172/97, de 05 de março de 1997, regulamentou a Lei 9.528/97, passando a ser necessária a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos previstos na legislação (ruído, calor etc.), mediante formulário emitido pela empresa, com base em laudo técnico, o que continuou a ser exigido com o advento do Decreto n.º 3.048/99 (atualmente em vigor).

Dessa forma, até a edição do Decreto n.º 2.172/97, a qualificação das atividades exercidas em condições alegadamente especiais e que prejudiquem a saúde ou a integridade física deve ser feita com base nos decretos anteriores à edição da Lei nº8.213/91 (os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, e o Anexo do Decreto n.º 53.831, de 1964), mas a partir da Lei 9.035/95 deveria ser comprovada o trabalho sujeito a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Assim, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997, o artigo 58 da Lei de Benefícios atualmente prevê:

“A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo”.

Portanto, este agente nocivo deverá estar previsto nos atos regulamentares oriundos do Poder Executivo, vale dizer, deveriam estar previstos nos Decretos que listavam todos os agentes capazes de admitir a especialidade da atividade.

A partir de 11/10/96, os Laudos Técnicos das Condições Ambientais do Trabalho - LTCAT ou Programas de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA são os instrumentos adequados a demonstrar as condições de trabalho vivenciadas pelos trabalhadores⁶.

O rol com a classificação dos agentes nocivos - físicos, químicos e biológicos-, além da associação de agentes, constou do Decreto n.º 2.172, de 05.03.1997 e, depois disso, do Decreto n.º 3.048, de 06.05.1999. O Anexo IV desse último, ainda em vigor, condiciona o direito ao benefício, relativamente aos agentes químicos, à presença do agente nocivo no processo produtivo e no meio ambiente de trabalho em nível de concentração superior aos limites de tolerância estabelecidos, com a ressalva de que o rol de agentes nocivos é exaustivo, enquanto as atividades listadas, nas quais pode haver a exposição, é exemplificativa.

Por fim, desde 01/01/2004 em virtude do disposto no artigo 58, § 4º, da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, combinado com as disposições da Instrução Normativa nº 99 do INSS, publicada no DOU de 10-12-2003, os antigos formulários (SB 40, DISES BE 5235, DSS 8030, DIRBEN 8030) foram substituídos pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, preenchido com base em laudo técnico assinado por engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho contratado pela empresa.

Citando novamente o julgado do STF sobre o tema 555, Rel. Min. Luiz Fux:

“não é possível considerar que todos os agentes químicos, físicos e biológicos prejudiquem de igual forma e grau todos

⁶ A comprovação da exposição a ruído e calor sempre demandou o embasamento em laudo técnico, por se tratar de agentes que necessitam de medição técnica.

os trabalhadores e, assim sendo, fez-se necessária a determinação de diferentes tempos de serviço mínimo para aposentadoria, de acordo com cada espécie de agente nocivo.

...Com efeito, aqueles que defendem ser o benefício previdenciário devido em qualquer hipótese, desde que o ambiente seja insalubre, invocam que o bem jurídico tutelado pelo instituto - interpretação teleológica, decorreria do risco potencial do dano. Porém, tal entendimento não supera questionamentos básicos como os seguintes: se os benefícios previdenciários decorrem do simples risco potencial, bastaria a possibilidade de ocorrência da morte para a pensão ser concedida? Ou então a simples ida a um hospital - lugar inóspito - já é o suficiente ante a possibilidade da contração de uma enfermidade para o deferimento do auxílio-doença? Ou, ainda, a aposentadoria especial seria o único benefício concedido em face de um risco potencial?

De fato, a Corte Constitucional decidiu que o art. 57, §4º, é constitucional, condicionando o direito a aposentadoria especial à demonstração efetiva do trabalhador a condições especiais que prejudiquem a sua saúde.

Assim, conforme bem concluiu Aline Machado Weber:

"há a necessidade de distinguir a aplicabilidade da súmula n. 198 do TFR conforme o trabalho tenha sido exercido antes ou depois da Lei n. 9.032/95, porque, como já afirmado, tal diploma deve ser tido como marco temporal dos novos contornos da aposentadoria especial. É que, se a existência de um entendimento sumulado jamais supre a necessidade de o julgador atentar para a exata correspondência entre o caso concreto e a hipótese que justifica a ratio decendi do enunciado, também é certo que, a depender de mudanças legislativas posteriores, é possível que o precedente seja superado, por tornar-se obsoleto ou inadequado à nova ordem.

(...) O que se sustenta é que, partido da premissa de que a aposentadoria especial não é meio de se compensar um ambiente laboral imperfeito, não há qualquer incorreção no fato de a legislação previdenciária ter se afastado da noção de

mero risco e, por exigir a efetiva submissão a agentes nocivos para comprovação da especialidade do labor, não mais albergar como especiais situações consideradas, no âmbito trabalhista, como penosas ou perigosas." (WEBER: 2013)

Como se vê, há norma absolutamente clara e específica para as hipóteses em que é possível se cogitar de aposentadoria especial no âmbito do RGPS. Assim sendo, à míngua de lacuna, não há razão para se buscar integração em qualquer outra disposição legal, relativa, por exemplo, ao direito do trabalho.

A Constituição Federal veda a concessão de aposentadoria com requisitos e critérios diferenciados, exceto nas hipóteses que arrola. É de se concluir, portanto, que o legislador infraconstitucional não pode ampliar as hipóteses. Isso lhe é vedado, razão pela qual só pode trabalhar no limite colocado pela Constituição. Assim, o alcance da expressão "condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física" não é absolutamente uma questão de interpretação da lei federal, mas sim de interpretação constitucional (PORTO, p. 49, 2019).

Correta, pois a interpretação do teor da Súmula aventada por Marcelo Taliba Tavares (TAVARES, p.154, 2010) que limita a sua incidência às hipóteses em que a atividade, embora comprovadamente nociva, não se encontra prevista nos decretos vigentes até a edição da Lei n.9032/95.

Em última análise, a súmula foi superada pela via legislativa.

Nesse sentido, leciona Pedro Lenza:

"o Legislativo, assim, poderá inclusive legislar em sentido diverso da decisão dada pelo STF, ou mesmo contrário a ela, sob pena, em sendo vedada essa atividade, de significar inegável petrificação da evolução social. Isso porque o valor segurança jurídica, materializado com a ampliação dos efeitos erga omnes e vinculante, sacrificaria o valor justiça da decisão, já que impediria a constante atualização das Constituições e dos textos normativos por obra do Poder Legislativo. A mesma orientação poderá ser adotada, também, para o efeito vinculante da súmula, que, em realidade, possui idêntica significação prática em relação ao efeito vinculante do controle concentrado de constitucionalidade." (LENZA, 2016, p. 374-5).

É importante mencionar que o Min. Rel. Luiz Fux, ao apreciar a ADI nº 5.105/DF 7 reafirmou a chamada “teoria dos diálogos constitucionais”, no sentido de que a reversão legislativa da orientação jurisprudencial pelo poder constituinte reformador, por inovação do legislador infraconstitucional, se revela legítima, excetuadas as situações de ofensa a exegese estrita das cláusulas superconstitucionais, em respeito aos Princípios da separação harmônica dos Poderes Estatais e da participação dos diversos segmentos da sociedade organizada.

3. DO TRABALHO PENOSO

Raimundo Simão de Melo, citando a doutrina médica, leciona:

que trabalho penoso é o trabalho desgastante para a pessoa humana, é o tipo de trabalho que, por si ou pelas condições em que exercido, expõe o trabalhador a um esforço além do normal para as demais atividades e provoca desgaste acentuado no organismo humano. É o trabalho que, pela natureza das funções ou em razão de fatores ambientais, provoca uma sobrecarga física e/ou psíquica para o trabalhador. É próprio de algumas das atividades do trabalhador rural e também na área urbana. Exemplo: cortador de cana que, em jornadas normalmente superiores a oito horas por dia, em altas temperaturas e exposto a um sol escaldante, se ativa em contato direto com o pelo da cana, quando crua, ou com o insuportável pó, quando queimada, além do contato direto com muitos tipos de agentes físicos, químicos e biológicos e com animais peçonhentos (MELO, 2016).

Por sua vez, Alexandre Belmonte afirma:

Em relação às atividades penosas, a norma revela-se de eficácia limitada, porquanto dependente de regulamentação legal específica, ainda inexistente. Há, por conseguinte, dissenso doutrinário acerca das atividades que se incluiriam na tipificação penosa, mas há consenso de que as atividades que demandam esforço físico, postura incômoda, alternância de horários, confinamento e isolamento, captura e sacrifício de animais são de natureza penosa, nada impedindo assim a

⁷ BRASIL, STF. ADI nº 5.105/DF. Rel. Min. LUIS FUX, DJe nr.205, do dia 14/10/2015)

respectiva inserção em acordos ou convenções coletivas para fins de tratamento diferenciado. (BELMONTE, 2009, p.422).

O prejuízo à saúde não ocorre necessariamente com o desenvolvimento de atividade penosa. Assim, a *penosidade*, presente em certas atividades, não é fator de desgaste do trabalhador que justifique o mesmo tratamento previdenciário atribuído às atividades em permanente exposição a agentes prejudiciais à saúde e integridade física.

O estresse que pode vir a se concretizar em razão da realização de um trabalho penoso é efeito e não causa, razão pela qual não poderia ser apontado como agente nocivo.

Em caso de concretização de quaisquer das doenças que podem advir do estresse profissional que envolve as atividades dos segurados em atividades PENOSAS, a Previdência Social possui outros mecanismos de proteção que não a aposentadoria especial, como é o caso, por exemplo, do auxílio-doença, aposentadoria por incapacidade permanente, do auxílio-acidente e da pensão por morte.

Contudo, em que pese as legislações previdenciárias atuais claras e específicas para as hipóteses em que é cabível o enquadramento da atividade como especial, a jurisprudência atual vem buscando de normas do direito do trabalho, para reconhecimento da especialidade das atividades, entendendo que havendo legislação específica que reconheça a periculosidade a algum agente ou atividade, pode ser reconhecida a especialidade do período, inclusive para fins previdenciários.

Assim, vem sendo aplicado o art. 193 da CLT, com redação definida pela Lei 12740/12 que ampliou o rol das atividades perigosas, quando submetem o trabalhador a riscos acentuados em virtude da exposição a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, roubos e outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, para reconhecer a especialidade da atividade pela exposição a eletricidade acima de 250 volts após 05/03/97, a vigilante armado após 28/04/95 e ao trabalho exercido com exposição a líquidos inflamáveis, por exemplo.

Com efeito, conforme bem explica Aline Machado Weber:

“A menção aos conceitos trabalhistas com base na súmula n.º 198 - justificada, como já afirmado, pela redação do conceito legal de aposentadoria especial à época - não pode ser tomada como fundamento para ignorar que a legislação previdenciária

tem autonomia para definir os agentes tidos como nocivos para seus fins. Do contrário, estar-se-á contrariando a lógica do próprio direito trabalhista, cuja sistemática normativa vigente, como adverte Cairo Jr. (2006, p. 480), só considera insalubres as atividades expressamente discriminadas em rol produzido pelo órgão competente do Ministério do Trabalho, ainda que laudo pericial constate a presença de insalubridade no ambiente de trabalho, na esteira das Orientações Jurisprudenciais n.º 4 e 173 da SDI-1 do TST e também da súmula n.º 460 do STF^[15] (WEBER, 2013).

Ademais, os requisitos exigidos pelo Direito do Trabalho para o reconhecimento de periculosidade e insalubridade não necessariamente correspondem aos exigidos pelo Direito Previdenciário para a concessão da aposentadoria especial, senão vejamos:

TRABALHISTA	PREVIDENCIÁRIA
ARTIGOS 189, 190 e 193 DA CLT	ARTIGOS 57 E 58 DA LEI 8.213/91
ATIVIDADES INSALUBRES E PERIGOSAS	ATIVIDADES ESPECIAIS
LAUDO INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE	LTCAT
PORTARIAS 3.214/75, NR 15 E NR16	DECRETO 3.048/99, ANEXO IV

O Ministério do Trabalho e Emprego regulamentou a matéria por meio da Norma Regulamentadora nº15 da Portaria nº 3.214/1978, taxando a caracterização da insalubridade da atividade.

O do Rol estipulado pela NR nº 15 do MTE é taxativo quanto aos agentes nocivos, limitando-os. Nesse sentido, inclusive, se consolidaram as Súmulas 4488 do TST e 4609 do STF.

É importante mencionar que a legislação previdenciária, de fato, prevê em alguns casos que deve ser utilizada a legislação trabalhista.

Por exemplo, a redação do §1º do art. 58 que determinava que o laudo técnico das condições de trabalho deve ser expedido nos termos da legislação trabalhista

Outro exemplo, no caso de agentes químicos, é o Regulamento da Previdência Social (Decreto n.º 3.048/99), que determina a utilização dos limites de tolerância da legislação trabalhista e dos critérios informados pela FUNDACENTRO relacionados ao procedimento e metodologia de avaliação para a confecção de laudos periciais de riscos ambientais.

Contudo, os institutos são distintos. O direito previdenciário é ramo do direito autônomo. A legislação previdenciária regulamentou expressamente o tema, ou seja, quais são os casos em que a legislação trabalhista deve ser utilizada no âmbito do RGPS.

É fato que os agentes capazes de gerar o direito ao adicional de insalubridade da legislação trabalhista são praticamente os mesmos da legislação previdenciária. Cabe salientar, no entanto, que em certas situações as normas de enquadramento da atividade como especial conflitam com aquelas pertinentes à configuração da insalubridade.

Ora, a norma previdenciária estabelece que o rol dos agentes nocivos é exaustivo. Sendo assim, é necessário que o agente seja mencionado expressamente no Quadro IV do Decreto n. 3.048/99 para possível configuração da atividade como especial. “Assim, por exemplo, o ácido nítrico consta no anexo 13, da NR 15

⁸ Súmula nº 448 do TST: ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

⁹ Súmula nº460 do STF: Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministro do Trabalho e Previdência Social.

(legislação trabalhista) no entanto, não é mencionado no anexo IV do Decreto n. 3.048/99.” (SALIBA, 2018, p.48).

Por outro lado, ainda que se admitisse a aplicação indistinta da legislação trabalhista como critério para a concessão da aposentadoria especial, contrariando as normas de direito previdenciário, nem mesmo na legislação trabalhista está prevista a concessão do adicional por penosidade.

Há previsão constitucional da concessão do adicional de penosidade, mas a norma não é autoaplicável:

Artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

Dessa forma, considerando que não há lei que regulamente a matéria, o entendimento da jurisprudência trabalhista é no sentido de que é indevido o pagamento do adicional, justamente ante a falta de previsão legal:

3. Adicional de penosidade. Ausência de norma específica. Indevido. O art. 7º, XXIII, da Carta da República instituiu o adicional para atividades penosas, porém ainda não há legislação infraconstitucional específica sobre o tema. Indevido o pagamento sem norma que o determine. 4. Confissão. Ente Público. Possibilidade. O ente público, ao contratar segundo as normas da CLT, despe-se de sua condição especial e equipara-se ao empregador comum, sujeitando-se às regras da CLT (art. 844). Demais disso, o Decreto-Lei nº 779/69 não estabeleceu como prerrogativa dos entes públicos o afastamento dos efeitos da revelia. **(OJ 152 da SDI-1 do C. TST). (TRT/SP - 02842001720095020015 - RO - Ac. 5ªT 20140649713 - Rel. José Ruffolo - DOE 12/08/2014) (g.n.)**

Após a promulgação da CF/88, a Lei nº 8.112/90, em seu art.71, estabeleceu o direito ao adicional de penosidade aos servidores em exercício em zonas de

fronteiras ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, nas condições e nos limites fixados no regulamento¹⁰.

Com efeito, essa é a única hipótese legal em que o adicional de penosidade é previsto e ainda assim depende de regulamento para o reconhecimento do direito.

Ora, a penosidade, como elemento ensejador de especialidade, podia ser encontrada no exercício de algumas atividades previstas nos regulamentos que regem a matéria, prevista como especiais nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. Na época, eram consideradas como atividades penosas a de motoristas e cobradores de ônibus, motoristas de caminhão e trabalhadores de subsolo, como galerias, poços e depósitos.

No entanto, resta claro que a partir da entrada em vigor da Lei 9.032/95 não há mais possibilidade de enquadramento por categoria profissional.

Assim, por total ausência de previsão legal não é possível enquadrar determinado período como penoso.

Ora, havendo legislação a dispor sobre o direito do trabalhador que labora em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física à aposentadoria *especial* de que trata o art. 201, parágrafo primeiro, da Constituição, não há falar em omissão inconstitucional *com* relação à aposentadoria do trabalhador de *atividades* penosas. Nesse sentido vem entendendo o E.STF, ao julgar os numerosos Mandados de Injunção que estão sendo ajuizados, apontando a omissão do Congresso Nacional em regulamentar as atividades penosas, *com* fundamento no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal¹¹.

Note-se, por oportuno, que no julgamento de repercussão geral no RE nº661.256/SC12 (desaposentação), o STF assentou a tese: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens

¹⁰ O Entendimento atual do STF sobre essa matéria é no sentido de que é necessária legislação infraconstitucional que regulamente o pagamento do adicional de penosidade do cargo em zona de fronteira (BRASIL, STF. ARE-Agr 989872/PR. Min.ROBERTO BARROSO, DJe Nr.262, 09/12/2016).

¹¹ BRASIL, STF. MI 7042/ DF. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe Nr.216, 04/10/2019: "O reconhecimento da existência e da aplicabilidade de norma infraconstitucional regulamentadora do direito constitucional pleiteado evidencia o não cabimento do mandado de injunção, por inexistir omissão legislativa inviabilizadora do exercício de direito constitucionalmente assegurado."

¹² BRASIL, STF. RE 661256/SC. Min.ROBERTO BARROSO, Dj Nr.33, 17/02/2020.

previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação' ou à 'reaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91"

Por outro lado, conforme bem decidiu o Juiz Federal ERIVALDO RIBEIRO DOS SANTOS, da 3ª Turma Recursal do Paraná, se o legislador entendeu por revogar determinado dispositivo, o reconhecimento da mesma atividade como especial implicaria reipristinar o regulamento já revogado:

"Por outro lado, ainda que se entendesse que atividades consideradas penosas ou perigosas ainda podem configurar especialidade, é importante observar que a atividade de motorista de caminhão já foi prevista em regulamento (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79) e desde o Decreto nº 2.172/97 o legislador não mais a insere nos anexos respectivos. Se o legislador houve por bem revogar um determinado enquadramento, o reconhecimento dessa mesma atividade como especial importaria reipristinar por via transversa o regulamento já revogado. O enquadramento por meio da ideia inerente à Súmula 198 do TFR não se presta a essa finalidade, mas à de reconhecer a especialidade de atividades não previstas pelo legislador". (BRASIL, 3ª Turma Recursal do Paraná, RECURSO CÍVEL Nº [5000867-27.2018.4.04.7016/PR](#). Gab. Juiz Federal ERIVALDO RIBEIRO DOS SANTOS, voto assinado em 6/6/2019).

Logo, não há elementos que permitam alargamento, por decisão judicial, da norma que rege a matéria da atividade especial para fins previdenciários.

Dessa forma, por ausência de disposição legal, a penosidade deve ser encarada como um conceito jurídico ainda indeterminado, conforme bem definiu a Juíza Federal FLÁVIA DA SILVA XAVIER (grifo da autora):

"Isso porque não há regra normativa, para além do artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal (que, além de se tratar de regra de caráter trabalhista, não é autoaplicável), que ofereça, sobretudo no âmbito previdenciário, balizas para o reconhecimento judicial, sequer por analogia, da penosidade, de modo que qualquer juízo a respeito se pautaria em uma discricionariedade arbitrária, sem marcos legais mínimos, o que é incompatível com a função jurisdicional. Penosidade deve ser

encarado como conceito jurídico ainda indeterminado, e não como atributo que se afere diretamente, sem mediação legal, das atividades exercidas” (BRASIL, 3ª Turma Recursal do Paraná. RECURSO CÍVEL Nº5000815-58.2019.4.04.7028/PR. Gab. Juíza Federal FLÁVIA DA SILVA XAVIER, voto assinado em 23/07/2020).

No entanto, em que pese a ausência de lacuna legislativa, uma vez que o legislador optou por excluir a concessão de aposentaria especial em razão da exposição a penosidade desde 28/04/95, inúmeras decisões do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região vêm fundamentando a concessão do benefício com fundamento legal na súmula 198 do TFR, súmula essa que não é lei e que, conforme supramencionado, foi editada no ano de 1985, no contexto de uma legislação que há muito foi alterada. E mais, dos julgados da época em foi criada extrai-se que jamais foi afastada a necessidade de previsão legal dos agentes nocivos tidos como caracterizadores da especialidade.

3.2 PROVA PARA O ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE ESPECIAL POR PENOSIDADE

A súmula 198 do TFR também vem sendo utilizada nos julgamentos proferidos pelo respeitáveis desembargadores do E. Tribunal Regional da 4ª Região para a valoração da prova apresentada em juízo, a despeito de a legislação previdenciária dispor expressamente sobre a matéria, nos termos do artigo 58 da Lei de Benefícios.

Como exemplo, traz-se à baila a decisão do processo judicial Nº5024306.68.2016.4.04.7200/SC13, em que restou reconhecida a penosidade em razão da atividade profissional que o segurado exercia (motorista de caminhão), com base em conclusão do perito judicial.

Observe-se a forma em que foi realizada essa perícia judicial¹⁴:

“No dia da inspeção pericial fomos até a Rua Jacob Weingartner, nº 4604, Centro, Palhoça/SC para inspecionar a

¹³ BRASIL, Tribunal Regional da Região. Turma Suplementar de Santa Catarina. Processo judicial nº5024306-68.2016.4.04.7200, Rel. CELSO KIPPER, voto assinado em 13/05/2020.

¹⁴ Perícia judicial realizada em 27/11/2017, perita IVANISE ISABEL PRÉVIDI, Engenheira Civil e Engenheira de Segurança do Trabalho, CREA 22848-6, disponível no processo judicial nº5024306-68.2016.4.04.7200.

Empresa Impremol Indústria de Premoldados Ltda. Nesse local encontramos algumas das instalações da empresa abandonadas, sem ninguém no local. O autor não soube informar se a referida empresa ainda continua atuando no mercado.

As atividades laborais realizadas pelo autor na função de motorista de caminhão caçamba foram, segundo descrição no Perfil Profissiográfico Previdenciário -PPP e relatos do próprio autor:

(...)

Diante do estudo das condições de trabalho de motoristas de caminhão carreta e dos relatos do autor, concluo que foi possível conhecer e compreender os fatores estressantes vivenciados por esses profissionais. Percebe-se que a profissão de motorista é uma atividade vista como bastante estressante, pois estes profissionais têm que lidar com várias situações no seu dia-a-dia, como por exemplo: condições adversas do clima; condições precárias das vias; más condições do veículo; alto nível de exigências por parte da empresa; condições de trabalho que não atendem muitas vezes até às necessidades fisiológicas básicas dos motoristas, etc.

Portanto, pela leitura do documento técnico é possível extrair que a empresa estava fechada. Então, o perito judicial concluiu com base no relato do autor e do estudo das condições de trabalho de motoristas de caminhão da literatura que citou na perícia¹⁵ que havia penosidade.

Questiona-se: qual é a validade da perícia baseada em relato do autor, considerando que a empresa está fechada?

Se a empresa estava fechada, não é possível investigar a documentação médica do autor que comprovasse, por exemplo, afastamentos em razão de doenças ocupacionais, a sua ficha de contratação, ou outros documentos que a empresa tenha arquivados em que constassem dados como o grau tecnológico do veículo

¹⁵ OTTANI, Karen Patrícia. (*Psicologia do Trânsito. Motoristas Profissionais no Trânsito e suas Consequências*, jun. 2016. Disponível em <https://psicologado.com/atuacao/psicologia-do-transito/motoristas-profissionais-no-transito-e-suas-consequencias>. Acesso em 17 nov. 2017.

que dirigia, o bom estado de conservação das vias que eram percorridas, a existência de elementos outros, tais como a pressão pelo cumprimento de prazos e metas, a privação do sono, a necessidade de percorrer grandes distâncias.

Contudo, sem acesso a qualquer documento da empresa com dados do autor e sem critérios técnicos, mas tendo por base somente o relato do segurado o perito concluiu que a sua atividade era penosa.

Conforme leciona Wladimir Novaes Martinez (MARTINEZ: 2016, p.85), o documento pericial deve ao menos precisar:

- 1) descrição do local — informações relativas ao estabelecimento onde realizado o trabalho, com relato pormenorizado das edificações, sua posição no conjunto arquitetônico e proximidade de outras áreas administrativas ou de produção;
- 2) notícia das atividades — relato elucidativo das funções exercidas pelo trabalhador, com pormenores sobre sua atuação profissional, isto é, quais serviços executados;
- 3) riscos presentes — agentes físicos, químicos ou biológicos atuantes na área de trabalho;
- 4) habitualidade — se o serviço é prestado todos os dias, isto é, frequentemente;
- 5) permanência — se, além de fazê-lo diariamente, trabalha toda a jornada de trabalho, é claro, abstraídos os períodos dedicados ao descanso, às refeições e necessidades fisiológicas, contrapondo-se às ideias de eventualidade ou intermitência;
- 6) ocasionalidade — explicar se a necessidade da presença do trabalhador é fortuita, sem predeterminação, ocorrendo incidentalmente;
- 7) intermitência — informações sobre a frequência da atividade, se ela ocorre a determinado tempo e especificar o período.

Ademais, conforme dispõe o art. 68, § 2º, do Decreto nº 3.048, de 1999, na redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013, a avaliação qualitativa de riscos e agentes nocivos será comprovada mediante descrição:

I - das circunstâncias de exposição ocupacional a determinado agente nocivo ou associação de agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho durante toda a jornada;

II - de todas as fontes e possibilidades de liberação dos agentes mencionados no inciso I; e

III - dos meios de contato ou exposição dos trabalhadores, as vias de absorção, a intensidade da exposição, a frequência e a duração do contato.

Destaque-se ainda que o alargamento que está sendo dado para a valoração das provas apresentadas, com base na Súmula 198 do TRF, é tal que a documentação da empresa que expressamente indica que a atividade não era penosa é afastada ou mesmo sequer é exigida perícia judicial, nos casos em que a empresa não apresenta os documentos, tendo como base as máximas da experiência, senão vejamos:

“Em relação ao reconhecimento da especialidade de atividades penosas, há que assentar alguns pontos, a saber: (1) a Constituição da República valoriza especialmente o trabalho insalubre, o penoso e o perigoso; (2) a valorização do trabalho insalubre está assentada pela legislação e pela jurisprudência mediante parâmetros probatórios estabelecidos (inicialmente, enquadramento profissional, depois, perícia); (3) a valorização do trabalho perigoso, por sua vez, faz-se mediante a identificação jurisprudencial de determinadas condições de trabalho (por exemplo, casos do eletricitário e do vigilante armado); (4) a valorização do trabalho penoso, por sua vez, não só não pode ser ignorada, como deve dar-se mediante o reconhecimento de determinadas condições, procedimento já sedimentado quanto ao trabalho perigoso. Assim como as máximas da experiência são suficientes para o reconhecimento jurisprudencial da periculosidade de certas atividades, também o são quanto ao trabalho penoso. A atividade de motorista se reveste, via de regra, de considerável penosidade para aqueles que a executam, mostrando-se absolutamente injustificada e desproporcional qualquer espécie de relativização quanto à

caracterização da penosidade como elemento autorizador do reconhecimento de que determinada atividade laboral é especial, sob pena de se esvaziar a proteção constitucional estabelecida em relação ao tema. (BRASIL, Tribunal Regional da 4ª Região, T5, Apelação/Reexame Necessário Nº 0017765-25.2011.404.9999, , Des. Federal ROGER RAUPP RIOS, unânime, D.E. 13/09/2016, publicado em 14/09/2016)."

Nesse ponto, é importante fazer alguns comentários sobre a utilização de laudo similar/perícia indireta como prova da exposição a agentes nocivos à saúde.

No caso de a empresa já ter encerrado as suas atividades, o regulamento da Previdência Social dispõe que a não apresentação da documentação técnica não é óbice para o enquadramento do período como especial por categoria profissional (devido até 28/04/95), inclusive podendo ser realizada justificção administrativa.¹⁶

Contudo, desde 11/10/1996, a legislação previdenciária exige a apresentação do laudo técnico da empresa para enquadramento com base em agentes nocivos, não havendo qualquer previsão normativa da possibilidade de realização de perícia indireta ou utilização de laudo similar na impossibilidade de obtenção da documentação técnica.

Ora, se a empresa está desativada, a realização da prova pericial é impossível, por absoluta impossibilidade material.

Não é possível resguardar pretensão de direito ao reconhecimento de tempo especial em prejuízo da verdade real e a partir de pressuposição sem qualquer amparo seja na lei, seja nas evidências probatórias. Como é possível afirmar que há similaridade, quando sequer há o que comparar? A mera alegação do segurado é suficiente?

¹⁶ Art. 582. Quando o segurado não dispuser de formulário para análise de atividade especial e a empresa estiver legalmente extinta, a JA poderá ser processada, mediante requerimento, observado o § 1º eo caput do art. 261 e, ainda, as seguintes disposições:

I - quando se tratar de comprovação de enquadramento por categoria profissional ou atividade até 28 de abril de 1995, véspera da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, na impossibilidade de enquadramento na forma dos arts. 269 a 275, a JA será instruída com base em outros documentos em que conste a função exercida, devendo ser verificada a correlação entre a atividade da empresa e a profissão do segurado; e

II - quando se tratar de exposição à qualquer agente nocivo em período anterior ou posterior à Lei nº 9.032, de 1995, a JA deverá ser instruída obrigatoriamente com a apresentação do laudo técnico de avaliação ambiental coletivo ou individual.

Considerar critérios leigos e subjetivos de similaridade significa nada menos do que os revestir de uma segurança técnica que evidentemente não detêm, frustrando o escopo legal da exigência de formalidade técnica¹⁷.

Ademais, se existem laudos que são favoráveis à tese do autor da existência de agentes nocivos, também existem laudos de outras empresas, supostamente paradigmas, que embasam a tese do INSS acerca da sua inexistência. Qual será o critério utilizado pelo juízo para a valoração dessas duas provas contraditórias? O relato do autor?¹⁸

No entanto, em que pese a ausência de previsão legal, a jurisprudência vem caminhando no sentido de aceitar laudo similar como prova emprestada desde que se demonstre a semelhança entre as atividades desenvolvidas pelo autor e as condições de trabalho da empresa similar¹⁹. Nesse sentido, o entendimento da Turma Recursal de Uniformização da 4ª Região:

É possível a utilização de laudo técnico elaborado por empresa similar para comprovar a especialidade exercida em empresa extinta, quando houver informações mínimas para se constatar a necessária relação de semelhança entre as atividades desenvolvidas e as condições gerais de trabalho (BRASIL, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO. IUJEF 2008.72.95.001381-4. Relatora: Luísa Hickel Gamba, D.E. 01/09/2009. BRASIL, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO. IUJEF 5022045-57.2012.404.7108. Relator p/ acórdão Ricardo Nüske, 14/02/2014).

17 Tentar resguardar direitos que não se pode provar a partir de uma presunção, de uma ficção inaceitável de que as empresas que trabalham no mesmo ramo de atividades possam ter características não idênticas, mas sequer parecidas, não implica em aplicação da liberdade dos meios de prova, e sim na criação de uma via probatória a despeito do reconhecimento expresso quanto à sua impossibilidade prática (CPC, art. 464, §1º, III17).

¹⁹ No direito do trabalho, a jurisprudência vem admitindo a utilização de perícia indireta, nos casos de estabelecimento desativado, desde que o perito procure subsídios em laudos realizados em outros processos, realize entrevistas em grupos com outros trabalhadores, por setor de trabalho e atividade desenvolvida (BRASIL, TST, AIRR 1000313/88.2014.5.02.0254, Min. Relator HUGO CARLOS SCHEUERMANN, Brasília: 08/09/2020.

Contudo, vêm sendo fixas algumas balizas pela construção jurisprudencial para a aceitação do laudo similar/perícia indireta:

- a)** se o autor apresentou o PPP preenchido com base em laudo ambiental é incabível a utilização de laudo de empresa similar para comprova a especialidade das funções desenvolvidas²⁰. Eventual ilegalidade da empresa quanto ao fornecimento desses documentos constitui, em tese, lesão a direito de natureza trabalhista, com reflexos previdenciários, cabendo ao segurado, mediante a via própria na Justiça do Trabalho, buscar a retificação de seus dados. A comprovação da especialidade das atividades desenvolvidas pelo segurado é ônus que lhe incumbe, *devendo se dar por meio dos competentes formulários expedidos pelos empregadores*.
- b)** há necessidade de comprovar a similaridade, sendo inaceitáveis laudos genéricos que não traduzem, com precisão, as reais condições vividas pela parte em determinada época e não se reportem a especificidade das condições encontradas em cada uma das empresas. Ademais, valendo-se o expert de informações fornecidas pela própria autora, por óbvio a validade das conclusões está comprometida. Assim, ao menos é necessária a demonstração de similitude de ambiente de trabalho (comprovação da real similaridade da empresa onde será realização a perícia com a empresa cujas atividades já foram encerradas: porte da empresa, o número de funcionários, tipos de equipamentos, época de funcionamento, etc.) e de documentos para comprovar efetiva atividade do segurado, seja por meio das anotações da CTPS, ou por documento válido emitido pelo empregador. Na falta de prova documental, vem sendo admitida a realização de outro tipo prova (inclusive a

²⁰ Nesse sentido decidiu a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região no julgamento do IUJEF 5002632-46.2012.404.7112/RS. D.E 28/05/2012, tendo constado do voto vencedor lavrado pelo Juiz Federal FERNANDO ZANDONÁ: "Por fim, entendo que a comprovação da especialidade das atividades desenvolvidas pelo segurado é ônus que lhe incumbe, devendo se dar por meio dos competentes formulários expedidos pelas empresas empregadoras. Com efeito, eventual inconformismo da parte com as informações ali constantes - que são prestadas pela empresa com base nos laudos que produz, existindo importantes efeitos tributários que lhe são conexos, bem como repercussão mesmo na esfera penal decorrente de eventual prestação de informações inverídicas - deve ser equacionado pelo segurado em sede e momento adequados, que não em demanda previdenciária em curso. Deve, pois, diligenciar junto à empresa, postulando as correções necessárias e, em caso de resistência, denunciar tal situação ao sindicato, à DRT, ao MPT etc. O certo, porém, é que não cabe ao Poder Judiciário Federal realizar perícia a fim de "conferir" a correção dos dados lançados em tais formulários, pois, acaso tal entendimento prevaleça também o INSS poderá requerer "perícia" quando o PPP for favorável ao segurado."

testemunhal) para fins de individualizar precisamente as funções prestadas pelo segurado demandante.²¹

Um possível caminho que o autor poderia adotar para balizar a aceitação do laudo similar, nos casos do estabelecimento desativado, seria pedir a oitiva do ex-empregador em audiência realizada no processo previdenciário, para que, compromissado, confirme se de fato, as condições de trabalho eram as mesmas da empresa paradigma.

O que não se admite é a inversão do ônus probatório para impor ao INSS a comprovação do fato negativo, qual seja, a ausência de condições insalubres ou perigosas, pois tão situação configura verdadeira prova diabólica.

Feitas essas considerações, é possível concluir que mesmo diante do atual entendimento predominante nos Tribunais Superiores, a validade da perícia realizada nos autos N°5024306.68.2016.4.04.7200/SC, acima citada, com base no relato do segurado, está comprometida.

Declarando a imprestabilidade da perícia judicial baseada no relato do autor, sem a adoção de mínimos critérios técnicos, traz-se à baila a decisão da r. Relatora Dra. Juíza Federal NAREANDRA BORGES MOURALES,²² que acolheu o recurso do INSS e excluiu o reconhecimento de períodos como atividade especial:

“Assiste razão ao recorrente com relação à imprestabilidade da perícia judicial, realizada nos autos de n. 0005258-80.2016.8.16.0075, que tramitou no Juízo Estadual da 1ª Vara da Comarca de Cornélio Procópio/PR (PROCJUDIC4, evento 112, fls. 81/95), cujo laudo foi utilizado como prova emprestada nos presentes autos. A perícia judicial foi baseada exclusivamente nas informações prestadas pelo autor ao perito do juízo e no conhecimento pessoal deste, sem qualquer prova documental ou testemunhal que corroborasse as informações

²¹ BRASIL, Turma Nacional de Uniformização, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. no 00013233020104036318. Rel: Juiz Federal FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER. DOU 12/09/2017)

²² BRASIL, 4ª Turma Recursal do Paraná, Procedimento do Juizado Especial Federal no 50038199220164047001, por maioria. Rel: Juíza Federal NAREANDRA BORGES MORALES, voto assinado em 23/10/2019).

do autor ou verificação *in loco* que embasasse as conclusões do perito.

Diante disso, afasto por completo a utilização da perícia judicial e, tendo em vista que o autor, instado a se manifestar antes da prolação da sentença, não requereu a produção de mais nenhuma prova, dando-se por satisfeito com as provas carreadas nos autos (evento 121), passo à análise da alegada especialidade de cada período controvertido exclusivamente com base nas provas juntadas aos autos”.

4 CONCLUSÃO

Um dos princípios que norteiam o sistema de Seguridade Social é a seletividade na prestação dos benefícios (art. 194, III, CF/88).

Em face das disposições do §1º, do art. 201, coube ao legislador eleger as situações prejudiciais à saúde que ensejariam a adoção dos critérios diferenciados de aposentadoria. Essa tarefa foi delegada ao Poder Executivo, que optou excluir a possibilidade de enquadramento por categoria profissional, em razão da penosidade, desde 28/04/95, por força da Lei 9.032/95, restringindo as hipóteses de concessão do benefício.

Ora, se o legislador revogou um determinado enquadramento, não há possibilidade de alargar o significado da norma por meio da interpretação.

Em resumo: desde 28/04/95, não existe previsão legal no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, do direito à aposentadoria especial em razão do exercício de atividade penosa. Aliás, a Constituição Federal de 1988, desde a sua edição, estabeleceu que a condição de exceção para a concessão de benefícios com regras diferenciadas seria o exercício de atividade que, de fato, prejudicasse a saúde e a integridade física do segurado, nos termos definidos em lei, não de uma atividade que pode ou não vir a prejudicar a saúde, como a atividade penosa.

Assim, existem normas absolutamente claras e precisas do direito à aposentadoria especial, em razão do exercício de atividades que prejudicam à saúde e a integridade física do segurado, em razão da exposição ao rol de agentes nocivos, previstos, de forma exaustiva, na legislação previdenciária.

Logo, com o devido respeito a decisões em sentido contrário, não existe qualquer lacuna normativa que permita ao Poder Judiciário a criação de hipóteses de incidência normativa, com o pretexto de que o rol de agentes nocivos previstos

no regulamento seria apenas exemplificativo, por meio da aplicação da Súmula 198 do TFR.

O enquadramento pelo Poder Judiciário de uma atividade como penosa implica também em inevitável violação ao art. 2º, princípio da separação de poderes, ao art.195, §5º, pois a concessão desse benefício não tem a adequada fonte de custeio e ao art. 84, inciso IV, todos da Constituição Federal, uma vez que o Poder Executivo é quem detém competência para definição das condições que prejudicam à saúde e a integridade física que devem ensejar a contagem diferenciada para fins de aposentadoria.

A penosidade é um conceito jurídico ainda indeterminado, sendo que nem mesmo no direito do trabalho, em que há a previsão constitucional da concessão de adicional de penosidade, vem se entendendo pelo pagamento do referido adicional, face a ausência de previsão legal.

O espaço democrático para os debates do que venha a ser considerada uma atividade como penosa, bem como se tal atividade deve ser reconhecida como especial, possibilitando, como exceção, a concessão do benefício de aposentadoria com regras diferenciadas, é o Congresso Nacional, local em que analisarão os impactos econômicos e sociais da criação desse benefício²³.

Desde 28/04/95 o Congresso Nacional optou por excluir o enquadramento da atividade como especial por categoria profissional, sendo necessária a efetiva comprovação do tempo de trabalho permanente, não ocasional, nem intermitente em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

Logo, desde o advento da Constituição de 1988 e posteriormente com a edição da Lei nº 9.032/95 a lei vedou o direito da aposentadoria especial em razão do exercício de atividade penosa. É dizer, não há lacuna legislativa, não cabendo ao intérprete reconhecer o direito com base nos princípios constitucionais e interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Ademais, desde do surgimento do Benefício com a Lei Orgânica da Previdência Social (L. 3.807/60), a relação dos agentes físicos, químicos e biológicos, considerados para a concessão do benefício é definida pelo Poder Executivo.

²³ Nesse sentido, o voto do ilustre Min. DIAS TOFFOLI no tema 709, desaposentação (BRASIL, STF. RE 661256/SC. REI.Min.ROBERTO BARROSO, Dj Nr.33, 17/02/2020.

O Poder Executivo definiu que essa relação é exaustiva, estando prevista nos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, até 05/03/97 quando editado o Decreto nº2.172/97, anexo IV e a partir de 06/05/1999, o anexo IV do Decreto nº 3.048/99.

A lei de regência dispõe também sobre quais são os meios de prova admitidos para a concessão do benefício de aposentadoria especial.

Até 28/04/95, era aceito formulário padrão preenchido pelo empregador, mantendo-se a exigência de laudo apenas para os casos em que era imprescindível a medição técnica, ou seja, quando o agente nocivo era o ruído e o calor.

A partir de 11/10/1996, data da edição da MP Nº1.523-10, passou-se a exigir, para reconhecimento de tempo de serviço especial, a comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes agressivos, por meio da apresentação de formulário preenchido pela empresa, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho (LTCAT), expedido por engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho.

Logo, com o devido respeito a opiniões em contrário, não existe qualquer previsão legal que admita como prova para o enquadramento de qualquer atividade como penosa a máxima da experiência que entende que uma determinada condição de trabalho que causa pena no homem médio é penosa.

Até mesmo a Súmula Judicial 198 do TFR, editada em 1985, dispõe ser necessária uma perícia judicial que constate que determinada atividade exercida pelo segurado é penosa, insalubre ou perigosa para ser devida a aposentadoria especial.

Aliás, dos julgados de 1985, também se extrai que Súmula 198 do TRF jamais afastou a necessidade de previsão legal dos agentes nocivos tidos como caracterizadores da especialidade.

Ora, o estresse elevado que pode advir da realização de uma atividade penosa nunca foi previsto como agente nocivo pela legislação previdenciária e, como visto, o regime geral de Previdência dispõe que a relação de agentes nocivos é exaustiva.

Portanto, considerar, por exemplo, a atividade de motorista de uma determinada empresa como penosa, sendo que documentos técnicos apresentados no processo permitem concluir que não havia exposição habitual e permanente a agentes nocivos previstos na legislação previdenciária acima dos limites de tolerância, enseja o enquadramento como atividade especial por categoria profissional, o que é vedado desde 28/04/95.

Ora, como é possível considerar que um trabalhador ao exercer uma atividade digna de pena, estando sujeito a vários agentes químicos, físicos e biológicos capazes de prejudicá-lo de igual forma e grau, se existem tempos mínimos de 15, 20 ou 25 anos, a depender a sujeição aos agentes nocivos e limites de tolerância que ensejam a concessão da aposentadoria especial somente se ultrapassados, que são inclusive capazes de serem elididos se utilizado o devido equipamento de proteção individual?

Assim, com o devido respeito, discorda-se do enquadramento de categorias profissionais como penosas para a concessão do benefício de aposentadoria especial, após 28/04/95, em razão da ausência de previsão legal, bem como dos critérios de valoração probatória que estão sendo adotados pela jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, afrontando o artigo 58 da Lei de Benefícios e tendo como embasamento legal a Súmula 198 do TFR.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de direito previdenciário*. 12 ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Ed.JusPodivm, 2020.

BELMONTE, Alexandre. *Artigos 7º ao 11*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COUTINHO, Jaqueline. *A Integridade Física do Motorista de Ônibus e a Aposentadoria Especial com os Reflexos da Reforma da Previdência Social*. Revista Brasileira de Direito Previdenciário. 41. ed. São Paulo: Lex Magister, Out/Nov 2017.

FERNANDES, Ana Paula. *O direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente*. Teses Jurídicas do Tribunais Superiores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL (Brasília). *Manual DIRSAT de aposentadoria Especial, atualizado pelo Despacho Decisório nº479/DIRSAT/INSS, de 25 de setembro de 2018*, 2018. Disponível em: <https://micalex.com.br/wp-content/uploads/2018/11/2018_09_25-Manual-Aposentadoria-Especial-Rs-600-Atualizado-DD479-1.pdf>. Acesso em: 09/09/2020.

LADENTHIN, Adriane Bramente de Castro. *Aposentadoria especial: teoria e prática*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LADENTHIN, Adriane Bramente de Castro; SCHUSTER, Diego Henrique. *Reflexões sobre a Aposentadoria Especial na EC 103/2019*. São Paulo. Revista de Direito do Trabalho e Seguridade social, v. 46, n. 210, p. 19-36, mar/abr 2020.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 8.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCELO, Fernando Vieira. *Aposentadoria Especial*. Leme: Mizuno, 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*, 8 ed. São Paulo: LTR, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. *Reflexões trabalhistas. Mesmo sem lei, Judiciário pode reconhecer direito ao adicional de penosidade*. (Abril 2016). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-15/reflexoes-trabalhistas-possivel-cobrar-adicional-penosidade-mandado-injuncao>>. Acesso em: 09/09/2020.

PORTO, Rafael Vasconcelos; BALDINI, Alessandra Gomes Faria. *A aposentadoria especial por periculosidade no RGPS: Uma questão de inconstitucionalidade*. Caxias do Sul: Juris Plenum Previdenciária, Ano VII , número 27, agosto de 2019.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim Ribero. *Aposentadoria Especial: regime geral da previdência social*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 8. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2008.

SALIBA, Tuffi Messias. *Curso Básico de segurança e higiene ocupacional*; col. LANZA, Maria Beatriz de Freitas. 8 ed. São Paulo: LTr, 2018.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. ***Insalubridade e periculosidade – aspectos técnicos e práticos***. São Paulo: LTr, 2011.

SALIBA, Tuffi Messias. *Aposentadoria Especial*. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SERAU, Júnior, Marco Aurélio; OLIVE Gabriela Varella. *Aposentadoria especial: antinomia normativa entre direito do trabalho e direito previdenciário*. Caxias do Sul: Revista Plenum, 2018.

SOUZA, Marcelo Martins de. *Aposentadoria especial por penosidade é possível*. Disponível em: <<https://grupomartins.adv.br/aposentadoria-especial-por-penosidade-e-possivel>>. Acesso em: 04/09/2020.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010.

WEBER, Aline. *A Sumula no art.198 do TRF em face do regramento da aposentadoria especial*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-sumula-no-198-do-tfr-em-face-do-atualregramento-da-aposentadoria-especial,42193.html>>. Acesso em: 03/09/2020.

UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO TÍPICA PERFEITA DA CONDUTA DE CONCUSSÃO QUANDO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA

FELIPE MATHEUS GUIMARÃES MOTA: É acadêmico de Direito na UniCatólica/TO. É pesquisador nas áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Previdenciário. Foi estagiário da Procuradoria Geral Federal, na Advocacia Geral da União, na área da previdência social. E atualmente é estagiário no Escritório de Advocacia Rodrigues & Garcia. Apresentou no XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI o trabalho intitulado: "A regulamentação da condução coercitiva como uma medida cautelar menos incisiva que a prisão temporária na investigação criminal."

RESUMO: O presente trabalho estuda as possibilidades da responsabilização pelos crimes de concussão ou extorsão, quando o agente público se vale da função para exigir vantagem indevida, se utilizando de violência ou grave ameaça. Essa pesquisa está inserida num contexto social de vácuo legislativo no tocante a conduta acima apresentada, de modo que existem correntes jurisprudenciais diametralmente opostas, sobretudo nos dias atuais, em que houve uma alteração no crime de concussão trazido pela Lei 13.964/2019, culminando no seu aumento de pena. A presente análise foi feita se baseando em vários princípios do direito penal, como o da proporcionalidade e da especialidade. Para chegar aos resultados, foi realizado uma pesquisa bibliográfica e documental do direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Concussão; extorsão; pacote anti crime; vácuo legislativo; violência ou grave ameaça.

ABSTRACT : The present work studies the possibilities of accountability for crimes of concussion or extortion, when the public agent uses the function to demand an undue advantage, using violence or a serious threat. This research is inserted in a social context of legislative vacuum regarding the conduct presented above, so that there are diametrically opposed jurisprudential currents, especially today, when there was an alteration in the crime of concussion brought by Law 13,964 / 2019, culminating in its penalty increase. The present analysis was based on several principles of criminal law, such as proportionality and specialty. To arrive at the results, a bibliographic and documentary research of Brazilian law was carried out.

KEYWORDS: Concussion, extortion, anti-crime package, legislative vacuum, violence or serious threat.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sobre a Extorção. 3. Sobre o crime de Consussão. 4. Do emprego da violência ou grave ameaça na concussão. 5. O pacote anti crime a nova pena do crime de concussão. 5.1. Responsabilização pela concussão. 5.2. Responsabilização pelo crime de extorção. 6. Benefícios e possíveis medidas despenalizadoras. 7. Insegurança jurídica e eventuais ações revisionais. 8. Proposta de Intervenção. 9. Considerações Finais

1 INTRODUÇÃO

Os crimes cometidos por servidores públicos contra a administração pública, são peça chave no combate à corrupção (no conceito de gênero, não de espécie). Sua punibilidade deve ser melhor pensada, na medida que as consequências naturalísticas desse tipo de delito trespassam por vezes, a de delitos comuns.

Geralmente, quando fala-se desse tipo de prática delitiva subentende-se a figura de um servidor público, que o Estado, de um modo ou de outro, confia a ele poderes públicos decorrentes de uma suposta presunção de probidade em suas ações. Acontece que nos dias atuais essa presunção se mostra através dos noticiários cada dia mais não confiável, dado a crescente galopante de inquéritos nesse sentido com o passar do tempo.

O direito penal, na qualidade de um ramo do direito que atua como *ultima ratio* na solução de conflitos, se apegua a princípios e regras demasiadamente rígidas, sob pena de esbarrar em ilegalidades processuais e conseqüentemente o cometimento de injustiças.

Exatamente por isso, cabe lembrarmos da importância da adequação típica penal na Teoria Geral do Crime. Quer dizer, para que uma prática delitiva seja de algum modo punível é imprescindível uma adequação típica perfeita, entre a conduta do acusado, e a letra da lei. Sob pena de esbarrar no princípio penal da legalidade.

No entanto existem alguns vácuos legislativos no direito penal que as jurisprudências e doutrinadores fazem construções penais diversas das dispostas no Código Penal, para que de algum modo o agente seja punido. Atitudes essas que vez ou outra, funcionam ainda que não intencionalmente como um aceno para a sociedade, que cobra a punibilidade de certas condutas.

Um dos exemplos de vácuo legislativo é justamente a falta de um tipo penal que abarque o crime de concussão quando praticado com violência ou grave ameaça. O debate gira em torno do crime de concussão apesar de usar o verbo

“exigir” como núcleo do tipo penal, não engloba a conduta de ser praticada com violência ou grave ameaça, de modo que quando praticado dessa maneira, a conduta violenta e a não violenta seriam punidos de igual forma.

No entanto, alguns doutrinadores entendem a possibilidade de punir o agente com o crime de extorsão, dado que este tipo penal envolve a violência ou grave ameaça. Porém aqui estaríamos ferindo o princípio da especialidade, dado que estaria-se deixando de aplicar norma especial, para aplicar uma norma geral.

E é justamente esse diapasão que este trabalho irá se voltar. Quer dizer, fazendo a análise jurisprudencial do antes e do depois das alterações advindas do pacote anti crime, e fazendo a comparação dos efeitos dessa modificação legislativa para o agente já recluso, bem como os eventuais réus no futuro.

2 SOBRE A EXTORSÃO

O crime de extorsão está previsto no Art. 158 do código penal. Este, criminaliza a conduta de constranger, obrigar, coagir alguém a fazer algo, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. De modo que é elementar do tipo que a conduta se dê com o emprego de violência ou grave ameaça.

O respeitável doutrinador Bento Faria conceitua a extorsão como:

Procurar alguém, para si ou para outrem, um proveito injusto, constrangendo outra pessoa mediante violência ou grave ameaça, a fazer ou omitir alguma coisa. O ataque à liberdade é um - meio - e não - um fim, vez que o delito é praticado contra o patrimônio e não contra as liberdades individuais. (FARIA, Bento de. 1943, v. 4, p. 65)

Nesse caso percebemos um crime comum, que se tutela o patrimônio da vítima bem como sua integridade física uma vez que como já dito a violência ou grave ameaça é elementar do tipo penal. É também um crime plurissubsistente, portanto a conduta é passível de tentativa.

Consideramos neste trabalho este delito como sendo formal nos filiando a Súmula nº 96 do STJ, com máxima vênua às correntes alternativas.

É um delito que tem pena compreendida entre quatro e dez anos, e por conta da pena mínima e da ocorrência de violência ou grave ameaça, não é abarcado por grande parte das medidas de não encarceramento, como a suspensão condicional do processo por exemplo.

É exemplo do crime de extorsão o agente que agride e constrange a vítima por exemplo, a ir em sua agência bancária e sacar determinada quantia em dinheiro e lhe fazer a entrega. É um crime portanto que necessita de cooperação da vítima.

3 SOBRE O CRIME DE CONCUSSÃO

O crime de concussão disposto no Art. 316 do Código Penal criminaliza a conduta de exigir vantagem indevida para si ou para outrem, que não o Estado, limitando o polo ativo da conduta à figura do funcionário público competente (no sentido amplo do direito penal). Perceba o que diz o código:

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa (BRASIL, 1940)

Esse crime tutela principalmente a administração pública, mas subsidiariamente tutela-se também o patrimônio do particular que é afetado pelo ato ilícito do agente do crime.

Há que se considerar algumas peculiaridades do crime de concussão que os distinguem dos demais crimes com ele parecidos. A presente conduta só pode ser praticada por funcionário público, recebendo dessa forma a classificação de crime próprio. No máximo o que pode acontecer é a participação ou a coautoria de particular mas em concurso necessário com o agente público.

Outra singularidade é que o agente não solicita vantagem indevida, mas o exige, distinguindo assim do crime de corrupção passiva, disposto no mesmo diploma legal. Veja o que o consagrado doutrinador Rogério Sanches ensina sobre essa exigência:

Na exigência feita pelo intraneus há sempre algum tipo de constrição, influência intimidativa sobre o particular ofendido, havendo necessariamente algo de coercitivo. O Agente impõe, ordena, de forma intimidativa ou coativa, a vantagem que almeja e a que não faz jus. (CUNHA, Rogério Sanches, 2019. p. 846)

Perceba que apesar da exigência ser impositiva, amedrontadora, e coercitiva, não há a caracterização da violência ou grave ameaça, como em outros crimes a exemplo do roubo e da extorsão. De modo que quando essa circunstância seja comprovada, tem-se então uma eventual mudança do tipo penal, para a extorsão.

Uma característica fundamental do crime de concussão é o abuso de autoridade que pode vir através do funcionário público, ou da função pública. Mas não necessariamente o crime precisa acontecer no exercício da função, podendo acontecer antes, depois, ou até sem sequer assumi-la, como é o caso dos servidores nomeados, que antes mesmo de assumir o cargo já exige vantagem indevida.

É exemplo do crime de extorsão o médico trabalhando no sistema único de saúde (SUS) que exige pagamento em dinheiro do paciente para a realização de exames que seriam feitos gratuitamente. Tal qual o crime de extorsão, esse tipo penal necessita de cooperação da vítima.

4 DO EMPREGO DA VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA NA CONCUSSÃO

Sempre foi muito questionado no ordenamento jurídico brasileiro qual a responsabilização penal cabível quando o agente público se utiliza da violência ou da grave ameaça para atingir o fim da concussão.

Esse questionamento se dá basicamente porque o crime de concussão não prevê em suas ações o emprego de violência ou grave ameaça, e sim a mera exigência. Ou seja, existe uma lacuna legislativa que prevê a responsabilização pelo mesmo crime, não se importando se a conduta foi praticada com ou sem violência ou grave ameaça, uma vez que reitera-se que a letra da lei não faz essa distinção. Assim a responsabilização pela concussão fere de certo modo o princípio da legalidade, uma vez que não há previsão legal para criminalização desta conduta em específico.

Por outro lado, esse crime se assemelha bastante com o crime de extorsão já explicado por esse trabalho. São tipos penais bastante parecidos, e neste há a previsão expressa da violência ou grave ameaça, e que inclusive até novembro de 2019, tinha pena mais grave qual seja, de 4 a 10 anos, contra 2 a 8 da concussão.

Por isso a questão até aquela data era bastante pacífica, uma vez que a conduta mais grave, ou seja, com a violência ou grave ameaça, teria o deslocamento do tipo penal para o crime com pena mais gravosa.

Porém cabe lembrar que se por um lado a responsabilização pelo crime de concussão fere o princípio da legalidade por falta de adequação típica, por outro a responsabilização pelo crime de extorsão fere o princípio da especialidade, uma vez que a concussão é um crime específico para o servidor público, a aplicação da extorsão nesse caso, seria uma forma de fugir de uma lei própria para outra geral. Isso sem falar nas violações do *in dubio pro reo*, pois diante desta dúvida se está punindo o agente pelo crime mais grave (concussão), de modo a prejudicá-lo.

No que tange à responsabilização existem correntes em todos os sentidos, e por um período considerável de tempo prevaleceu o pensamento de Fernando Capez que em sua obra se filiava à corrente que defende a responsabilização pelo crime de extorsão:

Dessa forma, o policial militar que exige dinheiro da vítima para não prendê-la em flagrante comete o delito de concussão. **Contudo, não pratica esse delito, mas o de extorsão ou roubo, por exemplo, o policial militar que exige vantagem indevida da vítima utilizando-se de violência, ou ameaçando-a gravemente** de sequestrar seu filho. (CAPEZ, 2018, v. IV.)

Acompanha o entendimento de Capez, o também renomado doutrinador Rogério Greco, perceba o entendimento:

A concussão pode ser entendida como uma modalidade especial de extorsão praticada por funcionário público. Uma das diferenças entre ambas as figuras típicas reside no modo como os delitos são praticados.

Assim, na extorsão, a vítima é constrangida, mediante violência ou grave ameaça, a entregar a indevida vantagem econômica ao agente; na concussão, contudo, o funcionário público deve exigir a indevida vantagem sem o uso de violência ou grave ameaça, que são elementos do tipo penal do art. 158 do diploma repressivo. (GRECO, Rogério. 2011, v. IV, p. 404)

Seguindo o entendimento de Fernando Capez, decidiu recentemente o TJ/PE ao receber uma apelação criminal que objetivava a desclassificação do crime de extorsão para o de concussão, segue o julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 158, § 3ª C/C O ART. 159, § 2º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS PARA ENSEJAR CONDENAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE GUARDA HARMONIA COM A PROVA DOS AUTOS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE EXTORSÃO PARA O DE CONCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMPREGO DE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA NA PRÁTICA DO DELITO. CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE EXTORSÃO E NÃO CONCUSSÃO, NÃO OBSTANTE PRATICADO POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS, VALENDO-SE DESSA CONDIÇÃO. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS.

DECISÃO UNÂNIME. I - Não merece reforma, a sentença que condenou o acusado em consonância com o conjunto probatório existente nos autos. II - Na concussão o agente, que é sempre funcionário público, exige a vantagem indevida valendo-se unicamente da função que exerce, sem a realização de violência ou grave ameaça (art. 316, do CP). Na extorsão, o sujeito ativo, que pode ser qualquer pessoa, inclusive o funcionário público, constrange alguém mediante violência ou grave ameaça, com o intuito de obter indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. III - O principal traço distintivo entre os dois crimes é que, na extorsão, o intuito de obter indevida vantagem econômica decorre de constrangimento causado pela violência física ou grave ameaça perpetrada contra o sujeito passivo, não exclusivamente do temor genérico que a simples condição funcional do agente inspira na vítima, como acontece na concussão. In casu, ainda que o delito tenha sido cometido por funcionários públicos (policiais militares), os quais teriam se valido dessa condição para a obtenção da vantagem indevida, o crime por eles cometido corresponde ao delito de extorsão qualificada e não ao de concussão, uma vez configurado o emprego de grave ameaça e violência. IV - O emprego de violência ou grave ameaça é circunstância elementar do crime de extorsão tipificado no art. 158 do Código Penal. Assim, se o funcionário público se utiliza desse meio para obter vantagem indevida, comete o crime de extorsão e não o de

concussão. Precedente do STJ. V - Recurso não provido. Decisão unânime.

(TJ-PE - APR: 4699343 PE, Relator: Daisy Maria de Andrade Costa Pereira, Data de Julgamento: 14/08/2019, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/08/2019)

Na decisão o tribunal entende que o delito de extorsão por ser considerado crime comum, qualquer pessoa pode praticá-lo, inclusive o funcionário público. Portanto havendo a caracterização da violência ou grave ameaça não há que se falar em concussão, e sim, em extorsão.

Há precedentes também no STJ em sede de Habeas Corpus que se filiam à mesma corrente doutrinária levantada pelos doutrinadores acima levantados também seguida pelo TJ/PE. Segue a ementa:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. EXTORSÃO E DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. PACIENTE POLICIAL CIVIL. FLAGRANTE FORJADO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos

à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. O emprego de violência ou grave ameaça é circunstância elementar do crime de extorsão tipificado no art. 158 do Código Penal. Assim, se o funcionário público se utiliza desse meio para obter vantagem indevida, comete o crime de extorsão e não o de concussão. 3. A inversão da conclusão das instâncias ordinárias demanda necessário revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento incabível na via estreita do habeas corpus. 4. Habeas corpus não conhecido.

(STJ - HC: 198750 SP 2011/0042598-2, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO

BELLIZZE, Data de Julgamento: 16/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/04/2013)

Basicamente como podemos ver o assunto estava sedimentado. A maioria maciça das jurisprudência nacional caminhava justamente no sentido de tipificar a conduta do funcionário público de exigir com violência ou grave ameaça vantagem indevida como extorsão. Em que pese os argumentos já levantados por esse trabalho.

No entanto a Lei 13.964/2019 conhecida popularmente como Pacote Anti Crime entrou em vigor e trouxe uma infinidade de alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal. Dentre elas a alteração da pena do crime de concussão, alteração essa que traz esse debate à tona novamente.

5 O PACOTE ANTI-CRIME E A NOVA PENA DO CRIME DE CONCUSSÃO

A pena do crime de concussão que antes era de 2 a 8 anos, passa então a ser de 2 a 12 anos com essa nova lei, e por isso gera alguns problemas no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao direito penal. É sabido que o sistema jurídico brasileiro funciona com um mínimo de harmonia. Portanto deve-se ter cautela com as alterações legislativas para não causar confusões ou desarmonia entre as normas.

O Pacote Anti Crime, foi uma lei muito defendida pelo Presidente à época, o Jair Bolsonaro, e pelo seu então Ministro da Justiça, Sérgio Moro. Essa proposição legislativa no começo, tinha o condão de arrochar as penas de alguns crimes, com o intuito de recrudescer o combate à corrupção.

No entanto a lei é um exemplo do que os estudiosos do direito chamam de direito penal emergencial. Que são políticas públicas que tem um caráter

geralmente excepcional, e de urgência cristalina, e por isso, acabam se tornando uma espécie de combate à criminalidade à qualquer custo. Esse tipo de medida acaba na maioria das vezes sendo muito danoso para as ciências jurídicas, visto que essas proposições legislativas, por ter um caráter “urgente”, muitas vezes são aprovadas sem previamente passarem por estudos aprofundados sobre a matéria e suas eventuais consequências, e por isso tiram a harmonia das normas penais por exemplo.

É frequente observar que as matérias afetadas pelo direito penal emergencial, geralmente trespassam limites antes estabelecidos e bastante respeitados, como por exemplo garantias individuais, e princípios penais e processuais penais. Então, essas violações têm custos sociais altíssimos, e consequências nefastas, que por vezes chacoalham até a própria democracia, bastando para entender melhor, nos remetermos às origens do direito penal emergencial, que é a Itália dos tempos de máfia.

No caso do Pacote Anti Crime, a legislação ao aumentar a pena do crime de concussão, trouxe um debate que estava sedimentado novamente à tona. Qual seja, a responsabilização penal do agente público que investido no cargo se utiliza de violência ou grave ameaça para exigir vantagem indevida de terceiro. Anteriormente à essa lei, a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, como já anteriormente mencionado, era pela responsabilização pelo crime de extorsão, uma vez que tinha pena mais grave.

No entanto como o crime de concussão passou a ter pena máxima de 12 anos, e por isso, tendo pena mais gravosa, tornou novamente esse debate ativo.

5.1 RESPONSABILIZAÇÃO PELA CONCUSSÃO

No caso da responsabilização pelo crime de concussão estaríamos assim afastando a aplicação do princípio da legalidade, uma vez que a violência ou a grave ameaça não são características da concussão, portanto aproximaria-se do absurdo de defender a falta de adequação típica perfeita da conduta à norma penal. Além disso cabe ressaltar, que neste caso, a reprimenda seria basicamente a mesma, quando o crime for cometido com, ou sem violência ou grave ameaça. Tornando-se a integridade física então, um bem dispensável.

Além disso nas situações anteriores ao Pacote Anti Crime, o crime de extorsão funcionava, como uma espécie de figura qualificada da concussão, nas hipóteses de violência ou grave ameaça. Uma vez que a pena saíria de 2 a 8 anos, para ir de 4 a 10 anos. Perceba então que se o magistrado optar por responsabilizar o agente pelo crime de concussão, qualquer que tenha sido a

conduta, poderia-se arbitrar um simbólico aumento de pena decorrente da existência da violência ou grave ameaça. Tem-se aqui então um abrandamento penal, uma vez que se houvesse a responsabilização pela extorsão, haveria-se um deslocamento da pena base, funcionando a grosso modo, como uma qualificadora da concussão. Punindo dessa forma mais adequadamente o agente.

5.2 RESPONSABILIZAÇÃO PELO CRIME DE EXTORSÃO.

No caso dos doutos magistrados optarem por se socorrerem ao crime de extorsão nos casos em que ocorrer violência ou grave ameaça estaria-se cometendo punindo desproporcionalmente o agente, uma vez que privilegiaria-se o agente que cometeu o crime com violência. Perceba, se cometido com violência, o agente será penalizado com a extorsão, que tem pena máxima de 10 anos, porém se cometido sem violência ou grave ameaça, a responsabilização é pelo crime de concussão, que tem pena máxima de 12 anos. Quer dizer, a conduta mais grave é punida com pena mais leve, e a conduta mais leve é punida com pena mais grave.

6 BENEFÍCIOS POSSÍVEIS E MEDIDAS DESPENALIZADORAS

Como consequência desse impasse legislativo entre a responsabilização pelo crime de concussão e o crime de extorsão é interessante salientar as peculiaridades de cada um para que os entendimentos se esclareçam e as punições sejam melhor ponderadas.

Antes da análise, cumpre salientar que o crime de extorsão tem uma parte que é considerada crime hediondo, que é basicamente quando há a morte como resultado preterdoloso, ou quando há a restrição de liberdade da vítima. No entanto, essas duas hipóteses fogem bastante da linha de desdobramento causal da conduta que este trabalho aborda. Assim sendo, apesar da Lei de Crimes Hediondos trazer um recrudescimento considerável no cumprimento de pena, toda a análise aqui será voltada para a extorsão em sua forma simples.

Tanto a concussão como a extorsão não cabem qualquer medida despenalizadora da Lei 9.099/1995, como exemplo a transação penal e a suspensão condicional do processo. Isso por conta da pena disposta pelos dois crimes. Porém somente no caso da concussão cabe a suspensão condicional da pena, caso o agente seja condenado à pena mínima, qual seja, dois anos, e não seja reincidente em crime doloso.

Sobre o instituto da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, prevalecerá o entendimento da impossibilidade para

os dois crimes. Isto porque, normalmente, no crime de concussão, caso a pena do agente seja inferior a 4 anos, seria possível tal substituição. No entanto todo o debate gira em torno da concussão praticada com violência ou grave ameaça, circunstância objetiva esta, que é um fator impeditivo da aplicação desta benesse. Portanto para os fins deste trabalho, não será considerado o benefício da pena restritiva de direitos para qualquer dos crimes.

Em sentido diametralmente oposto, o instituto do livramento condicional pode ser aplicado a ambos os crimes, desde que a pena da concussão seja maior do que 4 anos (em caso diverso, não seria possível a aplicação). Isso acontece porque o livramento condicional é uma das pouquíssimas benesses que a prática delitiva com violência ou grave ameaça não obsta sua concessão. Aqui os requisitos são geralmente mais subjetivos do que objetivos, e por isso não se entrará no mérito aqui neste trabalho.

Entretanto, uma das grandes diferenças entre as duas tipificações é justamente a pena mínima. É de conhecimento popular dentre os operadores do direito que o sistema de cálculo de pena no Brasil é tripartido, de modo que o seu cálculo começa a ser contado da pena mínima. Portanto, as diferenças entre as penas cominadas a cada conduta são bastantes significativas. Reconheça que iniciar-se o cálculo de pena em 2 anos, ou 4 anos, dependendo da escolha do magistrado, pode prejudicar ou ajudar bastante o acusado, uma vez que quanto menor for a pena mínima, maior a chance do acusado ser condenado a uma pena menor.

Sobre o regime inicial de cumprimento de pena, cabe destacar que considerando o agente como primário, caso seja responsabilizado pelo crime de concussão poderá iniciar seu cumprimento de pena no regime aberto, caso seja condenado a uma pena inferior a 4 anos. No entanto, caso o agente seja responsabilizado pelo crime de extorsão a possibilidade de início de cumprimento de pena em aberto é praticamente nula, uma vez que a pena mínima atrelada à conduta é de 4 anos, que prevê regime inicial semi aberto, ou seja em cárcere, mas em colônias agrícolas ou industriais.

Percebe-se então de modo latente que usando o princípio do *in dubio pro reo*, seria bastante vantajoso que o acusado fosse processado pelo crime de concussão. Uma vez que tem pena mínima menor, que possibilita o ingresso no cárcere em regime aberto, e pela pena mínima é possível que a condenação seja menor.

7 INSEGURANÇA JURÍDICA E EVENTUAIS AÇÕES REVISIONAIS

Proposições legislativas como estas, aprovadas em curto espaço de tempo e sem um estudo aprofundado, podem ter consequências severas para o sistema jurídico como um todo.

É fácil imaginar a insegurança jurídica que isso traz. Em suma, tem-se uma tese que funcionava na medida do possível, e com certa harmonia com os demais artigos do Código Penal, no entanto, essa alteração muda completamente o entendimento sobre o assunto, e força os nobres magistrados a elaborarem novas teses para um problema que estava praticamente resoluto.

Outro ponto que também tangencia a insegurança jurídica é a quantidade ações revisionais que se podem ser protocoladas, abarrotando todo o Poder Judiciário, novamente com lides que já transitaram em julgado.

Resta então evidente que a uma das formas de evitar esse tipo transtorno ao judiciário brasileiro, seria a criação de um tipo penal mais grave, para a conduta mais grave da concussão, que é a utilização de violência ou grave ameaça. Isso porque, com a conduta mais grave força-se o que o direito penal chama de "*novatio legis in pejus*" ou seja, nova lei pior (para o acusado).

Assim recrudesceria-se as penas com o intuito do combate à corrupção, sem que haja brechas para uma infinidade de ações revisionais, que com certeza abarrotariam o já lotado, Poder Judiciário.

8 PROPOSTA DE INTERVENÇÃO

Notadamente várias soluções são possíveis para a presente demanda, uma vez que basicamente para dar a segurança jurídica esperada será imprescindível uma proposta legislativa que emende o Código Penal. Deste modo resta evidente que deve ser proposto uma lei ordinária, em decorrência da matéria que será atacada.

No entanto a proposta legislativa que este trabalho defenderá, deve ser no sentido de criar o crime de concussão qualificada pelo emprego de violência ou grave ameaça. Com a "concussão qualificada" estaria-se aumentando a pena mínima para essa conduta, ou seja, iniciando o cálculo de pena de uma conduta mais grave, com uma pena mais severa.

Se a pena mínima dessa figura for de quatro anos, já se inicia-se o cumprimento de pena em regime semiaberto, solucionando outro problema do regime inicial, visto que a concussão é crime menos gravoso.

E como fator também deveras importante, a figura da “concussão qualificada” sedimenta o argumento da especialidade, uma vez que o agente ainda responderia por crimes contra a administração pública, ou seja, figura especial.

Por outro lado, como opção legislativa alerta-se a criação de uma majorante para o crime de concussão, atende parcialmente os questionamentos feitos em decorrência do vácuo legislativo. Isso porque basicamente apesar de sedimentar o argumento da especialidade, como no caso da “concussão qualificada”, a simples majoração do crime não interfere nas penas em abstrato, deixando o crime de extorsão com pena ainda maior. Outro ponto negativo da simples majoração é a possibilidade do agente cumprir pena em regime aberto, mesmo que o crime seja cometido com violência ou grave ameaça. Deixando uma desproporcionalidade muito grande em relação ao crime de concussão, que é um crime comum, e mesmo assim o inicial será semi aberto.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se portanto que existe um vácuo legislativo no tocante à conduta de concussão quando cometido com violência ou grave ameaça. A omissão sempre existiu, e com o Pacote Anti Crime, apesar de ter havido um recrudescimento na pena de concussão, a omissão legislativa não só, não foi sanada, como gerou ainda mais insegurança jurídica.

Resta evidente que as alterações legislativas do Pacote Anti Crime esbarram no direito penal emergencial, e sua capacidade de sanar problemas acaba escorrendo pelas mãos dos legisladores. Isso, porque o projeto foi proposto e aprovado de forma precipitada, e bastante ligeira, sem que se fizessem estudos aprofundados acerca das consequências de sua eventual aprovação.

Apesar de anteriormente termos tido posições jurisprudências majoritárias no sentido da possibilidade da responsabilização pela extorsão, sempre houveram problemas no tocante à adequação típica, de modo que não raro, os processos relacionadas à este tipo de conduta se esbarravam em princípios penais bastante caros não só ao judiciário, mas à população, como o da legalidade, especialidade e do *in dubio pro reo*.

Este trabalho então, observando os princípios penais e constitucionais vigentes em nosso ordenamento jurídico, propõe que a forma menos lesiva ao ordenamento jurídico, para a resolução deste conflito é a criação da figura da concussão qualificada. Assim estaria aumentando a pena mínima de uma conduta mais gravosa, respeitado assim o princípio da proporcionalidade, e por ser uma qualificadora de um crime disposto no capítulo dos “*dos crimes praticados*

*por funcionário público contra a administração em geral” não haveria que se falar em não observância ao princípio da especialidade. E indo mais além, sanaria o problema com o princípio da legalidade, uma vez que a norma estaria disposta. Não haveria também ações revisionais uma vez que seria uma *novatio legis in pejus*.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 6 jun. 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. [S. I.], 25 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=L8072&text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp

[%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%Aancias](#). Acesso em: 10 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando, **Curso de direito penal, volume 3, parte especial : arts. 213 a 359-H**. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches, **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. Salvador: JusPODIVM,2019

CUNHA, Rogério Sanches, **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador: JusPODIVM,2018.

FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1943.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2011

PEREIRA, C.B. **Direito Penal de Emergência e a base constitucional do sistema jurídico penal e processual penal**. Conteúdo Jurídico, v. 858, 2018. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51899/direito-penal-de-emergencia-e-a-base-constitucional-do-sistema-juridico-penal-e-processual-penal>. Acesso em: 09 jun. 2020.

CONFLITO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NA OCORRÊNCIA DA MEDIDA PROTETIVA

WERICK PATRICK DUARTE: Acadêmico do 9º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná/RO.

Artigo apresentado ao Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UniSL, como parte dos requisitos para obtenção de nota na Disciplina Trabalho de Conclusão de Curso – TCCII, no curso de Direito, sob orientação do Prof. Claudenir da Silva Rabelo.

RESUMO: Nota-se que a proteção da mulher e das crianças é algo que o mundo contemporâneo sempre busca efetivar. Assim como a aplicação do direito, se almeja sua efetividade aos casos concretos, por meio de medidas que estejam de acordo com aquilo que se anseia com a guarda compartilhada bem como com a medida protetiva. Logo, a pesquisa sobre o conflito do instituto da guarda compartilhada na ocorrência de medida protetiva se deu para conhecer melhor cada instituto desde o seu início até a atualidade em busca de um conhecimento pormenorizado sobre guarda compartilhada e a Lei Maria da Penha com suas medidas protetivas de urgência para que se pudesse então, após essa análise, entender os possíveis conflitos que os institutos sofrem caso sejam aplicados conjuntamente e os riscos que essa aplicação pode gerar tanto para a mulher quanto para a criança envolvida no caso. Para alcançar esse entendimento, utilizou-se a pesquisa bibliográfica em busca de alternativas que possam evitar os conflitos entre a guarda compartilhada e as medidas protetivas de urgência, com anseio na efetivação das medidas de proteção a mulher e da criança, bem como uma melhor resolução dos casos pelo judiciário brasileiro. Constatando então, que é notório a ocorrência de conflitos e que para uma possível solução seria necessário a análise de medidas alternativas e até preventivas para a diminuição dos conflitos.

Palavras-chave: Conflito. Guarda. Violência. Proteção. Acordo.

ABSTRACT: It is noted that the protection of women and children is something that the contemporary world always seeks to effect. As well as the application of the law, its effectiveness is sought in concrete cases, by means of measures that are in accordance with what is desired with shared custody as well as the protective measure. Therefore, the research on the conflict of the institute of shared custody in the occurrence of a protective measure was done in order to get to know each

institute better since its beginning until the present day in search of a detailed knowledge on shared custody and the Maria da Penha Law with its protective measures of urgency so that one could then, after this analysis, understand the possible conflicts that the institutes suffer if they are applied together and the risks that this application can generate both for the woman and the child involved in the case. To reach this understanding, the bibliographical research was used in search of alternatives that could avoid the conflicts between shared custody and emergency protective measures, with an eagerness to implement measures to protect women and children, as well as a better resolution of cases by the Brazilian judiciary. It is clear that conflicts occur and that a possible solution would require the analysis of alternative and even preventive measures to reduce conflicts.

Keywords: Conflict. Guard. Violence. Protection. Agreement.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A guarda compartilhada; 2.1. Aspectos gerais; 2.2. Acordo de guarda compartilhada e unilateral segundo o código civil; 2.3. Prejuízos ao menor antes da regulamentação da guarda; 3. Medida protetiva de urgência; 3.1. Aspectos históricos e formas de violência contra a mulher; 3.2. Espécies de medidas protetivas de urgência; 4. Conflito pela incompatibilidade da medida protetiva de urgência com a guarda compartilhada; 5. Medidas alternativas para possível solução dos conflitos; 5.1. A mediação como medida alternativa; 5.2. A ponderação das decisões judiciais; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada é uma inovação legislativa que trouxe incontáveis benefícios para o direito de família, visto que, historicamente os casos de divórcio ou separação de casais com filhos, acabava por gerar prejuízo ao menor no que concerne a sua educação, criação e tudo que esteja atrelado ao seu futuro.

Os modelos de guarda em nosso ordenamento jurídico consistem em guarda unilateral na qual um dos genitores, tendo avaliada suas situações necessárias para cumprimento do modelo de guarda, tomará para si toda a responsabilidade sobre quaisquer necessidades do filho que viverá consigo; guarda compartilhada que é a inovação que trataremos nessa pesquisa que consiste na divisão pelos pais de todas as tarefas e responsabilidades inerentes às necessidades do menor, buscando primeiramente que seja assegurado o princípio do melhor interesse do menor que vem estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990; e a guarda alternada, que não deve ser confundida com a compartilhada, uma vez que na alternada existe um revezamento de tempo em que o menor permanece com a mãe ou com o pai.

O capítulo XI do Código Civil de 2002, trata da proteção da pessoa dos filhos, dando a opção aos pais sobre a guarda ser unilateral ou compartilhada, devendo obedecer inteiramente às regras estipuladas na lei. Na compartilhada, os genitores irão compartilhar toda a responsabilidade concernente a criação e educação do menor envolvido, atribuindo de maneira conjunta o poder familiar sobre a criança e dividindo todos os ônus necessários, buscando sempre efetivar o princípio do melhor interesse do menor estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Há também o conflito entre a guarda compartilhada e uma possível medida de proteção à mulher, já que em muitos casos a mulher sofre agressão do seu ex companheiro e tem uma medida protetiva de urgência que impede que ele se aproxime da vítima.

Deve ser salientado que violência contra a mulher não se limita somente a agressão física, mas também a psicológica, sexual, patrimonial, moral, assim como expõe o Art. 7º e incisos da lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Nesses casos, quando se envolve uma guarda compartilhada vemos que o instituto fica extremamente comprometido, pois o compartilhamento da guarda faz com que o ex-casal precisem estar próximos um do outro para efetivar suas obrigações, logo, com uma medida protetiva de urgência, vemos que se inicia um conflito entre a guarda e a nova medida imposta.

Com a presente pesquisa, serão estudadas maneiras que tornem menos gravosas as relações familiares relacionadas a guarda compartilhada e a ocorrência de medida protetiva de urgência em face de violência contra a mulher, com intuito de analisar quais seriam as melhores alternativas para que sejam evitados processos desgastantes, envolvendo o menor que poderá passar por grande trauma psicológico gerando efeitos negativos por toda sua vida.

Este cenário será fundamentado com decisões jurisprudenciais e com relevantes doutrinadores que tratam sobre o tema para que possam ser apresentadas soluções pacíficas gerando efetividade na aplicação da justiça e preservando a família e os direitos constitucionais.

2. A GUARDA COMPARTILHADA.

2.1 ASPECTOS GERAIS.

O instituto da guarda compartilhada começou a engatinhar no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2002 com o projeto de lei nº 6.350 apresentado na época pelo então deputado Tilden Santiago, que visava regulamentar a guarda compartilhada no Brasil, dado que esse tema gerava grandes controvérsias em

relação ao crescimento e educação de crianças menores que enfrentavam a dura realidade do divórcio de seus pais e acabavam ficando à mercê da sorte sobre com quem ficaria e como poderia conviver com seus genitores.

Por motivos costumeiros históricos, em casos como esses, o ônus de cuidar, manter financeiramente e educar a criança, sempre recaía sobre a mãe da criança já que o pai na maioria das vezes não tomava para si parte dessa responsabilidade, gerando então a necessidade de uma regulamentação que fizesse com que o menor fosse amparado de maneira justa, tendo o projeto de lei nº 6.350 sido aprovado em 23 de outubro de 2007.

Em 22 de dezembro de 2014 foi sancionada a lei nº 13.058 alterando então os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, estabelecendo significado à expressão guarda compartilhada e regulamentando o instituto. Nesse sentido, Rolf Madaleno diz:

Existindo entre os pais a mera separação de fato pelo afastamento voluntário ou de corpos pela expulsão judicial de um dos conjugues da vivenda matrimonial, a guarda dos filhos segue sendo de ambos; considerando inexistir ainda qualquer solução processual a respeito da custódia oficial da prole, muito embora já presente a fatural separação dos pais, a nenhum deles é dada a primazia legal da custódia, não obstante existisse uma tendência oficial de preservar a situação verificada por ocasião da separação de fato, permanecendo os filhos com o genitor com o qual já se encontrava, havendo uma proposição legal de que o juiz evite conceder a guarda unilateral, salvo se houver algum risco a integridade física ou psíquica da criança ou do adolescente, e perdendo a guarda de fato ou unilateral o seu espaço em nome da prioridade na concessão ou no ajuste consensual da guarda compartilhada física. (MADALENO, 2019, p.441)

O instituto da guarda compartilhada pode ser definida como um acordo entre pais para que, após um divórcio, possam exercer o poder familiar sobre o menor fruto da relação, atendendo às suas necessidades de maneira conjunta, seja na educação quanto na manutenção financeira, devendo haver um entendimento mútuo entre os pais para que seja buscada sempre a melhor vida para os filhos. (AZEVEDO, 2013, p. 231).

Atendendo às respectivas regras impostas através dos acordos de guarda compartilhada, se tem o anseio de que sejam evitados danos aos direitos dos menores visto que em todas as relações familiares estes são sempre a figura mais frágil, carecendo de uma atenção diferenciada, assim, com a participação de ambos genitores em sua vida, haverá benefício ao menor sob aspectos familiares e sociais, transcendendo o lar em que vive uma vez que tendo uma vida resolvida desde a infância, acabará externando tais conquistas perante o meio social.

Antes de regulamentação por lei, através dos costumes, os casos em que havia separação entre marido e mulher com filhos, sempre faziam com que os menores ficassem com a mãe para educa-los e criá-los e essa situação não poderia perdurar com o tempo, uma vez que com a evolução dos tempos também evoluem os costumes e o ordenamento jurídico tende a acompanhar esse caminho, logo, a superação desses costumes ensejaria uma regulamentação para que trouxesse às famílias uma melhor resolução aos casos referente ao tema.

Após a regulamentação da guarda compartilhada, se busca um meio de que, mediante a separação dos pais, o ônus de cuidar dos filhos menores não recaia somente para um dos genitores, já que na maioria das vezes somente a mãe detinha da guarda e o pai somente pagava a pensão alimentícia decretada em juízo, restando então para a mãe todo o restante na criação do filho.

Com a guarda compartilhada, ambos genitores poderiam estar mais presentes na educação do filho, gerando grandes benefícios aos menores que sempre iriam ter presente a figura do pai e da mãe mesmo que separados, efetivando o poder familiar, podendo evitar possíveis conflitos futuros entre os filhos e os pais separados. (RAMOS, 2016, p.73)

Com isso, o princípio maior do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que é o da busca do melhor interesse do menor, está enraizado e protegido, uma vez que os benefícios se espelham nesse sentido de proteção da criança.

Com a guarda compartilhada, os menores envolvidos estarão sempre se sentindo amparados pelos pais, mesmo que esses não vivam em união, mas buscam trazer aos filhos o que há de melhor, sem que haja contenda nas decisões ou na contribuição financeira, sempre participando da vida dos filhos (AZEVEDO, 2013, p.231)

2.2 ACORDO DE GUARDA COMPARTILHADA E UNILATERAL SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL.

Destarte, a lei nº 11.698 foi sancionada no ano de 2008 trazendo então o instituto da guarda unilateral ou compartilhada que podem ser requeridas com consenso dos pais ou isoladamente por um só, mesmo após o divórcio. (AZEVEDO, 2013, p.231)

Com essa inovação legislativa, ficou então possibilitado aos pais separados ou divorciados, optarem pelo acordo de guarda, sob um consenso mútuo observando e obedecendo todos os requisitos impostos em lei.

O Art. 1.584, inciso II do Código Civil de 2002, retrata que a guarda compartilhada será concedida pelo juiz observando as necessidades do filho ou em razão da distribuição do tempo necessário de convívio com o pai, e aqui se vê claramente que é observado o melhor interesse do menor, que deve ser levado em conta em todo despacho ou sentença judicial. (AZEVEDO, 2013, p.231).

Um ponto importante que se deve atentar é que, em casos em que os pais não entrem em acordo quanto a guarda do menor envolvido na separação, deverá então ser estipulada a guarda compartilhada, salvo quando houver declaração de um dos genitores de que não deseja a guarda do filho, entendendo assim como a compartilhada uma regra e a unilateral uma exceção. (Art. 1.584, § 2º do código civil de 2002).

Existem duas condutas claras e diametralmente opostas e que se posicionam de modo distinto no tocante ao estabelecimento obrigatório da guarda compartilhada, podendo ser chamada uma dessas vertentes de otimista, liderada por países como Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, ou os chamados países sangue frio, nos quais a guarda compartilhada é imposta, e essa corrente preserva a guarda conjunta existente ao tempo da coabitação dois pais, enquanto a corrente pessimista, em transito nos países considerados sangue quente, como Brasil, Espanha e Portugal, confere um poderoso poder de veto à mãe, pois para a jurisprudência desses países, a guarda compartilhada depende de uma atitude positiva de ambos os genitores e não cabe impô-la diante de uma atitude reticente da mãe, tratando-se a guarda conjunta de um regime excepcional, porque precisam os pais trocarem informações sobre os rebentos para unificar as pautas desenvolvidas no interesse dos filhos e se lhes falta o diálogo eles põem em risco os cuidados e atenções devidas aos filhos. (MADALENO, 2019, p.451)

Após ser escolhida e homologada o modelo de guarda, sendo ela a compartilhada ou a unilateral, devem os genitores atentar a todas as regras estipuladas pelo juízo, e o não cumprimento das medidas estipuladas quanto a guarda, acarretará aos pais as medidas expostas no § 4º do artigo supracitado.

2.3 PREJUÍZOS AO MENOR ANTES DA REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA.

Sabe-se que o número de divórcios ou separações de casais com filhos é crescente no Brasil por diversos motivos e em muitos desses casos o casal possui filhos menores. Nessa ocasião, o filho menor acaba ficando à mercê da própria sorte tendo sua vida decidida através de processos judiciais.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) através de levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) o crescimento de divórcios no Brasil apresentou espantoso crescimento de 269 % no período de 1984 a 2016, trazendo ainda que o Brasil conta com cerca de 581,8 dissoluções de casamento por ano até 2018.

Isso mostra como a evolução do direito brasileiro impactou nas relações de família, já que com as inovações legislativas os divórcios acabaram se tornando mais acessíveis e menos morosos, trazendo mais efetividade quando buscado pelo casal.

A lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014 veio com o intuito de regular e dar significado à guarda compartilhada, alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 ambos do Código Civil brasileiro de 2002 tratando em seu capítulo XI Da proteção da Pessoa dos Filhos. (RAMOS, 2016, p.74)

Antes da regulamentação do instituto, os casos de separação e divórcio que envolvia filhos menores era demasiadamente complicado visto que em muitos casos o pai não assumia responsabilidade além de pagar pensão alimentícia mensalmente, recaindo sobre a mãe todas as demais responsabilidades com o filho.

Nos casos em que há menores, o casal não pode optar pelo simples divórcio em cartório, devendo então submeter-se a um processo um pouco mais complicado pois, a Lei prega que nesses casos devem prevalecer o melhor interesse do menor regido pelo ECA, mais precisamente no Título I da lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

O Código Civil brasileiro em seu artigo 1.584 trata sobre a guarda unilateral e compartilhada, sendo essa escolhida com consenso ou não pelo casal ou por apenas um deles que deverá requerer tal guarda. O referido artigo também estipula sanções para os pais que não obedecerem aos requisitos do acordo de guarda.

Após toda a tramitação do processo judicial do divórcio regida pelo art. 731 do Código de Processo Civil de 2015, poderá o casal com filhos optar pelo acordo relativo a guarda dos filhos como disposto no inciso III do artigo supracitado. Então, a partir do acordo, escolhendo o ex-casal pelo modelo de guarda compartilhada, irão dividir as responsabilidades enquanto a criação, educação e tudo o que o filho menor precisar para sua subsistência, e essa guarda compartilhada irá fazer com que os genitores mantenham contato frequentemente para que possam então efetivar o modelo de guarda, trazendo assim um benefício imensurável para a vida do menor envolvido.

Assim como a compartilhada, a guarda unilateral é regulada pelo Código Civil brasileiro em seu art. 1.583 e seguintes, diferenciando-se daquela pelo fato de que nessa não há uma efetiva divisão de obrigações referente aos filhos já que a guarda detém-se apenas para uma das partes, porém, a parte que não detenha a guarda está obrigada a fiscalizar tudo o que acontece com o filho e o genitor detentor da guarda, buscando sempre informações que possibilitem identificar que o interesse dos filhos estão sendo atendidos de maneira efetiva não deixando que nada falte ao menor, sendo esses interesses o acesso à educação, saúde física e psicológica obedecendo o disposto no § 5º do art. 1.583.

Independentemente do modelo de guarda acordada pelo casal, a observância que se deve ter será sobre o princípio do melhor interesse do menor, apregoado pelo estatuto da criança e do adolescente, buscando sempre protegê-lo de qualquer que seja o dano que possa sofrer por uma indecisão ou conflitos de seus genitores, lembrando que o juiz, vendo que nenhum dos genitores estão aptos a deter a guarda do menor, irá então buscar alguém da família que possa se adequar a guarda e beneficiar o menor, observando o grau de parentesco e relações de afinidade do familiar, nos termos do Art. 1.584 § 5º do Código Civil.

3. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA.

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

A expressão violência deriva da palavra latina “vis” que expressa tipo de pessoa repugnante, agressiva ou com falta de consideração. O termo violência surgiu no século XIII para identificar pessoas que se enquadrassem nos adjetivos citados acima, já que a época a violência era muito comum especialmente contra as mulheres. (FERNANDES, 2015, p.47)

Assim, se entende que a violência vem desde os primórdios da humanidade, como um meio de mostrar força em uma cultura agressiva, onde aquele que é mais forte detinha mais poder sobre o mais fraco, o que era tido como normal nessa

cultura, já que a mulher muitas vezes submetia-se a agressões do homem por qualquer motivo, tendo essa ação como algo normal e necessário para o convívio com a mulher.

Com o passar do tempo, o conceito de violência contra a mulher teve uma atenção especial pela convenção de Belém do Pará que foi adotada no Brasil em 9 de junho de 1994 criada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para que fosse dado significado a violência contra a mulher trazendo com o Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996, em seu Artigo 1, definição de violência como qualquer ação contra a mulher, baseada no gênero que venha causar morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, na esfera pública ou privada.

A violência contra a mulher não é somente agressão física como já se pensa de início, mas é também a psicológica, sexual, patrimonial e moral elencados no Art. 7º e incisos da lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. (FERNANDES, 2015, p.49)

Destarte, pensar que a violência contra a mulher se limita somente a agressão física, torna-se um equívoco, uma vez que ela vai muito além disso.

Na legislação brasileira, com a vigência da Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 que veio para coibir a violência contra a mulher, em seu Art. 7º, distribui-se as formas de violência, quais sejam:

Violência física que consiste em qualquer tipo de agressão contra a mulher que atente contra sua integridade física ou saúde corporal, ocorrendo quando o homem parte para cima da mulher causando alguma lesão corporal.

Violência psicológica, acontece quando o homem trabalha sob o psicológico da mulher sem necessariamente agredir fisicamente, mas com dizeres que muitas vezes abalam a mulher de uma maneira tão grave que acaba com sua autoestima ou causa algum dano emocional que traz consigo diversos problemas psicológicos, sendo essa muitas vezes é a maneira de violência mais comum em meio a sociedade uma vez que o homem usa de sua persuasão contra a mulher fazendo com que ela acredite que não tenha valor ou condição de se defender das ofensas.

Violência sexual, que consiste em qualquer ato que traga constrangimento a mulher a praticar algum ato sexual sem seu consentimento.

Violência patrimonial, que ocorre quando o homem retém qualquer que seja bens da mulher, como em muitos casos em que a mulher trabalha todos os meses e tem seu salário completamente controlado pelo companheiro.

Violência moral, quando há alguma ofensa a honra da mulher relacionada a conduta em que o homem cometa que configure calúnia, difamação ou injúria.

Na legislação estrangeira, são referidas outras formas de violência. Na Argentina, a legislação menciona a violência simbólica contra a mulher que, por meio de “padrões estereotipados, mensagens, valores, ícones ou sinais transmita ou reproduza dominação, desigualdade e discriminação nas relações sociais, naturalizando a subordinação da mulher na sociedade”. Em Angola, a Lei da Violência Doméstica compreende o abandono familiar, consistente em “qualquer conduta que desrespeite, de forma grave e reiterada, a prestação de assistência nos termos da lei. (FERNANDES, 2015, p.48)

Com o decorrer do desenvolvimento legislativo brasileiro e com a busca incessante de igualdade de direitos e respeito para com as mulheres, elas vieram conquistando cada vez mais seu espaço e obtendo o respeito que merecem, entretanto ainda existem inúmeros casos de violência contra a mulher em todo o mundo, uma vez que grande parcela tem medo de se posicionar contra os fatos e denunciar seus agressores, pois muitas vezes usam de ameaça para intimidá-las, mesmo que haja a lei Maria da Penha que contém mecanismos processuais eficazes e seguros que buscam coibir qualquer represália por parte do agressor quando a mulher efetua denuncia, efetivando a função protetora da lei.

3.2 ESPÉCIES DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

Antes da edição da nova lei, os casos que envolviam violência contra a mulher tinham competência de julgamento pela Lei n.º 9.099/95 por juizados especiais, tratando as causas de crimes de menor potencial ofensivo. A Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, é uma inovação legislativa que trouxe um marco de extrema importância para as mulheres, pois através dela criou-se mecanismos para coibir a violência cometida contra a mulher e defendê-la em todos os seus direitos de forma digna e segura.

A lei foi criada em homenagem a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, uma importante figura feminina que sofreu muitas agressões e lutou para que seu agressor fosse condenado, assim, com base nessa sua luta para responsabilizar o agressor, o legislador brasileiro inspirou-se na criação de uma lei severa que viesse a proteger a mulher efetivamente e punir o agressor.

As conquistas trazidas com a edição da lei Maria da Penha, elencaram diversas disposições que antes eram carentes no ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente trazendo uma distinção entre a violência cometida no meio comunitário, pessoal e estatal, tratando então como restritiva, considerando a violência cometida no contexto pessoal. (FERNANDES, 2015, p.49)

As medidas protetivas de urgência são mecanismos de defesa trazidos com a edição da lei Maria da Penha, sendo usadas para proteger a integridade da mulher que sofreu algum tipo de violência. Com elas, em casos onde a vítima busca ajuda, deverá ser aplicada a medida mais benéfica em proteção a mulher o mais rápido possível, podendo até a autoridade policial requerer a prisão preventiva do agressor em qualquer fase da instrução criminal, nos termos do Art. 20 da referida lei.

Os mecanismos que podem ser adotados em casos de violência, são elencados na seção II da Lei nº 11.340 de 2006 em seu Art. 22 e incisos, sendo eles disponíveis para aplicação pelo juiz que aplicara em conjunto ou separadamente as medidas protetivas de urgência que melhor se encaixe no caso e traga efetividade para a decisão.

A medida protetiva de urgência mais comum adotada pelos juízes é o afastamento do lar ou local de convivência com a mulher, fazendo com que o agressor fique proibido de se aproximar obedecendo um certo distanciamento. Porém poderá ser adotada medida diversa, a depender de cada caso concreto, como suspensão da posse ou restrição do porte de armas geralmente aplicadas aos servidores de segurança pública ou afins; afastamento do lar; proibição de determinadas condutas; restrição de visita aos dependentes menores e prestação de alimentos, estabelecidas no rol do Art. 22 da lei Maria da Penha.

A lei nº 13.984 de 03 de abril de 2020, promulgada pelo atual presidente da república Jair Messias Bolsonaro, veio incluindo os incisos VI e VII no Art. 22 da Lei Maria da Penha, onde no inciso VI estabelece a obrigação do agressor a comparecer em programas de recuperação e reeducação e no inciso VII estabelece que ainda deve se submeter a um acompanhamento psicológico individual ou em grupo.

Nota-se com essa nova lei que o legislador pensou em um modo de prevenção de reincidência do agressor em cometer novas condutas violentas contra a mulher, pois oferecendo esses atendimentos de recuperação, reeducação e acompanhamento psicológico, o agressor será submetido a um acompanhamento mais próximo onde os profissionais que irão atendê-lo, buscarão entender os motivos de suas condutas buscando uma maneira de evitar que possa agir novamente de maneira errônea, podendo essas medidas ser consideradas de caráter preventivo, já que certamente irão evitar a violência contra a mulher.

Uma outra inovação legislativa tratando sobre medida protetiva veio com a lei nº 13.827 de 13 de maio de 2019 autorizando agora as autoridades judiciais e policiais decretarem medida protetiva de urgência àquelas mulheres que estão sob risco iminente após violência doméstica.

Com essa inovação, a segurança da mulher é ainda mais eficaz, pois antes, as medidas protetivas de urgência careciam de liberação dos juízes para serem aplicadas aos casos e isso dependia de um procedimento muito mais moroso e conseqüentemente mais perigoso para a mulher pois esta estava em constante risco de o agressor cometer algo ainda mais grave, então com a alteração não se faz mais necessário aguardar essa liberação judicial quando ficar evidente conforme o Art. 12-C da Lei nº 11.340, que exista um risco atual ou iminente a vida ou integridade física da mulher em situação de violência.

Nesses casos, observando os riscos iminentes, a própria autoridade policial por meio do delegado de polícia irá determinar o imediato afastamento do agressor e logo após, nos termos do Art. 38-A da mesma lei, o juiz competente irá registrar a medida protetiva de urgência estabelecida em favor da mulher remetendo esse registro ao banco de dados do CNJ onde o Ministério Público, Defensoria Pública e órgãos de assistência pública e de assistência social, irão fiscalizar o cumprimento e a efetividade da medida protetiva imposta.

4. CONFLITO PELA INCOMPATIBILIDADE DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA COM A GUARDA COMPARTILHADA

Após entendimento dos institutos das medidas protetivas de urgência e a guarda compartilhada, e suas respectivas histórias, aplicações e funções, resta entender quais são os conflitos que podem ocorrer quando ambos forem aplicados simultaneamente em um caso concreto, já que a ocorrência de aplicações de medidas protetivas de urgência em proteção a mulher é comumente aplicada mesmo quando há um acordo de guarda compartilhada entre os genitores.

Antes de tudo, se deve salientar que a guarda compartilhada é um mecanismo que busca primeiramente a efetivação do princípio do melhor interesse do menor estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando sempre aquilo que for de interesse e cuidados ao menor.

A guarda compartilhada ainda deve ser um meio de que os genitores tenham participação conjunta na vida do filho, uma vez que todo o alicerce que guiará a vida da criança depende de parcela importante do convívio com seus genitores, e para isso, nesse modelo de guarda, deverão estar em comum acordo e designados a efetivar o que foi pactuado. Nesse Sentido Rolf Madaleno diz:

A guarda compartilhada legal procura fazer com que os pais, apesar de sua separação pessoal, e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e sigam responsáveis pela integral formação da prole, mesmo estando separados, obrigando-se a realizarem da melhor maneira possível suas funções parentais. (MADALENO, 2019, p. 451)

Destarte, se tratando a partir disso sobre as medidas protetivas de urgência, pode-se observar sérios conflitos que trazem um enorme embaraço no que se refere a efetivação da guarda compartilhada, já que em diversos casos, casais que possuem o acordo de guarda compartilhada, acabam passando por situações em que o homem acaba cometendo violência contra a mulher, podendo esse agressor ser penalizado pela lei Maria da Penha, iniciando assim um conflito de institutos.

O Art. 22 da lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, traz um rol de medidas protetivas de urgência que podem ser aplicadas obrigando o agressor em algumas penalizações, sendo as conflitantes as que estão nos incisos II, III e IV do artigo supracitado.

O inciso II traz que o juiz poderá, caso constatada a violência contra a mulher, determinar que o agressor se afaste do lar ou qualquer local de convivência com a ofendida, para assegurar a integridade da mulher, entretanto, com essa medida há um choque frontal caso esse mesmo casal possua um acordo de guarda compartilhada, pois para a efetivação do modelo de guarda o pai teria que se aproximar da mãe para cumprir com suas obrigações concernentes a guarda.

Já o inciso III do mesmo artigo, constatada a violência, o agressor que nesse caso não convive com a vítima, será penalizado com a proibição de aproximação da vítima, também gerando o mesmo conflito, já que o pai terá dificuldades ou até a impossibilidade de cumprir com seus deveres de família referente a guarda do filho.

Ainda no inciso IV do Art. 22 da lei Maria da Penha, o agressor será penalizado com a restrição ou suspensão a visita aos dependentes menores, impossibilitando em casos de guarda compartilhada que o pai também possa cumprir com seus deveres, gerando assim os conflitos dos institutos. Nesses casos o juiz deverá observar ainda o que dispõe o Art. 23, inciso III, afim de que sua determinação não traga prejuízos em relação aos bens, guarda dos filhos e alimentos.

No enfoque da proibição ou restrição de visita aos dependentes menores em casos que o genitor venha agredir a mãe da criança, há entendimento jurisprudencial que demonstra não só o conflito entre os institutos, mas também o

comprometimento do direito constitucional do pai em visitar a criança para exercer suas funções paternas.

Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios decide:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RECEBIDO COMO RECLAMAÇÃO. ARTIGO 232 DO REGIMENTO INTERNO DO TJDF. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICABILIDADE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DEFERIDAS. SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS DOS FILHOS COMUNS. REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL. RECLAMAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Em razão do princípio da fungibilidade, o recurso em sentido estrito interposto em face de decisão que defere medidas protetivas pode ser conhecido como Reclamação Criminal, na forma do art. 232, do Regimento Interno do TJDF. 2. A teor do artigo 19, da Lei nº 11.340/2006, as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público ou da vítima. Todavia, é necessário, para tanto, que o pedido seja acompanhado de indícios mínimos de provas, porquanto seu deferimento enseja restrição de direitos da pessoa. Torna-se indispensável, portanto, a demonstração de fundados indícios de cometimento de ilícito penal bem como da grave situação de perigo causado pelo requerido. No caso dos autos, os referidos requisitos restaram demonstrados diante das informações prestadas pela ofendida e pela testemunha, no sentido de que ela vive acuada pelo reclamante, o qual frequentemente a agride, com palavras, gestos e ações. 3. A convivência entre pai e filha não deve e não pode ficar à mercê das brigas e desentendimentos do ex-casal. Não havendo nos autos elementos materiais suficientes que desabonem a conduta do pai em relação à filha, não há qualquer motivo para a manutenção da medida protetiva de suspensão do direito de visitas dos filhos comuns. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ-DF 07034097120198070012 DF 0703409-71.2019.8.07.0012, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Data de Julgamento: 05/03/2020, 3ª Turma Criminal, Data de

Publicação: Publicado no DJE: 17/03/2020, disponível em:
<<https://www.tjdft.jus.br/>>. Aceso em 15 out. 2020)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao julgar um Recurso em Sentido Estrito interposto pelo agressor, conhecendo-o parcialmente provido contra decisão do Juiz de primeiro grau que impôs medida protetiva de urgência contra o agressor com fundamento no Art. 22, inciso III, alínea 'c', e inciso IV da lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, obrigando o agressor a não manter qualquer tipo de contato com a vítima e com sua filha a qual os dois mantem sob guarda compartilhada, proibindo ainda o agressor de frequentar determinados lugares impostos na sentença.

No julgamento do Recurso em Sentido Estrito, o relator manifestou-se pelo não seguimento do recurso, alegando que esta não seria a medida processual apropriada para apreciar as decisões oriundas de medidas protetivas aplicadas pela lei nº 11.340 de 2006, analisado então o não cabimento do recurso, recebendo-o como reclamação, nos termos do Art. 232 do regimento interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Ainda no voto do desembargador relator do recurso, constatou-se a veracidade e cabimento da medida protetiva aplicada contra o agressor em benefício da vítima, sendo notável que esta vinha sofrendo ameaças constantes colocando-a em risco iminente, porém, a medida protetiva aplicada também atingiu o relacionamento entre pai e filha, vindo a afastar o agressor do convívio com a criança que, no entendimento do relator não se funda, uma vez que a convivência entre pai e filha jamais apresentou qualquer risco ou algum tipo de controvérsia que fizesse merecer alguma medida protetiva em face da filha. Decidiu então que fosse mantida a aplicação da medida protetiva em benefício da mulher e afastada a mesma medida em relação a criança, devendo o agressor atentar-se para não descumprir a medida que lhe resta, podendo sofrer as sanções do art. 24-A da Lei nº 11.340 de 2006.

Pelo que já é sabido, pode-se notar que as medidas protetivas de urgência, aplicadas em casos de casais que possuem acordo de guarda compartilhada de filhos menores, o conflito transcende o ex-casal, e afeta direitos da criança bem como os do próprio agressor.

Como já exposto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, possui o princípio maior de sempre buscar pelo melhor interesse do menor, o qual deve ser levado com a importância maior em todos os casos em que seja discutido. Nota-se ainda que mesmo que o agressor penalizado com uma medida protetiva de urgência por ter cometido alguma violência contra a mulher, ainda detém do direito de manter o convívio e aproximação com o filho menor, desde que não ofereça nenhum tipo de

ameaça. Portanto, uma medida protetiva aplicada sem o necessário estudo e acompanhamento próximo do caso, acaba por gerar um conflito pela incompatibilidade das medidas, uma vez que se for comprovado que o pai não oferece qualquer risco ao menor e que nos momentos de convivência com o filho, efetiva seu poder familiar com maestria, claro se faz que a aplicação de uma medida protetiva que afaste o pai do filho irá contra o princípio pregado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como ferir o direito constitucional do pai.

5. MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA POSSÍVEL SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

5.1 A MEDIAÇÃO COMO MEDIDA ALTERNATIVA.

No direito brasileiro muito se ouve falar sobre a solução pacífica dos conflitos, onde se busca um meio alternativo de resolver demandas sem que elas precisem necessariamente ser enviadas ao judiciário para apreciação, podendo então as partes recorrer a autocomposição, onde as partes conflitantes entram em acordo entre si e solucionam seus problemas; mediação onde os conflitantes escolhem alguém de confiança para ajudar na busca de uma solução do conflito facilitando a dinâmica do acordo de maneira que as partes sintam-se confiantes e satisfeitas com o que é decidido.

Trazendo para a ceara dos conflitos gerados pela aplicação de medidas protetivas de urgência na ocorrência de guarda compartilhada, vislumbra-se como já dito, um conflito colossal, uma vez que não se trata apenas do cometimento de crime contra a mulher, mas também no comprometimento de direitos das crianças estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o direito do pai em cumprir seu papel.

Mediante os conflitos gerados na ocorrência dos institutos supracitados, vê-se a possibilidade de submeter os casos ocorrentes a um processo de mediação com intuito preventivo, buscando maneiras mais brandas e que afastem conflitos familiares mesmo quando os pais da criança estejam separados, para que possam então exercer o poder familiar em harmonia.

O processo de mediação pode ser aplicado ao casal antes mesmo que seja imputada medidas protetivas de urgência em casos de violência, em busca de esclarecimentos dos conflitos entre os genitores num aspecto psicológico, para que de maneira sedimentada se encontre os motivos pelos quais surgem as condutas violentas por parte do agressor bem como a reação da mulher e das crianças envolvida no seio familiar.

A mediação não tem caráter punitivo, tampouco de decisão sobre os casos apresentados, mas busca-se uma maneira de aproximar as partes em conflito, de maneira que entendam que a falta de diálogo ou compreensão pode gerar problemas.

No enfoque da violência doméstica, as mulheres acabam se tornando submissas ao seu companheiro que aproveitam dessa submissão para se mostrar como mais forte acabando por agredir a mulher de alguma forma, fazendo com que ela sinta-se ainda mais fragilizada e desprotegida, nesse momento se faz importante o papel de um mediador, para que possa ajudar os envolvidos a encontrar uma maneira harmoniosa de convívio com intuito de evitar qualquer tipo de violência.

Nesse sentido, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva traz:

O objetivo da mediação não é necessariamente a obtenção de um acordo, mas gerar a transformação no padrão de comunicação entre os mediandos, para a construção da funcionalidade relacional. A mediação pode levar ao acordo, proporcionando opções e soluções mutuamente satisfatórias construídas pelos próprios mediandos. Isso não faz com que seja o acordo o objetivo da mediação. Nessa hipótese não se deve perder de vista a totalidade do conflito que não se resume apenas a disputas pontuais. (SILVA, 2013, p. 190)

A lei Maria da Penha é, sem dúvida alguma, um grande acerto do legislador brasileiro, uma vez que os direitos fundamentais recaem para todos independente do sexo ou gênero, e bem se fez ainda a lei em trazer as medidas protetivas de urgência a serem aplicadas aos casos nas quais cabem, porém como já discutido, os conflitos são verdadeiros e corriqueiros, visto que há o choque entre as medidas protetivas de urgência e guarda compartilhada, e que o Estado deveria aplicar métodos alternativos como a mediação para que esses conflitos pudessem ser diminuídos ou até extintos.

Ainda recai sob o Estado, a obrigação de promover a segurança no seio familiar, já que nesse sentido a Constituição Federal em seu Art. 226 traz que a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado, também trazendo em seu § 8º que o Estado assegurará a assistência a família e ainda criará mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações.

Fica claro pela interpretação constitucional, que a obrigação do Estado é notória e certa, possibilitando a criação de mecanismos de proteção e contra as ocorrências de violência familiar, e aqui reforça-se uma possível eficácia da

implantação da mediação às partes que figuram um contexto de violência doméstica e que nele ainda tenha a figura de uma criança menor.

5.2 A PONDERAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Como já citado, a aplicação de medidas protetivas de urgência num contexto familiar em que exista um acordo de guarda compartilhada acaba por gerar o conflito entre os institutos, uma vez que as decisões judiciais da vara de família irão homologar o acordo de guarda compartilhada entre os genitores estipulando a eles suas obrigações concernentes ao menor e a busca pelo respeito ao princípio estabelecido pelo ECA. Por outro lado, em casos de violência cometida contra a mulher por seu ex-companheiro, a vara criminal irá impor medida que afaste o agressor da vítima e conseqüentemente do menor envolvido.

Essas decisões judiciais que geram esses conflitos deveriam ser melhor analisadas pelos julgadores para que se possa tomar uma decisão que não gere conflitos entre si. Antes das decisões, seria de extrema importância um acompanhamento próximo ao caso, estudando a família e todo seu contexto, pois em muitos casos a medida protetiva de urgência cabe somente à mulher e não deveria gerar efeitos para o menor envolvido, por isso se faz necessário esse acompanhamento, buscando saber como é a convivência do pai com o filho sob o aspecto da guarda compartilhada e se oferece algum risco ao menor, e caso seja comprovado que não ofereça risco, o judiciário possa então buscar alguma alternativa para que mesmo com a aplicação de medida protetiva de urgência, a guarda compartilhada possa seguir seu plano.

Através de um acompanhamento mais próximo desses casos, o Estado poderia conhecer e identificar melhor o convívio entre o pai e o menor, a fim de evitar o conflito, e nesse enfoque buscar algumas medidas alternativas como a escolha algum familiar próximo que contribua para que o pai possa continuar o contato com o filho e efetivar seu papel paterno bem como manter seu direito constitucional de manter contato com o filho.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, julgou mandado de segurança tratando a questão de suspensão do direito de visitas ao filho menor:

MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS AO FILHO MENOR. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIAL. O impetrante se insurge contra a decisão que deferiu em favor da vítima medida protetiva de urgência

de suspensão do direito de visitas ao filho menor. Situação noticiada nos autos pela vítima que dá conta de que o impetrante já teria agredido o filho, bem como teria dito, na mesma oportunidade, que o que menos me custa é te degolar, te jogar aí na vala dos trilhos e levar o bebê embora, tendo a ofendida muito medo das atitudes do acusado com o filho menor, o que justifica, num primeiro momento, a imposição da medida protetiva de suspensão de visitas ao filho menor. No entanto, a imposição da medida protetiva de urgência de suspensão de visitas deve ser deferida/mantida com extrema cautela, para evitar prejuízo irreparável à criança, que tem direito ao convívio com seus pais. Impositiva a realização de estudo social na origem, a fim de verificar a necessidade, ou não, de manutenção da referida medida protetiva. **SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA.** (Mandado de Segurança Nº 70080712615, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em... 03/04/2019).

(TJ-RS - MS: 70080712615 RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 03/04/2019, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/04/2019, disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 14 out. 2020)

A decisão que culminou o afastamento do genitor de seu filho, se deu a pedido da vítima que alegou que ela e a criança sofriam violência e ameaças constantes, colocando tanto a vida da mãe como da criança em risco.

Ao julgar o mandado de segurança, os desembargadores entenderam por conceder parcialmente, determinando que o juízo que prolatou a sentença realizasse urgentemente um estudo social a fim de verificar se a medida protetiva aplicada ao caso deveria ser mantida ou não, uma vez que deve ser observado o melhor interesse do menor, que pode sofrer danos irreparáveis caso uma medida seja tomada equivocadamente.

6. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, percebe-se que o instituto da guarda compartilhada é um mecanismo de extrema importância e relevância no que se diz respeito ao bom desenvolvimento da criança, e que através desse modelo de guarda, o menor terá resguardado os seus direitos e efetivado o princípio adotado pelo

Estatuto da Criança e do adolescente. Nesse mesmo contexto, nota-se um conflito quando, na eminência desse modelo de guarda, acontece algum tipo de violência cometida pelo pai contra a mãe da criança, resultando na aplicação de uma medida protetiva de urgência contra o agressor.

No que concerne ainda a guarda compartilhada e a guarda unilateral, o código civil brasileiro expõe as regras específicas para cada modelo, trazidas com as inovações legislativas que alteraram os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, devendo os genitores obedecer aquilo que foi decidido em juízo, sendo importante salientar que a guarda compartilhada sempre será regra e a unilateral uma exceção, a depender daquilo que cada genitor decidir, uma vez que a guarda compartilhada mesmo sendo regra, não será obrigatória, já que aquele que não tiver interesse nesse modelo de guarda poderá expressar sua vontade.

As inovações legislativas trazidas no âmbito da guarda compartilhada, trouxeram às crianças muito mais segurança para o futuro, já que antes da regulamentação da guarda compartilhada, esses menores eram prejudicados pela carência de uma proteção legislativa que agora não mais existe no direito brasileiro.

Ainda é notável que a lei Maria da Penha é um grande acerto legislativo, advinda com a lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, com inspiração na história da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que foi uma vítima de violência cometida por seu companheiro e que lutou para que ele fosse condenado, trazendo nesta lei, as espécies de medidas protetivas de urgência de proteção à mulher a serem aplicadas a depender do caso apresentado, onde o juiz ou até mesmo a autoridade policial na figura do delegado de polícia, poderá aplicar a medida cabível o mais rápido possível, trazendo então efetividade nas normas e a proteção dos direitos conquistados pelas mulheres vítimas de violência.

A aplicação dos dois institutos conjuntamente traz conflitos sérios, os quais não deveriam existir, já que esses conflitos ferem diretamente direitos constitucionais, quais sejam, o direito do pai em estar próximo do filho para cumprir seu papel no anseio familiar e o direito da criança de ter próximo o seu genitor.

É imprescindível que o Estado adote as medidas alternativas como a mediação para a busca da solução dos conflitos gerados pelos institutos, uma vez que se aplicado os métodos de mediação por um profissional qualificado e comprometido com a causa, muitos problemas familiares poderão ser extintos e conseqüentemente acontecerá uma queda nas ações punitivas aplicadas pelo Estado em casos de violência do tipo.

Ainda é necessário a ponderação concernente as decisões judiciais aos casos em questão, pois quando se aplica uma medida protetiva de urgência, muitas vezes não é observado todo o contexto familiar, acabando por comprometer aquilo que não deveria, como o convívio do genitor com o menor envolvido. Deve então haver esse trabalho com acompanhamento pormenorizado do caso, para buscar se o agressor oferece risco ao menor, e caso não ofereça, deve ser afastada a medida protetiva em face da criança, para que o pai possa efetivar seu papel.

Essa mediação e a ponderação nas medidas judiciais se fazem necessárias para que no contexto familiar, as partes envolvidas possam submeter-se a essas técnicas de mediação e decisões judiciais, de modo que busquem soluções que tragam um melhor convívio entre os genitores, mesmo que já separados e não vivam no mesmo teto, buscando um diálogo amigável e conciso, levando em consideração, acima de tudo, o comprometimento de trazer o melhor para o menor envolvido, que através das ações realizadas pelos pais, e das decisões tomadas em juízo, se possa enxergar uma maneira de que o menor possa viver e crescer com dignidade e acima de tudo, respeito.

7. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça, **Direito de Família Curso de Direito Civil**, São Paulo: Editora Atlas, 2013

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de 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 julho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm> Acesso em: 21 set. 2020

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 27 mai. 2020

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 27 mai. 2020

BRASIL. Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019. **Autoriza aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial e policial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm> Acesso em 28 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.984, de 03 de abril de 2020. **Altera o art. 22 da lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13984.htm#art2> Acesso em: 29 set. 2020

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 28 mai. 2020

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 15 set. 2020

BRASIL. Portaria GPR 354 de 16 de março de 2016. **Determina a publicação do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.** Disponível em https://www2.tjdft.jus.br/regimento_interno.html Acesso em: 02 out. 2020

FERNANDES, Valéria Diez Scarence, **Lei Maria da Penha.** São Paulo: Editora Atlas, 2015

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Em 33 anos, divórcios aumentam 269%, enquanto população cresceu apenas 70%, 2018.** Disponível em: < <https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16311/>> Acesso em: 21 set. 2020.

MADALENO, Rolf, **Direito de Família**, 9ª edição, Porto Alegre, Editora, Forense, 2019

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers, **Poder familiar e guarda compartilhada**, São Paulo: Editora, Saraiva, 2016

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (Org.). **Mediação de Conflitos.** 1ª edição. Editora Atlas, 2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em 14 out. 2020

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/>>. Acesso em 14 out. 2020

APLICAÇÃO DO ARTIGO 112 DA LEI 7.210/1984 (LEP), APÓS AS ALTERAÇÕES REALIZADAS PELA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME), NOS CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS COMETIDOS POR REINCIDENTES

CARLOS ALEXANDRE PACHECO: Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho, pós-graduado em Gestão Pública pelo Instituto Superior de Educação (INSEP), pós-graduando em Docência em Ensino Superior pela Unicesumar, graduando em Licenciatura em História pela Unicesumar, atualmente no cargo de Analista Judiciário – Área Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR

Resumo: O presente estudo visa analisar recente mudança trazida pela Lei 11.694/2019 (Pacote Anticrime) com relação ao lapso temporal necessário para fins de progressão de regime, em especial para aqueles considerados reincidentes genéricos e que vierem a cometer algum crime hediondo ou equiparado. O atual estudo tem a pretensão de identificar uma possível omissão do legislador que, com intenções iniciais de agravar a progressão de regime para determinados tipos penais e agentes criminosos, acabou promovendo o que denominamos de *novatio legis in mellius* para alguns casos tratados com maior rigor até então. Além do raciocínio dedutivo, serão empregadas técnicas comparativas de trechos de leis, com descrição e indicação de julgados sobre o tema.

Palavras-chave: pacote anticrime; progressão; reincidente; crime hediondo ou equiparado.

Abstract: The present study aims to analyze a recent change brought by Law 11.694/2019 (Anticrime Package) regarding the time lapse necessary for the purposes of regime progression, especially for those considered to be general repeat offenders and who may commit some heinous or similar crime. The current study intends to identify a possible omission by the legislator who, with initial intentions of aggravating the regime's progression for certain criminal types and criminal agents, ended up promoting what we call *novatio legis in mellius* for some cases treated with greater rigor until so.

Keywords: anti-crime package; progression; recidivist; heinous or similar crime.

Sumário: Introdução. I – Reincidência Genérica x Específica; Alteração legislativa. III – *Lex mitior*. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

Dentre as várias alterações trazidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), com vigência a partir do dia 23 de janeiro de 2020, identifica-se a centralização e nova disposição do lapso temporal a ser cumprido pelo apenado para fins de progressão de regime no art. 112 da Lei de Execuções Penais (LEP).

Antes da reforma, a fração de cumprimento exigida para progressão de regime era disposta da seguinte maneira, com exceção daqueles casos de mulheres gestantes ou que forem mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência (§3º do art. 112 da LEP^[1]):

Crime	Antecedentes	Fração	Previsão legal
Comuns	Primário ou Reinc.	1/6	Art. 112 da LEP
Hediondos e equip.	Primário	2/5	Art. 2º, §2º da Lei 8.072/1990
Hediondos e equip.	Reincidente	3/5	Art. 2º, §2º da Lei 8.072/1990

Para aqueles condenados pelo cometimento de crime hediondo ou equiparado, quando já portadores de reincidência, a fração de pena a ser cumprida era a de 3/5 (três quintos) da pena para a obtenção da progressão de regime prisional.

Nesse diapasão, verifica-se que a reincidência influencia diretamente na concessão de benefícios, progressão de regime, fixação do regime inicial de cumprimento da pena, entre outros.

Discutiu-se, por determinado tempo, se o termo *reincidente* a que se referia o §2º do art. 2º da Lei 8.072/1990^[2] (LCH) abrangia a reincidência *específica* ou somente a *genérica*: a) **específica**: A prática de crime da mesma natureza daquele pelo qual foi anteriormente condenado (ex.: latrocínio + roubo com emprego de arma de fogo); b) **genérica**: o cometimento de qualquer infração penal, desde que seguidos os ditames do art. 63 do Código Penal^[3] (CP) para sua configuração (ex.: estelionato + ameaça).

Desta forma, não tendo a legislação exigido a reincidência específica / da mesma natureza, a nova condenação por crime hediondo ou equiparado exigia o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena para fins de progressão de regime. O assunto já estava pacificado nos tribunais:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PROGRESSÃO DE REGIME. PRAZOS DA LEI N.º 11.464/2007 QUE DEVEM SER RESPEITADOS. RÉU CONDENADO ANTERIORMENTE POR DELITO COMUM. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE. DISTINÇÃO NÃO REALIZADA PELA LEGISLAÇÃO. PRIMARIEDADE NÃO CARACTERIZADA. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 3/5 DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. I. Praticado delito hediondo na vigência da Lei n.º 11.464/2007, devem ser respeitados os lapsos temporais de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/2006 para o livramento condicional. II. O legislador, ao impor a fração de 3/5 de pena cumprida aos reincidentes, para fins de obtenção da progressão de regime, não distinguiu as modalidades de reincidência, tendo apenas exigido a condição de primário àqueles agentes condenados pela prática de delito hediondo, para que o lapso temporal utilizado para o cálculo da concessão do benefício fosse o de 2/5. III. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que o § 2º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, modificado pela Lei n.º 11.464/2007, não faz distinção entre reincidência comum ou específica, devendo, portanto, incidir a fração de 3/5 a todos os agentes reincidentes, independentemente da natureza do delito antes cometido. IV. Tendo o réu praticado delito hediondo e diante de sua condição de reincidente, deve ser respeitado o lapso temporal de 3/5 de pena cumprida para fins de obtenção da progressão de regime, não havendo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado. V. Ordem denegada. (HC 176.123/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/3/2012, DJe 20/3/2012).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO DE REGIME. EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 3/5 DA PENA. ART. 2º, § 2º DA LEI N. 8.072/1990, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.464/2007. REQUISITO OBJETIVO. DESNECESSIDADE DE QUE A REINCIDÊNCIA SEJA ESPECÍFICA EM CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. ORDEM DENEGADA. 1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, previu lapsos mais gravosos à progressão de regime, ao estabelecer que a transferência do modo prisional dar-se-á após o resgate de 2/5 (dois quintos) da pena corporal, se o condenado for primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente. 2. A Quinta Turma deste Sodalício já se posicionou no sentido de que aludido dispositivo legal não fez qualquer menção à necessidade da reincidência ser específica em crime hediondo ou equiparado. 3. In casu, a paciente ostenta condenação anterior por roubo circunstanciado, fundamento suficiente para a incidência do requisito objetivo previsto no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90. 4. Ordem denegada. (HC 143.138/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 31/08/2011).

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME. EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 3/5 DA PENA. REQUISITO OBJETIVO. ART. 2º, § 2º. DA LEI 80.72/90 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.464/07. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA PORQUE O PRIMEIRO DELITO NÃO É HEDIONDO OU EQUIPARADO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO SE EXIGE QUE REINCIDÊNCIA SEJA ESPECÍFICA EM CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, a progressão de regime para o condenado por crime hediondo dar-se-á após o cumprimento de 3/5 da pena, se reincidente. Não se exige que a condenação anterior tenha sido por crime hediondo ou equiparado. Coordenação de Comissões Permanentes - DECOM - P_3630 CONFERE COM O ORIGINAL AUTENTICADO PL-5193/2013 4 2. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 179.576/MS, Rel.

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010).

I – REINCIDÊNCIA GENÉRICA X ESPECÍFICA

A reincidência pressupõe a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado pela prática de um crime. Dessa forma, somente há reincidência quando o agente comete nova infração penal após sentença condenatória que não caiba mais recurso.

A regra é estabelecida nos artigos 63 do CP e 7º da LCP:

Art. 63 do CP. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 7º da LCP. Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

De forma simplificada, podemos ilustrar com a seguinte tabela:

Sentença anterior com trânsito em julgado	Infração penal posterior	Reincidência	Fundamento
Crime cometido no Brasil	Crime	SIM	Art. 63 do CP
Crime cometido no exterior	Crime	SIM	Art. 63 do CP
Crime cometido no Brasil	Contravenção	SIM	Art. 7º da LCP
Crime cometido no exterior	Contravenção	SIM	Art. 7º da LCP
Contravenção cometida no Brasil	Contravenção	SIM	Art. 7º da LCP
Contravenção cometida no exterior	Contravenção	NÃO	-
Contravenção cometida no Brasil	Crime	NÃO	-

Contravenção cometida no exterior	Crime	NÃO	-
-----------------------------------	-------	-----	---

Quanto a natureza jurídica, trata-se de circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal. Por ser uma circunstância subjetiva, não se comunica a partícipe ou ao coautor.

A reincidência específica, que no geral recebe tratamento mais severo, ocorre quando os crimes que se sucedem são da mesma espécie. O termo é equívoco e pode comportar diferentes significados, conforme leciona Fernando Capez em sua obra Curso de Direito Penal (CAPEZ, 2008, p. 410):

Reincidência específica: o termo é equívoco, comportando diferentes significados. Está previsto Lei de Crimes Hediondos e consiste na reincidência em qualquer dos crimes previstos na Lei 8.072/90. Reincidente específico para a Lei 8.072/90 é, portanto, o reincidente em qualquer crime nela previsto, e seu efeito é o de impedir o livramento condicional. (...) Na Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, que introduziu o §3º no art. 44 do CP, a reincidência específica voltou a ser prevista, com o efeito de proibir substituição de pena privativa de liberdade por pena alternativa, em caso de reincidência específica. Entretanto, nesse caso reincidente específico será o reincidente em crime previsto no mesmo tipo incriminador (furto e furto, lesão corporal culposa e lesão corporal culposa etc.)

II – ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

A redação original da Lei 8.072/1990 previa o regime “integralmente” fechado para os condenados por crimes ali previstos e os equiparados (tráfico de drogas, tortura e terrorismo).

Referido dispositivo foi objeto de análise perante o Supremo Tribunal Federal e julgado inconstitucional por violação ao princípio da individualização da pena:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da

individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510)

Após, a Lei 11.464/2007 alterou para “inicialmente” fechado, com direito de progressão ao regime menos gravoso quando cumprido o montante de 2/5 da pena para os primários e de 3/5 para reincidentes, dando nova redação ao art. 2º da LCH.

A partir de então a discussão passou a ser a aplicabilidade de referido dispositivo para autores de crimes hediondos ou equiparados cometidos antes de sua entrada em vigor.

A fim de estabelecer um parâmetro, o STF editou a **súmula vinculante nº 26**, que assim dispõe:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Em seguida, a Lei 13.769/2018 alterou a parte final do art. 2º, §2º da LCH, permitindo a progressão de regime especial com o cumprimento de apenas 1/8 da pena, desde que preenchidos os requisitos do art. 112, §3º da LEP. Referida alteração beneficiou mulheres presas gestantes ou mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, quando o crime cometido por elas não seja cometido com violência ou grave ameaça, além de não ter sido cometido contra filho ou dependente e, por fim, que a presa possua bom comportamento carcerário e não integre organização criminosa.

Com o advento da Lei 13.964/2019, houve revogação do §2º da Lei 8.072/1990 e todas as frações de cumprimento da pena passaram a constar no **art. 112 da LEP**:

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:

I - 16% (dezesesseis 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.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente. **(Sem grifo no original).**

III – *LEX MITIOR*

Da leitura dos artigos 5º, XL da Constituição Federal^[4] (CF/88) e art. 2º, p. único, do CP^[5] extraímos que, em regra, a lei penal não retroagirá, exceto se for em benefício do réu. A nova lei que eventualmente vier a beneficiar o condenado não respeitará sequer trânsito em julgado.

É sabido que o legislador procurou, em aspectos gerais, aumentar o rigor para a progressão de regime de alguns tipos penais e criminosos^[6]. Sinalizava-se desde o início, inclusive pelo próprio Ministério da Justiça e Segurança Pública de que a proposta era a de recrudescer o tratamento penal e, conseqüentemente algumas regras para progressão de regime prisional, em especial para aqueles crimes considerados hediondos e assemelhados.

No entanto, sem entrar no mérito dos crimes hediondos com resultado morte, com agente que exerce comando em organização criminosa e, por fim, daqueles que são reincidentes em crimes hediondos ou equiparados (art. 112, VI e VII da LEP, respectivamente) houve o que podemos denominar de ***novatio legis in melius*** para aqueles que são reincidentes pela prática de crimes comuns e são condenados por crimes hediondos.

Com efeito, ao analisarmos o contido no inciso V do artigo de lei acima transcrito, verifica-se que o legislador, por erro ou até mesmo de forma proposital (**silêncio eloquente**), suprimiu o termo *reincidente* (“... V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário...”), não havendo mais a previsão de progressão diferenciada nestes casos.

Num primeiro momento, referida interpretação faz crer que condenados por crimes hediondos e assemelhados, mesmo que também condenados por crimes comuns, sejam tratados como criminosos primários obtendo a mesma fração de progressão de regime prevista para estes.

Em que pese a possibilidade de defesa de que referida forma de interpretar o novo instituto possa acarretar em uma inversão da lógica e de vontade do legislador, deve prevalecer o *princípio do favor rei*.

CONCLUSÃO

Sendo assim, considerando a ausência de norma legal (Princípio da Legalidade), bem como tratar-se de nova lei em benefício do agente, **a partir de 23 de janeiro de 2020**, todos aqueles que forem reincidentes pela prática de crimes comuns e vierem a praticar crimes hediondos ou equiparados, assim como os primários, deverão receber o tratamento do art. 112, V da LEP, ou seja, progressão de regime após o cumprimento de **40%** da pena deste último crime (**antes em 3/5, o equivalente a 60%**). Exemplo: Agente reincidente pelo crime de furto simples – art. 155, caput, do CP - que é condenado por tráfico de drogas – art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Não houve, portanto, qualquer menção na lei sobre reincidência específica ou de crimes da mesma natureza em referido dispositivo.

Importante ressaltar que, apesar de não ser objeto deste estudo, também houve alteração benéfica para os condenados em crimes comuns, em especial com relação à fração de 16% (0,16), que é ligeiramente inferior a 1/6 (0,1666) de cumprimento da pena.

A existência de sentença condenatória com trânsito e julgado não impede que o juízo das execuções promova o adequado cumprimento da reprimenda às condições pessoais do apenado.

Não de outra maneira, nesses casos, é necessária a aplicação do instituto naquelas ações penais ainda em trâmite, bem como nas execuções de pena (Súmula 611 do STF^[7]), independente da data do cometimento do crime, considerando que a lei nova favorece o agente e abrange fatos pretéritos a sua entrada em vigor (*lex mitior*).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 07/07/2020;

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. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Art.>. Acesso em: 07/07/2020;

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959**. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217> >. Acesso em 11/08/2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 176.123/MS**. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27176123%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27176123%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27176123%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27176123%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) >. Acesso em 07/07/2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 143.138/MT**. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200901444563> >. Acesso em 11/08/2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 143.138/MT**. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201001307283> >. Acesso em 11/08/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%2C%20por,refletiu%20na%20S%C3%BAmula%20Vinculante%2026.> >. Acesso em: 11/08/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 611**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2560> >. Acesso em: 07/07/2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

NOTAS:

[1] “§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior”.

[2] “§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o

apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). ”

[3] “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. ”

[4] “XL - A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

[5] “Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

[6] <https://www.camara.leg.br/noticias/622241-camara-aprova-texto-base-do-pacote-anticrime/> e <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/senado-aprova-pacote-anticrime-que-vai-para-sancao-presidencial>.

Súmula 611 do STF: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

A MULTA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER: ARTIGO 537 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

SERGIO TRASSI MIGUEL: Pós Graduado. Advogado. Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE/PUC-SP.

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE/PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em direito Processual Civil. Orientadora: Professora Me. Fabiana de Souza Ramos

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo entender a tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer, bem como estudar uma das medidas executivas mais importantes para a efetivação desta, a multa coercitiva com enfoque nas modificações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 537. Primeiramente será analisado o conceito e os elementos de obrigação, tendo como foco principal as obrigações de fazer e não fazer. A partir destes conceitos, se estudará a tutela específica, explorando o seu conceito e a diferenciando do resultado prático equivalente e da tutela do equivalente monetário, bem como será analisado as espécies de tutela específica tendo como base a classificação realizada pelo professor Fredie Didier Júnior. Por fim, analisaremos a multa pecuniária coercitiva, também conhecida como astreinte, estudando sua natureza jurídica e sua sistemática de aplicação. Este trabalho utilizou-se de pesquisas jurisprudências e doutrinárias, além da interpretação da legislação pertinente.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVES EXPLANAÇÕES ACERCA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER 2.1. Conceito de obrigação. 2.2. Elementos da Obrigação: vínculo jurídico; partes na relação obrigacional e prestação. 2.3. Obrigação de Fazer e de Não Fazer. 2.3.1. Diferença Entre Obrigação de Dar e de Fazer. 2.3.2. Obrigação de Fazer. 2.3.3. Obrigação de Não Fazer. 3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA ESPECÍFICA 3.1 Conceito. 3.2 Tutela Específica, Resultado Prático Equivalente e Tutela Pelo Equivalente Monetário. 3.3 Espécies de Tutela Específicas. 3.3.1 Tutela Inibitória. 3.3.2 Tutela de Remoção do Ilícito (ou Reintegratória). 3.3.3 Tutela Ressarcitória. 4. MULTA COERCITIVA DO ART. 537. 4.1 As Técnicas de Efetivação da Tutela Específica ou do Resultado Prático Equivalente. 4.2 Natureza Jurídica da Multa. 4.3 Valor da Multa. 4.3.1 A Possibilidade de Alteração da Periodicidade e do Valor da Multa. 4.3.2

Comportamento Abusivo do Credor. 4.4 O Destinatário do valor da Multa; Momento em que pode ser Cobrada e o Instante em que começa a Incidir. 5. CONCLUSÃO. 6. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

Outrora, a ideia de que ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei era absoluta, em razão disso, quem necessitasse de uma determinada conduta para ter o seu direito protegido, precisava, muitas vezes, se contentar com o equivalente monetário, caso a parte contrária não cooperasse.

Hoje, o ordenamento jurídico privilegia a tutela específica em relação em detrimento à tutela pelo equivalente em pecúnia. Inclusive, esta só será buscada caso a parte expressamente a requeira ou no caso da impossibilidade do cumprimento da tutela específica ou da obtenção de resultado prático equivalente.

A percepção de que determinadas situações jurídicas não seriam devidamente protegidas através da simples indenização foi o gatilho para que esta mudança de pensamento começasse a ocorrer.

Entretanto, vivemos num Estado Democrático de Direito, assim, como seria possível coagir alguém a cumprir determinada obrigação sem ferir o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana? A resposta a este dilema foi a utilização de técnicas de tutela, meios executivos que ameaçam o patrimônio do devedor, fazendo com que este se sinta pressionada a cumprir a obrigação.

Entre estes meios, destaca-se a multa coercitiva (a astreinte), a técnica de efetivação da tutela específica mais utilizada na prática forense, que visa justamente pressionar o réu para que cumpra com a decisão judicial através da ameaça ao seu patrimônio, caso descumpra o mandamento judicial proferido.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, houve uma significativa mudança no tratamento dado pela lei à multa coercitiva e à tutela específica, e é este o objeto deste trabalho, analisar as mudanças trazidas às astreintes e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer pelo novo código.

Deve-se destacar, contudo, que, embora o ordenamento jurídico brasileiro permita a possibilidade do emprego da multa coercitiva em outras obrigações, o presente trabalho será focado na aplicação da multa na proteção da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

Dessa forma, primeiro será realizado o estudo material das obrigações de fazer e não, entender os seus elementos, distingui-las das demais obrigações existentes e entender o que são obrigações infungíveis.

Logo após, se examinará o conceito de tutela específica, a diferença desta com a tutela do equivalente monetário, mostrando que hoje a tentativa de obtenção da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente é a regra, sendo a conversão em pecúnia exceção.

Então, finalmente será realizado o estudo da multa coercitiva, entendendo o que vem a ser as técnicas de efetivação da tutela ou medidas executivas, passando-se para o estudo da natureza e características da multa, para então verificar as mudanças trazidas pelo CPC de 2015 no artigo 537 nas astreintes.

2. BREVES EXPLANAÇÕES ACERCA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

2.1. Conceito de Obrigação

Antes de estudarmos as obrigações específicas de fazer e não fazer é necessário trazer o conceito de obrigação.

Obrigação, nas institutas de Justiniano, era definida pelo brocardo *obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*, o qual significava que a obrigação é o vínculo de direito, pelo qual somos constrangidos a pagar ou cumprir alguma coisa a alguém, segundo os direitos de nossa cidade.

Portanto, esta seria o liame jurídico entre o credor e o devedor, pelo qual o primeiro tem direito a exigir determinada prestação do segundo, que, por sua vez, é obrigado a efetua-la (Thomas Marky, p. 107, 2008) [1].

A doutrina civilista moderna define obrigação como o vínculo de direito pelo qual alguém (devedor) se propõe a dar, pagar, fazer ou não fazer algo em favor de outrem.

Deve-se fazer um comentário, aqui, quanto à autonomia da obrigação de pagar em nosso ordenamento jurídico.

Maria Helena Diniz [2] e Orlando Gomes [3] dizem que a prestação pecuniária é objeto da obrigação de soma de valor, modalidade especial referente à atividade de dar.

Carlos Roberto Gonçalves defende que a obrigação pecuniária, ou de entregar dinheiro é uma espécie da obrigação de dar com a peculiaridade de seu objeto ser dinheiro e não uma coisa. Segundo o professor (2008, p. 73) [4], "é, portanto, espécie particular de obrigação de dar. Tem por objeto uma prestação em dinheiro e não um coisa".

Para o doutrinador Caio Mário [5], não existiria uma obrigação que se classifique como obrigação pecuniária ou de pagar, pois toda a obrigação teria um cunho patrimonial. Por vezes é pecuniária desde seu nascimento, ou pode se converter em momento futuro, como no mútuo, no inadimplemento das obrigações de dar e de fazer e na reparação de dano decorrente de um ilícito.

Já, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho [6] defendem a autonomia da obrigação de pagar, sendo esta, simplesmente a obrigação de dar dinheiro a outrem (obrigação pecuniária).

Álvaro Villaça Azevedo (2004, p. 132) [7], também defensor da autonomia da obrigação de pagar, diz que "o pagamento em dinheiro consiste, assim, na modalidade de execução obrigacional que importa a entrega de dinheiro pelo devedor ao credor, com a liberação daquele".

Como visto, parte dos doutrinadores civilistas defendem que a obrigação de pagar faz parte da obrigação de dar/entregar.

Contudo, o Código de Processo Civil, diferentemente do Código Civil, diferencia a obrigação de pagar quantia das demais modalidades obrigacionais, podendo citar, como exemplo, os artigos 513, § 3º e o artigo 523.

A jurisprudência também reconhece tal autonomia:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DETERMINAÇÃO EX-OFFICIO DO CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PARTE MANDAMENTAL. POSSIBILIDADE.

- Não se conhece da tese de violação às disposições do art. 535 do CPC quando o recorrente se limita a tecer alegações genéricas, sem especificar de que forma houve a mencionada ofensa no acórdão recorrido. Incidência da Súmula nº 284/STF. - A concessão de benefício previdenciário alcança tanto um dever de fazer

(implementação do benefício), quanto uma obrigação de pagar quantia certa (valores devidos em razão do reconhecimento do direito, acrescidos da correção monetária e dos juros de mora). - Em havendo o acórdão apelado reconhecido o direito do autor à aposentadoria proporcional, torna-se devida a determinação ex officio do cumprimento imediato da parte mandamental do julgado, assim como previsto no art. 461 do CPC, o que não se confunde com a execução das parcelas vencidas, esta sim - na forma do art. 475-O do CPC - por iniciativa do exequente. Recurso especial desprovido."

Superior Tribunal de Justiça, REsp 1063296/RS (2008/0121922-6), Relator(a) Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 09.12.08, Data da Publicação/Fonte DJe 19.12.08 – destaque nosso.

Desta forma, apesar de nosso código civil nada dizer acerca da autonomia da obrigação de pagar, esta é defendida pela doutrina e amplamente aceita pelos nossos tribunais.

Assim, após este breve estudo acerca da obrigação de pagar, voltando ao conceito de obrigação, podemos verificar que não houve um distanciamento grande entre o conceito clássico romano e o conceito contemporâneo, pois na definição clássica já se encontrava os elementos essenciais da obrigação: vínculo jurídico; partes e a prestação, os quais serão analisados a seguir.

2.2. Elementos da Obrigação: vínculo jurídico, partes na relação obrigacional e prestação.

Como dito acima, os elementos constituintes da obrigação são o vínculo jurídico, as partes e a prestação.

Vínculo jurídico é o liame que une as partes da relação obrigacional. Diz-se que é jurídico porque, sendo disciplinado pela lei, vem acompanhado de uma sanção, caso não haja o adimplemento do convencionado.

Assim, se o sujeito passivo da obrigação (devedor) deixar de cumpri-la, a lei autoriza ao credor (sujeito ativo) a busca do adimplemento desta através de procedimentos que tentarão coagir o réu, como por exemplo a multa, ou, caso a

coação não surta efeitos ou assim requeira o credor, a invasão do patrimônio do réu para a satisfação da obrigação.

Aqui, pode-se afirmar que houve uma evolução do direito brasileiro em relação ao direito romano, pois a execução recai sobre o patrimônio do devedor e não sobre a sua pessoa.

Neste sentido as lições de Silvio Rodrigues (2008, p. 04) [8]:

“O devedor que descumpre a obrigação sujeita-se a ressarcir os prejuízos causados; e, se espontaneamente se recusa a colaborar, vê o credor recorrer ao Poder Judiciário, que ordenará a penhora de seus bens para, com o produto por eles alcançado em praça, satisfazer o seu débito”.

Destas explanações, surgem dois elementos, a dívida e a responsabilidade.

A dívida corresponde ao dever que incumbe ao sujeito passivo de prestar/realizar aquilo a que se comprometeu.

Já a responsabilidade seria a prerrogativa conferida ao credor, em caso de inadimplemento do devedor, de proceder a execução deste para a satisfação de seu crédito. Em alguns casos, pode ocorrer a falta de um dos dois elementos ora mencionados, como no caso de fiança, na qual há responsabilidade do fiador, mas não há dívida deste.

Em relação as partes, nas relações obrigacionais sempre haverá dois sujeitos determinados ou determináveis: o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor).

Tanto o credor quanto o devedor podem estar indeterminados no momento da constituição da obrigação, porém, posteriormente é necessário que estes sejam identificados para que se possa saber quem tem o direito do crédito receber e quem tem o dever da prestação. Assim, exige-se que a indeterminação subjetiva seja apenas momentânea, sendo o sujeito indeterminado no momento da constituição da obrigação, mas determinado posteriormente.

Como exemplo de sujeito ativo indeterminado no momento da constituição da obrigação podemos citar o ganhador de loteria ou o merecedor de bolsa de estudos. As obrigações “propter rem”, como a obrigação imposta ao condômino de concorrer para as despesas de conservação da coisa comum (artigo 1.315); a do condômino, no condomínio em edificações, de não alterar a fachada do prédio

(artigo 1.336, III); a obrigação que tem o dono da coisa perdida de recompensar e indenizar o descobridor (artigo 1.234 CC), é exemplo de devedor indeterminável.

O credor tem a expectativa de obter do devedor o fornecimento da prestação, enquanto que ao sujeito passivo cumpre o dever de fornecer ao credor a prestação que lhe é devida.

Há de se notar que há uma desvantagem aparente entre o polo passivo e o ativo da relação obrigacional, mas tal vantagem advém ou da vontade das partes (relação contratual), ou do comportamento desastroso do devedor (hipótese do ato ilícito) ou da própria lei (prestação de alimentos).

Seja qual for à hipótese inaugural da obrigação, o devedor está legalmente vinculado a ela e, no caso de inadimplemento, pode o credor utilizar-se do judiciário, invadindo o patrimônio do devedor, para ver a obrigação satisfeita.

O último elemento das obrigações é a prestação que consiste em dar, pagar, fazer ou não fazer alguma coisa.

Fredie Didier [9] (2013, p. 436) entende que:

“Um dos elementos que compõem a noção de obrigação, ao lado dos sujeitos (elemento subjetivo) e do vínculo jurídico (elemento abstrato), é o seu objeto (elemento objetivo). Costuma-se cindir o objeto da obrigação em (i) objeto imediato, consistente na conduta do devedor (é a chamada prestação debitória), que pode ser positiva (obrigações de dar e de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), e (ii) objeto mediato, consistente na coisa a ser entregue nas obrigações de dar ou no fato (ação ou omissão), nas obrigações de fazer e de não fazer (é o chamado objeto da prestação debitória).

As obrigações tuteladas pelo art. 461 do CPC são aquelas que têm por objeto imediato uma conduta positiva ou negativa do devedor e que têm por objeto mediato uma prestação de fato, assim entendida aquela que exige uma atividade pessoal do devedor”.

A doutrina entende que a prestação tem caráter patrimonial, pois, caso contrário, seria impossível a reparação em predas e danos no caso de

descumprimento. O direito obrigacional é um direito pessoal e está dentro do campo dos direitos patrimoniais.

Não é considerado direito real, porque este recai diretamente sobre o bem, é o que afeta a coisa direta e imediatamente. Como bem observa Silvio Rodrigues [10], no direito real há uma relação entre uma pessoa e uma coisa, oponível a qualquer pessoa.

Já o direito obrigacional cuida do vínculo existente entre duas pessoas, credor e o devedor, na qual o primeiro pode exigir do segundo o fornecimento de uma prestação consistente em dar, pagar, fazer ou não fazer algo.

Após as breves análises do conceito e dos elementos constitutivo da relação obrigacional, estudaremos as obrigações de fazer ou não fazer.

2.3. Obrigação de Fazer e de Não Fazer

2.3.1. Diferença Entre Obrigação de Dar e de Fazer

Como já dito, as obrigações podem ser divididas em três grandes grupos, obrigação de dar, pagar, de fazer e de não fazer.

Entretanto, como o objeto do presente trabalho é o estudo da tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer e, caso esta não seja observada, a multa aplicada pelo seu descumprimento, a obrigação de dar não será muito explorada, apenas serão abordadas as eventuais diferença entre esta e a obrigação de fazer pois, por vezes podem ser confundidas.

Na verdade, dentro da obrigação de fazer encontra-se a obrigação de dar, pois quem se compromete a entregar determinada prestação está também se obrigando a realizar a referida entrega.

Para melhor compreensão, ao se contratar um pintor para que confeccione um quadro, este além de realizar a pintura deve entregá-la ao comprador.

Dessa forma, por vezes, a distinção da obrigação de dar e fazer podem ser confusas, mas a doutrina sempre tentou separá-las.

Antigamente, havia doutrinadores que defendiam que todas as obrigações que envolviam a transferência do domínio, que se concretiza pela tradição da coisa, seriam obrigação de dar, nos demais casos estaríamos diante de uma obrigação de fazer.

Esta definição sofria críticas, pois faltava-lhe rigor científico, haja vista que desconsiderava as obrigações de restituir, subespécie da obrigação de dar, sendo portanto superada.

Outros defendiam que a distinção estaria no fato de que nas obrigações de dar seria possível a execução compulsória e nas obrigações de fazer não. Nas obrigações de dar sempre seria possível recorrer ao judiciário e obter a efetiva entrega da coisa, já nas obrigações de fazer, seria impossível a execução específica sem séria ofensa à liberdade individual.

Esta teoria predominou por muito tempo na doutrina, mas acabou superada pois nos casos em que a obrigação de fazer consiste na prestação de uma simples declaração de vontade a própria sentença, se julgar procedente o pedido, produzirá os efeitos da declaração não emitida. (artigo 501 do CPC em vigor).

Atualmente, entende-se que a principal diferença entre elas é que na obrigação de dar existe uma prestação de coisa, enquanto na obrigação de fazer encontra-se uma prestação de fato.

Prestação de coisa é aquela cujo objeto consiste na entrega de uma coisa, ou seja, alguém compra um bem e o vendedor obriga-se a entregá-lo.

Na prestação de coisa podemos falar no objeto imediato e mediato da prestação. O objeto imediato consiste na própria conduta adotada pelo devedor, é o próprio ato de entregar ou restituir a coisa. Já o objeto mediato é o bem jurídico, a coisa.

Já a prestação de fato é aquela que encerra um determinado comportamento do devedor, devendo este realizar algo ou abster-se de realizá-lo.

Orlando Gomes (2007, p. 48) [11] assim as diferencia:

"A distinção entre as obrigações de dar e as de fazer deve ser traçada em vista do interesse do credor, porquanto as prestações de coisas supõem certa atividade pessoal do devedor e muitas prestações de fatos exigem dação. Nas obrigações de dar, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade do devedor para realizar a entrega. Nas obrigações de fazer, ao contrário, o fim é o aproveitamento do serviço contratado. Se

assim não fosse, toda obrigação de dar seria de fazer, e vice-versa".

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro (2008, p. 99) [12]:

"O *substractum* da diferenciação entre a obrigação de dar e fazer está em verificar se o dar ou o entregar é ou não consequência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou de entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, se tem ele de realizar algum ato, do qual ser mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer".

Desta forma, a melhor forma de distinguir a obrigação de dar e a obrigação de fazer é se olhar para a própria prestação, caso esta seja de simples entrega de um bem estaremos diante de uma obrigação de dar, caso estejamos diante de uma obrigação que exija do devedor a confecção de algo ou ainda alguma ação determinada, além da entrega do bem, estaremos diante de uma obrigação de fazer.

2.3.2. Obrigação de Fazer

A obrigação de fazer pode ser definida como aquela que tem por conteúdo um ato a ser praticado pelo devedor do qual resulte em um benefício patrimonial ao credor, desta forma, é uma espécie de prestação positiva pela qual o devedor se compromete a praticar algum serviço lícito em prol do credor.

A obrigação de fazer pode ser dividida em duas subespécies: fungível e infungível.

Na obrigação infungível, o negócio se estabelece *intuitu personae* (em razão da pessoa), isto é, o credor só visa à prestação avençada se for fornecida por aquele devedor determinado cujas qualidades pessoais têm em vista.

Já as obrigações fungíveis a pessoa do devedor não é importante, é irrelevante quem realizará a prestação. Nesta modalidade, o devedor se desincumbe da obrigação realizando-a ou mandando que outro a faça em seu lugar.

Como regra, para que se considere uma obrigação de fazer infungível, deve-se estar expresso no contrato. Entretanto, ainda que não haja convenção expressa, pode-se reconhecer como infungível a obrigação em virtude das circunstâncias que norteiam o próprio negócio.

A obrigação de fazer pode torna-se impossível. A prestação torna-se irrealizável. Caso a impossibilidade ocorra sem culpa do devedor (caso fortuito ou força maior), o negócio se desfaz e as partes (credor e devedor) são conduzidas ao estado em que se encontravam antes do negócio celebrado.

Porém, se o fato que tornou impossível a prestação ocorrer por culpa do devedor este deverá arcar com as perdas e danos.

Em caso de inadimplemento do devedor por sua mera escolha, por mero descumprimento do dever, as consequências dependerão da espécie de obrigação de fazer (fungível ou infungível).

Caso seja fungível a obrigação, a lei faculta ao credor a possibilidade de exigir perdas e danos do devedor moroso ou de mandar executar o fato por terceiro à custa do devedor.

Silvio Rodrigues [13], entretanto, entende que o credor não pode assim que o devedor se constituir em mora contratar terceiro, deve recorrer ao judiciário para que fique comprovada a recusa do devedor e se alcance a aprovação da substituição pretendida.

Por fim, no caso de obrigação de fazer infungível não pode o credor, como regra, obter a execução direta da obrigação, pois estaríamos invadindo a liberdade do devedor. O obrigando a realizar um trabalho, tal ato atentaria ao princípio de que ninguém é obrigado a realizar algo se não em virtude de lei e ao próprio Estado de direito, além do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Nestes casos, o credor deverá obter a reparação dos prejuízos experimentados através das perdas e danos, não podendo obrigar o credor a realizar o fato.

2.3.3. Obrigação de Não Fazer

A obrigação de não fazer é aquela em que o devedor se compromete a se abster de realizar um fato que poderia livremente praticar, se não tivesse se obrigado em benefício do credor. Logo, trata-se de uma obrigação negativa, cujo objeto da prestação é uma omissão ou abstenção do devedor.

Como na autonomia privada a liberdade é ampla, as obrigações negativas podem ser inúmeras, mas, as obrigações imorais e anti-sociais, ou que sacrifiquem a liberdade, não são permitidas, como por exemplo a obrigação de não se casar, de não trabalhar, de não ter religião, pois colidem diretamente com os princípios e fins da sociedade moderna.

Caso a obrigação se tornar impossível sem culpa do devedor esta se extingue [14]. Um exemplo retirado da doutrina seria o caso do devedor se comprometer a não levantar um muro em seu terreno e uma lei municipal posterior imponha a construção do mesmo, o devedor se desobriga da obrigação de não fazer, devendo construir o muro[15].

Entretanto, se o descumprimento da obrigação decorreu do comportamento do devedor, seja por negligência deste ou por interesse resolveu desprezá-la, praticando o ato vedado, duas hipóteses se abrem.

Em primeiro lugar, caso seja possível, o credor pode exigir que o devedor desfaça tal ato, ou ainda, caso o devedor não desfaça, pode o credor, após autorização judicial, desfazer o ato às custas do devedor, conforme o disposto no artigo 251 do Código Civil [16].

Por fim, caso o ato realizado pelo devedor não possa retornar ao *status quo*, o credor fará direito as perdas e danos que sofreu em virtude da ação do devedor.

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA ESPECÍFICA

3.1 Conceito

Após as breves explanações sobre as obrigações de fazer e não fazer, cumpre tratar do conceito de tutela específica.

“Tutela específica é aquela que proporcionada ao credor resultado prático idêntico ao que teria obtido se a obrigação tivesse sido espontaneamente satisfeita” [17].

Nos ensinamentos do professor Cássio Scarpinella Buena [18], a tutela específica deve ser entendida como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, caso não houvesse ocorrido lesão ou ameaça de direito no plano material.

“A ideia central é proporcionar a quem tem direito à uma situação jurídica final, que por sua vez constitui objeto de uma obrigação específica, precisamente aquela situação jurídica final que ele tem direito de obter” [19].

Desta forma, a concessão da tutela específica na sentença significa a constituição ou a desconstituição de uma situação jurídica decorrente do direito material, condenar o réu a um fazer ou não fazer ao qual este já se havia obrigado.

Costa Machado (2012, p.548) [20], entende que tutela específica é a tutela direta, quer dizer, aquela que busca proporcionar ao credor o mesmo resultado prático que ele obteria caso o devedor houvesse adimplindo sua obrigação. Diferenciando-a, assim, da tutela inespecífica ou indireta, que é aquela providência que elimina as consequências da violação da obrigação ou compensa pecuniariamente o credor.

Assim, tutela específica nada mais seria do que a fruição “in natura” do bem desejado, ou seja, o autor deverá receber aquilo que ele contratou/desejou, como se não precisasse do poder judiciário [21].

Devido a má redação do antigo artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973 (que tratava de tutela específica) podia-se imaginar que a tutela específica não poderia ser concedida em sentença de procedência, somente o resultado prático equivalente é que poderia ser determinado nesta.

Felizmente, tal absurdo decorrente da má redação do dispositivo legal nunca foi defendido pela doutrina [22], esta entende que tanto a tutela específica quanto o resultado prático equivalente existem quando o pedido for julgado procedente, afinal, é a procedência do pedido que garante ao autor o direito de exigir o bem da vida pleiteado.

Da mesma forma, entende o doutrinador Antônio da Costa Machado (2012, p.548) [23], dizendo que:

“Voltando para a regra sob análise, chamamos a atenção para outro defeito textual que não pode passar despercebido: a locução “ou, se procedente o pedido” está mal colocada porque dá a sensação de que na sentença o juiz não concederá a tutela específica, mas somente “providências que assegurem o resultado prático equivalente””.

Com a vigência do atual Código de Processo Civil, o artigo 531, trouxe uma nova e melhor redação não existindo mais dúvida que tanto a tutela específica quanto o resultado prático equivalente somente serão obtidos mediante sentença de procedência.

CPC/1973	CPC/2015
----------	----------

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Entretanto, apesar da nova redação do referido artigo, ainda se tem uma cisão da doutrina em relação ao alcance da expressão “resultado prático equivalente”, ou seja, se esta atinge somente o pedido imediato ou se o pedido mediato também pode ser alterado, como se verá a seguir.

3.2 Tutela Específica, Resultado Prático Equivalente e Tutela Pelo Equivalente Monetário

Conforme depreendido do texto legal, quando não for possível a obtenção da tutela específica, “isto é, da mesma prestação que deveria decorrer do adimplemento da obrigação no plano de direito material por ato praticado pelo próprio devedor” (Cássio Scarpinella Bueno, 2014, p. 401) [24], fica autorizado o magistrado a determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente.

Como dito anteriormente, uma vez que o legislador não foi expresso quanto ao sentido da expressão “resultado prático equivalente”, a doutrina passou a interpretá-la de duas formas diferentes.

A primeira, defendida por Cássio Scarpinella Bueno [25], Eduardo Talamine [26], Reis Friede [27], entende que “resultado prático equivalente” é uma tentativa de mera aproximação do resultado que deveria decorrer do adimplemento da obrigação. Desta forma, o objeto de proteção legal seria o resultado da obrigação, o pedido. “Entendendo-se que “resultado prático equivalente” repousa inegavelmente na variação da forma de obtenção (jurisdicional) daquilo que deveria decorrer do adimplemento da obrigação por ato do próprio réu” (Cássio Scarpinella Bueno, 2014, p. 402) [28].

Para esta interpretação, o pedido não pode ser mudado, o que o magistrado é autorizado a modificar pela lei, mesmo que não solicitado pela parte, são as técnicas a serem empregadas jurisdicionalmente para a obtenção do cumprimento

da obrigação, caso contrário estaríamos violando o princípio da inércia da jurisdição e da adstrição do juiz ao pedido.

O professor Eduardo Talamine [29] (2003, p. 403-404) resume bem esta teoria:

“Quanto à “tutela específica” e o resultado prático equivalente”, trata-se de duas formas de se atingir o mesmo resultado específico, respectivamente, com ou sem a colaboração do réu. A via a ser adotada para a efetivação do resultado específico independe de pleito: cabe ao juiz, reconhecendo o direito do autor, adotar as providências adequadas ao caso concreto. O pedido, nesse caso, é um só: o de obtenção do resultado específico”.

Já uma segunda forma de interpretação da expressão “resultado prático equivalente”, defendida pelos professores Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart [30], e Fredie Didier Junior [31], é a de que se pode alcançar a tutela específica mediante um resultado alternativo daquele que decorreria do atendimento do pedido do autor.

Desta forma, para esta interpretação, o juiz pode se ater ao pedido imediato do autor, ou então, com base no princípio da proporcionalidade, conceder uma providência com conteúdo diverso ao solicitado, desde que se possa obter o mesmo resultado prático pleiteado inicialmente.

Um exemplo famoso, difundido pelo professor Luiz Guilherme Marinoni [32], é o caso de uma ação contra uma indústria poluente na qual o autor pede a cessação do ilícito pelo fechamento das atividades da indústria, mas o juiz, com base no princípio da proporcionalidade, e até mesmo o princípio da celeridade, determina a instalação de um filtro poluente, assim, a indústria continua com a sua atividade, bem como, o autor se vê livre do ilícito (a poluição).

Assim, basicamente, pode-se dizer que existem duas correntes acerca da tutela equivalente.

A primeira, trabalha no plano do pedido imediato, ou seja, nenhum juiz pode dar algo diferente daquilo que você pediu, o resultado prático equivalente não poderia ser algo diverso daquilo que você requer sob pena de ofensa ao princípio da correlação, da congruência ou da correspondência [33].

Desta forma, resultado prático equivalente seria a modificação de medidas de apoio para a obtenção do mesmo bem jurídico, isto é, a utilização de outras técnicas para se obter o mesmo resultado, sob pena de termos uma sentença ultra, infra ou extra petita.

Entretanto, o próprio professor Cássio^[34] entende que diante de uma obrigação de fazer ou não fazer, quando se determina a realização de um fazer por outrem que não o devedor, mas que gere um resultado diferente daquele originalmente ajustado pelas partes, nestes casos há a possibilidade de o juiz conceder ao autor resultado próximo àquele que decorreria do próprio direito material, mas que seria menos frustrante que a conversão em perdas e danos, modificando-se, assim, o próprio bem da vida preterido. Mas, deve-se haver uma espécie de cumulação de pedidos na inicial, ou seja, pede-se a tutela específica e, caso esta não seja possível, a obtenção do resultado prático equivalente.

A outra corrente entende que a expressão resultado prático equivalente trabalha no plano do pedido mediato, ou seja, o que se muda efetivamente é o próprio pedido formulado, abrindo-se uma exceção a regra ao princípio da correspondência.

“Parece-nos, contudo, que, ao autorizar o magistrado a tomar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento, o caput do art. 461 vai além de simplesmente permitir que o julgador se valha de medidas coercitivas diretas adequadas à obtenção do resultado final almejado. Pelo que se vê, o legislador autoriza aí que se chegue a um resultado equivalente ao adimplemento, ainda que não totalmente coincidente. Não se trata, porém, de equivalente pecuniário, mas, sim, de equivalente em fazer ou não-fazer”. (2013, p. 438-439) [35].

No caso da obrigação de fazer ou não fazer se tornar impossível o seu cumprimento “in natura” (específico), quando menos seu resultado prático equivalente, ou se autor assim preferir, esta deverá ser convertida em perdas e danos, conforme descrito no artigo 499 do Código de Processo Civil [36].

Desta forma a impossibilidade do cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer pode decorrer da vontade do agente, por circunstâncias decorrentes do direito material, ou ainda, porque seria tardio o seu cumprimento.

Neste ponto, vale destacar que, como explicado no início deste trabalho, quando a obrigação de fazer for infungível, torna-se impossível obtenção forçada da obrigação, pois tal ato atentaria ao princípio dignidade da pessoa humana e da liberdade, protegidos por nossa Constituição Federal, devendo ela ser convertida em perdas e danos.

De fato, o judiciário não pode obrigar que o devedor cumpra com a obrigação personalíssima, entretanto, é autorizado pelo artigo 536, § 1º do Código de Processo Civil [37] a utilizar-se de mecanismos capazes de compelir o executado a adimplir com a obrigação, entre estes mecanismos esta a multa que será estuda adiante. Mas, caso não funcionem, não há outra solução se não a conversão da obrigação em perdas e danos.

Este entendimento é encontrado na obra do professor Cássio Scarpinella Bueno [38]:

“O fato é que, embora o art. 461 se afaste do modelo consagrado da conversão das obrigações em perdas e danos do art. 389 do Código Civil, a intangibilidade da vontade humana não pode ser suplantada pela ordem jurídica, até porque, em última análise, é garantida pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, quando lista, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Assim, toda vez que um específico fazer repousar nas qualidades que reúne determinada pessoa, é impossível a obtenção forçada da obrigação, pelo que ela deverá ser convertida em perdas e danos. O que cabe ao ordenamento jurídico é criar condições de compelimento do executado ao adimplemento, objeto do art. 461. Se elas não funcionarem, contudo, não há outra solução que não a conversão em perdas e danos”.

Também defendido pelo professor Reis Friede [39]:

“Os meios de pressão psicológica (multas) e as medidas de apoio têm cabimento qualquer que seja a obrigação de fazer ou não fazer. Sendo personalíssima a obrigação e resistindo invencivelmente o obrigado tem-se aí um caso de impossibilidade e por isso desencadeia-se a conversão”.

Compartilhado também com a professora Ada Pellegrini Grinover [40]:

“Só em relação às obrigações de fazer ou não fazer naturalmente infungíveis não se poderá pensar em seu cumprimento forçado e a única saída será a das astreintes ou da indenização por perdas e danos. É o caso sempre lembrado do artista famoso, contratado para pintar um quadro e que se recusa a adimplir a obrigação”.

E aceito pela jurisprudência, como verificado nas ementas abaixo citadas:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PRECEITO COMINATÓRIO – PRETENSÃO DE ACESSO A DADOS CADASTRais NO ESCOPO DE LOGRAR IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO CONECTADO A IP POR MEIO DO QUAL PRATICADO ILÍCITO CIBERNÉTICO AGRAVO RETIDO – Inexistência de reserva absoluta de competência material – Adequação da via processual eleita identificada – Legitimidade passiva da prestadora de serviços de telecomunicação responsável pela disponibilização do meio físico de transmissão dos dados de usuários a provedores e vice-versa – Impossibilidade técnica de cumprimento da obrigação de fazer de natureza infungível a legitimar a conversão em perdas e danos (CPC, art. 461, § 1º) - Recurso desprovido. RESPONSABILIDADE CIVIL – Prestadora de serviços de telecomunicações responsável pela disponibilização do meio físico de transmissão dos dados de usuários a provedores e vice-versa – Obrigação de colaboração a impor a manutenção de dados cadastrais e a disponibilização dos mesmos a terceiros em ordem a viabilizar a elucidação de responsáveis pela prática de atos ilícitos em ambiente virtual – Corolário inerente ao risco da atividade empresarial desenvolvida - Impossibilidade técnica em concreto de disponibilização de tais dados a legitimar a conversão da obrigação infungível em perdas e danos - Inexistência, no entanto, de relação causal adequada suficiente à responsabilização por danos morais – Despesas concernentes a honorários advocatícios

contratuais da própria demanda aforada em relação à ré que não guardam relação com a obrigação da fazer infungível cujo cumprimento se revelou impossível – Descabida pretensão de imputar à ré despesas com contratação de honorários de demanda precedente em relação a terceiro – Inexistência de relação causal a legitimar tal pretensão. Apelação da ré provida, desprovido o apelo do autor, este último na parte conhecida.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº.: 9200065-14.2007.8.26.0000, Relator Desembargador Airton Pinheiro de Castor, 15ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento 19.05.2015, Data da Publicação/Fonte DJe 19.05.2015

DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ARTÍSTICOS CELEBRADO ENTRE EMISSORA DE TV E COMEDIANTE. QUEBRA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. EMBARGOS DO DEVEDOR. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. COBRANÇA DE MULTA COMINATÓRIA. CABIMENTO.

I – É admissível a aplicação de multa no caso de inadimplemento de obrigação personalíssima, como a de prestação de serviços artísticos, não sendo suficiente a indenização pelo descumprimento do contrato, a qual visa a reparar as despesas que o contratante teve que efetuar com a contratação de um outro profissional.

II – Caso contrário, o que se teria seria a transformação de obrigações personalíssimas em obrigações sem coerção à execução, mediante a pura e simples transformação em perdas e danos que transformaria em fungível a prestação específica contratada. Isso viria a inserir caráter opcional para o devedor, entre cumprir ou não cumprir, ao baixo ônus de apenas prestar indenização. Recurso Especial provido.

Superior Tribunal de Justiça, REsp 482.094/RJ (2002/0149569-9), Relator(a) Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 20.05.08, Data da Publicação/Fonte DJe 20.05.08.

Entretanto, deve-se destacar que a infungibilidade pode decorrer da própria natureza da obrigação (infungibilidade natural ou prática) ou da convenção das partes (infungibilidade jurídica). Na infungibilidade natural, caso o devedor se recuse a realizar a obrigação, ainda que lhe seja impostas medidas coercitivas, a obrigação deverá ser revertida em perdas e danos, conforme acima estudado.

Já no segundo caso (infungibilidade jurídica), para algumas situações o ordenamento jurídico previu mecanismos para a obtenção de resultados próximos ao imposto ou ajustado entre as partes. Exemplo disso é o disposto no artigo 501 do CPC [41], no qual a sentença substituirá a declaração de vontade do polo inadimplente da obrigação.

De qualquer forma, com base no estudo supra citado, podemos dizer que há uma espécie de graduação em relação as tutelas aqui estudadas: primeiramente deve-se buscar a tutela específica, posteriormente o resultado prático equivalente e, na impossibilidade de um ou de outro, a tutela pelo equivalente monetário.

3.3 Espécies de Tutela Específicas

Para finalizarmos o estudo da tutela específica e adentrarmos ao estudo da multa coercitiva aplicada para se garantir a tutela específica ou o resultado prático equivalente nas obrigações de fazer e não fazer, devemos examinar as espécies de tutela específica existentes.

A doutrina subdivide a tutela específica em várias espécies, levando em consideração as distintas necessidades que advêm do direito material. No presente trabalho, cujo enfoque é o estudo da tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer, será utilizada a divisão realizada na obra de Fredie Didier Junior; Leonardo José Carneiro da Cunha; Paula Sarno Braga; Rafael Santos de Oliveira [42], separando a tutela específica em três grupos: tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito (ou reintegratória) e tutela ressarcitória.

3.3.1 Tutela Inibitória

Para se vislumbrar uma correta utilização da tutela inibitória, faz-se necessário traçar uma distinção entre ilícito e dano.

Tal diferenciação é facilmente identificada em outros ramos do direito, como no direito administrativo (multa ao andar com os faróis apagados na estrada durante o dia, a *priori*, não gera nenhum dano, mas é considerada um ilícito administrativo passível de punição).

No direito civil, essa distinção não é tão cristalina, como se observa no Código Civil, art. 186 [43], pois o uso da preposição “e” induz ser a superveniência do dano indissociável à ideia de ilicitude do ato.

Observa-se que a prática de um ato contrário ao direito não tem fundamentalmente como consequência o surgimento do dano. Assim, tem-se que o ato ilícito é qualquer conduta contrária ao direito, sendo o dano um prejuízo material ou moral que pode vir ou não da prática de um ato ilícito.

Nesse sentido, assevera Marinoni [44]: “o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para constituição do ilícito” (2015, p. 315).

A tutela inibitória independe da alegação ou da prova do dano para que seja deferida, basta que haja uma ameaça de lesão, do mesmo modo, independe da demonstração de culpa, esta somente é importante para imputação de responsabilidade, nos casos em que a lei não dispensa o elemento volitivo. Inclusive, o Código de Processo Civil, no parágrafo único, do artigo 497 [45], nos diz que para a concessão da tutela inibitória é irrelevante a demonstração do dano ou a existência de culpa “lato sensu”.

Assim, a tutela inibitória é uma tutela de conhecimento de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito[46].

3.3.2 Tutela de Remoção do Ilícito (ou Reintegratória)

A tutela reintegratória volta-se contra o ilícito praticado, não se importando com a culpa ou com o dano, seu objetivo é remover o ato ilícito, apagá-lo, fazê-lo desaparecer.

Busca a reintegração do direito violado, seja com o retorno ao estado de licitude antes vigente, seja com o firmamento do estado de licitude que deveria estar vigendo.

Há, como Marinoni diz, uma zona de penumbra na diferenciação da tutela inibitória contra a continuação do ilícito e da tutela de remoção do ilícito, porém é possível diferenciá-las, como ele bem faz [47].

Como visto, a tutela inibitória se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, já a tutela de remoção do ilícito, como indicado pelo próprio nome, objetiva remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu.

Assim, quando a tutela inibitória tem por objetivo inibir a continuação do ilícito, visa evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita, desta forma, a tutela inibitória somente pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, e não quando esse já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos.

Há diferença entre temer o prosseguimento de uma atividade ilícita e temer que os efeitos ilícitos de uma ação já praticada continuem a se propagar. Se o infrator já cometeu a ação cujos efeitos ilícitos permanecem, basta a remoção da situação de ilicitude. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a ação inibitória, o ilícito que se deseja atingir está no passado, e não no futuro.

Entende-se que a tutela reintegratória é uma tutela repressiva, vez que se volta contra o ilícito já consumado. “Mas não deixa de ter também um caráter preventivo, visto que, nos casos em que a ocorrência do ilícito ainda não gerou dano algum, ela visa a impedir a consumação do dano” (2011, p. 428) [48].

Por fim, deve-se se destacar que existe a chamada tutela do adimplemento contratual que é considerada por alguns doutrinadores como uma classificação autônoma da tutela específica, entre eles Luiz Marinone, mas, seguindo o posicionamento de Fredie Didier, entendemos que esta estaria inclusa na tutela reintegratória, com a peculiaridade de que o ilícito cuja remoção se deve operar é o inadimplemento de uma prestação pactuada em negócio jurídico (ilícito contratual) [49].

3.3.3 Tutela Ressarcitória

Esta é a tutela contra o dano, o seu objetivo é promover a reparação do dano já causado, ressarcindo o patrimônio jurídico da parte lesada à situação prévia a ofensa. Aqui, como regra, discute-se os critérios subjetivos da responsabilidade (culpa e dolo).

Como já mencionado, a tutela do ressarcimento visa a reparação do dano já causado, portanto, trata-se de tutela repressiva.

Vale ressaltar que nem sempre o dano será resultado de um ato ilícito como, por exemplo, a legítima defesa ou o exercício regular de um direito, embora condutas lícitas são capazes de causar danos em relação aos quais o agente pode ser responsabilizado. Assim como nem sempre haverá discussão sobre a culpa do

infrator como nos casos de responsabilidade objetiva (responsabilidade do Estado ou do fornecedor, por exemplo).

A tutela ressarcitória subdivide-se em tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, ocorre quando se atribui um valor em dinheiro correspondente à lesão patrimonial sofrida, e tutela ressarcitória específica, quando se proporciona à parte lesada o estabelecimento da situação que deveria estar vigendo caso não houvesse ocorrido dano [50].

4. A MULTA COERCITIVA

4.1 As Técnicas de Efetivação da Tutela Específica ou do Resultado Prático Equivalente

Conforme já mencionado, o “caput” do artigo 536 e seu § 1º, do Código de Processo Civil [51], autoriza a aplicação, de ofício ou a requerimento, de diversas medidas que busquem assegurar a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Este rol é meramente exemplificativo, de forma que o magistrado poderá utilizar-se de qualquer outra medida de apoio que se mostre necessária, suficiente, adequada e proporcional ao caso em concreto.

Esta possibilidade conferida ao julgador de escolher qual meio executivo mais adequado ao caso é chamada de poder geral de efetivação [52] ou de princípio da concentração dos poderes de execução [53].

Ademais, o “caput” do art. 536 do CPC, na visão dos professores Marinoni [54] e Fredie Didier [55], autorizaria o juiz a escolher a medida executiva mais adequada, podendo ser inclusive diferente da que fora requerida pelo autor.

Os autores da obra “Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo” [56], ao analisarem o “caput” e o parágrafo primeiro do artigo acima mencionada entendem:

“O § 1º (art. 536) traz um rol exemplificativo de medidas que o juiz poderá determinar para alcançar a tutela específica ou seu resultado equivalente: “a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”. Trata-se de enumeração de algumas técnicas executivas, de natureza coercitiva ou sub-rogoratórias, de forma que quaisquer outras medidas,

desde que idôneas, adequadas e proporcionais, poderão ser adotadas”.

Desta forma, fica claro que o rol do parágrafo 1º do artigo 536 é exemplificativo e o julgador poderá adotar qualquer técnica executiva que entenda se encaixar ao caso em concreto, desde que esta seja idônea, adequada, suficiente e proporcional, inclusive este é o entendimento da jurisprudência [57].

Estas técnicas executivas podem ser diferenciadas, levando-se em consideração a participação ou não da pessoa do executado, em sub-rogatórias e coercitivas indiretas.

Elas serão sub-rogatórias sempre que o órgão jurisdicional substituir a atividade do devedor com sua própria atividade, ou de terceiro, proporcionando ao credor resultado idêntico ou equivalente ao que ele obteria com a satisfação espontânea realizada pelo devedor. Assim, as técnicas executivas sub-rogatórias são aquelas que abstraem a participação do devedor.

Já os meios coercitivos indiretos, são aqueles que pressionam o devedor, o induzem a cumprir sua obrigação, mediante o agravamento das consequências do inadimplemento, são medidas que buscam impelir o devedor, forçando que ele próprio cumpra a prestação devida.

Vale destacar o posicionamento do professor Fredie Didier, o qual entende que quando é imposto um meio coercitivo indireto estaríamos diante de uma decisão mandamental. Já, quando utilizada medidas sub-rogatórias, estaríamos diante de uma decisão executiva [58].

Diante do apontado, deve-se concluir que a multa seria uma medida executiva coercitiva indireta, pois ela influi na vontade do devedor, fazendo com que este se sinta coagido a cumprir com a obrigação, sendo uma das principais medidas de apoio, devido a sua importância e aplicação no âmbito prático.

4.2 Natureza Jurídica da Multa

Como afirmado acima, a multa é uma medida coercitiva indireta, ela age na vontade do agente, ela pressiona o devedor a adimplir a obrigação contratada, sob pena de um prejuízo patrimonial que possa vir a sofrer.

Se, por exemplo, o autor pede uma tutela inibitória a fim de que uma notícia lesiva à sua personalidade não seja veiculada, o juiz pode impor o não fazer sob pena de uma multa por minuto de divulgação. Assim, o réu sentiria-se compelido a não

divulgar a notícia, pois toda a vez que o fizesse, o valor da multa iria ser aplicado, aumentando-a.

A doutrina é uníssona em atribuir caráter coercitivo à medida:

“O código prevê, expressamente, a utilização da multa para compelir o devedor a realizar a prestação de fazer ou não fazer” (Humberto Theodoro Júnior, 2011, p. 250) [59].

“A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta, de ofício ou a requerimento, no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação” [60].

“(a multa) É mecanismo de coerção para pressionar a vontade do devedor renitente que, temeroso dos prejuízos que possam advir ao seu patrimônio, acabará por cumprir aquilo a que vinha resistindo” (Marcus Vinicius Rios Gonçalves, 2016, p. 762) [61].

“A multa não tem caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório. Muito diferentemente, sua natureza jurídica repousa no caráter intimidatório, para conseguir, do próprio réu, o específico comportamento pretendido pelo autor e determinado pelo magistrado” (Cássio Scarpinella Bueno, 2014, p. 407) [62].

“O dispositivo em foco trata da multa processual de natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial, também denominada *astreinte*, conforme a equivalente do direito francês” (Teresa Arruda Alvim Wambier, 2015, p. 892) [63].

Há vários julgados neste sentido [64], entretanto, em uma decisão do STJ, emenda transcrita abaixo, além de se conhecer o caráter coercitivo da multa, defendeu-se, também, que esta deve ser utilizada para compensar o demandante pelo tempo em que ficou privado de fruir o bem da vida, reconhecendo-se, assim, o caráter indenizatório desta.

RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, 'A' E 'C', DA CF) - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA - ASTREINTES FIXADAS A BEM DOS DEVEDORES EM AÇÃO MONITÓRIA, PARA FORÇAR A CREDORA À EXCLUSÃO

DE INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ACÓRDÃO LOCAL EXTINGUINDO A EXECUÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DE PERTENCER À UNIÃO O MONTANTE RESULTANTE DA INCIDÊNCIA DA MULTA DIÁRIA, ANTE O DESPRESTÍGIO PROVOCADO AO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO À ORDEM JUDICIAL.

(...)

3. Definição das funções atribuídas à multa pecuniária prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC: entendida a razão histórica e o motivo de ser das astreintes perante o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que o instituto possui o objetivo de atuar em vários sentidos, os quais assim se decompõem: a) ressarcir o credor, autor da demanda, pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida; b) coagir, indiretamente, o devedor a cumprir a prestação que a ele incumbe, punindo-o em caso de manter-se na inércia; c) servir como incremento às ordens judiciais que reconhecem a mora do réu e determinam o adimplemento da obrigação, seja ao final do processo (sentença), seja durante o seu transcurso (tutela antecipatória). Assim, vislumbrada uma função também de direito material a ser exercida pela multa pecuniária do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, queda indubitosa a titularidade do credor prejudicado pela mora sobre o produto resultante da aplicação da penalidade. Ainda no ponto, cumpre firmar outras importantes premissas, principalmente a de que a multa pecuniária tem campo natural de incidência no estado de mora debitoris, ou seja, enquanto ainda há interesse do credor no cumprimento da obrigação, descartando-se sua aplicabilidade nas hipóteses de inadimplemento absoluto. Por não gerar efeitos com repercussão no mundo dos fatos, mas apenas ressarcitórios e intimidatórios, a multa deve guardar feição de ultima ratio, cabendo ao magistrado, no momento de aferir a medida mais adequada para garantir o adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, ter sempre em mira que o próprio sistema de

tutela específica previsto no art. 461 do CPC confere a possibilidade da adoção de providências muito mais eficazes, que significam a pronta satisfação do direito do demandante.

(...)

5. Recurso especial conhecido e provido em parte. [65]

Entendemos, porém, que o posicionamento da doutrina, de que a multa tem natureza coercitiva não objetivando, assim, ressarcir o credor de eventuais perdas que sofrer diante da mora do devedor, é o mais acertado, inclusive isto é o que se extrai do artigo 500 do Código de Processo Civil [66], o qual diz expressamente que a indenização se dará sem prejuízo da multa.

Outro atributo da multa é o seu caráter acessório [67], como dito, ela existe para coagir o devedor a cumprir determinada obrigação, portanto, ela se destina a assegurar o cumprimento de determinada decisão judicial.

Assim, por exemplo, se a obrigação principal já não mais subsiste (porque foi cumprida ou porque a decisão foi reformada em grau de recurso) ou se se tornou inviável o seu cumprimento na forma específica, não se pode mais falar na incidência da multa coercitiva [68].

Portanto, caso a demanda seja julgada improcedente, a multa não será devida, pois como acessória, seguirá o mesmo destino do principal. Este raciocínio, inclusive, encontra-se no §3º, do artigo 537 do Código de Processo Civil [69].

Outra característica de destaque da multa é o seu caráter processual.

A doutrina defende que a multa é medida processual e não material, isso porque, como já mencionado, a multa é uma medida executiva, ou seja, um instrumento que o juiz se utiliza para assegurar a efetividade de suas decisões [70].

Entretanto, no Recurso Especial 1006473/PR, já citado, defendeu-se a natureza híbrida das astreintes. Além da função processual instrumento voltado a garantir eficácia das decisões judiciais, a multa cominatória teria caráter preponderantemente material, pois serviria para compensar o demandante pelo tempo em que ficou privado de fruir o bem da vida que lhe fora concedido seja previamente, por meio de tutela antecipada, seja definitivamente, em face da prolação da sentença. Para refutar a natureza estritamente processual, observou-se que, no caso de improcedência do pedido, a multa cominatória não subsiste. Assim, o pagamento do valor arbitrado

para compelir ao cumprimento de uma ordem judicial fica, ao final, dependente do reconhecimento do direito de fundo.

Porém, em julgamento mais recente, o mesmo STJ entendeu que a multa possui natureza processual [71].

A multa pecuniária ora estudada é uma medida eminentemente processual inclusive, o juiz pode impô-la de ofício, para se buscar a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, conforme determinado pelo art. 536 Código de Processo Civil, mas é inegável que guarda uma relação com o direito material devido o seu caráter acessório.

4.3 Valor da Multa

Não existe um valor pré-estabelecido ou uma regra de como se dará o valor da multa, a lei é silente, devendo o magistrado fixá-la de acordo com a situação concreta analisada.

O julgador deve ter em conta a estimativa de um valor que seja elevado o suficiente para fazer com que o devedor se sinta compelido a cumprir com a obrigação do que permanecer inerte, mas não pode ser um valor irrisório ao ponto de achar, o devedor, que não exista tal pressão.

“Não pode ser insuficiente a ponto de não criar no obrigado qualquer receio quanto às consequências de seu não acatamento. Não pode, de outro lado, ser desproporcional ou desarrazoada a ponto de colocar o executado em situação vexatória. O magistrado, assim, deve ajustar o valor e a periodicidade da multa consoante as circunstâncias concretas, com vista à obtenção do resultado específico da obrigação reclamada pelo exequente” (Cássio Scarpinella Bueno, 2014, p. 407) [72].

Assim, o valor da multa pode superar o valor da obrigação, pois, não há essa correspondência necessária entre eles. A multa é fixada de acordo com a natureza da obrigação a ser cumprida, não tendo nenhuma restrição de ser menor, maior ou mesmo limitada ao valor da desta, pois é uma forma de pressionar o executado a cumprir o que fora acordado [73].

O professor Marinoni [74], inclusive, defende que nos casos de obrigações em prestações, a multa deveria ser fixada acima do valor prestação, para que esta tenha efetividade e não perca o seu valor coercitivo.

Desta forma, o valor da multa não está atrelada ao valor da obrigação, mas, sim aos elementos concretos do caso. O magistrado deve levar em consideração uma série de fatores ao determinar o valor da multa, como o patrimônio do devedor, a obrigação e, principalmente, o caráter coercitivo, a “pressão”, que o valor da multa exercerá na vontade do devedor para que este cumpra com o seu dever.

Porém, não se pode admitir que ultrapasse os limites do razoável, devendo o magistrado, caso isto ocorra, reduzi-la a um montante tal que não constitua fonte de enriquecimento indevido para o credor [75].

Em relação ao que fora exposto aqui, vale destacar as lições do professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves [76]:

“Muito se discutiu se o valor da multa estaria limitado pelo da obrigação principal. A lei civil estabelece que as cláusulas penais não podem ultrapassar o valor da obrigação. Mas a multa não é cláusula penal, e a lei não impõe limites. Porém, não se pode admitir que ela ultrapasse os limites do razoável, e se isso acontecer, o juiz deve reduzi-la a um montante tal que não constitua fonte de enriquecimento indevido para o credor. Verificando o juiz que ela já correu por tempo suficiente, deve dar por encerrada a incidência, reduzindo-a ao razoável. Cumpre ao credor, então, requerer outros meios de coerção ou a conversão em perdas e danos”.

4.3.1 A Possibilidade de Alteração da Periodicidade e do Valor da Multa

O parágrafo primeiro do artigo 537 do CPC [77], diz que o juiz pode, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la caso verifique que esta se tornou insuficiente ou excessiva, ou caso o obrigado demonstre cumprimento parcial superveniente da obrigação, ou justa causa para o seu descumprimento.

Diferentemente do código anterior, onde havia a expressão “multa diária”, o novo código nada diz a este respeito. Dessa forma, entendamos que o código adotou o posicionamento da doutrina [78], podendo, a multa, ser horária, semanal, mensal, anual, diária ou até mesmo fixa. O caso concreto é que vai dizer qual a melhor escolha.

A multa coercitiva será fixa quando o magistrado determinar que ela incida uma única vez em caso de descumprimento da decisão, sendo ideal nos casos em que a violação do direito se dá de forma instantânea, não continuada.

Nas palavras de Marinoni [79], “para o caso em que se teme a prática ou a repetição do ilícito, e não simplesmente a sua continuação, a multa diária não é adequada, devendo necessariamente ser estabelecida em valor fixo”.

Caso a multa seja fixada periodicamente, caindo-se em uma das hipóteses do § 1º do art. 537, é possível ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte interessada, altere a periodicidade de sua incidência, fazendo, por exemplo, que uma multa mensal se torne diária ou semestral.

Como dito no item anterior, embora não haja um limite máximo para a multa, é possível que, no caso concreto, surgindo uma das hipóteses previstas no parágrafo primeiro do artigo 537 do CPC, o valor da multa seja alterado, adequando-se a parâmetros razoáveis, podendo assim ser majorada ou diminuída, a depender das peculiaridades do caso prático.

A jurisprudência[80] entendia, antes do CPC/2015, que o “quantum” da multa poderia ser reduzido, em hipóteses excepcionais, caso ela se mostre excessiva, causando enriquecimento sem causa ao autor.

Entretanto, a mesma jurisprudência [81] também entende que, caso o único obstáculo ao cumprimento da determinação judicial para qual há a incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzir a multa, pois as astreintes têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação.

Assim, como já afirmado, caso a multa seja fixada em valor exorbitante, desproporcional e não razoável ao caso, criaria uma situação de enriquecimento sem causa ao beneficiário desta (autor).

Marinoni [82], assim se posiciona acerca deste assunto:

“Realmente, o lesado tem direito a obter o valor em dinheiro equivalente ao da obrigação ou do dano, e nunca um valor que, além de equivaler à prestação inadimplida ou ao dano, acrescente algo mais ao seu patrimônio. Este “algo mais”, por ser desprovido de fundamento, somente pode significar enriquecimento sem causa”.

Desta forma, o julgador ao estipular ou alterar o valor da multa deve respeitar o seu caráter coercitivo, que visa a efetividade do provimento jurisdicional, mas também deve limitá-la ao razoável, para que não infrinja o princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Deve-se ressaltar que a possibilidade de alteração da periodicidade e do valor da multa só existe porque esta não faz coisa julgada, tal entendimento encontra-se consolidado na jurisprudência [83]. Isto ocorre devido a própria natureza da multa, pois, sendo medida executiva [84], ela deve agir na vontade do devedor, ao ponto de que este perceba que é melhor cumprir com obrigação do que arcar com a multa, tão pouco pode ser fixada em valor exacerbado que faça com que o autor enriqueça injustamente [85].

Retornando a leitura do 1º do art. 537, do CPC, reafirma-se que é permitido ao magistrado a possibilidade de modificar, de ofício ou a requerimento do interessado, o valor ou a periodicidade da **multa vincenda**, ou excluí-la, se verificar que a multa (i) se tornou insuficiente ou excessiva; ou (ii) quando o réu demonstrou cumprimento parcial da obrigação; ou (iii) verificada a justa causa para o descumprimento.

Este parágrafo traz uma importante novidade, somente a multa vincenda é que pode ser modificada, dessa forma, qualquer alteração realizada, terá eficácia “ex nunc” [86], ou seja, ela não será retroativa, valendo somente a partir da data da decisão adiante.

Deste modo, os valores já vencidos, ainda que não depositados, não podem ser reduzidos, atitude antes comum na nossa jurisprudência como visto nos exemplos já mencionados, o que por um lado acarretaria um grau maior de coercitividade à multa, o que poderia fazer com que o devedor acatasse rapidamente as decisões, inclusive as de primeiro grau.

Por outro lado, aumenta-se a responsabilidade e a sensibilidade dos magistrados na estipulação do valor da astreinte, pois, caso for exagerado prejudicará a parte sucumbente.

Ademais, conforme o previsto no inciso I, do §2º do art. 513 do CPC [87], como regra, a intimação do executado será feita na pessoa do seu advogado, o que geraria uma maior celeridade, devendo, assim, o patrono do executado agir rapidamente caso verificar que a multa aplicada possa ser desarrazoada, devendo, assim, solicitar a sua adequação.

4.3.2 Comportamento Abusivo do Credor

O direito privado prevê a existência de um dever do credor de minimizar as suas perdas (*duty to mitigate the loss*). Esse dever, reconhecido pela jurisprudência pátria [88], decorre do princípio da boa-fé previsto no art. 422 do Código Civil, bem como a boa-fé processual, prevista no artigo 5º do Código de Processo Civil, garantindo-se, assim, lealdade entre as partes.

Desta forma, o credor deve ser diligente, não pode, diante da inércia do executado, ficar silente, só esperando o valor acumulado da multa aplicada ao devedor crescer. Este comportamento deve ser combatido, pois fere o princípio da boa-fé objetiva, não devendo, assim, o credor se beneficiar de tal atitude.

O professor Cássio Scarpinella bueno [89], entende que:

“Deve ser rechaçado o entendimento de que o autor pode aguardar alguns meses, quiçá anos, diante da inércia do executado sem adotar atitude (s) compatível (is) com o seu pedido de tutela jurisdicional, e, passado aquele longo período de tempo, pretender “cobrar” a multa que era exigida desde então.

A natureza jurídica da multa não pode conduzir a tal interpretação que, em última análise, levará o exequente a enriquecer-se indevidamente”.

Desta forma, ao não exercer a pretensão pecuniária em período apropriado, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé.

Esse ilícito processual implica, segundo Didier, na perda do direito ao valor da multa, respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso do direito, além de eventual punição prevista no artigo 81 do Código de processo Civil [90].

4.4 O Destinatário do valor da Multa; Momento em que pode ser Cobrada e o Instante em que começa a Incidir

O Código de Processo Civil de 1973, não definiu expressamente quem deveria ser o destinatário da multa, o Estado-juiz, a parte autora, ou ambos, podendo-se assim abrir margem para uma discussão acerca do assunto.

Como já salientado, a multa ao se reverter para o credor pode acarretar o enriquecimento sem causa do exequente. Ademais, a incidência da multa decorre do descumprimento de ordem judicial. Estas duas premissas (enriquecimento sem causa

e o descumprimento de ordem judicial) poderiam ser usadas para se justificar, como destinatário da multa, o Estado, ou mesmo, para possibilidade de divisão de seu valor entre a parte e o poder público.

Entretanto, a grande maioria da doutrina [91] defende que o destinatário da multa é o exequente e não o Estado, pois, em síntese, o fato de não haver previsão expressa indicando que a multa deveria ser revertida ao Estado, afasta, por si só, tal possibilidade, dado que ao Estado cumpre realizar aquilo que a lei determinar, em observação ao princípio da legalidade estrita.

De qualquer forma, o CPC/2015, acompanhando o entendimento majoritário da doutrina, diz expressamente, no parágrafo segundo, do artigo 537, que “o valor da multa será devido ao exequente”, colocando, assim, fim a qualquer dúvida que pudesse pairar quanto ao destinatário da multa [92].

Outra divergência que existia na doutrina e na jurisprudência era quanto ao momento em que a multa poderia ser executada.

Um primeiro grupo [93] reconhece a possibilidade da execução da multa de forma incondicional, até mesmo quando decorrente de decisão interlocutória proferida em antecipação de tutela *initio litis*, independentemente de sua confirmação por sentença na ação principal, pois, segundo esta teoria, a ideia da multa é coagir/pressionar o devedor a pagar, assim, deve ser exigida de imediato.

Já outros doutrinadores, como Guilherme Rizzo Amaral [94], Marinoni, Sergio Arenhart [95], entendem que a multa só pode ser exigida depois do trânsito em julgado da sentença, até porque essa multa pode ser revogada ou alterada a qualquer tempo. Apesar das astreintes serem exigíveis desde sua estipulação, estas seriam executáveis somente após o trânsito em julgado favorável. Tal posicionamento, assim como o anterior, encontra guarida na jurisprudência [96].

Por fim, uma última posição, defendida por Eduardo Talamine [97], admite a execução da multa, mas desde que não caiba recurso com efeito suspensivo “ex lege” [98].

O Código de Processo Civil de 2015 [99] colocou fim a esta discussão ao estabelecer que a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, porém, vincula o levantamento do valor ao trânsito em julgado da sentença favorável à parte exequente.

Desta forma, será possível executar provisoriamente a multa, ainda que imposta por decisão interlocutória, tendo em vista que o artigo fala em decisão e

não sentença. Entretanto, o valor ficará depositado e só será levantado após o trânsito em julgado de sentença favorável ao autor.

Teresa Arruda Alvim Wambier [100] interpreta este parágrafo da seguinte forma:

“A opção do legislador, como se vê, foi tomada. Enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença de mérito reconhecendo a procedência do pedido, não será possível a execução definitiva da multa processual. O cumprimento provisório, neste caso, está limitado ao adiantamento dos meios executivos e não à satisfação, porquanto está vedado o levantamento de dinheiro, mesmo que diante de caução”.

Assim, com a entrada em vigor do CPC/2015, a execução provisória poderá acontecer independente de interposição de recurso ou da natureza da decisão que a concedeu, pois, como já analisado, a multa vencida não pode ser modificada. Entretanto, o levantamento do valor fica condicionado ao trânsito em julgado da sentença favorável. Logo, se o pedido ao final for julgado improcedente, a multa não será devida, devendo os eventuais valores recolhidos serem restituídos ao devedor, revelando-se, assim o caráter acessório da multa já discutido.

Este parágrafo trouxe uma maior segurança ao executado na medida que condiciona o levantamento de valores depositados ao trânsito em julgado favorável, ao mesmo tempo que aumenta a natureza coercitiva da multa, visto que o devedor pode ter o seu patrimônio diminuído, ainda que provisoriamente.

Por fim, o § 4º do art. 537 [101] estabelece o termo inicial e final da multa, dizendo que esta será devida desde o dia em que configurado o descumprimento da decisão, e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

Assim, o magistrado pode definir expressamente o instante em que a multa começará incidir ou pode apenas mencionar o prazo para o cumprimento da ordem judicial. Nesse último caso, a multa só começará a incidir após o término desse prazo caso, evidentemente, o réu não cumpra com a determinação judicial [102].

Como afirmado, ela incidirá até que seja cumprida a decisão que a tiver cominado, mas, evidentemente, caso a decisão judicial for suspensa (por exemplo por meio de recurso de agravo de instrumento recebido com efeito suspensivo), a multa deixaria de incidir [103].

Em seu último parágrafo, o art. 537 do CPC [104], deixa claro a possibilidade de aplicação da multa ao cumprimento de sentença que decorra das obrigações de fazer ou não fazer que não tenha natureza obrigacional, ou seja, deveres positivos ou negativos que decorram de lei e não da vontade das partes [105]. Como, por exemplo, a possibilidade de aplicação da astreinte caso um estabelecimento comercial não respeite o horário de silêncio estabelecido em lei.

5. CONCLUSÃO

Com apoio no trabalho realizado, é possível tecer algumas considerações. Após breve estudo acerca do conceito de obrigação, verificamos que não houve um distanciamento entre o conceito clássico romano e o conceito contemporâneo, pois na definição clássica já se encontrava os elementos essenciais da obrigação: vínculo jurídico; partes e a prestação.

Ao longo desta pesquisa, viu-se a autonomia doutrinária e jurisprudencial da obrigação de pagar, em que pese esta não estar expressamente prevista no Código Civil. Entendeu-se que a principal diferença entre a obrigação de fazer e a obrigação de dar, é que nesta existe uma prestação de coisa, enquanto na outra encontra-se uma prestação de fato. Essa diferenciação ainda é relevante devido à divisão das obrigações em fungíveis e infungíveis.

Na obrigação infungível, o negócio se estabelece *intuitu personae* (em razão da pessoa), isto é, o credor só visa à prestação avençada se for fornecida por aquele devedor determinado cujas qualidades pessoais têm em vista. Já as obrigações fungíveis a pessoa do devedor não é importante, é irrelevante quem realizará a prestação. Nesta modalidade, o devedor se desincumbe da obrigação realizando-a ou mandando que outro a faça em seu lugar.

Destacou-se, também, que a infungibilidade pode decorrer da própria natureza da obrigação (infungibilidade natural ou prática) ou da convenção das partes (infungibilidade jurídica). Na infungibilidade natural, caso o devedor se recuse a realizar a obrigação, ainda que lhe seja impostas medidas coercitivas, a obrigação deverá ser revertida em perdas e danos. Já na infungibilidade jurídica, para algumas situações, o ordenamento jurídico previu mecanismos para a obtenção de resultados próximos ao imposto ou ajustado entre as partes. Exemplo disso é o disposto no artigo 501 do CPC, no qual a sentença poderá substituir a declaração de vontade do polo inadimplente da obrigação.

Em seguida estudamos a tutela específica, chegando à conclusão de que esta nada mais seria do que a fruição "in natura" do bem desejado, ou seja, o autor deve

receber aquilo que ele contratou/desejou, como se não precisasse da intervenção poder judiciário.

Quanto a discussão acerca do sentido da expressão “resultado prático equivalente”, vimos que a doutrina não é unânime. Parte entende que “resultado prático equivalente” seria a modificação de medidas de apoio para a obtenção do mesmo bem jurídico, isto é, a utilização de outras técnicas para se obter o mesmo resultado, ou seja, o julgador não poderia dar algo diferente daquilo que lhe fora pedido, somente poderia, por exemplo, trocar uma medida de arresto pela multa.

Outra parte entende que poderia haver alteração no pedido mediato, ou seja, o magistrado, abrindo-se uma exceção a regra ao princípio da correspondência, poderia conceder outro fazer ou não fazer, desde que com isso se possa obter o mesmo resultado da obrigação originária.

No caso da obrigação de fazer ou não fazer se tornar impossível o seu cumprimento “in natura” (específico), quando menos seu resultado prático equivalente, esta deverá ser convertida em perdas e danos ou, se autor se o autor se manifestar neste sentido.

Neste ponto, como explicado, quando a obrigação de fazer for infungível, torna-se impossível obtenção forçada da obrigação, pois tal ato atentaria ao princípio dignidade da pessoa humana e da liberdade, protegidos por nossa Constituição Federal, devendo ela ser convertida em perdas e danos.

De fato, o judiciário não pode obrigar que o devedor cumpra com a obrigação personalíssima, entretanto, é autorizado pelo artigo 536, § 1º do Código de Processo Civil a utilizar-se de mecanismos (medidas executivas) capazes de compelir o executado a adimplir com a obrigação, entre estes mecanismos e um dos mais importantes, é a multa coercitiva.

Mediante o estudo da doutrina, da jurisprudência e da legislação pátria, chegou-se a conclusão que a multa possui natureza coercitiva, acessória e processual. Coercitiva, pois serve para constranger o demandado a cumprir a ordem judicial; acessória porque é uma técnica de tutela e só irá existir enquanto servir para coagir o devedor a cumprir a decisão judicial; e, por ser um instrumento a ser utilizado pelo magistrado para assegurar a efetividade de suas decisões, é eminentemente processual.

A seguir, estudamos o valor a ser arbitrado à multa pelo magistrado, devendo este levar em consideração as características do caso em concreto, como o patrimônio do demandado, a própria obrigação a ser cumprida, a força coercitiva

que a multa deve exercer, devendo ainda esta ser proporcional e razoável para que não se configure o enriquecimento injustificado da parte beneficiária da multa.

Por fim, verificamos as novidades trazidas pelo CPC/2015, principalmente em seu artigo 537, acerca do tema abordado, o qual afirma que a multa é devida unicamente ao credor, não havendo que se falar em divisão do crédito com o Poder Público; confirma que o valor da multa vincenda, excluindo a vencida, pode ser modificado, seja para mais ou para menos, quando: se tornar insuficiente ou excessiva, o réu demonstrar cumprimento parcial da obrigação, ou verificada a justa causa para o descumprimento; autoriza expressamente o cumprimento provisório da multa; ressalta o caráter acessório desta ao vincular o seu levantamento ao trânsito em julgado favorável; e determina o início e o término da incidência da multa.

Desta forma, em que pese algumas críticas em relação ao Código de Processo Civil de 2015, entendemos que em relação à multa coercitiva uma série de dúvidas antes existentes foram sanadas pelo legislador, cabendo aos operadores do direito, ainda que eventualmente não concordemos com algumas das posições adotadas pelo código, utilizar o instituto da multa da melhor forma possível.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela Específica: com remissão ao Projeto de Lei 8.046/10*. Curitiba: Juruá, 2013.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1069810/RS, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Primeira Seção. Julgado em: 23/10/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1069810&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 482.094/RJ (2002/0149569-9), Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Julgado em: 20.05.08. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s>

equencial=496008&num_registro=200201495699&data=20090424&formato=PDF
>. Acesso em: 13/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº. 1063296/RS Recurso Especial 2008/0121922-6,=. Relator: Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgado em: 19.12.08. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=847355&num_registro=200801219226&data=20081219&formato=PDF>. Acesso em: 13/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1047957/AL, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 14/06/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800792587&dt_publicacao=24/06/2011>. Acesso em: 26/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 947555/MG, Relator: Ministro Herman Benjamin, Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em: 18/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700949235&dt_publicacao=27/04/2011>. Acesso em: 26/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 743185/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 09/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500626657&dt_publicacao=17/03/2010>. Acesso em: 26/09/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1509763/RN, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em: 07/02/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201500045088&dt_publicacao=10/04/2015>. Acesso em: 26/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1006473/PR, Relatora: Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do Acórdão: Ministro Marco Buzzi, Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgado em: 08/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702705583&dt_publicacao=19/06/2012>. Acesso em: 26/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1198880/MT, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 20/09/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001096422&dt_publicacao=11/12/2012>. Acesso em: 26/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1507955/RS, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 07/04/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1507955&ementa=redue3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1220010/DF, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgado em: 15/12/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901302257&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em: 27/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1383779/SC, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 21/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301451681&dt_publicacao=01/09/2014>. Acesso em: 27/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1026191/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 03/11/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800228191&dt_publicacao=23/11/2009>. Acesso em: 27/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgREsp 14395/SP, Relator: Ministro Marco Buzzi, Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgado em: 02/08/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100705065&dt_publicacao=09/08/2012>. Acesso em: 27/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1401233/RS, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 17/11/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302914030&dt_publicacao=26/11/2015>. Acesso em: 27/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1422691/BA/, Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em: 18/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303781533&dt_publicacao=24/02/2014>. Acesso em: 30/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1016375/RS, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 08/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702997604&dt_publicacao=21/02/2011>. Acesso em: 30/09/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1347726/RS, Relator: Ministro Marco Buzzi, Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgado em: 27/11/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201986455&dt_publicacao=04/02/2013>. Acesso em: 30/09/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº.: 9200065-14.2007.8.26.0000. Relator: Desembargador Airton Pinheiro de Castor, 15ª Câmara de Direito Privado. Brasília 19.05.2015, Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8473939&cdForo=0&v1Cap tcha=xqtye>>. Acesso em: 20/08/2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela específica e tutela cautelar: (à luz da denominada reforma do código de processo civil)*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 10. ed. 2.v. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. 5ª ed. v. 2 São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquemático*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela: parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil*. Revista brasileira de direito constitucional, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 13-19, jul./dez.

2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26126>>. Acesso em: 13/09/2016.

MACHADO, Antônio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*. 11ª. ed. Barueri-SP: Manole, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz*. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5974>>. Acesso em: 15 set. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o Ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015)*. Revista de Processo. Vol. 245/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica: art. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8ª ed., 12ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 4.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. 30ª ed., 09ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

TALAMINE, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer: CPC, Art. 461, CDC, art. 84*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 46ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; de MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOTAS:

[1] MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8ª ed., 12ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

[2] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 23. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

[3] GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, 17ª ed, p. 57.

[4] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. 5ª ed. v. 2 São Paulo: Saraiva, 2008.

[5] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2, p. 139.

[6] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 10. ed. 2.v. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

[7] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

[8] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. 30ª ed., 09ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

[9] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5.

[10] “O direito real, ligando a coisa a seu titular, permite que este a busque onde quer que se encontre, nas mãos de quem quer que, injustamente, a detenha, a fim de sobre ela exercer o seu direito. A essa prerrogativa do titular do direito real, de perseguir a coisa até encontra-la, chama-se direito de sequela e é peculiar a esse tipo de direito. A sequela e outras particularidades do direito real decorrem do fato de ser ele oponível a qualquer pessoa, isto é, de valer erga omnes, contra todos”
RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. 30ª ed., 09ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 7.

[11] GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, 17ª ed.

[12] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 4.

[13] “Todavia, não pode o credor, sem mais formalidades, optar por esta última solução, encomendando desde logo a terceiro a feitura da obra. Cumpre-lhe recorrer a via judicial, para que fique comprovada a recusa do devedor e se alcance a aprovação da substituição pretendida”. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. 30ª ed., 09ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 17.

[14] Art. 250. CC. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.

[15] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. 30ª ed., 09ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 42.

[16] Art. 251. CC: Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

[17] Alvim, José Eduardo Carreira. *Tutela Específica: com remissão ao Projeto de Lei 8.046/10*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 25.

[18] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 401.

[19] FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela específica e tutela cautelar: (à luz da denominada reforma do código de processo civil)*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 243.

[20] MACHADO, Antônio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*. 11ª. ed. Barueri-SP: Manole, 2012.

[21] “Imperativamente o *caput* do art. 461 impôs ao juiz a concessão da tutela específica. A sentença que der provimento ao pedido de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer deverá condenar o devedor a realizar, *in natura*, a prestação devida”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 46ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2, p. 27.

[22] “É claro que tanto a tutela específica quanto a alternativa das providências idôneas só podem ocorrer quando o pedido proceder. Assim, a sentença que julgar improcedente o pedido não disporá medida alguma e também não concederá qualquer tutela específica: declarará que o autor não tem direito a ela”. FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela específica e tutela cautelar: (à luz da denominada reforma do código de processo civil)*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 244.

[23] MACHADO, Antônio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*. 11ª. ed. Barueri-SP: Manole, 2012.

[24] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

[25] Ibid

[26] TALAMINE, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer: CPC, Art. 461, CDC, art. 84*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[27] FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela específica e tutela cautelar: (à luz da denominada reforma do código de processo civil)*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

[28] Ibid.

[29] TALAMINE, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer: CPC, Art. 461, CDC, art. 84*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[30] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[31] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5.

[32] MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 427.

[33] “(...) a lei leva em conta a preocupação por situações em que seja impossível ou particularmente difícil chegar de modo completo e exauriente ao ideal de perfeita substituição do adimplemento pelas atividades jurisdicionais. Para dar solução a essas dificuldades foi que ditou a possibilidade de, em sentença, o juiz ditar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Não se trata de criar ou determinar a criação de uma situação final diferente daquela

que desde antes já constituía o objeto da obrigação de fazer ou não fazer: determinar em sentença um resultado que não estava na obrigação significaria obrigar o réu fora dos limites da lei e do contrato (Constituição, art. 5º, II), além de provavelmente transgredir os limites do objeto do processo. Ao determinar essas providências o juiz deve ater-se rigorosamente aos limites do pedido feito pelo autor na inicial, sempre tento em mira o resultado final a que ele tinha direito". FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela específica e tutela cautelar: (à luz da denominada reforma do código de processo civil)*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 245.

[34] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 402.

[35] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5.

[36] Art. 499. CPC. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

[37] Art. 536. CPC. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

[38] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 417.

[39] FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela específica e tutela cautelar: (à luz da denominada reforma do código de processo civil)*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 245 – 246.

[40] GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela: parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil*. Revista brasileira de direito constitucional, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 13-19, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26126>>. Acesso em: 13/09/2016, p. 16.

[41] Art. 501 CPC. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

[42] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5.

[43] Art. 186. CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[44] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o Ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015)*. Revista de Processo. Vol. 245/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[45] Art. 497. CPC. (...)

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

[46] "A tutela inibitória é uma tutela dirigida contra o ilícito. Ela visa impedir que o ilícito ocorra. Atua no intuito de obstar, evitar, prevenir a prática do ato contrário ao direito ou, quando antes já praticado, impedir sua reiteração ou continuação. Trata-se, pois, de tutela preventiva, que encontra respaldo constitucional no inciso XXXV do art. 5º da CF/88, que garante o acesso à justiça em razão de "ameaça de violação a direito"" DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 426.

[47] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica: art. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 135-137.

[48] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5.

[49] *Ibid.*, p. 428

[50] "Um bom exemplo de tutela ressarcitória específica é o caso em que um empregado que tenha sido vítima de um acidente de trabalho que leva à amputação de um dos seus membros inferiores pede, como forma de reparação específica, que

o empregador seja compelido a custear e entregar-lhe uma prótese. Entende-se como ressarcimento na forma específica tanto a reparação in natura como a reparação através de um meio não-pecuniário". DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 430.

[51] Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

[52] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 48.

[53] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 174.

[54] "Vale dizer que, diante das cláusulas gerais executivas, além de a lei não definir o meio executivo que deve ser utilizado, dando ao autor a possibilidade de postular o que reputar oportuno, o juiz não está mais adstrito ao meio executivo solicitado, podendo determinar aquele que lhe parecer o mais adequado ao caso concreto". MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5974>>. Acesso em: 15 set. 2016

[55] "(...) o magistrado também não se adstringe ao pedido formulado pelo autor quanto à escolha da medida coercitiva que tenha por escopo dar efetividade ao comando decisório. Em outras palavras, o julgador pode determinar que a prestação seja cumprida (fazer ou não fazer) e, para buscara sua efetivação, impor providência executiva não requerida pela parte ou mesmo distinta da que foi requerida". DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 454.

[56] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; de MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários*

ao *Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 890.

[57] PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1069810/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão Julgador: Primeira Seção. Julgado em: 23/10/2013.

[58] "A execução pode ocorrer com ou sem a participação do executado. A depender do tipo de providência executiva estabelecida pelo magistrado na sua decisão - se ela depende, ou não, da participação do devedor - é que se pode estabelecer uma diferença entre a decisão executiva e a decisão mandamental.

(...), a decisão executiva é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva direta, que será adotada em substituição à conduta do devedor, caso ele não cumpra voluntariamente o dever que lhe é imposto. Ela está fundada, portanto, na noção de execução direta (ou execução por sub-rogação), assim entendida aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida e, pois, promove uma substituição da sua conduta pela conduta do próprio Estado-juiz ou de um terceiro.

Já a decisão mandamental é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva indireta que atue na vontade do devedor como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Nestes casos, o Estado-juiz busca promover a execução com a "colaboração" do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida. Em vez de o Estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado força, por meio de coerção psicológica, a que o próprio executado cumpra a prestação". DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José

Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 449.

[59] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 46ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2.

[60] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 459.

[61] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquemático*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

[62] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

[63] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; de MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[64] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1047957/AL, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 14/06/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800792587&dt_publicacao=24/06/2011>. Acesso em: 26/09/2016. E BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 947555/MG, Relator: Ministro Herman Benjamin, Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em: 18/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700949235&dt_publicacao=27/04/2011>. Acesso em: 26/09/2016.

[65] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1006473/PR, Relatora: Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do Acórdão: Ministro Marco Buzzi, Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgado em: 08/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702705583&dt_publicacao=19/06/2012>. Acesso em: 26/09/2016.

[66] Art. 500. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.

[67] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 743185/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 09/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500626657&dt_publicacao=17/03/2010>. Acesso em: 26/09/2016 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1509763/RN, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em: 07/02/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoos/?num_registro=201500045088&dt_publicacao=10/04/2015>. Acesso em: 26/09/2016.

[68] "A imposição bem como a exigibilidade da multa pressupõe ser factível o cumprimento da obrigação em sua forma originária. Comprovada a impossibilidade da realização da prestação "in natura", mesmo por culpa do devedor, não terá mais cabimento a exigência da multa coercitiva. Sua finalidade não é, na verdade, punir, mas basicamente obter a prestação específica. Se isso é inevitável, tem o credor de contentar-se com o equivalente econômico (perdas e danos). No entanto, se essa inviabilidade foi superveniente à imposição da multa diária, a vigência da medida prevalecerá até o momento do fato que impossibilitou a prestação originária. A revogação da multa, por outro lado, torna-se cabível tanto por impossibilidade objetiva da prestação (o fato devido tornou-se materialmente inexecutável), como por impossibilidade subjetiva do devedor (este caiu, por exemplo em, insolvência)" THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 46ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2, p. 251.

[69] Art. 537. CPC.

(...)

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor **após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte**. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

[70] É, de fato, inegável que as *astreintes* estarão sempre vinculadas, de forma acessória, a decisões judiciais que impõem ao réu-devedor o cumprimento de determinada obrigação, possuindo, assim, natureza processual. Negar tal natureza seja negar a própria origem judicial ou jurisdicional da *astreintes*. AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 80.

[71] RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CÉDULA DE PRODUTO RURAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DE COISA. INADIMPLÊNCIA. JUROS PACTUADOS À TAXA

DE 1% AO MÊS. CUMULAÇÃO COM ASTREINTES. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E ASTREINTES. REVISÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. Possibilidade de cumulação de astreintes com encargos contratuais devido à natureza distinta dos dois institutos. Natureza processual das astreintes e de direito material dos encargos contratuais. Doutrina e jurisprudência.

(...).

5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1198880/MT, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 20/09/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001096422&dt_publicacao=11/12/2012>. Acesso em: 26/09/2016.

[72] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[73] "Também por ser coercitiva, *a priori* ela não tem teto, não tem limite, não tem valor pré-limitado. Se fosse punitiva, teria, como ocorre coma cláusula penal (art.412 do Código Civil)". DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 460.

[74] "No caso em que há prestação (dotada de valor patrimonial) a ser cumprida, a multa, para ter efetividade, obviamente tem que ser fixada em valor superior ao valor equivalente à prestação, isto é, ao que teria que ser pago pelo réu em compensação ao não adimplemento. Por outro lado, tratando-se de ação através da qual não se almeja uma prestação obrigacional de fazer ou coisa móvel ou imóvel, não há como sequer imaginar a limitação do valor da multa. É o que acontece diante das ações inibitória e remoção do ilícito, mediante as quais não se pede uma prestação dotada de valor de troca". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 78.

[75] "Se, por um lado, o juiz deve observar o princípio da efetividade dos provimentos jurisdicionais, conferindo caráter coercitivo à multa (com todos os seus consectários, dentre eles a total desvinculação com o valor da obrigação principal declarada), por outro, tem o juiz a limitação do princípio que veda o enriquecimento injusto, de quem quer que seja, inclusive o autor". AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o*

processo civil: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 235.

[76] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado.* 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 764

[77] Art. 537. CPC

(...)

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

[78] "Ela (a multa) pode ser fixada em parcelas de tempo superiores a um dia (por semana ou por mês, por exemplo) e em parcelas de tempo inferior a um dia (por hora, por minuto e, até por segundo), tudo a depender dos objetivos que o magistrado pretende conseguir com o emprego desta medida coercitiva à luz das características de cada caso concreto". BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 408.

"Apesar de ser muito comum a utilização da multa diária, deve-se ver que a periodicidade de sua incidência nem sempre será essa. Pode ser. Mas a multa também pode ser horária, semanal, mensal, anual ou até mesmo fixa. O caso concreto é que vai dizer". DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil.* 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 462.

[79] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159.

[80] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1507955/RS, Relator: Ministro Ricardo Villas-Boas Cuevas, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 07/04/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1507955&ementa=redu%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27/09/2016. e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1220010/DF, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgado em: 15/12/2011. Disponível em:

< https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901302257&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em: 27/09/2016

[81] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1383779/SC, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 21/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301451681&dt_publicacao=01/09/2014>. Acesso em: 27/09/2016 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1026191/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 03/11/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800228191&dt_publicacao=23/11/2009>. Acesso em: 27/09/2016

[82] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 83.

[83] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgREsp 14395/SP, Relator: Ministro Marco Buzzi, Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgado em: 02/08/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100705065&dt_publicacao=09/08/2012>. Acesso em: 27/09/2016.

[84] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 83-84.

[85] "As alterações podem ocorrer mesmo que a multa tenha sido fixada em sentença transitada em julgado. O trânsito impede a rediscussão do que o juiz decidiu a respeito da pretensão, mas não dos meios de coerção utilizados para fazer com que o devedor cumpra aquilo que lhe foi imposto". GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 762.

[86] "O §1º traz a hipótese de revisão do valor e/ou da periodicidade da multa ou ainda a sua exclusão, o que pode ser feito por meio de provocação da parte ou de ofício. A norma se refere a multa vincenda, sugerindo que a decisão que a excluir ou a rever tem efeito "ex nunc", não retroagindo para alcançar a multa vencida e não paga". WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; de MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 892.

[87] Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.

(...)

§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:

I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos; (...)

Inclusive, diante do exposto por este artigo, a doutrina entende a súmula 410 do STJ deve ser revogada. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; de MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 842.

[88] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1401233/RS, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 17/11/2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302914030&dt_publicacao=26/11/2015>. Acesso em: 27/09/2016.

[89] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 409

[90] O descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo é ato ilícito que viola a cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva, como visto. (...) A cláusula geral, como se sabe, é espécie normativa, que, além de ser composta por termos vagos, não estabelece um preceito; o preceito deve ser determinado pelo órgão jurisdicional, à luz das peculiaridades do caso concreto. Uma das possíveis conseqüências dessa conduta ilícita pode ser a perda, pelo credor, da situação jurídica ativa (posição de vantagem). Tratar-se-ia, então, de uma espécie de ato ilícito caducificante. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 476-477.

[91] "O beneficiário da multa é o autor (exequente), não o Estado ou União, ao contrário do que se verifica com a multa arbitrada com base no parágrafo único do art. 14, de natureza sancionatória. Não pago seu valor correspondente, poderá o exequente cobrá-la judicialmente". BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 408.

"o beneficiário do numerário decorrente da imposição pecuniária do art. 461 do CPC é a parte adversa, ou seja, aquela favorecida pelo decisório desrespeitado" DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno;

OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 467.

“a multa deverá ser revertida ao exequente, como forma de compensá-lo pela demora no cumprimento estrito da obrigação” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1349.

[92] Concordamos com o posicionamento de que: “infelizmente, o problema do receio de enriquecimento sem causa do autor, ao que parece, continuará a assombrar os juízes na fixação e aplicação desta multa”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; de MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 893.

[93] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo Civil Brasileiro*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 220.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 411.

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. "ASTREINTES" CONSTANTES DE DECISÃO CONCESSIVA DE TUTELA ANTECIPADA. EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 475-N DO CPC. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL EM AGRAVO REGIMENTAL. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. Esta Corte entende que, uma vez descumprida a obrigação de fazer, a execução das astreintes determinadas em antecipação de tutela não afronta ao art. 475-N do CPC. Precedentes.

(...)

Agravo regimental improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1422691/BA, Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em: 18/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303781533&dt_publicacao=24/02/2014>. Acesso em: 30/09/2016.

[94] AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 82.

[95] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 81.

[96] PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MULTA COMINATÓRIA. CPC, ART. 461, §§ 3º E 4º. NÃO CUMPRIMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA SUPERVENIENTE. INEXIGIBILIDADE DA MULTA FIXADA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

I - A antecipação dos efeitos da tutela, conquanto produza efeitos imediatos à época do deferimento, possui a natureza de provimento antecipatório, no aguardo do julgamento definitivo da tutela jurisdicional pleiteada, que se dá na sentença, de modo que, no caso de procedência, a antecipação resta consolidada, produzindo seus efeitos desde o momento de execução da antecipação, mas, sobrevindo a improcedência, transitada em julgado, a tutela antecipada perde eficácia, cancelando-se para todos os efeitos, inclusive quanto a multa aplicada (astreinte).

II - O instituto da antecipação da tutela implica risco para autor e réu, indo à conta e risco de ambos as consequências do cumprimento ou do descumprimento, subordinado à procedência do pedido no julgamento definitivo, que se consolida ao trânsito em julgado.

III - A multa diária fixada antecipadamente ou na sentença, consoante CPC, art. 461, §§ 3º e 4º só será exigível após o trânsito em julgado da sentença que julga procedente a ação, sendo devida, todavia, desde o dia em que se deu o descumprimento.

IV - Recurso Especial improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1016375/RS, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 08/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702997604&dt_publicacao=21/02/2011>. Acesso em: 30/09/2016.

[97] TALAMINE, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer: CPC, Art. 461, CDC, art. 84*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 258-259.

[98] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1347726/RS, Relator: Ministro Marco Buzzi, Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgado em: 27/11/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201986455&dt_publicacao=04/02/2013>. Acesso em: 30/09/2016.

[99] Art. 537. CPC. (...)

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

[100] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; de MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[101] Art. 537. (...)

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

[102] AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 141.

[103] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 80.

[104] Art. 537. (...)

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

[105] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; de MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 893.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO DURANTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

LHUANA DA SILVA OLIVEIRA:

Graduanda em Direito pelo Centro de Ensino Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

Resumo: Conforme previsto na Constituição Federal, de 1988, um dos principais direitos do cidadão e, portanto, dever da máquina estatal, é a tutela da segurança pública, a ser promovida através da execução de políticas públicas e da prestação adequada, eficiente e eficaz dos serviços que lhes são concernentes. Na prática, esse dever é materializado mediante a obrigatoriedade de o Estado, dada existência de um suposto fato delituoso, dar início à *persecutio criminis*, com vistas à apuração dos elementos comprobatórios, para consagrar o direito/dever de punir, solucionando as lides e aplicando a lei ao caso concreto. Nesse sentido, considerando que é durante o Inquérito Policial que são obtidas as provas mais importantes, recolhidas nos locais dos crimes, através de interceptações telefônicas e/ou escutas ambientais judicialmente autorizadas, acompanhamentos, buscas e apreensões ou garimpadas em atividades de inteligência policial, é de suma importância que sejam observados os direitos e garantias fundamentais do investigado, com vistas à plena observância do princípio da dignidade humana, enquanto um dos principais fundamentos constitucionais basilares de um Estado Democrático de Direito. Assim, diante do presente exposto, o presente estudo tem por objetivo estudar os limites norteadores desse processo, dada a sua natureza inquisitorial, de modo que os direitos e garantias fundamentais dos investigados não sejam violados pelos representantes do poder estatal, mormente, durante o inquérito policial, com o intuito de equilibrar o dever estatal de averiguar as infrações criminais, pautado no princípio da presunção de inocência, onde ninguém poderá ser considerado culpado até sentença condenatória transitada em julgado.

Palavras-chave: Direitos. Garantias fundamentais. Investigado. Investigação criminal.

Abstract: As provided for in the Federal Constitution of 1988, one of the main rights of the citizen and, therefore, the duty of the state machine, is the protection of public security, to be promoted through public policies and the adequate, efficient and effective provision of services that concern them. In practice, this duty is materialized through the obligation of the State, given the finding of the occurrence of an alleged criminal act, to initiate the *persecutio criminis* to investigate, prosecute and, finally,

assert the right to punish, solving the lawsuits and applying the law to the specific case. In this sense, considering that it is during the Police Inquiry that the most important evidence is obtained, collected at the crime scenes, through telephone interceptions and / or judicially authorized environmental wiretaps, accompaniments, searches and seizures or panned in police intelligence activities, It is of utmost importance that the fundamental rights and guarantees of the investigated are observed, with a view to full observance of the principle of human dignity, as one of the main fundamental constitutional foundations of a Democratic State of Law. Thus, in view of the foregoing, the present study aims to study the guiding limits of this process, given its inquisitorial nature, so that the fundamental rights and guarantees of the investigated are not violated by representatives of state power, especially during the investigation. police, in order to balance the State's duty to investigate violations of the criminal law, since, until there is a final judgment, there is no corroborating judgment on the offense.

Keywords: Rights. Fundamental guarantees. Under study. Criminal investigation

Sumário: 1 Introdução; 2 Do direito à segurança; 2.1 Da segurança pública; 2.2 O processo persecutório e suas fases; 2.3 O inquérito policial; 3 Direitos e garantias fundamentais do investigado; 3.1 Princípio da presunção de inocência; 3.2 Princípio do devido processo legal; 3.3 Princípio da legalidade; 3.4 Direito ao sigilo; Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 Introdução

A investigação criminal, costuma ser compreendida pela interpretação conjunta de determinações esparsas encontradas na legislação vigente, tais como as contidas na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Penal e na Lei Nº 12.830/13, uma vez que não existe uma definição legal para a mesma, consistindo em uma série de procedimentos realizados pela polícia judiciária para verificar a materialidade e os indícios de autoria das infrações penais e, assim, consubstanciar o exercício da função do Ministério Público na propositura da ação penal.

Neste sentido, a propositura da ação penal pelo Ministério Público depende, tacitamente, do provimento de elementos mínimos atribuídos à autoria e à materialidade do delito, para fundamentar a *opinio delicti* do Ministério Público, incluindo-se, ainda, motivação, ou não, da ação penal pública e o embasamento para o recebimento da denúncia e concessão de medidas cautelares pelo juiz, além de também, servir para embasar a queixa-crime da vítima nos crimes de ação privada ou ação penal subsidiária.

Conforme expresso na CF/88 e reforçado pelo Código de Processo Penal, assim como na Lei N° 12.830/13, cabe à Polícia Civil, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais civis, uma vez que as contravenções militares se encontram sob o encargo da Justiça Militar, de acordo com a Lei N° 13.491/2017.

Ainda da leitura do texto constitucional de 1988, induz-se a existência de duas modalidades distintas de polícia: uma administrativa e outra polícia judiciária, onde a primeira tem função preventiva, atuando antes da ocorrência do crime (polícia militar), e a segunda exerce função repressivo-investigativa, atuando após a prática de uma infração penal (polícias civil e federal).

Por seu turno, a persecução criminal, voltada para a apuração das infrações penais e suas respectivas autorias, tem como o principal instrumento estatal legítimo para exercício do poder punitivo, havendo, o poder legislativo, designado órgãos distintos para exercer as funções de investigar e acusar, evitando, assim, a concentração de poderes, unicamente, nas mãos do Ministério Público ou da Polícia Judiciária, no intento de garantia de proteção aos direitos do acusado e, por consequência, a legitimidade de eventual decisão condenatória futura.

No entanto, além de trazer importantes previsões acerca da investigação criminal, a Carta Magna de 1988 dispõe, ainda, ser de suma importância que sejam observados os direitos e garantias fundamentais do investigado, com vistas à plena observância do princípio da dignidade humana, enquanto um dos principais fundamentos constitucionais basilares de um Estado Democrático de Direito, tanto nos seus aspectos burocráticos quanto em seus efeitos práticos.

Diante do presente exposto, mostra-se fundamental estudar os limites norteadores desse processo, dada o seu caráter inquisitorial, de maneira que os direitos e garantias fundamentais dos investigados não sejam violados pelos representantes do poder estatal, mormente, durante o inquérito policial, no desígnio de equilibrar o dever da máquina estatal de apurar infrações à lei penal frente às garantias do investigado de não ter seus direitos lesados, visto que, até que haja sentença transitada em julgado, não há juízo comprobatório da autoria do delito.

2 Do direito à segurança

A Lei Maior promulgada em 1988, no caput de seu artigo sexto, instituiu a segurança como um direito social, mediante a seguinte redação:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a

assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Verifica-se, portanto, que a segurança é direito de segunda dimensão, que exige do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. Ou seja, não é um mero poder de agir – como o são as liberdades públicas –, mas sim poderes de exigir, chamados, também, de direitos de crédito, conforme nos leciona José Afonso da Silva:

Os direitos são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 2009, p. 289)

Na mesma linha, Fábio Comparato assevera que:

Os direitos sociais se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente. (COMPARATO, 2010, p. 77)

Desse modo, os direitos sociais são destinados a garantir que os cidadãos possam viver com dignidade, sendo-lhes assegurados a integridade física, psíquica e moral através de todos os mecanismos que estejam ao alcance por meio da intervenção estatal e da execução de políticas públicas, haja vista que, em um Estado Democrático de Direito, a segurança assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica, consistindo em uma situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social, de modo a permitir que todos gozem de seus direitos e defesa de seus legítimos interesses.

Nesse contexto, a segurança encontra-se, intimamente ligada à segurança pública, assumindo, conjuntamente, um papel fundamental no ordenamento jurídico pátrio, enquanto um meio de garantir o exercício dos demais direitos e liberdades fundamentais, possibilitando um convívio pacífico e harmonioso em sociedade, não devendo, pois, ser compreendida, erroneamente, como restrição de direitos de liberdade e garantias do cidadão.

2.1 Da segurança pública

Nos seus ensinamentos, Antônio Francisco de Souza, conceitua segurança pública da seguinte forma:

Estado que possibilita (viabiliza) o livre exercício dos direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição e na Lei. A segurança é, simultaneamente, um bem individual e coletivo, tal como a sociedade pertence a todos e a cada um. (SOUZA, 2009, p. 300)

Por sua vez, para o autor Willion Matheus Poltronieri, a segurança pública recebe a seguinte conotação:

Segurança Pública é a situação de normalidade, é a manutenção da ordem pública interna do Estado, sendo que sua alteração ilegítima ocasiona uma violação de direitos básicos, capaz de produzir eventos de insegurança e criminalidade, sendo o caminho oposto da desordem, do caos e do desequilíbrio social. (PALTRONIERI, 2016, p. 01)

Outro conceito de segurança pública que merece destaque é o de Matsuda, Graciano e Oliveira (2009, p. 21), enquanto “uma política que deve ser desenvolvida pelos órgãos públicos e pela sociedade, dentro dos limites da lei, garantindo a cidadania de todos”.

A ordem constitucional, de 1988, consagrou a segurança pública em seu artigo 144, por meio da seguinte disposição:

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, 1988)

A segurança pública é, pois, um dever do Estado e um direito do cidadão, a ser mantido por todos, a fim de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas, por meio dos órgãos elencados no referido dispositivo, juntamente com suas atribuições.

No parágrafo primeiro do art. 144 da CF/88 estão descritas as à Polícia Federal, encarregada de apurar as infrações penais contrárias aos interesses da União, além de coibir infrações de repercussão interestadual ou internacional, prevenir o tráfico de drogas, exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, e atuar nas funções da polícia judiciária da União, investigando e recolhendo provas para processos que sejam de competência da Justiça Federal.

Em seguida, dispõe-se acerca da Polícia Rodoviária Federal, encarregada do patrulhamento ostensivo de estradas e vias federais da nação (§2º, art. 144), e da Polícia Ferroviária Federal, também organizada e mantida pela União, ficando responsável pelo patrulhamento ostensivo das ferrovias federais brasileiras, com a prevenção de crimes de qualquer tipo (§3º, art. 144).

O parágrafo quarto, por sua vez, estabelece como competência da Polícia Civil, dirigida por delegados de polícia de carreira, a promoção da segurança pública da comunidade em si, conforme transcrito abaixo:

Art. 144 (...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

(BRASIL, 1988)

Ficou destinada, portanto, à Polícia Civil, através da atuação dos delegados de polícia de carreira, a prevenção e a investigação de infrações penais civis, excetuando-se as infrações militares ou de competência da Justiça Federal, que são atribuídas a órgãos específicos.

Em seguida, foram instituídas as competências da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, ficando, a primeira, responsável pelo policiamento ostensivo da ordem pública, protegendo o cidadão, a sociedade e os bens públicos (§5º, art. 144) e, o último, a execução de atividades de defesa civil (§5º, art. 144).

Finalmente, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 104, de 4 de dezembro de 2019, foi instituído o parágrafo 5º-A, versando acerca das responsabilidades das polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, relacionadas à segurança dos estabelecimentos penais.

Verifica-se, assim, que o Estado exerce seu poder de polícia judiciário, por intermédio da atuação bem delimitada dos órgãos citados no artigo 144 da CF/88, fundamentada na repressão da atividade criminal através da instrução policial criminal e da captura dos infratores da lei penal, tendo como traço característico o cunho repressivo e ostensivo, aliado à investigação criminal, representada por organismos sociais cuja função, por excelência, é a apuração da materialidade e autoria das infrações penais.

2.2 O processo persecutório e suas fases

A Carta Política de 1988 sedimenta a investigação criminal, no âmbito processual penal, nas atuações das instituições que carregam em seu bojo as atividades de polícia judiciária, a Polícia Federal e as Polícias Cíveis, nas suas respectivas áreas de atuação.

Em contrapartida, em seu art. 129, inciso I, a Carta Magna de 1988, atribui ao Ministério Público, a titularidade da ação penal, de modo que o sistema acusatório se encontra claramente bem definido, através da separação entre as funções de investigar e acusar e a função de julgar, tendo em vistas o investigado porquanto um sujeito de direitos. (TÁVORA, 2014, pág. 107).

Dentro dessa lógica, a persecução penal é dividida em duas fases bem definidas: a pré-processual, composta pelo Inquérito Policial, onde são iniciadas as investigações preliminares, e a segunda fase, chamada de processual, caso sejam coletados indícios cabais acerca da autoria e da materialidade do delito.

Além das previsões constitucionais, a investigação criminal, também, encontra suporte legal, no art. 4º do Código de Processo Penal: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por finalidade a apuração das infrações penais e da sua autoria". (BRASIL, 1941)

Cabe mencionar, aqui, que não é renegada a existência de outras formas de investigação que coexistem, juntamente com o inquérito policial. Com efeito, o próprio art. 4º, parágrafo único do CPP, estabelece que as atribuições das autoridades policiais não excluirão a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Por sua vez, o caput do art. 2º da Lei nº 12.830/2013, atribuiu expressamente e exclusivamente ao Estado, as atribuições da autoridade policial, sendo ela a responsável pela investigação de infrações penais, considerando que, eventualmente,

investigações criminais possam culminar em restrições de direitos fundamentais, cabendo ao Estado efetuar sua tutela.

Ademais, durante a investigação criminal são empregados determinados instrumentos investigatórios que podem ser tanto típicos quanto atípicos, segundo Valter Foletto Santin (2001, p. 32/33):

Os instrumentos típicos de investigação criminal são policiais e extrapoliciais, conduzidos pelos órgãos de persecução penal (polícia e Ministério Público). Os instrumentos típicos policiais são o Inquérito Policial e o Termo Circunstanciado elaborados pela polícia; os típicos extrapoliciais, por procedimento de investigação realizado pelo Ministério Público.

Nesse sentido, vale mencionar que o inquérito policial, descrito como uma das principais ferramentas investigativas das infrações penais, assim como a investigação criminal em si, ainda são fundamentados nas previsões contidas no Código de Processo Penal, de 1941, razão pela qual deve ser compatibilizado em diversos aspectos com a Constituição Cidadã de 1988.

Assim, ao presidir a investigação policial, o delegado de polícia deve agir com independência funcional e o firme propósito de atuar como um preservador de direitos, assegurando a higidez da chamada devida investigação criminal, função materializada na figura do inquérito policial, definido pelo ilustre professor Henrique Hoffmann:

Processo administrativo apuratório levado a efeito pela polícia judiciária, sob presidência do delegado de polícia natural; em que se busca a produção de elementos informativos e probatórios acerca da materialidade e autoria de infração penal, admitindo que o investigado tenha ciência dos atos investigativos após sua conclusão e se defenda da imputação; indispensável para evitar acusações infundadas, servindo como filtro processual; e que tem a finalidade de buscar a verdade, amparando a acusação ao fornecer substrato mínimo para a ação penal ou auxiliando a própria defesa ao documentar elementos em favor do investigado que possibilitem o arquivamento, sempre resguardando direitos fundamentais dos envolvidos. (HOFFMANN, 2018, p. 25)

Trata-se, portanto, procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial, constituindo por uma série de diligências

realizadas pela Polícia Civil, voltadas para a confirmação da ocorrência de determinada infração penal, possibilitado que o titular da ação penal, no caso o Ministério Público.

Assim sendo, o dever de promover a segurança pública é materializado diante da confirmação de um suposto evento delituoso, cabendo, ao Estado, dar início à *persecutio criminis* para apurar os fatos ocorridos, com a finalidade de cumprir seu estrito dever legal e direito de punir, solucionando as demandas que forem surtindo, por meio da aplicação da lei ao caso concreto.

Esta seara é de competência privativa da Polícia Civil, conforme expresso na CF/88 e reforçado pelo Código de Processo Penal, assim como na Lei Nº 12.830/13, lhe sendo atribuídas as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais civis, uma vez que as contravenções militares se encontram sob o encargo da Justiça Militar, de acordo com a Lei Nº 13.491/2017.

Ainda da leitura do texto constitucional de 1988, induz-se a existência de duas modalidades distintas de polícia: uma administrativa e outra polícia judiciária, onde a primeira tem função preventiva, atuando antes da ocorrência do crime (polícia militar), e a segunda exerce função repressivo-investigativa, atuando após a prática de uma infração penal (polícias civil e federal).

Por seu turno, a persecução criminal, voltada para a apuração das infrações penais e suas respectivas autorias, tem como o principal instrumento estatal legítimo para exercício do poder punitivo, havendo, o poder legislativo, designado órgãos distintos para exercer as funções de investigar e acusar, evitando, assim, a concentração de poderes, unicamente, nas mãos do Ministério Público ou da Polícia Judiciária, no intento de garantia de proteção aos direitos do acusado e, por consequência, a legitimidade de eventual decisão condenatória futura.

2.3 O inquérito policial

O professor Renato Brasileiro conceitua o inquérito policial como “procedimento administrativo inquisitório, presidido pela autoridade policial, o inquérito consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação de fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo” (BRASILEIRO, 2013, p. 71).

Sendo assim, o inquérito policial pode ser considerado como o procedimento destinado a apuração de elementos relacionados com a autoria e a materialidade delitivas, diante da notícia do cometimento de uma infração penal, visando fornecer

fundamentos para a propositura ou não da ação penal pelo seu titular, seja o Ministério Público seja o querelante. Nas palavras de Fernando Capez, no seu curso de Processo Penal, o inquérito policial pode ser definido como:

O conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. (CAPEZ, 2014, p. 133.)

Observa-se, nesse sentido, que a investigação criminal, por seu turno, permeia todo o procedimento de apuração da responsabilidade penal do sujeito praticante de um crime, pois, em um primeiro momento, inicia a busca pelo conhecimento do fato e todas as suas circunstâncias e, posteriormente, possibilita sua análise pelos atores do sistema de justiça criminal, viabilizando a experimentação da verdade provável, com base nos elementos que se obteve nesse processo.

Entretanto, uma norma jurídica só será tida como válida na medida em que respeite e proteja um direito fundamental previsto constitucionalmente, uma vez que o Estado não somente está correlacionado com os direitos fundamentais do povo como também é responsável pela proteção e efetivação de tais direitos, como revela Norberto Bobbio (2002, p. 9-10):

[...] modelo ideal do Estado de Direito, entendido não apenas como Estado Liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social, chamado a proteger também os direitos sociais; [...] uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e [...] como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais do cidadão e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva. (BOBBIO, 2002, p. 9-10)

Assim, após a promulgação da Constituição de 1988, o autor do fato a que se imputa prática de infração penal não deve mais ser entendido como um mero objeto de investigação, de acordo com a visão tradicional, sendo, pois, um sujeito de direitos, de modo que, o desrespeito às garantias que lhes são concernentes como pessoa humana informam o procedimento persecutório extrajudicial, no que diz

respeito aos direitos e garantias fundamentais consagrados, sobretudo, no art. 5º, gerando, ainda, o corolário indiscutível de que se conflitar o CPP ou qualquer outra norma com tais direitos e garantias, devem ser rechaçados do sistema.

No modelo de investigação garantista, o investigado é tratado como sujeito da investigação e não apenas como objeto, como era tido nos procedimentos penais de raiz inquisitiva. Portanto, uma investigação criminal, bem como um processo penal, deve ter todos os seus princípios atentos aos direitos fundamentais, pois é bem verdade que todo processo penal de modelo acusatório deve estar preocupado com as garantias e direitos fundamentais das partes do procedimento.

É importante ressaltar, ainda, que, quando se fala em direitos e garantias fundamentais na investigação, não está apenas se referindo ao acusado, apesar deste ser o principal sujeito, mas de todo e qualquer sujeito envolvido nas fases do aludido procedimento.

3 Direitos e garantias fundamentais do investigado

Em virtude das garantias dos direitos fundamentais dos investigados no âmbito processual, houve uma releitura do inquérito policial dentro do processo penal, onde essa nova direção de mudanças teve de se reorganizar aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o caráter inquisitório deste procedimento administrativo foi relativizada para encaixar-se ao modelo proposto pela Constituição Cidadã, que elencou vários princípios processuais penais, alguns aplicáveis no âmbito da investigação criminal.

Tais princípios são derivados do princípio maior da nossa Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se apresenta como uma orientação para aplicação dos demais princípios insertos na Constituição Federal, conforme previsto em seu artigo primeiro, enquanto fundamento constituído no Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 1988)

Alexandre de Moraes manifesta que “a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”, e complementa:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto

jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2011, p. 61)

Nesse sentido, por estar relacionada com a própria existência humana e exigir que cada ser humano seja visto como um fim em si mesmo, a dignidade é a origem de todos os direitos fundamentais, direcionando todos os Direitos Fundamentais da Constituição Brasileira, como fonte primária por excelência do Direito.

Por fim, conforme salienta Álvaro Villaça de Azevedo (2010, p.17), a dignidade da pessoa humana insere-se no texto constitucional como uma cláusula geral a que se subordinam todos os outros direitos da personalidade, quer sejam típicos como os previstos expressamente no texto da Constituição, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º, caput), à liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI), entre outros; quer sejam atípicos não previstos no ordenamento jurídico.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana, por ser considerada um princípio máximo, detém uma carga axiológica de caráter compulsório, aplicável a todas as esferas jurídicas, informando, em especial, os direitos de personalidade, previstos no art. 5º da Carta Política de 1988: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL, 1988)

Isso significa que, no âmbito do Direito Penal, a ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade da pessoa humana, vedando-se a reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis, de maneira que Direito Penal busca o alcance da paz social e o Processo Penal destina-se à proteção dos acusados da prática das mencionadas infrações, afastando todo e qualquer tipo de arbitrariedades possíveis de cometimento pelas autoridades processantes através de normas que regulamentam os processos instaurados para a apuração dos delitos.

Contudo, não obstante possua essa função garantista, de modo a ser propiciada a proteção dos direitos fundamentais do imputado, o Processo Penal apresenta-se, em si mesmo, como a primeira sanção sofrida, sendo, portanto, de suma importância a instauração da investigação criminal, que atuará como um "filtro processual", averiguando a existência do crime, determinando seus agentes e a

responsabilidade destes, assim como descobrindo e angariando provas no âmbito processual, no intuito de reduzir os riscos que possam causar um sofrimento injusto em virtude de possíveis equívocos, além de atuar como instrumento de paz social (inibição da autotutela).

Ademais, destaca-se que, em hipótese alguma, deve ser o ser humano reduzido à qualidade de coisa em virtude da predominância do interesse público sobre o privado, da aplicação estrita da lei ou, até mesmo, em decorrência de arbitrariedades.

A observação das garantias fundamentais no inquérito policial serve para evitar, portanto, que desnecessárias ações penais acabem por constranger pessoas que sabidamente não cometeram delitos ou que o cometeram sob a batuta de alguma causa justificante. E o Delegado de Polícia é autoridade fundamental no resguardo do bom jogo investigatório, agindo como se um juiz fosse na delimitação do que efetivamente ocorreu.

3.1 Princípio da presunção de inocência

Um dos direitos fundamentais aplicáveis ao indiciado é o princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, expressamente previsto na Constituição Federal, de 1988, em seu artigo quinto, inciso LVII, resultado da externalização de norma de intenção protetiva do legislador, por prever que “ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988)

Leonir Batisti (2009, p.128) conceitua esse princípio:

A presunção de inocência caracteriza obviamente uma proteção. É uma proteção que implica prioritariamente em não cercear a liberdade em face de uma mera suspeita de envolvimento em crime (conquanto haja exceções previstas para uma suspeita fundamentada, de que se falará) e em não aplicar penas outras de caráter criminal, antes de um processo (ou do trânsito em julgado de uma decisão condenatória).

Trata-se, assim, que princípio basilar do processo penal, processo penal liberal e implica, conforme assevera Aury Lopes Júnior

Diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação

da pena ocorrerão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença. (LOPES JR., 2013, p. 72/73)

Na mesma senda, Nereu Giacomolli enfatiza que:

A regra da presunção de inocência exige justificativa da prática de qualquer ato, processual ou não, que induza antecipação de um juízo de censurabilidade. Por isso, qualquer restrição ao sujeito pauta-se pela sua legalidade e justificação fática e jurídica, com suficiência constitucional e convencional. (GIACOMOLLI 2015, 109).

Além de ser um princípio, a presunção de inocência é consagrada como um direito do Homem, conforme enuncia o artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (TOURINHO FILHO, 2012, p. 63)

Consiste, assim, o referido princípio no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (BRASILEIRO, 2013, pag.8).

Ou seja, qualquer investigado ou acusado no bojo de uma persecução penal deve ser presumido inocente até que sua culpabilidade seja estabelecida para além de dúvida razoável, antes de esgotadas todas as vias recursais aptas a questionar uma sentença condenatória. Em outras palavras, por imperativo desta garantia civilizatória, não há como considerar culpado um imputado como autor de crime, sem que haja certeza consolidada por meio do trânsito em julgado de sua sentença condenatória.

3.2 Princípio do devido processo legal

A Constituição Federal, de 1988 estabelece em seu art. 5º, o princípio do devido processo legal, inciso LIV, onde “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988), dando, ao cidadão brasileiro, a garantia de não ser privada de sua liberdade ou da propriedade de seus bens sem a tramitação de um devido processo estabelecido nos termos da lei.

Entretanto, uma vez que não há (nem poderia haver), no inquérito policial, a mesma estrutura dialética do processo, marcada fortemente pelo contraditório das partes, em condições de igualdade, as quais dotadas de iniciativa probatória à

formação regular do convencimento do julgador, no inquérito, por sua vez, os poderes estão centrados no delegado de polícia, que, após instaurar o procedimento, muitas vezes por iniciativa própria, deverá conduzi-lo de ofício até o final, com a prerrogativa funcional de gestão dos atos instrutórios, restando ao investigado uma participação limitada na produção de informações e, por conseguinte, no convencimento do órgão investigador.

Isso não significa, contudo, que não haja qualquer dimensão de contraditório ou de defesa na investigação. A questão, por aqui, é de grau ou de nível quanto a esses direitos fundamentais (e inerentes) à garantia (maior) do devido procedimento legal (artigo 5º, LIV, da CRFB), que também vincula o inquérito policial num Estado de Direito. Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, **que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau de procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.** (grifos do autor). (FERRAJOLI, 2010, p. 564)

Infere-se, assim, nitidamente, que o contraditório e a ampla defesa devem ser intrínsecos a qualquer procedimento relacionado com os direitos fundamentais, principalmente, o da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. Neste contexto, surge a Lei Nº 13.245/16, a qual contribui para a defesa da aplicabilidade dos aludidos princípios na investigação criminal.

A Lei Nº13.245/16 ampliou o rol de direitos do advogado, dispostos no Estatuto da Advocacia, inserindo, sobretudo, direitos advocatícios exercidos em favor dos clientes investigados durante a apuração de infrações, conforme redação a seguir:

Art. 7.º São direitos do advogado:

(...)

XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos

os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos. (BRASIL, 2016)

Assim sendo, foi concedida permissão ao advogado para apresentar motivos e quesitos, durante a apuração de infrações, demonstrando evidente a possibilidade de ampla defesa e do contraditório na fase persecutória penal, reforçada pela nulidade absoluta nas oitivas realizadas com o cerceamento da participação do advogado.

3.3 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade constitucional emerge como delimitador da atuação da autoridade policial, exercendo um controle na atuação dos agentes públicos que atuam na investigação criminal — Autoridade Policial e Ministério Público— determinando o curso da investigação criminal e limitando o arbítrio discricionário estatal, de modo que o investigado tenha seus direitos e garantias assegurados e respeitados no curso da investigação.

Tal princípio se justifica pelo fato de que em um Estado Democrático de Direito toda atuação é limitada pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais, para que a legalidade do uso da força estatal seja justa e equânime. (HOFFMANN; 2018)

Nos termos do artigo 240, §2º, do Código de Processo Penal, a diligência só poderá ser efetivada no caso de fundada suspeita. Ocorre que esse conceito é extremamente fluído, cabendo, na maioria dos casos, ao próprio policial, de acordo com a situação e levando-se em conta a sua experiência, verificar a necessidade da busca, sempre de maneira impessoal e objetiva.

Além disso, não basta que os meios de obtenção de provas adotados pela polícia judiciária estejam previstos em lei ou tenham sido autorizados judicialmente. No desempenho desses procedimentos, é preciso respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, sendo que, para tanto, é essencial a atuação do delegado de polícia como autoridade com formação jurídica.

Assim, o princípio da legalidade estabelece um padrão para o exercício da atividade de polícia judiciária, não podendo o policial afastar-se em momento algum das premissas fixadas pelo ordenamento jurídico, sob pena de enveredarmos para

uma seara totalitarista e um Estado policalesco, onde os direitos fundamentais são relegados a um segundo plano com o pretexto de se promover a segurança pública.

3.4 Direito ao sigilo

Nos termos do artigo 20 do Código de Processo Penal, o inquérito policial será sigiloso, não devendo ser repassado, à sociedade num geral, informações sobre as diligências que serão realizadas a fim de se desvendar a verdade, ou acompanhar as investigações realizadas por policiais, com o intuito de não viciar os atos investigatórios, conforme o ilustre jurista Fernando da Costa Tourinho Filho afirma então:

Embora não se trate de regra absoluta, como se entrevê da leitura do artigo 20, deve a autoridade policial empreender as investigações sem alarde, em absoluto sigilo, para evitar que a divulgação do fato criminoso possa levar desassossego à comunidade. E assim deve proceder para que a investigação não seja prejudicada. Outras vezes o sigilo é mantido visando amparar e resguardar a sociedade, vale dizer, a paz social. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 49)

Assim, o sigilo do inquérito policial, também, busca salvaguardar a intimidade do investigado, resguardando-se, assim, seu estado de inocência, uma vez que o direito à inviolabilidade da intimidade, honra e imagem daquele que está sendo indiciado são aspectos pessoais de sua vida, conforme art. 5, X da CF/88.

O sigilo pode ser classificado em externo e interno na fase investigativa. O sigilo externo relaciona-se com a ausência de acesso perante toda a sociedade ao inquérito policial, enquanto o sigilo interno diz respeito à impossibilidade de o investigado ter conhecimento do que está ocorrendo na investigação. Neste compasso, ensina Edilson Bonfim:

Há, entretanto, que se fazer distinção entre: a) sigilo externo e b) sigilo interno. O sigilo externo diz respeito à restrição a publicidade dos atos de investigação com relação às pessoas do povo. Já o sigilo interno constitui impossibilidade de o investigado tomar ciência das diligências realizadas e acompanhar os atos investigatórios a serem realizados. (BONFIM, 2012, p. 260)

Todavia, não se perfaz absoluto tal sigilo, uma vez que a condição da pessoa investigada deve ser respeitada, em todos os seus princípios, e o sigilo total impediria o acesso aos autos pelo advogado, direito assegurado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e violaria o direito de defesa.

Partindo dessa premissa, conclui-se que o sigilo deve existir apenas quando for estritamente necessário, devendo assim ser interpretado o artigo 20 do Código de Processo Penal. O sigilo interno pode ser utilizado para localizar um suspeito, garantir a efetividade de uma medida sigilosa, como quebra de sigilo bancário e telefônico, contudo deve haver uma fundamentação essencial, com respeito à proporcionalidade, sendo delimitada a sua extensão e a sua duração, aplicando-se tais premissas à ação controlada.

Considerações finais

A despeito de o principal instrumento de investigação brasileiro ter sua disciplina legal prevista em documento proveniente da década de 40, interpretado tradicionalmente como um instrumento arbitrário, que ganhou força durante o regime não democrático, a análise da evolução do sistema normativo, desde o jusnaturalismo até o pós-positivismo refletindo na evolução doutrinária referente aos atos de investigação preliminar tem ficado cada vez mais distante.

No sistema processual penal atual o Inquérito Policial, procedimento preliminar investigatório a cargo da polícia judiciária, é o procedimento administrativo no qual se busca apurar indícios de autoria e materialidade de um fato presumidamente criminoso através de diligências determinadas por uma autoridade policial e realizadas pelos agentes de polícia à sua disposição, na missão de proceder, imediatamente, à coleta de elementos para apuração da infração penal, podendo adotar medidas de urgência a fim de que os vestígios não pereçam.

O inquérito policial tem, portanto, natureza cautelar, já que tem por finalidade preservar eventuais meios ou elementos de prova, sendo empregado, ainda, para reconstruir a narrativa do fato investigado a fim de informar e instruir a autoridade judicial e o acusador, público ou privado, podendo embasar não só um pedido formal de acusação, mas um eventual requerimento de arquivamento em face da ausência de elementos que apontem a autoria ou que atestem a materialidade delitivas.

Outra função do Inquérito Policial é a de oferecer elementos à autoridade judicial para que decida acerca da necessidade ou não da decretação de medidas que refletem na esfera dos direitos fundamentais do investigado, tais como a decretação de prisões cautelares ou a quebra de seu sigilo bancário ou telefônico,

atuando como um referencial ao juízo para tomada de decisões importantes no curso da persecução criminal.

Verifica-se, assim, que a investigação criminal constitucional não se resume aos simples conjuntos de procedimentos a serem observados pelo Delegado de Polícia no curso da investigação, cuja natureza é eminentemente inquisitiva, tampouco a apuração de responsabilidade penal do agente delitivo, sem qualquer observância legal ou constitucional, uma vez que simboliza a observância pela Polícia Judiciária de todo regramento legal ou constitucional, sob pena de maculação da investigação.

Nesse contexto, o princípio da legalidade constitucional exsurge como delimitador da atuação da autoridade policial, exercendo um controle na atuação dos agentes públicos que atuam na investigação criminal, determinando o curso da investigação criminal e limitando o arbítrio discricionário estatal. Isso porque os elementos informativos colhidos no decorrer da investigação sob a ótica constitucional, passam a ser afetados pelos valores constitucionais, de modo que os investigados tenham seus direitos e garantias asseguradas e respeitadas no curso da investigação. Por outro lado, qualquer medida que afronte tais garantias e direitos será eivada de nulidade, de modo que o Delegado de Polícia terá sempre como norte o caminho da legalidade, respeitando aquilo que é assegurado a investigado.

Ademais, a Investigação Criminal deverá ser norteadada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, pautada pelo respeito aos direitos e garantias individuais, visto que o entendimento acerca da necessidade de um procedimento extraprocessual preliminar democrático mostra-se fundamental, mormente em razão da influência dos elementos produzidos em fase extrajudicial para a ação penal.

Referências bibliográficas

BATISTI, Leonir. Presunção de inocência. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 de maio de 2020.

_____. Decreto – Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 22 de maio de 2020.

_____. Decreto – Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 22 de maio de 2020.

CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 7ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, C. R.; SILVA, I. B. da. Metodologia científica: tipos de métodos e sua aplicação. 21. ed. Campina Grande; Natal: UEPB/UFRN – EDUEP, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 564.

GIACOMOLLI, Nereu José. O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HOFFMANN, Henrique. Moderno conceito do inquérito policial. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Org.). Temas Avançados de Polícia Judiciária. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LEIS, Héctor Ricardo. Especificidades e desafios da interdisciplinaridade nas ciências humanas. In. PHILIPPI JR e SILVA NETO, Antônio J. Arlindo Interdisciplinaridade em ciência, tecnologia e inovação. Barueri, SP: Manole, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011

POLTRONIERI, Willion Matheus. Segurança Pública: dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. Revista Jus Navigandi, out. 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOUZA, Antônio Francisco de. A polícia no Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 2009

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, RosmarAntonni. Curso de Direito processual penal. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

TASSIGNY, Mônica Mota Tassigny, FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro, NOTTINGHAM, Andréa De Boni e KARAM Andréa Maria Sobreira, a aplicabilidade do método do estudo de caso em pesquisas jurídicas. Recife: Revista Acadêmica, volume 88, número 1, jan./jun. 2016.

NOTA:

[1] Autor de livros e advogado. Mestre em Direito pelo Instituto Nacional de Ensino Superior e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM/MG, Pós-Graduação em Processo Judiciário pela FIC/SERGIPE, Pós-Graduação em Docência e Gestão em Ensino Superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA. Contato: rladvocacia02@gmail.com

O DIREITO TRIBUTÁRIO NO BRASIL SOB A ÓTICA DO CONTRIBUINTE E A JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

JORDAN ALBUQUERQUE SIMONETTI DE MELO:

Graduando do Curso Superior de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA

INGO DIETER PIETZSCH[1]

(orientador)

Resumo: O Sistema Tributário Brasileiro, atualmente, se apresenta como um compilado de tributos aleatórios e cumulativos, sistematizados em uma legislação complexa, confusa, contraditória e com alta incidência sobre o consumo, onde, nem mesmo, os especialistas apresentam domínio absoluto. Tendo em vista esse cenário, o presente estudo teve por escopo analisar os dispositivos legais mais relevantes para o contribuinte comum, especialmente no que diz respeito à maneira como esses tributos encontram-se embutidos em serviços e produtos rotineiro, mascarando sua real existência para o cidadão comum. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica acerca da legislação, da doutrina e da jurisprudência pertinentes ao ramo do Direito Tributário no Brasil. Ao fim do estudo, foi possível inferir que uma das principais falhas desse sistema está situada na ausência de delimitação explícita dos impostos custeados pelo contribuinte, visto que as empresas prestadoras de serviços ou fornecedoras de produtos, incluem, de forma velada ou obscura, o valor correspondente às incidências fiscais ao valor final da compra, de modo que o consumidor, na maior parte das vezes, não tem ideia da incidência desses valores sobre o valor final do produto.

Palavras-chave: Sistema Tributário Brasileiro. Contribuinte. Justiça Tributária.

ABSTRACT: The Brazilian Tax System currently presents itself as a compilation of random and cumulative taxes, systematized in a complex, confusing, contradictory and high consumption tax legislation, where even the experts do not have absolute dominance. Given this scenario, the present study aimed to analyze the most relevant legal provisions for the common taxpayer, especially regarding the way these taxes are embedded in routine services and products, masking their real existence for the citizen. common. For this, we used bibliographic research about the legislation, doctrine and jurisprudence relevant to the branch of Tax Law in Brazil. At the end of the study, it was possible to infer that one of the main shortcomings of this system lies in the absence of explicit delimitation of taxes borne by the taxpayer, as service

providers or product suppliers include, in a veiled or obscure manner, the value tax consequences of the final value of the purchase, so that the consumer, for the most part, has no idea of the impact of these values on the final value of the product.

Keywords: Brazilian Tax System. Taxpayer. Tax Justice.

Sumário: Introdução; 1 Tributos: origem, conceitos e definições; 1.1 Da origem histórica dos tributos; 1.2 Dos tributos: conceitos e definições; 1.3 Tipos de tributos; 1.4 A origem do Sistema Tributário no Brasil; 2 Os impactos e a complexidade da carga tributária para o contribuinte; 2.1 Reforma Tributária; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Introdução

O Brasil é um país mundialmente conhecido, dentre outras características, como um país marcado pela desigualdade social e pela má distribuição da renda, gerados, principalmente, em decorrência da ineficiência do nosso sistema tributário, onde quem menos recebe é quem mais contribui para o Sistema Arrecadatório.

No entanto, a maior parte da população brasileira, composta por cidadãos de baixa renda e, conseqüentemente, isenta da declaração anual do Imposto de Renda, carrega a plena convicção de que não paga imposto algum para o governo, ignorando a incidência implícita das taxas tributária nos mais rotineiros produtos e serviços.

Com efeito, na intenção de não repartir com estados e municípios, o aumento da tributação, a União passou a utilizar-se das contribuições sociais para incrementar sua receita, tornando, assim, mais difícil ao contribuinte, saber quanto, efetivamente, está pagando de tributos. Ou seja, diversos produtos, como os produtos do ramo das bebidas, têm imputada, ainda, a carga tributária repassada do IPI, de modo que que os tributos e tarifas públicas incidem várias vezes sobre determinado produto ou serviço.

Por exemplo, apenas para circular com seu veículo, o cidadão contribui, cumulativamente, de diversas maneiras, ao arcar com a CIDE/Combustíveis (inserido no preço dos combustíveis); o ICMS sobre mercadorias e fretes (embutido nos preços de cada um dos produtos adquiridos e nos combustíveis); além do IPVA, pago sobre a propriedade do veículo.

Porém, por não precisar realizar a Declaração Anual de Imposto de Renda, o cidadão mais humilde detém a ideia, equivocada, de que os serviços prestados pelo Poder Público, de forma "gratuita", são, realmente, concessões de um Estado

generoso e preocupado com os mais desprovidos de recursos, aceitando, sem questionar, a péssima qualidade dos mesmos.

O presente estudo tem, portanto, o escopo de analisar as especificações do Sistema Tributário Brasileiro, com ênfase especial à discriminação dos impostos embutidos em bens e produtos comuns e à condição do contribuinte de menor poder aquisitivo e, conseqüentemente, mais atingido pelas más condições dos serviços públicos ofertados, visto que considera estar recebendo um “favor” do Estado, ao se utilizar desses serviços, não estando, portanto, em condições morais de reclamar das péssimas condições ofertadas.

É preciso, pois, suscitar o debate acerca da contribuição tributária velada, incutindo na população a concepção de que serviços públicos, tais como educação, segurança e saúde, não são meras cortesias do Estado, mas sim, direitos conquistados enquanto produto da participação na economia estatal, passíveis, pois, de questionamento e cobranças por melhorias. Somente com a conscientização dos contribuintes será possível pressionar os governantes no sentido de racionalizar os gastos públicos e a tributação, propiciando condições para o aumento da eficiência da economia, otimizando o consumo.

1 Tributos: origem, conceitos e definições

1.1 Da origem histórica dos tributos

Inicialmente voluntária, a contribuição tributária, tem origem remota e, claramente, acompanhou a evolução do homem, estando presente já no âmbito das primeiras sociedades, sob a forma de presentes ou ofertas destinadas aos líderes ou chefes, em agradecimento aos seus serviços ou sua atuação em favor da comunidade.

Posteriormente, as contribuições tributárias passaram a ser compulsórias, quando os vencidos de guerra eram forçados a entregar parte ou a totalidade de seus bens aos vencedores, seguida pelo estabelecimento de uma contribuição pecuniária, sob a forma de tributos a ser paga pelos súditos aos chefes de Estado. (FERREIRA, 2016, p. 01)

Assim, a instituição e a cobrança do tributo passaram por uma série de modificações com o passar das eras, tendo início na Grécia, no século VII a.C., nos moldes como conhecemos hoje, mediante administração pelo Estado, quando, às custas do trabalho escravo e dos tributos pagos pelos cidadãos, os gregos construíram uma das maiores civilizações do mundo antigo.

Em Roma, por sua vez, cobrava-se imposto pela importação de mercadorias ("*portorium*") e pelo consumo geral de qualquer bem ("*macelum*"). Os tributos pagos pelas províncias anexadas ao império e o pagamento de impostos pelos cidadãos foram essenciais à formação e manutenção do império. (FERREIRA, 2016, p. 01)

Na Idade Média, por sua vez, os servos constituíam com seus senhores uma relação hereditária de dependência, amplamente conhecida como vassalagem, ondem, em troca de proteção, os vassallos além de oferecer aos senhores de terras, sua mão de obra, ainda pagavam pesados impostos. (FERREIRA, 2016, p. 01)

Durante a Idade Moderna, na vigência do absolutismo, a sociedade estruturava-se em castas, onde as classes dominantes eram divididas em nobreza e clero que nada pagavam, e em comerciantes (burgueses) e trabalhadores sustentavam os Estado por meio de pesados tributos, o que acabou culminando na Revolução Francesa. (FERREIRA, 2016, p. 01)

Com as Revoluções Liberais, o Estado passou a ser limitado por normas jurídicas, evitando, assim, o abuso, num esboço que prevalece até os dias atuais. Nos regimes democráticos, como é o caso do Brasil, a Constituição, que é a Lei Maior de um país, deve garantir os direitos dos contribuintes, impondo limites ao poder do Estado de tributar de forma indiscriminada.

1.2 Dos tributos: conceitos e definições

O tributo é uma prestação pecuniária, imposta aos contribuintes de um Estado de forma compulsória e sem distinção, de maneira que todos estão sujeitos a esse poder de tributar. Gubert (2001) menciona que sendo o tributo a fonte de custeio da atividade estatal, ele torna-se elemento imprescindível à constituição do Estado.

O conceito de tributo encontra-se estabelecido no artigo 3º do Código Tributário Nacional, como sendo "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".

Desta feita, o Tributo constitui uma obrigação do cidadão para com o Estado, de cunho obrigatório, imposta a todos os cidadãos, ainda que de forma indireta, uma vez que, além dos impostos específicos como IPTU, IPVA, Imposto de Renda, em qualquer compra básica no mercado brasileiro, estão embutidos tributos como o ICMS, o PIS e a COFINS, de maneira que, quanto mais elevada a carga tributária, maiores as distorções introduzidas no sistema, no propósito de mascarar os valores e as modalidades como os tributos são cobrados, de modo que o cidadão

nas camadas sociais mais baixas desconhece esses valores e a situação como um todo.

O conceito jurídico de tributo conforme Becker (2007) é o objeto da prestação que satisfaz determinado dever. Segundo o mesmo a relação jurídica tributária vincula o sujeito passivo ao sujeito ativo, impondo ao sujeito passivo o dever de efetuar uma predeterminada prestação e atribuindo ao sujeito ativo o direito de obter a prestação.

O Sistema Tributário no sentido exato segundo Santos (1970, apud DENARI, 2008), [...] é a totalidade dos tributos arrecadados no país e todo o conjunto de regras jurídicas que disciplinam o exercício do poder impositivo pelos diversos órgãos, aos quais a Constituição nacional atribui competência tributária. No entanto, cabe ao Estado, estabelecer regras que indiquem, nitidamente, que parcela do patrimônio privado deverá ser repassada aos seus entes federativos.

De acordo com o artigo 145 da Constituição Federal, existem no ordenamento jurídico brasileiro 3 (três) espécies de tributos, quais sejam os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, conforme rezam os respectivos artigos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - **impostos**;

II - **taxas**, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - **contribuição de melhoria**, decorrente de obras públicas.

(...) (BRASIL, grifos do autor, p. 18)

O referido artigo dispõe, ainda, em seu parágrafo primeiro que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão nivelados em conformidade com a capacidade econômica do contribuinte, respeitando-se os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

Na mesma linha, em consonância com o previsto em nossa Lei Maior, o artigo 5º, do Código Tributário Nacional, define como tributos os “impostos, taxas e contribuições de melhoria” (BRASIL, 1966).

Assim, analisando-se os dois dispositivos distintos, acima listados, as espécies tributárias são divididas em impostos, taxas (se serviço, de utilização de via pública e, ainda, contribuições de melhoria), contribuições (sociais, econômicas e corporativas) e empréstimos compulsórios, não sendo as contribuições de melhoria uma espécie tributária autônoma, mas sim uma modalidade.

A Constituição, estabelece, ainda, em seu artigo 146, que dispor sobre a matéria tributária é competência estatal mediante lei complementar, conforme depreende-se abaixo:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, dentre as atribuições que lhe foram conferidas, compete ao Estado atuar com vistas, sobretudo, a fiscalizar o mercado, incentivar a concorrência e, quando necessário, combater eventuais desvios que importem em desequilíbrios concorrenciais, definindo, ainda, isenções e benefícios fiscais ao microempreendedor e às empresas de pequeno porte.

Isso significa que, conforme previsto no artigo em comento, em seu inciso I, a prerrogativa de lei complementar para a resolução de potenciais conflitos de competência entre os estes federativos. A previsão se justifica pelas várias zonas de interseção entre as materialidades econômicas previstas constitucionalmente como

regras de competência, geralmente, exercida pela lei complementar definidora do fato gerador de cada tributo, como ocorre com o conceito de imóvel rural e urbano, que é o delimitador da competência federal do ITR e da municipal no IPTU.

Tais funções estatais, nesse contexto, ganham especial relevância quando verificado que o ambiente de livre mercado mostra-se vulnerável a falhas estruturais, as quais importam em concentração de poder econômico, principalmente na formação de monopólios e oligopólios, assim como a falhas de conduta, consubstanciadas em comportamentos ou condutas desleais como carteis, prática de preços predatórios, concorrência parasitária, entre tantas outras,

Assim é que, conforme afirma José Luís Roberto Brazuna (2009, p. 69), a livre concorrência não se confunde com um estado de concorrência perfeita, mas como um estado de equilíbrio em que se deve garantir aos agentes econômicos a liberdade de ação e liberdade de oportunidades no mercado.

1.3 Tipos de tributos

O Sistema Tributário Brasileiro adota o princípio da estruturalidade orgânica do tributo, pelo qual a espécie tributária é determinada pelo seu fato gerador, admitindo, a Constituição Federal, em seu art. 145, três modalidades de tributos, na chamada Teoria Tripartite, em consonância com as previsões contidas no art. 5º do CTN.

De acordo com Artigo 16º. Do CTN, imposto “é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independentemente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. O Imposto é o tributo mais importante incidindo de forma independente da vontade do contribuinte, ou seja, compulsoriamente, de forma impositiva.

Destarte, temos que o imposto é o tributo que tem como fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte (Art. 16 do CTN), se constituindo em tudo o que não está vinculado a uma contraprestação direta a quem o está pagando.

Considerada a principal fonte arrecadatória estatal, por incidir nos mais variados serviços e produtos, independentemente da vontade do contribuinte as receitas provenientes da arrecadação de impostos são destinadas ao custeio das despesas gerais do estado, visando promover o bem comum.

Entre os principais impostos do Brasil, podemos citar o ICMS - Imposto s/Circulação de Mercadorias e Serviços, que incide sobre prestações de serviços de

transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação; o IPVA, cobrado sobre os veículos, a ser pago por seus proprietários todos os anos; o IPTU, cuja incidência recai sobre a propriedade imobiliária, o IR, cobrado com base nos rendimentos anuais das pessoas físicas e jurídicas, além do IOF, decorrente das operações de crédito, câmbio e seguro ou afins, e o ISS, que é o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS): tem como fato gerador a prestação de serviços constantes. (JUNIOR, 2018)

Segundo o disposto no artigo 77º do CTN, taxa é um tributo “que tem como fato gerador o exercício regulador do poder de polícia, ou a utilização efetiva e potencial, de serviço público específico e divisível”, tendo como mais notórios exemplos a Taxa de Emissão de Documentos, cobrada para emissão de RG e CPF, e a Taxa de Licenciamento Anual de Veículo, cobrada anualmente, para gerar o novo documento do veículo.

Porém, a teoria mais aceita entre os doutrinadores é a Teoria Quinquartite ou pentapartite, mais aceita entre os doutrinadores, argumenta que seriam cinco as espécies tributárias, quais sejam: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais, com base na análise conjunta dos artigos 145, 148 e 149 da CF/88.

No que se refere às chamadas ‘contribuições’, segundo o artigo 5º, do CTN, estas podem ser classificadas em dois tipos: as chamadas Contribuições de Melhoria e as chamadas Contribuições Especiais. A contribuição de melhoria é o tributo cobrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, com o objetivo de custear financeiramente as obras públicas decorrentes de valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (Art. 81 do CTN).

Dessa forma, a instituição e a cobrança de uma Contribuição de Melhoria têm por escopo fazer com que os contribuintes beneficiados, direta e indiretamente, após a concretização de uma obra pública sejam responsabilizados pelo pagamento da mais valia imobiliária, como, por exemplo, quando o Poder público (União, Estados, Distrito federal e Municípios) promove a pavimentação de vias, onde esta obra acaba promovendo a valorização dos imóveis circunscritos, sendo permitida, ao Estado, a cobrança de uma contribuição de melhoria pelas obras públicas que geraram a valorização nestes imóveis.

As chamadas contribuições sociais constituem um tributo com destinação específica, como é o caso da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, conhecida como Cosip ou Cip, que consiste na imposição de uma taxa de

iluminação pública para custear as despesas com a disponibilização da iluminação pública aos munícipes, como uma alternativa encontrada pelos Municípios para incrementarem suas receitas, sob o argumento de que os munícipes estariam apenas restituindo aos cofres Municipais os gastos decorrentes dos serviços de iluminação pública.

O empréstimo compulsório, por sua vez, é tratado no art. 148 da Constituição Federal brasileira, que restringe essa espécie de tributo apenas para casos especiais. A Lei evidencia os cenários em que a cobrança seria justificada, como durante uma guerra com outra nação ou sua iminência e calamidade pública. Em adição, outro investimento de caráter público que seja primordial no momento. O art. 148 estipula ainda que: “a aplicação dos recursos provenientes de sua arrecadação é vinculada à despesa correspondente, que justificou sua instituição”.

Um exemplo relativamente recente de empréstimo compulsório no Brasil foi o confisco das poupanças da população no Plano Collor, ocasião em que o dinheiro recolhido das contas pessoais do ovo, funcionou como uma espécie de empréstimo para o governo, na época.

1.4 A origem do Sistema Tributário no Brasil

A República brasileira herdou do Império boa parte da estrutura tributária que esteve em vigor até a década de 30. Sendo a economia eminentemente agrícola e extremamente aberta, a principal fonte de receitas públicas durante o Império era proveniente do comércio exterior, particularmente, em razão do imposto de importação que, em alguns exercícios, chegou a corresponder a cerca de 2/3 da receita pública, onde, às vésperas da proclamação da República, este imposto era responsável por aproximadamente metade da receita total do governo (VARSAÑO, 2014).

A Constituição seguinte, datada de 24 de fevereiro de 1891 adotou, sem maiores alterações, a composição do sistema tributário existente ao final do Império. Porém, tendo em vista a adoção do regime federativo, era necessário dotar os estados e municípios de receitas que lhes permitissem a autonomia financeira. Dessa forma, aderiu-se ao regime de separação de fontes tributárias, sendo discriminados os impostos de competência exclusiva da União e dos estados. (OLIVEIRA, 2018).

Ao governo central couberam, privativamente, o imposto de importação, os direitos de entrada, saída e estadia de navios, taxas de selo e taxas de correios e telégrafos federais; aos estados, foi concedida a competência exclusiva para decretar impostos sobre a exportação, sobre imóveis rurais e urbanos, sobre a transmissão de

propriedades e sobre indústrias e profissões, além de taxas de selo e contribuições concernentes a seus correios e telégrafos.

Quanto aos municípios, ficaram os estados encarregados de fixar os impostos municipais de forma a assegurar-lhes a autonomia. Além disto, tanto a União como os estados tinham poder para criar outras receitas tributárias (PASSOS, et al, 2018).

Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1934, os estados passaram a deter competência para instituir impostos de vendas e consignações, enquanto que os municípios receberam a prerrogativa de decretar tributos. A constituição de 1946, por sua vez, trouxe poucas mudanças ao Sistema Tributário Nacional (STN), realizando, apenas, a redistribuição da arrecadação entre União, Estados e Municípios e criando dois novos impostos: o imposto sobre selo municipal e o imposto de indústrias e profissões (VARSANO, 2014).

Anos mais tarde, a Emenda Constitucional Nº 18, de 1965, também conhecida como a reforma tributária de 1965, organizada pelo professor Gilberto de Ulhôa Canto, no Governo Castello Branco, intentava a “redução de impostos”, mediante a implantação de um sistema de distribuição das receitas dos impostos arrecadados a nível municipal e estadual para a esfera federal federal, estimulando “a substituição dos fatos geradores constituídos de atos jurídicos por fatos de natureza econômica que pudessem adequar a capacidade contributiva, tomando por bases elementos como renda, consumo e patrimônio. (DORNELLES, 2013, p. 04)

Tratava, assim, de uma reforma tributária cuja finalidade primária consistia em diminuir a autonomia dos estados e dos municípios para instituir tributos, ao mesmo tempo que centralizada essa distribuição de recursos no âmbito federal, restando aos municípios, apenas a cobrança do ISS e do IPTU, enquanto que, aos Estados, cabia impor o ICMS e ITBI, de modo que a competência residual ficaria somente com a União ou seria extinta. (DORNELLES, 2013).

Em seguida, com a promulgação da Constituição de 1967, estabeleceu-se o Sistema Tributário Nacional, instituído pela anterior Emenda Constitucional Nº 18/65, voltada para sistematização e conseqüente regulamentação das normas de tributação (MARTUSCELLI, 2010).

Finalmente, com a sanção da Constituição Federal de 1988, foi alterada, significativamente o modelo e a estrutura da distribuição de competências e receitas entre os entes da federação, cuja qual beneficiava estados e municípios em detrimento da União, como se observava, por exemplo, na figura dos impostos únicos (incidentes sobre a energia elétrica, os combustíveis e os minerais) e especiais (transportes rodoviários e serviços de comunicação), culminando criação de um

único imposto, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). (DE OLIVEIRA, 2010).

Por outro lado, a Carta Política de 1988 manteve, praticamente, toda a estrutura da Emenda Constitucional de nº 18 de 1965, de maneira que, tanto o IR, como o IPI permaneceram como os carros-chefes da arrecadação da União e o antigo ICM (que se tornou ICMS), transformou-se na principal fonte de arrecadação dos estados.

Especialmente a partir da década de 1990, sucessivas crises, principalmente de natureza financeira, contaminaram a economia mundial e paralisaram o crescimento econômico, devido ao seu efeito-contágio no mundo globalizado: a moratória mexicana em 1994-95; a crise dos países do Sudeste Asiático de 1996-97; a moratória russa, em 1998; a falência da primeira fase do Plano Real, no Brasil, em 1998-99; a crise da internet, em 2000; a da Argentina, em 2001, até desaguar na crise mais aguda da história do capitalismo desde a década de 1930, a do crédito subprime, deflagrada nos Estados Unidos, de 2007-2009; e, no ano seguinte, da dívida soberana europeia, as quais, até os dias atuais, continuam contaminando a economia global. (OLIVEIRA, 2018)

Percebe-se, assim, que em cada fase evolutiva da tributação, no Brasil, o Estado teve de se utilizar, consideravelmente, do orçamento e lançar-se a um temerário processo de endividamento para salvar o Capital, com a finalidade de impedir a deflação de preços dos produtos e de ativos, seguidas de depressões profundas e prolongadas como ocorrera na crise de 1930 (OLIVEIRA, 2018).

Com efeito, deu-se início à desmontagem do Estado do bem-estar nos países em que ele existia, pondo em marcha um processo de aniquilação dos elementos de solidariedade do sistema, com o Estado renunciando, ao seu papel de agente orientador e regulador do crescimento, para atender as necessidades de recursos do Capital. (PASSOS, et al, 2018).

Ademais, desde a estruturação do sistema tributário, iniciada em 1891, valeu-se, predominantemente, dos impostos indiretos para o financiamento das atividades do Estado, inclusive, após a Constituição de 1988, visto que os constituintes, ainda que orientados pelos princípios da democracia e da justiça fiscal, dedicaram mais atenção ao resgate da federação, enquanto as voltadas para a redução das desigualdades, como a maior taxa de renda e da propriedade, foram transferidas para serem aprovadas no campo infraconstitucional, o que não ocorreu.

1.5 Sistema Tributário Brasileiro

O Sistema Tributário Nacional, encontra-se disposto na Constituição Federal de 1988 no Título VI, da tributação e do orçamento, mais especificamente, no Capítulo I, do Sistema Tributário Nacional, artigos 145 a 156, associado a outras normas esparsas ao longo da CF/88, como, por exemplo, o art. 7º, III, que trata do Fundo de garantia por tempo de serviço; o art. 195, referente à seguridade social, o art. 212, §5º, que prevê a contribuição social do salário-educação para a educação básica pública, como fonte adicional de financiamento, a ser recolhida pelas empresas na forma da lei; além dos artigos 239 e 240, mais uma série de Emendas Constitucionais.

No entanto, o Sistema Tributário Brasileiro, considerado o conjunto dos tributos e normas que regulamentam sua arrecadação, bem como o poder impositivo do Estado, é regido pela Emenda Constitucional nº 18 de 1º de dezembro de 1965, sendo regulamentado efetivamente pela Lei nº 5.172 de 1966.

Assim, os pilares do sistema tributário brasileiro, ora em vigor, foram estabelecidos em meados dos anos 1960, quando a economia brasileira era subdesenvolvida, muito fechada ao exterior e com elevada inflação, mas o sistema sempre ostentou um elevado grau de descentralização.

Os governos militares pós-1964 centralizaram poderes e receitas que a Assembleia Constituinte de 1987/88 se preocupou em descentralizar. Contudo, a Constituição de 1988 criou, na prática, dois sistemas tributários paralelos: um composto por impostos cuja receita é repartida entre estados e municípios e outro formado por contribuições sociais cuja receita não é partilhada.

Desde então, as contribuições se diversificaram, e o aumento de sua arrecadação superou o dos impostos, reconcentrando a receita. Nesse longo período, economia e sociedade muito mudaram no Brasil, mas o sistema tributário nunca sofreu uma reforma de envergadura – não por falta de tentativas, posto que vários projetos, com objetivos os mais distintos, foram propostos e sempre fracassaram, quando muito aprovando medidas pontuais, quase sempre voltadas para um aumento ainda maior da carga tributária

2 Os impactos e a complexidade da carga tributária para o contribuinte

A alta carga tributária brasileira traz como consequências diretas, o desestímulo aos investimentos no país, o aumento indireto da inflação e a diminuição do PIB em longo prazo. No cenário nacional atual, os recentes aumentos na carga tributária estão provocando uma elevação da inflação no Brasil, gerada, principalmente em decorrência da instituição de tributos indiretos que afetam as relações de consumo, nas quais a lei designa o contribuinte de direito para recolher os valores aos cofres

públicos (industriais e comerciantes), porém, quem realmente suporta o ônus financeiro é o contribuinte de fato, ou seja, aquele que compra o produtos e mercadorias.

No entanto, a inflação é apenas um dos problemas decorrentes do nosso Sistema Tributário. Em adição, existe, ainda, uma complexa teia de normas e procedimentos que, por vezes, na ânsia de neutralizar para o governo os efeitos da inflação, viola direitos legal e constitucionalmente assegurados aos contribuintes, em especial os empresários da indústria e comércio.

Ademais, muitos brasileiros, motivados pelos os impactos sofridos pela imposição da carga tributária, juntamente com a inserção cumulativa de vários impostos atribuídos às mais variadas relações de consumo no cotidiano do brasileiro, aliados à falta de retorno do verdadeiro destino da arrecadação desses impostos, frequentemente, causam um sentimento de impotência e decepção no contribuinte, levando à sonegação fiscal.

Assim, a tributação brasileira sufoca as empresas e os contribuintes pessoas físicas, e não responde na mesma medida, prestando serviços de qualidade, de sorte que a saúde pública oferecida não é suficiente (em quantidade e qualidade), a educação pública é ineficiente, falta segurança. Isso faz com que se gaste duas vezes pelos mesmos motivos: se paga tributos para se ter esses serviços, mas também é preciso arcar com despesas com planos de saúde, escolas particulares, segurança, dentre outros.

2.1 Reforma Tributária

Entre os debates mais constantes e infundáveis da atualidade, encontra-se a reforma tributária, mencionada, principalmente, em épocas eleitorais, como promessa de campanha, numa alusão à realização de ampla reforma tributária no Brasil. No entanto, decorrido o período eleitoral, raramente, a proposta tem efeitos e realizações concretas, gerando os mais diversos tipos de questionamento (OLIVEIRA, 2018).

No entanto, dentre a população, verdadeiramente, existe um sentimento comum de sua importância especialmente pela necessidade, por exemplo, da simplificação de obrigações tributárias e redução do ônus fiscal, de modo que o tema é de natureza constante, porém ambivalente, cabendo aos governantes e a administração fazendária promover essas alterações de formas cabíveis sem prejudicar a competitividade das empresas nacionais.

Em contrapartida, um dos maiores desafios da reforma tributária está relacionado à necessidade de recompor a capacidade de financiamento do setor público, visando lhe conferir, novamente, condições para atuar como agente do processo de crescimento e realizar os investimentos requeridos em infraestrutura econômica, ciência e tecnologia, urbanização, educação, política ambiental, por exemplo, mitigando pontos de estrangulamento da economia que aumentam, sobremaneira, o “custo-Brasil”, em observância ao princípio da responsabilidade fiscal, dentro dos limites da capacidade financeira do Estado, mas preservando as bases do Estado Social.

Recém aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, a reforma tributária objeto da PEC 45/2019, conta com respeitáveis apoios, especialmente, da sociedade em geral, que considera a referida medida, como uma esperança para a distribuição equitativa da carga tributária.

Todavia, se a necessidade de mudanças é inquestionável, a aprovação desse projeto suscita o questionamento acerca das alterações propostas e seus reais benefícios para o contribuinte, principalmente, no que concerne aos efeitos práticos da PEC 45/2019.

Muito embora o foco da PEC 45/2019 esteja destinado à tributação sobre o consumo, na prática, sobretudo no bolso do consumidor, as ideias centrais do referido projeto, acabarão por implicar em aumento dos impostos. Ao tentar implantar o chamado Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) em substituição ao ICMS, IPI, ISS e PIS/COFINS, realmente, o IBS será “uniforme” para todos os bens e serviços, fazendo com que, quase todos os setores sofrerão alguma elevação tributária.

Nesse contexto, produtos agrícolas, por exemplo, que, atualmente, não se sujeitam ao IPI, passarão a absorvê-lo parcialmente. Serviços tradicionais, como advocacia, contabilidade, odontologia, hoje submetidos ao ISS com alíquota média de 4,38%, terão sua tributação acrescida de percentuais equivalentes ao IPI e ao ICMS. Se o IBS tiver alíquota de 25%, como se intenciona, estima-se que haja majoração de mais de 300% para serviços prestados por pessoas jurídicas optantes pelo lucro presumido.

Para os autônomos, o impacto será ainda significativo, podendo chegar a quase 700%, pois, será adicionado não, apenas, o valor equivalente ao IPI e ICMS, mas também ao PIS/COFINS, que, na conjuntura atual, não alcança tais pessoas físicas.

O IBS, pois, seria instituído e regulamentado por lei complementar da União, Estados e Município, cujos quais poderão apenas alterar suas alíquotas, porém com severas restrições, respeitando-se os mínimos fixados pelo Senado para cobrir gastos

com saúde e educação, que deverão ser os mesmos “para todos os bens e serviços”, sendo vetada, ainda, a redução do tributo em função da essencialidade do item (cesta básica, p. ex.) ou de políticas de desenvolvimento local.

Outro fator preocupante relacionado à PEC 45/2019, digno de menção, diz respeito caráter centralizador do Comitê Gestor vinculado à União, responsável pela disciplina, fiscalização e regulamentação do IBS, assim como por toda a arrecadação, porquanto uma evidência inequívoca da inconstitucionalidade do projeto, uma vez que, segundo dados do Tesouro Nacional citados no voto do Relator da matéria na CCJ da Câmara, 43% (quarenta e três por cento) da atual arrecadação dos Municípios e 88% (oitenta e oito por cento) das receitas tributárias dos Estados passarão a ser controlados pelo Poder Central.

Tal remanejamento de competências e receitas tributárias não coaduna com as previsões constitucionais voltadas para a preservação de uma sociedade justa e igualitária, já que tende a enfraquecer a autonomia financeira dos entes descentralizados, com efeitos deletérios sobre a realização de suas atribuições constitucionais, na medida em que eles não estarão autorizados a instituir e arrecadar o IBS, variar alíquotas em função do setor, produto ou das circunstâncias econômico-sociais de cada momento.

A referida PEC tenta, ainda, estabelecer o Imposto Seletivo para “desestimular o consumo” de bens e serviços que gerem externalidades negativas, sem que haja quaisquer limites a serem observados pela figura, nem critérios que definam os produtos e setores atingidos, podendo resultar instituição de um imposto de amplo espectro, incidente em duplicidade sobre os mesmos itens objeto do IBS.

Nesse sentido, por exemplo, veículos movidos a combustíveis fósseis poderiam ser alvo desse tributo, pois são poluidores e podem ser substituídos por carros a álcool ou elétricos.

Em suma: a pretexto de suposta extra-fiscalização, o Imposto Seletivo poderá incidir sobre vasta gama de itens. Ademais, trata-se de uma reforma extremamente complexa, em que se ambiciona revogar 19 dispositivos, ao mesmo tempo em que busca introduzir outros 141 novos, na Carta Política de 1988, originando, aproximadamente, 40 novos conceitos, de forma que o aludido sistema será adaptado à base de “tentativa e erro”, especialmente, nos dois primeiros anos, ao passo que na primeira década, pós-reforma, o País conviverá com dois modelos paralelos, o novo e o atual, onde os contribuintes prestarão contas aos três níveis de fiscalização existentes e àquele a ser criado para tratar do IBS.

Finalmente, aduz-se que, concluída a transição inicial, nada garante que o sistema seguirá sem alterações, sendo, portanto, duvidoso, o prazo de 50 anos para que Estados e Municípios sejam reparados pelas perdas resultantes de sua implantação, tendo em vista que os Estados lutam para que a União compense os prejuízos oriundos da eliminação do ICMS-Exportação promovida pela EC 42/03. De resto, admitida a suposta neutralidade arrecadatária do modelo, em termos agregados, as perdas haveriam de ser compensadas com mais carga tributária.

Resumidamente falando, o País necessita de reforma tributária que não implique aumento de impostos e garanta segurança, transparência, simplificação e neutralidade. Tais imperativos não são satisfeitos pela PEC 45/2019. Além do mais, a referida reforma visa resolver os problemas sobre o desequilíbrio das contas públicas, o que sempre será uma pedra no sapato de qualquer governo, enquanto não houver de forma eficaz uma fiscalização dos gastos públicos e o combate tanto da corrupção passiva quanto da ativa.

Somando-se a isso, os governos anteriores ao atual já enfrentaram os referidos desequilíbrios nas contas públicas, entretanto, adotaram os denominados Ajustes Fiscais, os quais têm por objetivo reequilibrar o quadro das receitas e despesas de um governo, por meio de reduções de gastos e aumento da arrecadação pela elevação das alíquotas dos tributos.

Finalmente, no que diz respeito ao aumento da arrecadação, esta submete o contribuinte a uma elevada carga tributária; enquanto, poderiam ser adotadas, em substituição ao referido aumento, algumas revogações de incentivos fiscais que postergassem uma arrecadação do presente para ser tributada no futuro, de modo que a dilação de prazo muito extensa do benefício que, aliada à falta de controle dos gastos públicos, contribuem para um “efeito dominó” do desequilíbrio das contas públicas.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre as espécies de tributos, em seu artigo 145, quais sejam: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. No entanto, não define nem institui tributos. O que a nossa Carta Magna faz é escolher certos fatos ou atos e negócios jurídicos que expressam riqueza e distribui a competência para instituir tributos sobre estes fatos aos entes federativos (União, Estado, Município e Distrito Federal) ou a entidades paraestatais, de modo que, cada um deles, cada ente, no âmbito da competência outorgada pela Constituição, deverá instituir os tributos respectivos.

Nesse sentido, tributo pode ser conceituado como dever fundamental e que se constitui em prestação pecuniária que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a direção dos princípios constitucionais de capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade do grupo e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei e elaborado de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição Federal.

Dessa forma, um sistema tributário, para ser realmente eficiente, deve sempre procurar respeitar os princípios de produtividade e de justiça fiscal; em relação ao primeiro princípio, uma boa base tributária dá condições para que a receita possa acompanhar o crescimento da economia; já com referências à justiça fiscal, é fundamental que o sistema tributário almeje gravar o contribuinte segundo a capacidade econômica.

Entretanto, no Brasil, existe uma pirâmide salarial — com o predomínio da classe mais baixa, que detêm os menores salários, incluindo, ainda, os desempregados e a economia informal. Torna-se necessária, assim, uma especial atenção às variáveis econômicas, principalmente àquelas ligadas à renda "per capita" e a sua distribuição no País. Dessa forma, vários países poderiam ser melhor investigados, à medida que são incluídos na avaliação modelos ou índices já testados e sugeridos pela literatura sobre finanças públicas.

Por outro lado, as condições políticas e sociais de cada um dos países também poderiam ser incluídas nas análises. Também novos modelos econométricos devem ser melhor especificados para poder apreender o fenômeno da carga tributária em um determinado país.

Uma reforma tributária ampla e eficaz, portanto, faz-se urgente, tendo em vistas, principalmente, a capacidade econômica do contribuinte, fazendo, assim, incidir a tributação muito mais sobre a renda acumulada do que sobre a renda consumida, levando em conta uma maior progressividade na renda auferida.

Referências bibliográficas

BECKER, Alfredo Augusti, Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de junho de 2020.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 15 de junho de 2020. BRAZUNA, José Luís Ribeiro. Defesa da Concorrência e Tributação - à luz do Artigo 146-A da Constituição - Série Doutrina Tributária Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 69-76.

DENARI, Zelmo. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Atlas, 2008. 355 p.

DE OLIVEIRA, Fabrício Augusto (2010): A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1889-2009. Texto para Discussão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), No. 1469. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5016>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

DORNELLES, Francisco. O sistema tributário da constituição de 1988. Nov. de 2013. Disponível em: <http://www.joserobertoafonso.com.br/sistema-tributario-da-constituicao-de-1988-dornelles/>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

FERREIRA, Rodrigo. Tributos: origem e evolução. Breve abordagem histórica sobre a evolução dos tributos. Disponível em <https://rfersantos.jusbrasil.com.br/artigos/222353175/tributos-origem-e-evolucao>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

GUBERT, Pablo Andres Pinheiro. Planejamento tributário: análise jurídica e ética. Curitiba: Juruá, 2001. 112 p.

MARTUSCELLI, Pablo Dutra. Para uma compreensão histórica do sistema tributário nacional de 1988. – Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3117.pdf> >. Acesso em: 15 de junho de 2020.

MELO, J. E. S. de. Contribuições sociais no sistema tributário. São Paulo: Malheiros, 2006.

VARSANO, Ricardo. Texto para discussão nº 405 a evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas. Rio de Janeiro, janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0405.pdf >. Acesso em: 15 de junho de 2020.

NOTA:

[1] Dr. em Direito Jurídico Educacional pela UNIVERSIDAD NACIONAL EXPERIMENTAL DE LOS LIANOS OCCIDENTALES EZEQUIEL ZAMORA. UNILLEZ; Coordenador e professor do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, ULBRA – Centro Universitário Luterano de Manaus.

ANÁLISE SOBRE O TRÂNSITO NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS: O DESCONHECIMENTO DOS USUÁRIOS QUANTO AO CÓDIGO DE TRÂNSITO - LEI 9.503/1997

TAYNÁ FERREIRA DA CUNHA:
acadêmica do Curso de Direito da
Universidade do Estado do Amazonas.

JANE SILVA DA SILVEIRA[1]

(coautora)

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo uma breve análise quanto ao desconhecimento dos usuários quanto ao Código de Trânsito Brasileiro, haja vista o trânsito ser um dos principais problemas enfrentados no município de Itacoatiara, terceira cidade mais populosa do Estado do Amazonas. Busca-se chamar a atenção sobre a importância de cumprimento das normas de trânsito, tanto por parte da população, quanto das autoridades competentes de trânsito como instrumento para garantir a cultura de um trânsito que não coloque em risco a integridade de todos os seus habitantes. Utilizou-se como metodologia o estudo histórico e bibliográfico, método dedutivo-indutivo, coleta de dados secundários e pesquisa de campo.

Palavras-chave: Acidentes de trânsito. Motocicletas. Leis de Trânsito.

Abstract: The present work aims at a brief analysis as to the users' lack of knowledge about the Brazilian Traffic Code, given that traffic is one of the main problems faced in the municipality of Itacoatiara, the third most populous city in the State of Amazonas. We seek to draw attention to the importance of compliance with traffic regulations, both by the population and by the competent traffic authorities as an instrument to guarantee the culture of traffic that does not jeopardize the integrity of all its inhabitants. The methodology used was the historical and bibliographic study, deductive-inductive method, secondary data collection and field research.

Keywords: Traffic accidents. Motorcycles. Transit laws.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre direito de trânsito. 3. Trânsito no interior do Estado do Amazonas - Município de Itacoatiara/AM. 3.1. Localização da área de estudo. 3.2. Aspectos gerais sobre o trânsito local. 3.3 Da competência para fiscalizar o trânsito. 3.4. Descumprimento das normas de trânsito: Desconhecimento de Lei nº 9.503/1997 e a falta de punição. 4. Principais medidas previstas na legislação de trânsito para redução dos acidentes de trânsito X aplicação

destas medidas no município de Itacoatiara/AM. 4.1. Da fiscalização. 4.2. Da lei seca. 4.3. Da educação no trânsito. 5. Propostas para alterações na lei 9.503/1997 na busca de coibir os acidentes de trânsito. 6. Conclusão. 7. Referências

1. INTRODUÇÃO

O avanço da economia brasileira nos últimos anos possibilitou às pessoas um aumento no poder aquisitivo e consequente acesso a bens que antes pertenciam apenas à elite, dentre eles, veículos automotores, ocasionando um crescimento do número de novos condutores tanto de veículos de quatro rodas como os de duas rodas, objeto deste trabalho.

Diante desse cenário, as leis de trânsito surgiram com o principal objetivo de ordenar o trânsito, evoluindo com o passar dos anos, conforme a evolução da sociedade e dos veículos.

Apesar das regras normatizadoras de conduta no trânsito, o crescimento resultou em um trânsito violento, de modo que, em 2018, tornou-se uma das 10 (dez) principais causas de morte no mundo, competindo com doenças graves como cardiopatia, AVC, câncer e diabetes (OPAS/OMS, 2018). No Brasil, no ano de 2017, a mortalidade por acidente de trânsito ocupou o 8º (oitavo) lugar, com 46.286 vítimas, conforme dados da Secretaria de Vigilância em Saúde.

O município de Itacoatiara, objeto de nosso estudo, situado no interior do Estado do Amazonas, possui um trânsito violento e desordenado, principalmente quanto às motocicletas, que correspondem a cerca de 80% da frota de veículos da cidade. Seus condutores descumprem normas de trânsito, violando constantemente o Código de Trânsito Brasileiro e põem em risco a própria vida e integridade e a de terceiros.

Quando a este fato, questionamentos se fazem necessários: Por que há o descumprimento constante das leis de trânsito no município de Itacoatiara? Quem são as autoridades competentes para realizar as fiscalizações das irregularidades? Com tantas irregularidades, será que a população de fato tem conhecimento quanto ao Código de Trânsito vigente no Brasil? Quais as medidas previstas para a conscientização dos usuários quanto à importância da obediência às leis?

Durante a elaboração deste artigo, fora realizada uma pesquisa junto à população de Itacoatiara com o objetivo de medir o conhecimento dos cidadãos em relação ao Código de Trânsito Brasileiro e o cumprimento das normas por parte destes objetivando uma melhor compreensão da relação condutores de veículo de duas rodas e o conhecimento das normas disciplinadoras do trânsito.

Essa pesquisa contou com a participação de proprietários de veículos de duas rodas, motonetas e motocicletas, e aqueles que a utilizam como carona. Os sujeitos da pesquisa foram convidados a participar por *Whatsapp*[2] sendo a amostra definida por meio contato registrado em diversos grupos. Foi aplicado o questionário on-line de auto percepção com perguntas fechadas.

A amostragem deste estudo foi do tipo não probabilística por conveniência, ou seja, foram incluídos na pesquisa todos os que responderam ao questionário, e atenderem aos critérios de inclusão e exclusão, isto é, proprietários e usuários de veículo de duas rodas, inclusive como carona.

Ao final, 82,5% das pessoas responderam que dirigem motocicleta, mas apenas 45,6% são habilitadas para conduzi-las. Ao serem questionadas se utilizavam sempre capacete durante os trajetos percorridos de moto, 66% responderam que não.

E mais, 66% afirmaram nunca ter sofrido acidente de moto em Itacoatiara. No entanto, 90,3% dos entrevistados responderam que já presenciou algum acidente no município.

Quanto a segurança no trânsito, 99% afirmaram não considerar o trânsito de Itacoatiara seguro. 94,2% disse que não costuma ver fiscalizações constantes no trânsito e o mesmo percentual afirmou que gostaria que fossem realizadas mais fiscalizações no município.

Este trabalho objetiva contribuir com informações para a compreensão dos motivos às violações recorrentes, através de estudo histórico e bibliográfico, método dedutivo-indutivo, coleta de dados secundários no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas (DETRAN), Sistema de Informações Governamentais do Amazonas (E-siga) e ainda por questionamentos aos próprios condutores, a fim de verificar o grau de compreensão quanto ao trânsito e a opinião de cada indivíduo.

Por fim, apresenta-se propostas em relação ao que poderia ser implementado em busca da redução quanto as irregularidades ocorridas no trânsito do município, o número de acidentes, das lesões permanentes e as vidas perdidas todos os anos.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE TRÂNSITO

A necessidade de criar normas de trânsito surgiu como reflexo da Revolução Industrial que trouxe o surgimento da indústria e consolidou a formação do capitalismo. No Brasil ocorreu no fim do século XIX e início do século XX,

caracterizando com a população do campo deslocando-se em massa para as cidades por conta dos primeiros avanços tecnológicos e surgimento das fábricas.

Com o desenvolvimento chegando ao país, aumento da produção e junto a elevação na economia, veio a popularização do automóvel gerando um aumento no número de veículos tornando-o um artigo de necessidade não apenas da elite, mas também da classe média. Todavia, o crescimento rápido e descontrolado de veículos causaria riscos a todos se não houvesse normas regulamentando esses transportes, surgindo assim as primeiras normas de trânsito no país.

O primeiro Código de Trânsito foi instituído pelo Decreto-Lei n. 2.994, em 28 de janeiro de 1941, durante o mandato presidencial de Getúlio Vargas, conhecido por trazer uma nova era à história do Brasil, em virtude das mudanças ocorridas durante o seu governo. O segundo código surgiu em setembro daquele mesmo ano, pelo Decreto-Lei nº 3.651/41, e regulamentava dentre outras coisas, regras de circulação, sinalização, tipos e especificações de veículos, sendo revogado posteriormente pela Lei nº 5.108/66, após um lapso temporal de 25 anos.

As mudanças econômicas e sociais na sociedade exigiram adequação. Considerando o aumento na frota motorizada, abertura de diversas estradas e avenidas, se mostrou imprescindível a atualização das normas para acompanhar a evolução da sociedade, o que resultou na Lei 9.503/97, o Código de Trânsito vigente.

O Código de Trânsito Brasileiro foi criado pela Lei nº 9.503 de 23.09.1997 e é a principal legislação de trânsito vigente no país.

Assim, desde a primeira legislação, em 1941, até o código vigente, criado em 1997, ocorreram modificações a fim de adaptar o direito às constantes mudanças no trânsito e em 03 de setembro de 2020, o Senado aprovou novas mudanças no Código de Trânsito pelo projeto de Lei nº 3.667/2019. Dentre as principais inovações, temos a aumento da validade da Carteira Nacional de Habilitação, que passa de 04 para 10 anos aos condutores com menos de 50 anos de idade, a criação do Registro Nacional Positivo de Condutores (RNPC), o qual fará uma listagem dos bons condutores com benefícios para estes e o retorno da punição do não uso da cadeirinha em crianças como infração gravíssima.

O Projeto traz também pontos polêmicos, por se mostrar tolerante em relação algumas infrações, ao dobrar o número de pontos na carteira que ensejam a suspensão do direito de dirigir: atualmente, são 20 pontos passando esse limite para 40 pontos, O Senador Wellington Fagundes (PL-MT), durante a votação, afirmou que deveria haver muita cautela com o afrouxamento das leis de trânsito, em virtude do alto número de acidentes que ocorrem no Brasil todos os anos. Mesmo assim, a

proposta foi aprovada também pela Câmara, no dia 22 de setembro de 2020 e sancionada no dia 13 de outubro de 2020 pelo Presidente da República.

Dessa forma, observamos que, como em todas as áreas do direito, o código de trânsito, de tempos em tempos passa por modificações, a fim de estar em consonância com as evoluções ocorridas na sociedade e às necessidades da época.

3. TRÂNSITO NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS – MUNICÍPIO DE ITACOATIARA/AM

3.1. LOCALIZAÇÃO DA ÁREA DE ESTUDO

O município de Itacoatiara está situado no interior do Amazonas e faz parte da zona metropolitana de Manaus, distante 269 km da capital pela via terrestre. A estimativa é que possua, neste ano de 2020, 102.701 habitantes (IBGE, 2020).

3.2. ASPECTOS GERAIS SOBRE O TRÂNSITO LOCAL

Itacoatiara é a terceira cidade mais populosa do Estado do Amazonas, integra a região metropolitana de Manaus e possui a segunda maior economia do Estado. Banhada pelas águas do Rio Amazonas, o transporte fluvial é bastante intenso, principalmente por conta da quantidade de ribeirinhos que habitam as comunidades do município. Ademais, conta com um importante porto fluvial, o qual é passagem de mercadorias para outros Estados e países.

O meio de transporte terrestre é formado em sua grande maioria por carros e motocicletas. A única via de acesso terrestre à cidade é a rodovia AM-010, com 269 km de extensão, interligando Itacoatiara ao município de Rio Preto da Eva e à capital Manaus.

Segundo dados do IBGE, em 2018, Itacoatiara possuía um total de 23.368 veículos. Destes, 10.650 era motocicletas e 7.652 eram motonetas, totalizando 18.302, o que corresponde a 78,3% (setenta e oito vírgula três por cento) da frota da cidade.

Para melhor compreensão definimos motocicleta como qualquer veículo sob duas rodas, tendo diferentes tamanhos, modelos e potências. Há ainda o veículo tipo motoneta, mas que, popularmente, é conhecido também como motocicleta, que é o caso da famosa e popular "moto Blitz". A principal diferença entre ambas se dá pela forma de sentar-se no veículo. Enquanto a primeira é na "posição montada", a segunda é dirigida em "posição sentada". Quando tratarmos de números, ambas serão quantificadas como "motocicleta".

O fato de quase 80% (oitenta por cento) da frota do município ser formada por motocicletas se dá pela facilidade em se adquirir este tipo de veículo, principalmente em virtude da produção destes em massa no Polo Industrial de Manaus e facilidades em iniciar consórcios com parcelas de valores baixos. Outrossim, o município não possui uma frota de transporte público, o que acaba por contribuir para o número alto de motocicletas que há no local.

De acordo com o DETRAN[3], no ano de 2019, apenas 6.936 condutores da cidade possuíam a habilitação A ou AB, exigidas para condução desse tipo de veículo. Comparando a quantidade de motocicletas que já havia no município até o ano de 2018 exposto acima, apenas 37,9% da população era habilitada para conduzir motocicleta e motoneta.

A divergência entre o número de motocicletas e o número de condutores habilitados contribui significativamente para o alto número de infrações de trânsito e acidentes no município, inclusive fatais, envolvendo em sua grande maioria motocicletas, tendo em vista que, tornar-se apto a dirigir exige adquirir a Carteira Nacional de Habilitação.

Ademais, em Itacoatiara não há aplicação de multas de trânsito, as fiscalizações são bem escassas. Entretanto, para quem vive no local, a todo momento é possível presenciar desrespeito às normas, como o avanço aos sinais vermelhos, condutores e passageiros sem capacete, excesso de velocidade e ultrapassagens irregulares. Todos esses exemplos citados são descritos no CTB como infrações gravíssimas. Apesar disso, não são aplicadas as devidas punições previstas a cada uma dessas infrações na referida lei.

3.3. DA COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR O TRÂNSITO

O Código de Trânsito Brasileiro atribuiu a órgãos federais, estaduais e municipais a obrigação de fazer cumprir as normas nele contidas, os quais devem trabalhar de forma integrada para que surtam efeitos, principalmente nos municípios, cabendo a eles a fiscalização, sanções administrativas, além da realização de programas de educação e segurança no trânsito, conforme CTB e Diretrizes do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN).

O ente municipal é o que está mais próximo da população e é responsabilidade deste manter um trânsito seguro. A partir da Constituição de 1988, os municípios assumiram integralmente o controle das questões locais relacionadas ao Trânsito, no limite em que a legislação lhes permite. O art. 24, I do CTB, afirma a competência dos órgãos e entidades executivas do município para cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito.

O art. 5º do CTB preceitua que o Município integra o Sistema Nacional de Trânsito (SNT), sendo, junto à União, Estados e Distrito Federal, responsável pelo planejamento e implantação de política de trânsito, sua organização, fiscalização, sinalização e penalidades. Todavia, para fazer parte de fato do Sistema Nacional de Trânsito, é necessária a criação de um órgão municipal, vinculado ao poder executivo, para desenvolver as atividades de engenharia de tráfego, fiscalização de trânsito, educação de trânsito e controle e análise de estatística, o qual poderá ser uma secretaria já existente, a depender do tamanho do município e do orçamento disponível.

No Município de Itacoatiara, através da Lei municipal nº 27, de 06 de dezembro de 1999, foi criada a Empresa Municipal de Trânsito e Transporte (EMTT), sendo transformada em Autarquia pela Lei nº 151, de 29 de janeiro de 2010, passando a ser Instituto Municipal de Trânsito e Transporte (IMTT), tendo como finalidade regular e gerir o sistema de trânsito no município, de acordo com o artigo 2º da referida Lei.

Atualmente, as atividades mais comuns realizadas pelo IMTT são as palestras educativas, ministradas principalmente nas escolas, a fim de conscientizar os futuros condutores, do Ensino Primário ao Ensino Médio, segundo a diretora-presidente adjunta do Instituto, Cristiane Oliveira.

Embora o Município em questão seja integralizado ao Sistema Nacional de Trânsito (SNT), não aplica multas, mas apenas apreende veículos irregulares nas fiscalizações, o que impede a realização de um trabalho mais eficaz, porque sem a punição em pecúnia, não há um efetivo poder coercitivo.

A multa é um instrumento coercitivo para evitar o descumprimento das normas, resultando em punição caso haja o cometimento de infração. Tanto Estados quanto municípios podem multar quem comete infrações de trânsito.

O Ministério Público do Estado do Amazonas, no ano de 2014, firmou Termo de Ajustamento de Conduta nº 01/2014 junto ao município de Itacoatiara e o Instituto de Trânsito do município.

Quanto ao município, algumas das exigências referiam-se à realização de concurso público, nomeação e posse dos aprovados e credenciamento dos agentes de trânsito nomeados neste concurso, tornando-os aptos a aplicar Auto de Infração de Trânsito. Os agentes de trânsito participaram de curso de Agente de Autoridade de Trânsito promovido pelo DETRAN/AM e estão aptos a aplicar Auto de Infração de Trânsito. Ainda assim, não há punição aos infratores no trânsito.

O Estado fiscaliza através de Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN), por meio de convênio junto a Polícia Militar, que efetivamente realiza a fiscalização nas ruas. Juntos, estabelecem as diretrizes para o policiamento ostensivo (art. 22 CTB).

Importante a compreensão quanto as competências. As competências do DETRAN estão previstas no art. 22 do CTB, dentre elas, cumprir e fazer cumprir a legislação de trânsito, vistoriar, emplacar, inspecionar e registrar veículos, fiscalizar e administrar o trânsito, assim como realizar o processo de formação, reciclagem e suspensão dos condutores, entre outros.

O município por sua vez, realiza fiscalizações por meio de guardas municipais ou agentes de trânsito. A ele cabe a fiscalização quanto ao cumprimento das leis de circulação de trânsito, excesso de velocidade, não utilização de capacete, cinto de segurança, veículo estacionado em local proibido etc.

Contudo, como mencionado, o município de Itacoatiara não multa os seus condutores, mas apenas orienta, o que acaba por reduzir seu poder coercitivo e aumentar essa "cultura" da impunidade.

O Art. 320 de CTB refere-se à destinação do valor arrecadado por meio das multas de trânsito: "*A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito*".

Até o ano de 2016, não havia o devido controle quanto a destinação dos valores arrecadados com as multas. Por meio da Lei 13.281/16, acrescentou-se o parágrafo 2º no artigo acima citado, o qual obriga que a receita arrecadada pelas multas seja publicada anualmente em site da internet para que todos tenham acesso à informação tanto do total dos valores quanto a sua destinação.

A destinação da receita arrecadada com as multas consta em rol exemplificativo, descrito na resolução de nº 638 de 30/12/2016 do CONTRAN, sendo, investimentos na sinalização, engenharia de tráfego e de campo, policiamento e fiscalização e a educação de trânsito.

A sinalização diz respeito aos dispositivos com a finalidade de garantir a adequada e segura utilização da via, enquanto a engenharia de tráfego e de campo, diz respeito a atividades de engenharia para melhor fluidez do trânsito.

O policiamento e a fiscalização são ações preventivas e repressivas para cumprimento da legislação de trânsito, a fim de resguardar a segurança e integridade

de todos os usuários. Já a educação diz respeito à aprendizagem dos usuários das vias, respeitando as normas e evitando o risco tanto para si quanto para outrem.

As multas sendo aplicadas no município tornariam o trânsito mais seguro, por coibir os motorista e motociclistas a cometerem infrações e caso continuassem a descumprir leis de trânsito, geraria receita. Estes valores, como previsto em lei, seriam investidos em sinalizações e melhorias de tráfego, educação no trânsito, fiscalização, o que englobaria investimento em bafômetros, radares, elevando a segurança do trânsito local e, conseqüentemente, obedecendo a leis de trânsito em sua totalidade.

3.4. DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS DE TRÂNSITO: DESCONHECIMENTO DA LEI Nº 9.503/1997 E A FALTA DE PUNIÇÃO

As normas são desrespeitadas, principalmente pelos condutores de motocicletas, veículo que corresponde a cerca de 80% da frota de veículos no Município de Itacoatiara. Nesse trabalho foram considerados dois aspectos fundamentais: a população sem conhecimento quanto as normas de trânsito e a falta de fiscalização por parte dos órgãos competentes.

Com base nos dados levantados em pesquisa de campo, a maioria do condutores de veículos do Município de Itacoatiara não tem conhecimento sobre as normas de trânsito, tendo em mente o baixo número de pessoas que possuem a Carteira Nacional de Habilitação, o que lhes levam a cometer diversas infrações tendo em vista o desconhecimento formal da lei.

Uma das hipóteses que podem explicar o trânsito caótico e perigoso no município é justamente a falta de conhecimento da maioria. A comprovação a esta afirmativa se dá por meio de uma pesquisa feita com 163 cidadãos, com idades entre 18 e 60 anos, onde 82,5% das pessoas responderam que dirigem motocicleta e destas, 55,2% responderam que não possuem habilitação para conduzi-las. Uma das perguntas da pesquisa era a seguinte: "*Você sabe o que significa a faixa contínua amarela, pintada nas ruas?*", 14,1% responderam que não sabem. (Via de mão dupla com ultrapassagem proibida).

Saber a resposta à pergunta feita acima é o mínimo que qualquer condutor de veículo precisa saber. Muitas vidas, com certeza, teriam sido salvas se todo motorista soubesse que, quando a faixa é contínua, a ultrapassagem é proibida.

Assim, as pessoas que não possuem a Carteira Nacional de Habilitação não estão aptas a dirigir, pois, nunca estiveram em uma autoescola aprendendo as

normas de trânsito e também a condução de um veículo nas ruas de forma correta e segura e, se já estiveram, não foram aprovadas nas provas realizadas.

É comum ver a população do Município enfurecida quando há blitz na cidade, principalmente nas redes sociais, questionando o porquê da fiscalização, pois acreditam "*não estarem fazendo nada de errado*". E ainda, avisam nos grupos de *Whatsapp* a ocorrência e local das fiscalizações para evitar que outros cidadãos tenham seus veículos apreendidos (mesmo que não haja a incidência de multa).

Ora, apenas há apreensão de veículos irregulares ou com condutores desabilitados. Conforme o art. 3º da LINDB[4], ninguém pode alegar desconhecimento de norma para se furtar de cumpri-la. Além do mais, avisar sobre a realização de fiscalização é passível de punição.

Apesar de não haver uma tipificação para esse tipo de conduta, é entendido como ato atentatório contra o serviço público, aplicando-se o art. 265 do Código Penal Brasileiro: "Art. 265 – Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública: Pena – reclusão, de um a cinco anos e multa".

A justificativa para essa classificação se dá pelo fato de que a blitz não serve apenas para fiscalizar a apreender veículos, ela objetiva resguardar os atores que fazem parte do trânsito (motoristas, motociclistas, passageiros, pedestres e ciclistas). Verifica as condições de trafegabilidade do veículo, a regularização de propriedade observando se foi adquirido de forma lícita e, em caso de roubo/furto, devolvê-lo ao dono, analisa a possibilidade placa clonada que traz prejuízo para o verdadeiro proprietário que pagariam por multas causadas por criminosos, além, de realizar apreensão de drogas encontradas e outras cargas não legalizadas, contrabando, etc.

Dessa forma, informar sobre a ocorrência de fiscalizações pode estar beneficiando criminosos como traficantes, contrabandistas, sequestradores e prejudicando o cidadão que sofreu lesão ao seu direito, contribuindo mais ainda para a propagação da criminalidade.

O desconhecimento às leis junto à ausência de fiscalização, tornam o trânsito perigoso e muitas vezes fatal e prejudica a sociedade como um todo em diferentes aspectos.

É claro que as violações às normas não partem somente da população, mas também das autoridades responsáveis pelo trânsito ao se eximirem de cumprir suas funções, afinal a falta de fiscalização por parte das autoridades fere artigos do CTB, diretrizes e a própria lei municipal.

O artigo 91 do Plano Diretor do município de Itacoatiara (Lei Municipal nº 076/2006) prevê que um trânsito seguro é direito de todos: *"O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito."*

Segundo dados do Hospital Geral José Mendes (único hospital do município de Itacoatiara), em 2019, ocorreram 32 acidentes de trânsito causados por ciclistas, 104 acidentes causados por carro e 1.587 acidentes causados por motocicleta, demonstrando o tamanho do perigo causado por estas. Nesse mesmo ano, ocorreram 05 mortes no trânsito registradas no município. No entanto, levando em consideração que o Município de Itacoatiara não possui uma estrutura hospitalar capaz de atender pacientes em estado grave, estes são encaminhados aos hospitais da capital Manaus, e, se vierem a óbito, não entram nas estatísticas do hospital do município, nos levando a compreensão de que os números registrados não retratam a realidade local.

Ressalta-se ainda que, caso o acidente não seja fatal e a vítima venha a falecer das sequelas da violência do acidente, não será contabilizado como vítima de trânsito, exibindo as falhas no controle do número de vítimas, que pode ser muito superior aos números que nos são apresentados.

Os profissionais de saúde relatam que a maior incidência de acidentes se dá nos finais de semana e feriados e que, as urgências e emergências envolvendo acidentados ficam atrás apenas do número de pacientes atendidos por COVID-19 durante este período da pandemia. Infelizmente, não há dados no município quanto aos valores gastos na rede pública com acidentados.

As principais causas de acidentes e mortes de trânsito no município são:

- Alta velocidade - prevista a sua proibição no artigo 218 do CTB – infração média, grave ou gravíssima, a depender da velocidade, sujeito à multa na infração média e grave, até a suspensão imediata do direito de dirigir e apreensão do documento de habilitação na infração gravíssima;
- Desrespeito aos semáforos ou local de parada obrigatória - prevista a sua proibição no artigo 208 do CTB – infração gravíssima, punida com multa;
- Dirigir sob efeito de álcool – No Código de trânsito, sua proibição é prevista no artigo 165 – infração gravíssima punida com multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, recolhimento da

habilitação e retenção do veículo, mas a Lei 11.705/2008, conhecida como Lei Seca, é ainda mais severa em sua punição para essa infração;

- Não utilização do capacete – proibição prevista no artigo 244, incisos I e II do CTB – infração gravíssima, multa e suspensão do direito de dirigir, junto ao recolhimento do documento de habilitação.

Em uma pesquisa realizada no município de Itacoatiara com 163 pessoas, 61,7% dos entrevistados responderam que não utilizam sempre o capacete, o qual é obrigatório, tanto para condutores quanto para passageiros, conforme art. 54, I e 55, I do CTB:

“Art. 54, I, CTB – Os condutores de motocicletas, motonetas e ciclomotores só poderão circular nas vias: I – utilizando capacete de segurança, com viseira ou óculos protetores;”

“Art. 55, I, CTB – Os passageiros de motocicletas, motonetas e ciclomotores só poderão ser transportados: I – utilizando capacete de segurança.”

Renato Campestrini, especialista em trânsito e gerente técnico do Observatório Nacional de Segurança Viária, em matéria veiculada na Agência Brasil em 2018, de autoria de Pedro Rafael Vilela, afirmou que precisamos mudar a cultura do trânsito, porque, cerca de 95% dos acidentes são causados por falha humana ou falha mecânica, levando em conta que falta de manutenção não deixa de ser uma falha do condutor.

No Município de Itacoatiara estima-se que a principal causa de acidentes se dá por desconhecimento e consequente descumprimento das leis, gerando consequências à população, aos cofres públicos e principalmente às vítimas, perpetuando-se um ciclo perigoso e constante.

4. PRINCIPAIS MEDIDAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO PARA REDUÇÃO DOS ACIDENTES DE TRÂNSITO X APLICAÇÃO DESTAS MEDIDAS NO MUNICÍPIO DE ITACOATIARA/AM

4.1. DA FISCALIZAÇÃO

O Código de Trânsito Brasileiro prevê ao longo de seu texto, medidas para evitar e reduzir os acidentes de trânsito, pois, comportando-se os usuários de forma correta, as taxas de acidentes cairão drasticamente.

O Observatório Nacional de Segurança Viária[5] utiliza, o termo “sinistro” e não “acidente” para referir-se aos acidentes de trânsito, compreendendo que, o que pode ser evitado, não pode denominar-se acidente, isto é, acidente é algo inesperado e que não se pode evitar. A entidade afirma ainda que *“morrer vítima da violência no trânsito, principalmente quando consegue provar cientificamente que as causas dessa morte poderiam ter sido evitadas com a simples mudança de atitude, nunca poderá ser considerada uma morte normal.”* (ONSV, 2020).

Os problemas principais no trânsito do município de Itacoatiara, como já citado acima referem-se a: excesso de velocidade, desrespeito aos sinais de trânsito, direção sob efeito de álcool e a não utilização do capacete. Quanto a estes problemas, o CTB prevê medidas repressivas, a fim de inibir tais práticas.

Entretanto, mesmo existindo leis específicas para orientar quanto à forma correta de condução de veículos nas vias, não há o efetivo cumprimento e este cumprimento se daria, de forma repressiva, caso houvesse a fiscalização constante. A título exemplificativo, podemos citar o artigo 162, inciso I do CTB, o qual versa sobre a direção de veículo automotor sem possuir a devida autorização, a Carteira Nacional de Habilitação, o que é classificado como uma infração gravíssima, mesmo assim, muitos dirigem sem possuí-la e não sofrem consequência alguma.

A palavra “fiscalização” repete-se 36 vezes ao longo do CTB. Ela é o ato de vigilância e é a mais eficaz dentre todas as outras medidas, pois tem como objetivo averiguar se de fato as leis estão sendo cumpridas, demonstrando a relevância para o cumprimento das normas de trânsito e também tem um cunho educativo levando os condutores orientações no que se refere a observância as normas de trânsito. No entanto, para que haja a devida eficácia, faz-se necessário um trabalho constante e incessante, tendo em vista ser algo que necessita ser “construído” diariamente para que surta efeitos.

No município de Itacoatiara as fiscalizações e punições não são vistas, de modo que se perpetua fazer o que é errado. Conforme observado no item 2.3, o município dispõe de órgão que tem a responsabilidade de fiscalizar o trânsito, porém, fez-se necessária atuação do Ministério Público do Estado do Amazonas, no ano de 2014, que realizou Termo de Ajustamento de Conduta junto a prefeitura do município e o Instituto de Trânsito, com o objetivo de que ambos cumprissem as suas atribuições e fizessem com que as leis de trânsito fossem cumpridas, as quais vinham sendo negligenciado.

Apesar disso, o objetivo não foi atingido, sendo possível perceber *in loco* que a população continua descumprindo a todo momento as normas de trânsito, o que viria a ser amenizado com a incidência de fiscalizações.

Destacamos que no Município de Itacoatiara, as fiscalizações no trânsito através de blitz são intensificadas todos os anos no período de 04 à 07 de setembro, devido ao fluxo intenso na cidade e na rodovia AM-010, que interliga o Município à capital Manaus, por conta do feriado prologado (Independência do Amazonas e do Brasil), e ocorrência do FECANI,[6] festival de música que traz ao município shows nacionais gratuitos e atrai uma multidão de visitantes. Trata-se de ação pontual deixando os demais dias do ano a população em total insegurança ao trafegar pelo Município.

4.2. DA LEI SECA

A proibição do consumo de álcool ao dirigir está prevista no artigo 165 do Código de Trânsito e busca evitar acidentes causados por pessoas em estado de embriagues, as quais oferecem enorme risco a todos, mas que, mesmo assim, é uma prática bastante recorrente.

O dispositivo supracitado não se revelou ser suficiente para coibir a prática, de modo que no ano de 2008 foi editada a Lei 11.705/2008, conhecida como Lei Seca, que trouxe em seu escopo punições mais severas para quem dirige sob efeito de álcool em estado de embriagues. A Lei teve como o objetivo de inibir o consumo de álcool por motoristas ao volante estando relacionada a uma fração de redução de óbitos desde a sua instituição e em 2020 completou 12 anos de vigência.

Segundo o Ministério da Saúde, em 10 anos de vigência, a aplicação desta lei reduziu em 2,4% o número de mortes por acidente de trânsito no Brasil. Ela foi alterada em 2012 tornando-se ainda mais rígida. Em 2016 houve uma redução de 16,7% nas mortes, o que equivaleu a 7.467 mortes a menos, comparado ao ano de 2012.

Entretanto, só há bons resultados e eficácia desta lei nos locais em que efetivamente são realizadas as fiscalizações com intuito tanto educativo quanto repressivo.

Todavia, devido à falta de fiscalizações periódicas no trânsito no Município de Itacoatiara, os que buscam os bares para se divertir na cidade, andam nas ruas embriagados e dirigindo e pilotando veículos automotores na volta para casa. Não há nenhuma preocupação quanto a serem flagrados ou punidos, sendo comum ver jovens bêbados, conduzindo motocicletas em alta velocidade, principalmente nos fins de semana. Esse ato irresponsável ceifou a vida de vários jovens no município, mesmo assim, nenhuma providência é tomada para evitar que outras famílias continuem sendo destruídas por uma tragédia que poderia ter sido evitada se a legislação de trânsito fosse efetivamente cumprida.

A título demonstrativo, na pesquisa que realizamos com 163 habitantes do Município de Itacoatiara, questionou-se sobre quantas vezes os mesmos viram ou ouviram falar de fiscalizações com uso de bafômetro no município, 89,3% responderam que nunca ouviram falar e nem presenciaram.

4.3. DA EDUCAÇÃO NO TRÂNSITO

Em matéria publicada pelo jornal Estadão, em setembro de 2020, Alexandre Cury, diretor comercial da Honda Motos, maior fabricante de motos do país, fala sobre a Semana Nacional do Trânsito, dos riscos que trazem o trânsito no Brasil e afirma ainda que, o fator humano prepondera na ocorrência de qualquer acidente, além de dizer que a solução vem por meio da educação: *“Educar é, portanto, a solução. Inculcar nos usuários das vias públicas valores de respeito mútuo e sabedoria de que o espaço não deve ser disputado, mas, sim, compartilhado, é primordial, assim como substituir o comportamento ríspido no modo de dirigir pela cordialidade irrestrita”* (CURY, 2020).

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu capítulo VI, artigos 74 a 79, dispõe da obrigatoriedade da educação no trânsito. Dentre estes, os principais são o art. 74 e art. 75, *caput*, art. 76 e 79:

Art. 74. A educação para o trânsito é direito de todos e constitui dever prioritário para os componentes do Sistema Nacional de Trânsito.

Art. 75. O CONTRAN estabelecerá, anualmente, os temas e os cronogramas das campanhas de âmbito nacional que deverão ser promovidas por todos os órgãos ou entidades do Sistema Nacional de Trânsito, em especial nos períodos referentes às férias escolares, feriados prolongados e à Semana Nacional de Trânsito.

Art. 76. A educação para o trânsito será promovida na pré-escola e nas escolas de 1º, 2º e 3º grau, por meio de planejamento e ações coordenadas entre os órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito e de Educação, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de atuação.

Parágrafo único. Para a finalidade prevista neste artigo, o Ministério da Educação e do Desporto, mediante proposta do

CONTRAN e do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras, diretamente ou mediante convênio, promoverá:

I – A adoção, em todos os níveis de ensino, de um currículo interdisciplinar com conteúdo programático sobre segurança de trânsito;

II – A adoção de conteúdos relativos à educação para o trânsito nas escolas de formação para o magistério e o treinamento de professores e multiplicadores;

III – A criação de corpos técnicos interprofissionais para levantamento e análise de dados estatísticos relativos ao trânsito;

IV – A elaboração de planos de redução de acidentes de trânsito junto aos núcleos interdisciplinares universitários de trânsito, com vistas à integração universidades-sociedade na área de trânsito.

Art. 79. Os órgãos e entidades executivos de trânsito poderão firmar convênio com os órgãos de educação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, objetivando o cumprimento das obrigações estabelecidas neste capítulo.

A diretora Adjunta do Instituto de Trânsito do município de Itacoatiara, Cristiane Oliveira, citou a existência do trabalho de conscientização de trânsito junto às escolas por meio de palestras educativas, no item 2.3 deste trabalho. Essa parceria com as escolas busca ensinar aos alunos noções básicas de trânsito, a fim de que tenham consciência do que é correto e, de forma indireta, disseminando o conhecimento inclusive com os familiares.

O Código de Trânsito dedica um capítulo sobre a educação no trânsito, o que podemos inferir que o legislador compreende que os usuários só poderão cumprir as normas de trânsito se tiverem pleno conhecimento das mesmas.

Ainda, no artigo 326 do Código Brasileiro de Trânsito é prevista a Semana Nacional de Trânsito, que ocorre entre os dias 18 e 25 de setembro, com o objetivo principal de conscientização dos condutores de veículos, buscando segurança no trânsito e o cumprimento de metas anuais de redução de índices de mortos por grupo veicular.

O parágrafo primeiro do artigo 326-A, traz em seu bojo que o objetivo de estabelecimento de metas é reduzir, durante o período de 10 anos, ao menos pela metade, o índice nacional de mortos no trânsito e que o desempenho dos Estados e do Distrito Federal do ano anterior serão apresentadas durante a Semana nacional de Trânsito do ano subsequente, assim como as metas para o ano seguinte.

Estudos realizados pelo Observatório Nacional de Segurança Viária revelam que a maior parte dos acidentes são causada por falha humana. Daí entende-se porque é primordial uma Lei prever uma semana para conscientização dos condutores: reduzir o número de vidas que foram perdidas por mortes evitáveis, além das lesões permanentes.

A educação no trânsito, portanto, é de extrema relevância, pois orienta os condutores a fazerem o que é correto, ensinar respeito e cordialidade, objetivando um trânsito mais humano e benéfico para todos.

5. PROPOSTAS PARA ALTERAÇÕES NA LEI 9.503/1997 NA BUSCA DE COIBIR OS ACIDENTES DE TRÂNSITO

O Direito em geral atualiza-se de tempos em tempos, como forma de se adequar as evoluções ocorridas no meio em que este regulamenta. No dia 13 de outubro de 2020, o Presidente da República sancionou o Projeto de Lei nº 3.267/2019, a qual apresenta inovações à Lei 9.503/1997. As adequações se dão como meio de torná-la cada vez mais eficaz.

Há alguns pontos, no entanto, que precisam ainda ser revistos, pois, no cotidiano, é possível corroborar a existência de lacunas na lei que abrem espaço à propagação do perigo por não haver regulamentação/proibição. Traremos três problemas e propostas em relação a cada um deles.

A título de esclarecimento, ressalta-se que este trabalho tem como objeto de estudo um ente municipal, entretanto, vale mencionar que cabe privativamente à União legislar sobre o trânsito, conforme artigo 22 da Constituição Federal. Assim, as medidas a serem apresentadas como propostas para alteração da Lei 9.503/1997 dizem respeito à alteração que apenas pode ser realizada pela União, cabendo aos municípios apenas o cumprimento da norma.

O primeiro ponto diz respeito às concessionárias de veículos. Não há obrigatoriedade alguma em possuir a Carteira Nacional de Habilitação para adquirir um veículo, bastando o poder aquisitivo para adquiri-lo. Prova desta afirmação se faz pelo quantitativo de pessoas habilitadas em contrapartida ao número de motocicletas existentes no município de Itacoatiara. Esta lacuna contribui de forma

significativa para que pessoas sem conhecimento das normas de trânsito circulem nas vias e causem danos a si ou a outrem. Seria salutar a exigência de apresentação da habilitação na categoria do bem adquirido, para evitar que, por ser proprietário, tenha a distorcida visão que pode pilotar apenas com sua “prática” sem nenhum conhecimento técnico, tanto teórico e prático que se obtém durante o processo de emissão de uma habilitação para condução de veículo automotor. Dessa forma, a Concessionária também teria um papel de responsabilidade social, contribuindo com paz no trânsito e integridade das pessoas.

O segundo ponto refere-se a um problema semelhante ao primeiro: a não exigência da Carteira Nacional de Habilitação para registrar o veículo em nome do proprietário perante o DETRAN, que é o órgão competente para registro de veículos, bastando apenas que adquirente tenha atingido a maioridade.

O capítulo XI do CTB diz respeito ao Registro de Veículos, mas não cita a obrigatoriedade da CNH para proceder o mesmo. O site oficial do DETRAN-AM[7] informa a documentação necessária para o serviço de emplacamento, ou seja, o registro de veículo perante o órgão executivo de trânsito. A CNH é citada como uma das opções quanto à exigência de apresentação de documento com foto, substituível pelo RG, CTPS, passaporte ou carteira de Conselhos Profissionais. Esta ausência de obrigatoriedade é crucial para contribuir que pessoas sem habilitação transitem nas vias. Se o código de trânsito exige a habilitação para conduzir os veículos, por que é permitido a quem não o possui proceder o registro deste em nome próprio?

Esses dois problemas citados acima reduziriam o número de condutores sem habilitação nas vias, não apenas no município de Itacoatiara, mas em todo o país, tendo em vista que, não seria permitido adquirir o veículo sem a devida documentação exigida para conduzi-lo. E, ainda que houvesse possibilidade de adquiri-lo, estaria impedido de proceder com o registro do mesmo perante o DETRAN, até que obtivesse permissão para dirigir.

A última proposta de alteração da lei de trânsito refere-se à proibição de comercialização de bebidas nas lojas de conveniência dos postos de combustível. O artigo 2º da Lei 11.705/2008 (Lei Seca) proíbe a venda varejista de bebida alcoólica ou oferecimento para consumo no local nas rodovias federais, com ressalvas aos trechos urbanos, sendo passível de punição a quem descumprir:

Art. 2º. São vedados, na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, **a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local.** (grifo nosso)

§ 1º. A violação do disposto no caput deste artigo implica multa de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

§ 2º. Em caso de reincidência, dentro do prazo de 12 (doze) meses, a multa será aplicada em dobro, e suspensa a autorização de acesso à rodovia, pelo prazo de até 1 (um) ano.

§ 3º. Não se aplica o disposto neste artigo em área urbana, de acordo com a delimitação dada pela legislação de cada município ou do Distrito Federal.

O Decreto nº 6.489/2008 versa exclusivamente sobre a forma de aplicação do dispositivo acima citado, desde explicitar valores, a informar como deve ser redigido o aviso de proibição de venda no estabelecimento, além de disponibilizar o número que receberá denúncias em caso de descumprimento.

Apesar de não tratar diretamente sobre a proibição de venda de bebidas alcoólicas em postos de combustível nas rodovias federais acaba por, indiretamente, abarcar-los.

Entretanto, subsistem as lacunas nas rodovias estaduais, onde não há esta mesma proibição e também nos postos situados nas áreas urbanas. A Lei 9.503/1997 e a 11.705/2008 tratam da proibição de direção após consumo de bebidas. Então, qual o sentido em permitir a comercialização de bebida alcoólica exatamente nos locais de venda de combustível para os veículos?

Vale dizer que o projeto de Lei de nº 6.283/2019 de autoria do Senador Fabiano Contarato (REDE-ES) trata exatamente deste questionamento. O senador pretende a proibição de venda de bebida alcoólica de consumo imediato em postos de combustível, estendendo-se a todas as dependências do estabelecimento, como lojas de conveniência, lava jatos, lavanderias, mercados, loja de serviços automotivos, bancas, ambulantes, lanchonetes, restaurantes, bares e congêneres. Em sua justificativa à criação da Lei, o senador falou da guerra que avança em direção aos lares brasileiros, referindo-se à violência no trânsito, da qual nenhum brasileiro está protegido, além de demonstrar que o cenário é de uma verdadeira guerra:

“É necessário rememorar que existe uma guerra que perpassa na frente de absolutamente todas as residências deste país: a guerra da violência no trânsito.

Não há sequer um brasileiro que não esteja exposto a ela. Não há ninguém que esteja, de fato, seguro. Em cada esquina, rua e avenida podemos nos tornar vítimas.

Em 2017, as baixas superaram 47.000 (quarenta e sete mil) mortes, sem contar os 400.000 (quatrocentos mil) mutilados. Uma verdadeira carnificina. **Na Síria, país devastado por um severo conflito armado, morreram, no mesmo período, os mesmos 47.000 (quarenta e sete mil), segundo dados do Observatório Sírio de Direitos Humanos**". (grifo nosso).

E ainda afirma que não se pode prestigiar o lucro frente a dor da perda de um filho em acidente causado por um motorista embriagado:

"Não podemos tolerar que haja o lucro sobre a perda. O enriquecimento sobre a dor de perder um filho em um acidente provocado por um motorista embriagado. Nessa toada, entendo como justo, razoável e extremamente urgente que se proíba a comercialização de bebidas alcóolicas em postos de combustíveis.

Não há de se falar, inclusive, em vedada interferência na atividade econômica e na livre iniciativa. É necessário dizer que nenhum direito é absoluto e que em conflito com o principal bem jurídico, que é a vida, não podemos prestigiar o lucro."

No município objeto de nosso estudo, é comum a incidência de jovens nos postos fazendo uso de bebida alcoólica tanto na zona urbana quanto nos dois postos situados a poucos quilômetros da cidade, na rodovia estadual AM-010, onde é comum que pessoas se reúnam para consumo de bebidas, principalmente nos finais de semana, de onde saem pilotando seus veículos. Desta prática, pessoas já perderam suas vidas ao longo dos anos.

Assim, deveria haver a proibição de venda de bebidas alcóolicas em postos de combustível, levando em conta que não haverá a interferência na atividade fim do estabelecimento, e muitas vidas seriam resguardadas.

6. CONCLUSÃO

A relevância do Código de Trânsito se dá por suas diretrizes que buscam evitar que o trânsito, que na sociedade atual é algo inafastável, não se torne perigoso e fatal. Ele trata basicamente de normas orientando a condução dos veículos e a fiscalização para averiguar se estas normas estão sendo cumpridas, além do incentivo à educação de motoristas, ciclistas, motociclistas e pedestres.

Entretanto, mostra-se indispensável levantar uma discussão quanto ao descumprimento constante das leis de trânsito, mais especificamente no Município de Itacoatiara, interior do Estado do Amazonas, onde é notório o desconhecimento em massa por parte da população e a inércia das autoridades.

Dessa forma, por meio de estudo bibliográfico e histórico, dados recolhidos no município e entrevista à população Itacoatiarense, buscou-se demonstrar a relação entre as pessoas descumpriram à Lei nº 9.503/1997 e o desconhecimento por parte destas que acaba tornando o trânsito caótico e perigoso, indo contra todas as diretrizes estabelecidas.

Para tanto, foi necessário relatar o contexto histórico sobre a evolução da sociedade e do trânsito, os quais resultaram na criação das leis de trânsito, que também evoluíram ao longo do tempo para se chegar ao que temos atualmente. Além disso, apresentou-se a motocicleta como o veículo mais utilizado no município de Itacoatiara e que é responsável pela maior incidência de acidentes de trânsito.

Ainda, foram apresentados dados demonstrando a divergência entre o número de motocicletas na cidade em relação ao número de pessoas habilitadas para dirigi-las, expondo que o descumprimento das normas que tornam o trânsito desordenado tem como uma das causas a falta de conhecimento da população quando a Lei de trânsito.

Discorremos ainda quanto a falta de fiscalização, que é outro agravante para o problema apresentado, levando a ocorrência das irregularidades por não haver um efetivo controle do trânsito, deixando ao livre arbítrio da população, cumprir ou não às leis. O caos é nítido quando vemos que houve a necessidade de intervenção do Ministério Público para que o órgão incumbido de controlar e gerir o trânsito exercesse a sua função e, apesar disso, ainda temos um trânsito desordenado.

No trabalho, foram apresentadas algumas das medidas previstas no Código de Trânsito para evitar acidentes e a aplicabilidade destas no Município de Itacoatiara, que, infelizmente, não funciona como deveria, infringindo dispositivos do Código de Trânsito tanto por parte da população, quanto pelas autoridades.

O objetivo deste trabalho se deu como forma de alertar a todos sobre as irregularidades que ocorrem no trânsito e a inércia das autoridades ao problema, que se agrava, causando danos materiais e lesões todos os dias, o que acaba por tirar vidas, sendo algo que fiscalização junto à educação conseguiriam em conjunto evitar, de forma a proteger os munícipes que dependem das motocicletas, seja apenas para se locomover como também os que a utilizam para prover o sustento de sua família.

Ao levar em conta que uma alta porcentagem da população não é habilitada, o município acaba se adaptando a essa realidade. A implantação da educação de trânsito nas escolas de forma habitual resultaria no conhecimento das leis e que poderia refletir na redução dos acidentes de trânsito. A educação somada à fiscalização faria surtir resultados positivos.

No município de Itacoatiara, o trabalho já realizado junto às escolas precisa ser mais frequente e expandido a outros locais onde possa levar a educação do trânsito para mais próximo da população, levando em conta o desconhecimento da lei de trânsito ser um problema sério no município.

Diante do exposto, concluímos que o problema do trânsito de Itacoatiara não está na motocicleta ou no alto quantitativo destas na cidade, mas pelo uso desorientado, a ignorância às normas de trânsito e a ausência do cumprimento das obrigações por parte de quem deveria geri-lo, o que permite à população ter um trânsito onde quem desobedece ao código cria a sua própria lei e dirige como acredita ser o correto, oferecendo risco à si e aos outros. Para que este problema não se perpetue, faz-se necessária atuação urgente do poder público a fim de garantir a integridade de seus cidadãos e a garantia de um trânsito seguro para todos.

7. REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei 9.503/97. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm. Acesso em 05 de mai. De 2020.

BRASIL. Lei 2.848/40. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 de set. de 2020.

BRASIL. Decreto nº 6.489/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6489.htm. Acesso em: 19 de out. de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657/42. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em 13 de set. de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.283/2019.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8050061&ts=1594037679971&disposition=inline>. Acesso em 19 de out. de 2020.

CASTILHO, Ingrid. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Óbitos por acidente de trânsito diminuem após 10 anos de Lei Seca.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/10-anos-de-lei-seca-obitos-por-acidentes-de-transito-diminuem-2>. Acesso em 30 de jun. de 2020.

CERILO, Jéssica. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Motociclistas são os que mais se acidentam no trânsito.** Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2019/12/motociclistas-sao-os-que-mais-se-acidentam-no-transito>. Acesso em: 19 de set. de 2020.

CURY, Alexandre. **Segurança no Trânsito: educação é a prioridade.** Disponível em: <https://mobilidade.estadao.com.br/meios-de-transporte/moto/seguranca-no-transito-educacao-e-a-prioridade/>. Acesso em: 18 de set. de 2020.

DETRAN/AM. **Em Itacoatiara, Detran-AM conscientiza motociclistas sobre o uso de capacete.** Disponível em: <https://www.detran.am.gov.br/%EF%BB%BFdetran-am-conscientiza-motociclistas-em-itacoatiara-sobre-uso-de-capacete/>. Acesso em: 25 de jun. 2020.

DETRAN/PI. **Municipalização do trânsito.** Disponível em: <http://www.detran.pi.gov.br/municipalizacao-de-transito/>. Acesso em 18 de jun. de 2020.

EM DISCUSSÃO. **Código de Trânsito Brasileiro (CTB) atribui a órgãos de estados e municípios responsabilidades no cumprimento da legislação de trânsito.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/motos/legislacao-e-fiscalizacao/codigo-de-transito-brasileiro-ctb-atribui-a-orgaos-de-estados-e-municipios-responsabilidades-no-cumprimento-da-legislacao-de-transito.aspx>. Acesso em 18 de jun. de 2020.

FONSECA, Gustavo. **Por que você não deve utilizar suas redes sociais para divulgar pontos de blitz?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66785/por-que-voce-nao-deve-utilizar-suas-redes-sociais-para-divulgar-pontos-de-blitz>. Acesso em 13 de jul. de 2020.

GOMES, Mércia. **Arrecadação dos valores das multas e sua destinação.** Disponível em: <https://www.portaldotransito.com.br/opiniaio/arrecadacao-dos-valores-das->

[multas-e-sua-destinacao-apos-alteracao-da-lei-13-2812016/](#). Acesso em 11 de ago. de 2020.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/itacoatiara/panorama>. Acesso em 20 de jul. de 2020.

ITACOATIARA. Prefeitura Municipal. **Lei Municipal nº 076 de 27 de setembro de 2006**. Institui o Plano Diretor do Município de Itacoatiara, fixando conceitos, objetivos, diretrizes gerais e dá outras providências.

ITACOATIARA. Prefeitura Municipal. **Lei Municipal nº 151, de 29 de janeiro de 2010**. Transforma a Empresa Municipal de Trânsito e Transporte – EMTT em Autarquia e dá outras providências.

ITURAN BRASIL. **Você conhece a origem do código de Trânsito Brasileiro?**. Disponível em: <https://www.ituran.com.br/blog/2018/10/voce-conhece-origem-do-codigo-de-transito-brasileiro/>. Acesso em 03 de setembro de 2020.

Observatório Nacional de Segurança Viária. **Desempenho Brasileiro na Década de Ação Pela Segurança no Trânsito: Análise, Perspectivas e Indicadores 2011-2020**. Brasília, Viva Editora. 2020. Disponível em: <https://www.flipsnack.com/observatorio/livro-d-cada.html>. Acesso em 19 de set. de 2020.

Observatório Nacional de Segurança Viária. **90% dos acidentes de trânsito são causados por falhas humanas**. Disponível em: <https://www.onsv.org.br/90-dos-acidentes-sao-causados-por-falhas-humanas-alerta-observatorio/>. Acesso em 10 de mai. de 2020.

OPAS/OMS. **Organização Pan-Americana de Saúde**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5638:10-principais-causas-de-morte-no-mundo&Itemid=0. Acesso em 10 de mai. de 2020

PAULO, Tuany. **Da municipalização do trânsito**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67923/da-municipalizacao-do-transito>. Acesso em 17 de jun. de 2020.

VILELA, Pedro Rafael. **Brasil reduz mortes no trânsito, mas está longe da meta para 2020**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018->

[09/brasil-reduz-mortes-no-transito-mas-esta-longe-da-meta-para-2020](#). Acesso em 18 de jun. de 2020.

NOTAS:

[1] Jane Silva da Silveira, Bacharel em Estatística, Bacharel em Direito, Especialista em Direito Processual Civil, Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Amazonas

[2] Whatsapp é um aplicativo de mensagens instantâneas e chamada de voz para smartphones.

[3] Dados retirados de matéria veiculada no site do Detran/AM, publicada em 23 de abril de 2019, informando sobre a conscientização dos motociclistas quanto ao uso de capacete, realizada no município de Itacoatiara/AM.

[4] Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

[5] O **OBSERVATÓRIO Nacional de Segurança Viária** (ONSV) é uma instituição social sem fins lucrativos, dedicada a desenvolver ações que contribuam de maneira efetiva para a diminuição dos elevados índices de acidentes no trânsito do nosso país, que objetiva mobilizar a sociedade em prol de um trânsito mais seguro. É reconhecido pelo Ministério da Justiça como uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

[6] Festival da Canção de Itacoatiara – FECANI – festival gratuito que reúne atrações locais e nacionais atraindo grande público anualmente no período de 04 a 07 de setembro.

[7] Site oficial do DETRAN/AM – Documentos necessários para proceder com o registro de veículo (emplacamento): <https://www.detran.am.gov.br/servicos/primeiro-emplacamento/>

ABUSO DE AUTORIDADE: ANÁLISE CRÍTICA A LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019

JULIO DE SOUZA DOURADO:
Graduando do Curso em Direito, na
Universidade Luterana de Manaus –
ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA^[1]

(orientador)

RESUMO: As recomendações de pesquisa a seguir apontam as mudanças trazidas pela nova lei de abuso de poder. Esta lei foi substituída por novas disposições legais em 1965, por isso a lei está desatualizada e tem um significado simbólico. Deve-se fazer uma abordagem histórica ao abuso de autoridade lei estabelecida pela Constituição de 1824, Constituição de 1891, Constituição de 1934, Constituição de 1946 e Constituição de 1967. A Lei nº 4.898 de 9 de dezembro de 1965 era anterior à Lei 13.869/2019 a última lei. A fim de reconhecer e apoiar esta pesquisa, pesquisas aprofundadas foram realizadas sobre as doutrinas, textos jurídicos e opiniões de alguns representantes legais. Esta pesquisa visa fornecer um amplo leque de insights sobre este tema, que pode se tornar uma ferramenta de consulta e divulgação.

Palavras – chave: Abuso. Autoridade. Policial.

ABSTRACT: The following research recommendations point to changes brought about by the new abuse of power law. This law was replaced by new legal provisions in 1965, so the law is out of date and has a symbolic meaning. A historical approach to the abuse of authority must be made by the law established by the Constitution of 1824, Constitution of 1891, Constitution of 1934, Constitution of 1946 and Constitution of 1967. Law No. 4,898 of December 9, 1965 was prior to Law 13,869 / 2019 the last law. In order to recognize and support this research, in-depth research was carried out on the doctrines, legal texts and opinions of some legal representatives. This research aims to provide a wide range of insights on this topic, which can become a tool for consultation and dissemination.

Keywords: Abuse. Authority. Cop.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE; 2.1. Lei de Abuso de autoridade anterior a revogação. 3. ATIVIDADE POLICIAL: ASPECTOS JURÍDICOS E LIMITES; 3.1. Polícia e poder de polícia; 3.2. Limites

da atividade policial. 4. DO ABUSO DE AUTORIDADE; 4.2. Conceito de abuso de autoridade; 4.2. Da entrada em vigor da nova lei. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Além disso, um dos principais pontos de controvérsia é que a Lei do Abuso de Poder não criminaliza diretamente certos atos de violência, especialmente físicos ou psicológicos, que eram anteriormente punidos pelo revogado Decreto nº 4.898/1965. Esse comportamento ainda é objeto de outras infrações penais no Código Penal.

De referir que a nova lei do abuso de poder tem suscitado muita reflexão no meio jurídico e, em alguns casos, não foi bem aceite, mas, devido à sua eficácia recente, ainda não é possível dizer tal diploma legal. Trará progresso ou sofrerá retrocessos. O crime de abuso de poder está consagrado na Lei nº 13.869 / 2019, e inclui violações de direitos e garantias básicas, especialmente de caráter pessoal, que a doutrina classifica como direitos básicos. O abuso de poder é considerado uso ilegal, neste caso o abuso de poder é seu poder público ou privado, portanto, independentemente dos direitos civis ou civis, a nova lei de abuso de poder aplicará as sanções administrativas cabíveis.

No entanto, é importante deixar claro que para ser definido como abuso de poder, o engano deve ser explicitado, ou seja, o engano tem uma motivação certa, intencional e pré-definida e é "abuso", negligência. Portanto, para que exista um crime, o agente deve ter o propósito específico de prejudicar terceiros ou beneficiar a si mesmo ou a terceiros.

O método utilizado nesta abordagem teórica é um método dedutivo de pesquisa teórica por meio da bibliografia, que utiliza os conceitos doutrinários clássicos e modernos das instituições jurídicas relacionadas ao assunto para abordar o assunto em estudo.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE

O Abuso de autoridade é justamente a comprovação da oposição entre a liberdade e o poder sempre existiram, porque em tempos mais distantes, especialmente em refere-se ao poder, como ensinou Madeira (2005. p. 339) "[...] impulsionado por qualquer caminho, subtrai letalmente direitos básicos pessoas".

O autor ainda rela que na era primitiva a liberdade era total para fazer leis e adotar seus próprios padrões de justiça judicial. E que quando as pessoas usavam a força bruta, sobreposta a qualquer outra coisa, possuindo o que deve ser fornecido suas necessidades ou satisfaça seus instintos.

Com o passar do tempo, os estilos de vida e vidas humanas mudaram, então veio o verdadeiro significado da sociedade e seu povo seguiu as normas comuns. Com o surgimento da primeira civilização e o surgimento de novas ideias, na mente humana, a visão de poder é através oferece oportunidades para certas pessoas por meio da sabedoria de influência ou autoridade o poder dominante, às vezes o poder do despotismo, marcará os tempos, Roma Antiga, mas para outros, significava perder liberdade, expressa pela opressão, caracterizada pelo feudalismo período autocrático (MADEIRA, 2005. p. 339).

Mesmo antes da era cristã, Aristóteles havia esboçado o sentimento de desvio Poder, o que constituiria ilegalidade de quem detém o poder, exercer direitos de forma irregular - comportamento que viola a moral e os bons costumes. Essas autoridades serão tiranas, e uma vez que forem responsáveis, serão revogadas Leis atuais, coincidindo com outras leis promulgadas sob ela conveniência, violação das leis estabelecidas (MADEIRA, 2005. p. 339).

Nos dias de hoje, um ideal filosófico como descartes, sua maior ideia, a soma artificial (eu acho que sou) faz os homens perceberem exista e acredite que todos deveriam ter a mesma oportunidade apesar de uma ideologia forte, ele ainda exerce seus direitos e liberdades e separa o conceito do antigo regime dessas ideias liberais, estourou na Europa no século 18 - o Século das Luzes (MADEIRA, 2005. p. 339).

De acordo com José Maria Pinheiro Madeira esclarece ainda que:

[...] buscando-se num passado não muito remoto, o Brasil se viu distante dos direitos emanados da Declaração de 1948, quando os movimentos de 1964 levaram o País à ditadura militar, cujo regime instaurou um governo ficticiamente constitucional, visto que institucionalizou um poder autoritário, com repressão policial e supressão de direitos (MADEIRA, 2005. p. 340).

Segundo Santos (2003. p. 19) destacou que a Lei do Abuso de Poder (Lei 4898, Artigo 9, de dezembro de 1965) faz parte do período pós-revolucionário de 1964, o que explica por que pudesse dizer que há corrupção ideológica em seu texto, que é seu surgimento é: “[...] Buscar a moralização dos serviços públicos, a punição dos abusos de pequena escala, então, nesse sentido, a primeira medida é, na verdade, classifique os crimes não classificados como típicos”.

O autor Capez explica que, em termos práticos, de pouca ou de nenhuma repercussão coercitiva resultaram tais medidas, eis que, como sintetiza:

A Lei de Abuso de Autoridade foi criada em um período autoritário com intuito meramente simbólico, promocional e demagógico. A despeito de pretensamente incriminar os chamados abusos de poder e de ter previsto um procedimento célere, na verdade, cominou penas insignificantes, passíveis de substituição por multa e facilmente alcançáveis pela prescrição [...] (SANTOS, 2003, p. 19).

De acordo com Preussler, a Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, não é anacrônica, já que se encontra em perfeita simetria para com os preceitos protetivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verbi gratia, Art. 3.º da Lei de Abuso de Autoridade, prevê que constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção. Tal bem jurídico, também consta na Constituição Federal, mais especificamente no art. 5.º, caput e inciso XV da Carta Magna:

Art. 5.º. 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: [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens

Apesar da conclusão do conceituado autor, é preciso dizer que o principal objetivo da lei número 4.898/65 é prevenir abusos no exercício de suas funções, as autoridades passaram sanções administrativas, civis e criminais estipulam as medidas necessárias condenar e garantir o direito dos cidadãos de se defender, contudo, é de extrema importância que foi sancionada uma nova lei, e esta nova lei revoga expressamente a Lei nº 4.898/65, o § 2º do artigo 150 e o art. 350 do Código Penal, onde foi sancionada e publicada na quinta-feira, do dia 05 de setembro de 2019, em edição extra, a nova Lei de Abuso de Autoridade, Lei n. 13.869/2019, com veto de 14 artigos e alguns incisos e parágrafos, sendo o objetivo deste trabalho fazer uma análise acerca dos novos fundamentos desta nova lei.

Mas antes vamos entender como a lei anterior funcionava.

2.1. Lei de Abuso de autoridade anterior a revogação

Antes do ano de 2019, a lei dos abusos de poder era a mesma da ditadura militar e, segundo Capez (2011), sua finalidade é puramente simbólica, promocional e inflamatória, e prevê apenas multa irrisória, podendo ser substituídas por multas.

Antes da promulgação da Lei nº 4.898 em 9 de dezembro de 1965, a Constituição brasileira poderia representar oposição a abusos por parte das autoridades. A Constituição de 1824, a Constituição de 1891, e a Constituição de 1934, também a Constituição de 1946, a Constituição de 1967 e as emendas à Constituição de 1969 faziam também provisões.

De acordo com Filho (2020) no que tange aos artigos que tratavam do abuso de autoridade nas Constituições anterior a Constituição de 1988, traça-se a seguinte recapitulação histórica, *in verbis*.

Constituição de 1824: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte, (...) XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expor qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Autoridade a efetiva responsabilidade dos infratores;

Na Constituição de 1891: Art 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à (...) § 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados;

Na Constituição de 1934: Art 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade);

Na Constituição de 1946: Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.) Asseguram a faculdade de representação contra abusos de autoridade.

A Constituição de 1967, citava: Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 30 - É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade (PREUSSLER, 2007, p. 05).

No entanto, somente em 2019 foi promulgada a Lei do Abuso de Poder durante o regime militar, que é um dos instrumentos jurídicos importantes para manter sua aplicabilidade. A Lei nº 4.898, de 1965, estipula em seus artigos que qualquer atentado aos direitos e garantias legais do exercício profissional constitui abuso de poder.

No entanto, verifica-se que a lei é de difícil aplicação na prática, e algumas de suas disposições incluem textos públicos, pois, como afirmou Sabino (2017, p. 13), a lei já teve poucos significados simbólicos de eficácia. [...] O abuso de poder tornou-se um hábito tanto no campo administrativo quanto na atividade policial, indicando claramente que a Lei 4.898 / 65 tem poucos ou nenhum efeito preventivo e punitivo.

O que é considerado irrelevante para o ordenamento jurídico é que, em primeiro lugar, suprime em grande parte os ataques à garantia da liberdade pessoal, como mostra a seguinte explicação:

[...] Arte é assim mesmo. 4.898/65 Decreto 3. Não há descrição de qualquer comportamento considerado crime. Tudo isso se refere a ataques puros, que são uma tentativa em si. Portanto, é impensável punir alguém com base na tentativa de violação da liberdade de movimento, por exemplo, porque levará a uma situação totalmente aberta, sem restrições ou parâmetros, o que agravará evidente insegurança jurídica (NUCCI, 2019, p.189).

Portanto, para a aplicação desta lei, é necessário o abuso de poder no exercício de funções públicas, caso contrário, o crime não se enquadrará nas disposições da Lei nº 4.898/65. Portanto, a responsabilidade administrativa dos funcionários públicos em termos disciplinares será determinada através dos seus próprios procedimentos administrativos, investigações ou procedimentos disciplinares de acordo com o seu Estatuto ou Lei Orgânica, tendo em consideração que as áreas do direito administrativo, civil e penal são autônomas, e o agente público responde a três perguntas simultaneamente.

Vale ressaltar que o abuso de poder é também o vazamento de informações do pessoal nacional e das autoridades responsáveis pelo monitoramento das ligações telefônicas e da escuta telefônica, ações que se desviam do seu propósito e espalham excertos ou fazem publicidade inadequada fora do contexto geral da

comunicação. Os atos praticados em sigilo judicial são responsáveis pelo crime de abuso de poder (PLANIOL, 2015).

Em uma lição de Baltazar (2014), a “Lei do Abuso de Poder” foi promulgada para criminalizar os abusos comuns ou não identificados, pois abrange crimes que não estão previstos no Direito Penal ou no Direito Penal Especial. “[...] as modalidades nelas especificadas são objetivas e abertas, e se complementam às demais especificadas em outras leis. Essas leis têm características mais especiais para criminalizar a conduta de servidores ou agentes públicos. (BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 789).

De acordo com Brum (2018) menciona que com a promulgação da Constituição de 1988, as regras são determinadas com base nos princípios e garantias dos países democráticos, com o objetivo de implementar e fazer cumprir os dispositivos de proteção aos abusos de poder já existentes na constituição anterior.

E de acordo com Filho (2020) Com a Emenda Constitucional (CE) nº 45/2004 e amplas reformas constitucionais, foram criados o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho do Ministério Público Nacional (CNMP), que, entre outras atribuições, visam coibir desvios e o abuso de poder no departamento judicial e no Ministério Público da sede administrativa pode impor as sanções correspondentes.

No curso de Nucci (2019), o indivíduo pode ser protegido de abusos por parte do estado somente se o indivíduo puder ter certeza de que a lei penal é aplicável no futuro a partir da data de sua criação, ao invés de se aplicar retroativamente à conduta que foi realizada. No entanto, embora a ditadura militar brasileira tenha desaparecido, ela não mudou completamente os métodos de ação repressiva contra o crime, nem mesmo a forma como os detentores do poder público atuam perante os cidadãos.

3. ATIVIDADE POLICIAL: ASPECTOS JURÍDICOS E LIMITES

De acordo com o Capítulo 5 da Constituição Federal de 1988, que trata da “defesa do país e instituições democráticas”(designadas como Capítulo 3) Público”, seu discurso na obra de arte. 144, como o buscador o aspecto ou elemento de ordem pública, ou seja, segurança pública, ou seja, manter a grandeza correta entre a ordem pública e a segurança pública sua função é como seus aspectos, elementos e razões.

Segundo Amaral (2003, p. 23) ou seja, a ordem pública se restringia à segurança pública e o poder de polícia era sinônimo de segurança coletiva/pública. Modernamente, porém, o Estado assumiu novas atribuições e o conceito de ordem

pública envolve, agora, a ordem econômica e social, ampliando-se assim o poder de polícia.

3.1. Polícia e poder de polícia

Segundo a definição do Lazzarini (1999. p. 144) "A polícia está Assim, encerrou a atividade obrigatória de ... com a sua atribuição. Administração pública relacionada com organizações sociais. Na prática, quem os exercita".

Poder policial definido por sua vez por Amaral (2003. p. 23) "Esta é uma atividade nacional, ela limita para o interesse público. É uma atividade de polícia geral".

Portanto, a polícia é a realização do poder policial e, por sua vez, o poder policial legaliza as ações e presença da polícia. A polícia não pode ser delegada ao privado, uma vez, que visa controlar os direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicos, inspirados nos ideais de interesse comum, eventos não só sobre eles, incluindo seus ativos e atividades.

Considerando o significado de poder policial, existe a dicotomia entre polícia administrativa e polícia judiciária, por isso é necessário esclareça a diferença. A Polícia Judiciária rege-se pelas regras do Direito Processual Penal e afeta a população. A polícia administrativa concentra-se nos bens, direitos ou atividades de acordo com os princípios legais do direito administrativo.

3.2. Limites da atividade policial

Como já foi dito, a polícia deve perseguir os ideais de interesse comum, em outras palavras, deve-se ter em mente o objetivo mais elevado de alcançar o sucesso comunidade gerenciada. No entanto, o poder da polícia não é ilimitado. É uma procuração da administração pública para fazer ou não fazer algo coisa.

Para manter a ordem pública é responsabilidade do governo. A segurança, junto com a polícia, como agente responsável da gestão pública prevenir e reprimir a polícia para garantir o exercício dos direitos concedidos à polícia cidadãos, incluindo o uso de forças e poderes necessários para exercer adequadamente seus direitos restaurar a paz e a tranquilidade pública quando necessário.

No entanto, o exercício deste privilégio não permite que a polícia abuso, excessivo ou desvio do poder que lhe é conferido. Apesar as atividades policiais têm discricção, o que é essencial para o cumprimento na segurança pública, a conduta dos policiais está sempre sujeita a no âmbito da lei.

Comente violência ilegal, arbitrária, aplicável a medidas fora do caso ou que não podem ser tomadas estabelecido de acordo com a lei, ensinar:

É de todo evidente que as autoridades policiais necessitam de certo arbítrio para poder alcançar seus objetivos e realizar suas funções. Seria fechar os olhos à realidade e torna-las ineficientes impedi-las de assim agir. Mas este arbítrio deve ser exercido dentro dos limites da sua necessidade, sob pena de, ocorrendo o excesso, constituir crime (2001. p. 57).

As garantias constitucionais não impedirão a polícia de agir, o responsável pela ordem pública não pode exercer as funções devem ser responsabilizadas. Durante a operação policial, um grande número de pessoas foi abordado, algumas delas foram revistadas em busca de veículos, e seus direitos de acesso foram restritos, o que favoreceu a ordem.

Mesmo que o uso da força seja autorizado, a agência policial não pode autorizar abusos ou comportamento excessivo. Policiais deveriam respeite os cidadãos e observe os direitos que lhes são conferidos. Do a limitação dos direitos pessoais e os requisitos de garantia violam as ordens estabelecidas colocar em perigo a segurança e a paz social.

4. DO ABUSO DE AUTORIDADE

A recém-aprovada Lei nº 13.869 / 2019 vem sendo polêmica nas discussões na área do planalto. Além disso, a Associação Brasileira dos Magistrados (AMB) ajuizou Ação Inconstitucional Direta (ADI) ao Supremo Tribunal Federal (STF) para se opor à promulgação do projeto. De acordo com informações publicadas na Revista Jurídica Brasileira (Agência Brasil), a medida foi tomada com referência à lei depois que legisladores derrubaram 18 dos 33 poderes de veto propostos pelo presidente Jair Bolsonaro. Mas antes de analisar a nova lei acerca do abuso de autoridade, vejamos a conceituação do mesmo.

4.2. Conceito de abuso de autoridade

Abuso de poder é o abuso de poder analisado de acordo com as regras do direito penal, do qual podemos extrair o abuso de poder. De acordo com a Lei nº 4.898/65, seu comportamento típico é considerado crime. Portanto, abuso de poder inclui abuso de poder, utilizando conceitos administrativos no âmbito do penal e disciplinar para definir atos ilícitos. Por sua vez, o abuso de poder se manifesta em três configurações específicas, a saber: excesso de poder, desvio de poder ou propósito e omissão:

Excesso de poder: quando a autoridade competente age além do permitido na legislação, ou seja, atua ultra legem;

Desvio de poder ou de finalidade: quando o ato é praticado por motivos ou com fins diversos dos previstos na legislação, ou seja, contra legem, ainda que buscando seguir a letra da lei, mas onde normalmente ocorre violação de atuação discricionária;

Omissão: quando é verificada a inércia da administração em realizar as suas funções, injustificadamente, havendo violação de seu poder-dever (NOVO, 2019).

Para o desempenho das suas funções, os agentes públicos têm as atribuições previstas na lei. Os órgãos públicos só podem executar conteúdo determinado por lei e o que não é proibido por lei. Em outras palavras, além da lei (contra legem), não pode violar a lei (ultra legem), mas só pode agir de acordo com a lei (secundum legem). O uso do poder é privilégio do agente público, e enquanto o agente obtém o privilégio de "fazer coisas", ele atrai "deveres" de agir, que é o chamado dever de poder.

Nos crimes de abuso de poder não há sentimento de culpa, porque nestes crimes sempre existe a intenção de causar engano, portanto, nestes crimes, há sempre a intenção, a intenção de causar dano, a intenção de causar dano.

Contudo em 5 de setembro de 2019, entrou em vigor a Lei nº 13.869 que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), portanto, iremos fazer uma análise acerca da nova lei e quais as mudanças trazidas por ela.

4.2. Da entrada em vigor da nova lei

Devido ao impacto da nova Lei de Abuso de Autoridade, os legisladores decidiram estabelecer um período flexível de 120 dias para entender a lei e então entrar em vigor. Portanto, atendendo ao disposto no artigo 8º da "Lei Complementar nº 95/98", o ensino deve indicar claramente a linguagem da lei, e considerar um prazo razoável para sua divulgação. A cláusula "entra em vigor na data de sua edição".

O presidente Jair Bolsonaro aprovou 18 atos criminosos acerca do abuso de autoridade. Ao tratar da matéria do abuso de autoridade no âmbito policial, a lei 13.869/19 em consonância com o dispositivo Constitucional estabelece que:

O agente, ao executar a prisão, identifique-se, assim como quem conduzir o interrogatório (art. 5º, LXIV). Por questão absolutamente natural, surge o tipo penal incriminador: “art. 16. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso por ocasião de sua captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de identificar-se ao preso ou atribui a si mesmo falsa identidade, cargo ou função”. O tipo penal encontra-se em perfeita harmonia com a norma constitucional (NUCCI, 2020).

Ainda sobre a nova lei de abuso de autoridade, de acordo com Mezacasa (2020, p. 18), o abuso de autoridade pode ser aplicado ao contexto da polícia da seguinte forma:

Não se identifique como policial durante o interrogatório; interrogar à noite (exceção: abertamente ou concordar); impedir que o prisioneiro se encontre com o advogado; impedir que o prisioneiro, réu ou investigador tenha seu advogado presente durante a audiência e comunicação com ele; formalmente apresentar as acusações públicas anteriores; prisão por lei fora da situação legal; lei de direção obrigatória sem aviso prévio; Prisioneiros constrangidos se exibem por curiosidade; constrangem prisioneiros e os embaraçam; constrangem os prisioneiros a testemunharem a si próprios ou a outros; restringir e dispor de pessoas com funções confidenciais; insistir em interrogar aqueles que optam por permanecer em silêncio; forçar alguém a conceder Direito de uso de bens; cumprir ordens de busca e apreensão entre as 21h00 e as 05h00.

Para Mezacasa (2020) enfatizou isso ao afirmar que a lei do abuso de poder criou um clima de desconforto e insegurança entre os funcionários públicos, que entenderam que essa lei era um ataque ao judiciário por parte de parlamentares e criminalizaram suas ações. Como resultado da investigação desta ação como uma

retaliação contra terceiros, ela foi chamada de “Lava Jato” (Lava Jato), que assustou e obliterou as ações tomadas por fatores inerentes.

Para os autores citados acima, o conceito de abertura e subjetividade ainda carece de aplicabilidade jurídica, criando um campo fecundo para punir agentes públicos. Portanto, xerifes locais que continuamente escolhem livremente não sentirão medo, a sociedade será a mais afetada, enquanto os criminosos são os mais favorecidos, eles comemoram a nova situação de impunidade (MEZACASA, 2020).

Não cabe comentar sobre a eficácia da lei, pois seu efetivo processo ainda não proporcionou informações precisas, indicando que agentes públicos serão punidos e os crimes favorecidos. O objetivo deste tópico é apenas revelar alguns dos pontos de divergência apontados pela doutrina jurídica e, em seguida, demonstraremos a classificação dos crimes que afetam as atividades criminosas com base no nº 1, parte 1 do Código dos Estados Unidos. 869/2019.

Portanto, a Lei nº 13.869/2019 definiu o crime de abuso de poder por parte de servidores públicos, sejam eles servidores públicos ou não, esses criminosos abusam de seus poderes quando exercem ou por motivo de exercício de sua competência. Além disso, o comportamento descrito nesta lei é que um agente atue para uma finalidade específica, ou seja, abuso de poder com o objetivo de prejudicar terceiros ou beneficiar a si mesmo ou a terceiros, ou ainda a satisfação puramente arbitrária ou pessoal.

Segundo Bezerra (2019), a polarização das legislações e políticas nacionais pode ser vista de relance. Por outro lado, alguns juízes, procuradores e policiais, se opuseram a referida lei, alegando o cerceamento de suas atividades profissionais. Por outro lado, os profissionais do direito vêm experimentando a renovação e aprimoramento da antiga lei de 1965 e têm esclarecido os benefícios desse dispositivo jurídico para a cidadania, da seguinte forma:

[...] diante de uma reflexão mais aprofundada sobre o tema, soa ingênuo apostarmos que mais uma medida simbólica, como tantas outras, seria capaz de mudar esse déficit democrático do nosso sistema de Justiça. A reforma processual capaz de retirar das autoridades judiciárias poderes absolutos e instituir, finalmente, o sistema acusatório no processo penal brasileiro, retirando sua matriz inquisitorial, perpassa por questões mais complexas e a mudança de toda uma cultura jurídica (BEZERRA, 2019, p. 1).

No artigo 4º, mais dez hipóteses de abuso de autoridade descrevendo condutas tanto comissivas quanto omissivas. vejamos:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;

d) deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;

f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;

g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Sendo assim, a nova lei de abuso de autoridade é uma incógnita que muito ainda à de se falar, porque se antes a lei favorecia policiais, hoje ela abre leques para restringir a autoridade policial, portanto, é preciso trazer em pauta esse tema, e levar em consideração a opinião do povo, uma vez que o poder emana do povo.

5. CONCLUSÃO

Ao estudar a evolução do crime de abuso de poder, descobri mesmo antes de Aristóteles ter esboçado o sentimento de desvio na era cristã quando os tiranos estavam no poder, eles o estiveram uma vez de acordo com sua conveniência

pessoal. Nos dias de hoje, o liberalismo está em a Europa no século 18 terminou com a Revolução Francesa em 1789. Os problemas ocorrem nas novas condições do mundo por causa do que isso trará ao mundo a humanidade na justiça, por exemplo, fornece inspiração para a humanidade Proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O Brasil está muito longe dos direitos conferidos pela Declaração de 1948. O movimento de 1964 levou o país a um período de ditadura militar, o autoritarismo é afetado por direitos repressivos e repressão policial, e de acordo com a Lei do abuso de autoridade. Embora algumas pessoas digam que a Lei nº 4.898 de 9 de dezembro de 1965 é Atualmente usado apenas para fins simbólicos, promocionais e de desmagnetização Totalmente simétrico com o princípio de proteção da Constituição em 1988, a fim de evitar abusos por parte das autoridades, durante o exercício de suas funções, aprovar sanções a natureza do direito administrativo, civil e penal prevê a necessária condenação e garantir os direitos dos cidadãos à defesa.

Até 2019, a Lei nº 4.898 / 65 regulamentava de forma abrangente o crime de abuso de poder. Portanto, os atos violentos praticados no exercício de funções ou sob o pretexto do exercício de funções devem cumprir um dos números prescritos nas referidas leis. Nos termos do artigo 1.º, tanto os funcionários públicos como os não funcionários abusam dos seus poderes no exercício das suas funções ou por motivo de exercício de funções.

Além disso, um dos principais pontos de controvérsia é que a Lei do Abuso de Poder não criminaliza diretamente certos atos de violência, especialmente físicos ou psicológicos, que eram anteriormente punidos pelo revogado Decreto nº 4.898/1965. Esse comportamento ainda é objeto de outras infrações penais no Código Penal.

De referir que a nova lei do abuso de poder tem suscitado muita reflexão no meio jurídico e, em alguns casos, não foi bem aceite, mas, devido à sua eficácia recente, ainda não é possível dizer tal diploma legal. Trará progresso ou sofrerá retrocessos.

6. REFERÊNCIAS

BEZERRA, André Augusto Salvador. **Nova lei de abuso de autoridade e democratização do sistema de justiça criminal**. Caderno de Jurisprudência. Ano 27 - nº 323 - Outubro/2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Boletim-IBCCRIM_n.323.pdf. Acesso em out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade**; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em out. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial: lei de imprensa: crimes hediondos: abuso de autoridade: sonegação fiscal: tortura: terrorismo**. 5. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, **Rafael Francisco Marcondes de; GIUDICE, Benedito Ignácio. Nova Lei de Abuso de Autoridade** (Lei 13.869/2019): diretrizes de atuação de Polícia Judiciária. São Paulo: Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira.

MEZACASA Douglas Santos. **A lei 13.869/2019 e a atuação receosa das autoridades públicas**. Ponta Grossa, PR: Atena, 2020. Disponível em: <https://www.finersistemas.com/atenaeditora/index.php/admin/api/artigoPDF/33081>. Acesso em out. de 2020.

MADEIRA, José Maria Pinheiro et al. **O abuso do poder do Estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

RODRIGUES, luzirene azevedo. As alterações na Lei de Abuso de Autoridade 13.869/2019 no âmbito da polícia: avanços e retrocessos Conteudo Juridico, Brasília-DF: 11 out 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54643/as-alteraes-na-lei-de-abuso-de-autoridade-13-869-2019-no-mbito-da-polcia-avanos-e-retrocessos>. Acesso em: 11 out 2020.

SANTOS, Paulo Fernando dos. **Crimes de Abuso de Autoridade: Aspectos jurídicos da Lei n. 4.898/65**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2003.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **A novíssima e polêmica lei de abuso de autoridade: modificações, avanços, retrocessos e erros primários**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5915, 11 set. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76428>. Acesso em: 11 out. 2020.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. **Paradigmas para uma crítica ao delito de abuso de autoridade**. Disponível em:

<<http://sisnet.aduaneiras.com.br//ex/doutrinas/arquivos/131107.pdf>>. Acesso em 07out. 2020.

[1] Prof. Rubens Alves. Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

DEBORA ROMEU DELFINO:

Graduanda em Ciências Contábeis.

ELEN CRISTIANE RODRIGUES DOS ANJOS^[1]

(coautora)

ELAINE DORO MARDEGAN COSTA^[2]

(orientadora)

RESUMO: A nova reforma da Previdência social é tema muito importante que, por sua vez, gera muitas dúvidas para a população, por ser tema complexo e pelas mudanças que ocorreram para todos os trabalhadores e contribuintes. Objetivou-se apresentar e identificar as vantagens e desvantagens da nova reforma da previdência social brasileira, por meio da Emenda Constitucional nº 103/ 2019. Assim efetuou-se a pesquisa descritiva bibliográfica, sendo base da coleta de dados a PEC nº 06/2019, a EC nº 103/ 2019, artigos e jornais impressos ou disponíveis em banco de dados eletrônicos. Foi possível verificar que atualmente saber os requisitos para se aposentar futuramente é direito de todos. Porém, as opiniões sobre esse assunto foram bastante diversas, muitos autores acreditam que essa nova reforma trouxe vantagens, já outras que só dificultou a vida do trabalhador, ou seja, trouxe desvantagens. Sendo observadas algumas vantagens: redução às desigualdades no sistema previdenciário, adaptação das regras de acesso à aposentadoria por causa do envelhecimento da população e o fato de proporcionar redução dos juros básicos da economia. E, algumas desvantagens: alteração da idade mínima, mudança no valor da aposentadoria, alterações na aposentadoria da população rural e critérios relacionados à pensão por morte. Portanto, para que toda a população esteja ciente do que realmente é a nova reforma, todos devem ter acesso às informações, para que assim possa formar as suas opiniões.

Palavras-chave: Previdência Social. Reforma. Vantagens. Desvantagens.

ABSTRACT: The new social security reform is a very important issue that, in turn, raises many doubts for the population, as it is a complex issue and the changes that have occurred for all workers and taxpayers. The objective was to present and identify the advantages and disadvantages of the new Brazilian social security reform, through Constitutional Amendment nº 103 / 2019. Thus, the bibliographic descriptive research was carried out, being the basis of data collection to PEC nº 06/2019, EC No. 103/2019, articles and newspapers printed or available in electronic databases. It was possible to verify that currently knowing the requirements to retire in the future is everyone's right. However, opinions on this subject were quite diverse, many authors believe that this new reform brought advantages, while others that only made life

difficult for the worker, that is, brought disadvantages. Some advantages were observed: reduction of inequalities in the social security system, adaptation of the rules of access to retirement due to the aging of the population and the fact of providing a reduction in the basic interest rates of the economy. And, some disadvantages: change in the minimum age, change in the amount of retirement, changes in the retirement of the rural population and criteria related to the death pension. Therefore, for the entire population to be aware of what the new reform really is, everyone must have access to information, so that they can form their opinions.

Keywords: Social Security. Remodeling. Benefits. Disadvantages

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico surgiu com o intuito de analisar a nova reforma da previdência social no Brasil, um assunto relevante pelo fato de trazer muitas dúvidas e questionamentos pela população brasileira. Com isso, a partir da discussão do tema será possível a esclarecimentos e entendimento sobre as características dessa nova reforma para compreensão dos direitos e deveres.

Desta forma, iniciou-se o desenvolvimento deste artigo sendo necessária análise histórica sobre a previdência social e suas alterações até os dias de hoje, para que fosse possível apontar as respostas presente no seguinte questionamento: o que seria a nova reforma da previdência e quais seriam as suas características fundamentais, frisando vantagens e desvantagens, bem como mudanças refletidas na categoria empresarial?

Previdência social pode ser entendida como instrumento estatal, específico de proteção das necessidades sociais, individuais e coletivas, seja preventivo, reparadora ou recuperadora, na medida e nas condições dispostas pelas normas e nos limites da sua capacidade financeira. (CORREIA; CORREIA, 2007, p. 17 *apud* SANTOS JUNIOR, 2017).

Desde a Constituição de 1988, a previdência social sofreu sete alterações, cujas emendas constitucionais alteraram as regras do seguro social. Ocorreram alterações nos anos de 1993, 1998, 2003, 2005, 2012 e 2015 (GUELLER, 2016), e agora a sétima alteração a de 2019 que é o tema principal deste artigo científico.

A primeira alteração ocorreu com a (EC) Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993 na qual instituiu que "as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das

contribuições dos servidores, na forma da lei". (BRASIL, 1993, Art.40, parágrafo 6º, não paginado).

Em sequência, conforme Brasil (1993, Art.40, parágrafo 6º) a Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998, na qual apresentou uma série de mudanças, entre as principais destacam-se a substituição do tempo de serviço para tempo de contribuição ao INSS com fixação das idades mínimas, na qual o Art. 40, parágrafo 1º ressalta:

Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados: I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (BRASIL, 1993, Art.40, parágrafo 6º, não paginado).

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 41 de 19 de dezembro de 2003, trouxe mudanças no setor público como: a determinação de tetos máximos para vencimentos, aposentadorias e pensões nas esferas federal, estadual e municipal; criação de contribuições para os aposentados e pensionistas do serviço público, sobre o valor de suas aposentadorias e pensões que superarem o teto máximo pago pelo regime geral. Além disso, determinou que o cálculo das aposentadorias e pensões fosse realizado com base na média de todas as remunerações dos servidores (GUELLER, 2016).

Em 5 de julho de 2005, houve a Emenda Constitucional nº 47 que abrangeu a criação de critérios diferenciados para a aposentadoria de deficientes e pessoas que trabalhem sob atividades de risco a saúde. E também a inclusão previdenciária com garantia de pagamento de benefício no piso previdenciário de um salário mínimo (GUELLER, 2016).

Após sete anos, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 70 de março de 2012, que passa a determinar a revisão e o estabelecimento de critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação desta EC. (BRASIL, 2012, Art. 6-A).

Mais tarde, depois de três anos uma nova Emenda Constitucional nº 88 de 7 de março de 2015, na qual passa a vigorar que a idade da aposentadoria compulsória do servidor passará para 70 ou 75 anos, de acordo com os termos da lei que a regulamentam (BRASIL, 2015, Art. 40, parágrafo 1)

Por fim, em 2019 entrou em vigor a sétima e nova reforma da previdência social no Brasil, a partir da PEC (Proposta de Emenda Constitucional) n.º 06/2019, com isso, destaca-se que como qualquer outra modificação constitucional, essa nova reforma da previdência dividiu opiniões, independente do setor a qual atingiu, pois, para alguns trouxe benefícios, já para outros: malefícios (ÁLVARES, 2019). Assim, o presente estudo objetivou-se apresentar e identificar as vantagens e desvantagens da nova reforma da previdência social brasileira.

Para realizar o trabalho adotou-se a metodologia de pesquisa descritiva bibliográfica que consiste na "busca a resolução de um problema (hipótese) por meio de referenciais teóricos publicados, analisando e discutindo as várias contribuições científicas" (BOCCATO, 2006, p. 266 *apud* PIZZANI et al., 2012, p.2).

Estas pesquisas foram realizadas em artigos e leis brasileiras, disponíveis em meio eletrônico ou impressas para coletar o máximo de informações possíveis sobre a nova reforma da previdência social no Brasil, bem como: conceito, características, prós e contras, áreas mais afetadas e também como a mudança reflete na categoria empresarial e contribuinte. E foram efetuadas no período entre os meses de junho e agosto de 2020.

Espera-se no decorrer do artigo científico detalhar todas essas alterações mencionadas acima, juntamente com as suas vantagens e desvantagens, as quais serão apresentadas em três tópicos a seguir na revisão da literatura.

2.REVISÃO DA LITERATURA

2.1. A nova reforma da previdência social do Brasil e suas principais mudanças

No Brasil a manutenção do sistema previdenciário é um desafio. Desta forma, a União ao propor a nova reforma previdenciária deseja evitar que o recebimento de aposentadorias, pensões e demais benefícios sejam colocados em risco.

No que diz respeito à sétima alteração, de acordo com Lemes (2016, não paginado),

O Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 287-2016), para fazer a chamada 'reforma da previdência'. Esta PEC prevê mudanças radicais e pesadas para servidores públicos, militares e trabalhadores da iniciativa privada.

Esta nova reforma entrou em vigor dia 13 de novembro de 2019, dia em que a Emenda Constitucional nº 103 foi publicada no Diário Oficial da União. Tais mudanças previstas estão relacionadas à idade de aposentadoria, novo tempo mínimo de contribuição, regras de transição para quem já é assegurado e entre outras (INSS, 2019).

A existência de um déficit na previdência foi a principal justificativa para a necessidade de uma nova reforma. Vale destacar que a proposta foi reformulada diversas vezes ao longo de sua tramitação pelo Congresso Nacional, foram cerca de nove meses para a PEC ser promulgada (CEOLIN; MORAES, 2019).

A mesma "foi aprovada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, separadamente, em dois turnos de votação em cada Casa. A aprovação em segundo turno no plenário do Senado, em 23 de outubro de 2019, marcou o fim do processo de votação no Congresso Nacional" (INSS, 2019, não paginado).

Em linhas gerais, a nova reforma "altera regras de concessão e cálculo de aposentadorias e pensões, dos regimes gerais e próprios dos servidores públicos federais, instituindo também regras de transição" (CEOLIN; MORAES, 2019, não paginado).

Com isso, pode-se dizer que as alterações dessas regras são validas tanto para trabalhadores da iniciativa privada como para trabalhadores vinculados RGPS (Regime Geral de Previdência Social). O mesmo trata-se do RGPS de caráter contributivo e de filiação obrigatória, no qual as políticas são elaboradas pela Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda e executadas pelo INSS (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 20--).

Para as pessoas que já estão aposentadas não ocorreu nenhuma mudança, para as que estavam próximas, deverão seguir as regras de transição criadas pelo governo e as que conseguiram comprovar para o INSS até 12 de novembro 2019 que havia completado os requisitos pelas regras anteriores conseguiu pedir a aposentadoria sem ser afetado pela Nova Previdência (CEOLIN; MORAES, 2019).

Para entender melhor a reforma da previdência e como a mesma afetou a vida da população brasileira é importante conhecer melhor as mudanças que ocorreram, as quais serão descritas abaixo:

I) Idade mínima e tempo de contribuição:

No que se refere à idade mínima antes da reforma, as aposentadorias não estavam limitadas apenas a idade, a mulher podia se aposentar com 60 anos e o homem aos 65, se ambos comprovassem o mínimo de 15 anos de contribuição. Outra possibilidade era o homem se aposentar com 35 anos de contribuição e a mulher aos 30 anos, independentemente da idade. (CAMPOS, 2019).

Hoje, com a nova reforma para se aposentar a tempo mínimo de idade e de contribuição conforme o INSS (2019) para:

- trabalhadores do setor privado é exigido 62 anos para mulheres e 15 anos de contribuição, para os homens 65 anos de idade e 20 anos de contribuição;
- servidores públicos federais, 62 anos de idade para mulheres e 65 para os homens, tendo pelo menos 25 anos de contribuição;
- algumas categorias profissionais, a nova reforma prevê regras diferentes, na qual se destaca:
 - o professores que comprovarem, tempo de efetivo exercício na função de magistério na educação infantil, ensino fundamental ou ensino médio poderão se aposentar com 25 anos de contribuição e idade mínima de 57 anos, para mulheres, e de 60 anos para os homens;
 - o policiais, tanto as mulheres como homens, aos 55 anos de idade, 30 anos de contribuição e 25 anos de efetivo exercício da função terão o direito a aposentadoria.

“Para a aposentadoria de trabalhadores e trabalhadoras rurais, serão mantidos o tempo de contribuição de 15 anos e idade mínima de aposentadoria de 55 anos para as mulheres e de 60 anos para os homens.” (INSS, 2019, não paginado).

II) Cálculo do benefício:

Antes da nova reforma para definir o valor do benefício do segurado era necessária a realização da média das 80% maiores contribuições realizadas pelo mesmo desde julho de 1994. Com isso as outras contribuições correspondentes a 20% eram excluídas do cálculo (GRINS, 2019).

Atualmente com a reforma promulgada serão considerados 100% dos salários de contribuições. Assim todos os salários do segurado, ainda que baixos, irão integrar

o cálculo do valor do salário de benefício. A partir da média do salário de benefício, será aplicado o coeficiente de 60% mais 2% para cada ano que exceder 20 de contribuição para os homens e 15 anos para as mulheres. (GRINS, 2019).

III) Alíquotas:

Anteriormente, os trabalhadores em idade ativa contribuía entre 8% a 11%. O novo modelo determina que as alíquotas serão progressivas, ou seja, quem ganha mais pagará uma alíquota maior e quem ganha menos contribuirá com valor menor (ELOM, 2019).

De acordo com o INSS (2019 não paginado), "quem recebe um salário mínimo pagará 7,5%, entre um salário mínimo e R\$ 2 mil: 9%, entre R\$ 2 mil e R\$ 3 mil: 12% e entre R\$ 3 mil e o teto do RGPS (R\$ R\$ 5.839,35): 14%".

Já em relação aos servidores públicos federais, diferencia-se apenas a partir do teto do RGPS (R\$ R\$ 5.839,35), na qual entre o teto e R\$ 10 mil: 14,5%, entre R\$ 10 mil e R\$ 20 mil: 16,5%, entre R\$ 20 mil e o teto constitucional: 19% e acima do teto constitucional: 22% (INSS, 2019).

IV) Pensão de morte:

Em relação à pensão de morte "o aposentado que falecia deixava 100% do benefício como pensão. Os viúvos poderiam acumular pensão e aposentadoria do INSS, podendo receber mais do que o teto." (CAMPOS, 2019, não paginado).

Porém, agora com a nova reforma a pensão deve ser de 50% do valor da aposentadoria mais 10% para cada dependente. Ou seja, 1 dependente: 60% da aposentadoria do(a) falecido(a); 2 dependentes: 70%; 3 dependentes: 80%; 4 dependentes: 90% e 5 ou mais dependentes: 100%. Dependentes inválidos ou com deficiência grave o pagamento será de 100%, sem exceder o teto e no caso dos servidores públicos, do valor que exceder o teto será pago 50% mais 10% por dependente (INSS, 2019).

2.2. Vantagens e Desvantagens da Nova Reforma da Previdência

Sabe-se que a nova reforma da previdência é assunto muito deliado e polêmico, pois gera tanto apoiadores como opositores, isto porque uns acreditam que essa reforma trouxe vantagens, já outros desvantagens para o país e trabalhadores.

Desta forma, a seguir serão analisados os principais pontos defendidos pelos e criticados pelos opositores. Sendo apontadas por Volke (2019) como principais vantagens, as seguintes questões:

- Reduz as desigualdades no sistema previdenciário: com a nova reforma as regras para idade mínima de aposentadoria, a forma de cálculo dos benefícios e as normas para pensão por morte se tornaram as mesmas para os servidores públicos e para os trabalhadores de iniciativa privada. O que antes era totalmente diferente, pois o valor médio da aposentadoria dos servidores era mais de seis vezes maior do que os trabalhadores da iniciativa privada.
- Adaptação das regras de acesso à aposentadoria ao envelhecimento da população: a mudança da idade mínima para aposentadoria representa uma maior expectativa de vida, pois com a redução da taxa de natalidade a quantidade de trabalhadores contribuindo para a previdência diminui e, conseqüentemente, com o envelhecimento da população ocorre um desequilíbrio na relação entre quantidade de pessoas aposentadas e pessoas que contribuem. Com isso, a nova reforma estabelece um equilíbrio dessa relação, pois com a mudança da idade mínima, as pessoas passaram mais tempo contribuindo.
- Proporciona condições para a redução dos juros básicos da economia: a nova reforma diminui a necessidade do governo de buscar dinheiro no mercado para financiar os gastos públicos, isto devido à redução do ritmo de crescimento das despesas com as aposentadorias. Assim, há condições para o Banco Central reduzir as taxas básicas de juros.

Quanto as principais desvantagens, D'Avila (2019) destaca as seguintes questões:

- Idade mínima e mudança no valor da aposentadoria: muitos acreditam que a realidade do Brasil não é de um país no qual essa imposição de uma idade mínima seja uma regra eficiente, pelo fato de não ser um país com altos padrões de condições de vida e não apresentar uma maior população idosa. No que se refere à mudança do valor da aposentadoria, defendem que a redução do valor e a mudança da forma como calcular o benefício, obriga o contribuinte a trabalhar por mais tempo.
- Aposentadoria rural: mesmo estando na classe dos segurados especiais, os trabalhadores rurais ainda sofrem muito com a desigualdade no campo. É muito comum eles começarem a trabalhar

cedo, porém há uma grande dificuldade para comprovar sua renda. E com a nova reforma está ainda mais difícil, pois mesmo se não produzirem e nem venderem nada eles precisam comprovar renda todo mês.

- Pensão por morte: muitos acreditam que não é correto proibir a acumulação de pensão ou aposentadoria, pois aquele trabalhador contribuiu de forma certa para receber o seu justo benefício. Também não concordam no fato de desvincularem o valor da pensão ao salário mínimo, pois isso representa uma queda da renda da população mais velha, desfavorecendo assim o cidadão.

2.3. Mudanças refletidas na categoria empresarial

Sabe-se que a nova reforma da previdência social do Brasil, a partir da publicação da EC nº 103/ 2019 percebe-se muitas mudanças para os trabalhadores e cidadãos do país, bem como para o setor empresarial.

De acordo com Moreira (2019, não paginado),

O principal impacto que se pode citar com relação a reforma da previdência para as empresas é com relação a alteração que vão ter que fazer em toda a sua cultura de contratação. Será necessário implantar uma nova cultura de contratação para se adaptar às novas regras. É necessário mexer nos planos de carreira, novas regras para bonificações, revisão de diversos benefícios, atualização da gestão de folha de pagamento e novas regras do FGTS.

Destacam-se as novas regras em relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), cuja mudança incide na rotina das empresas, pois com a nova reforma não é mais necessário pagar o FGTS para os colaboradores que já estão aposentados e nem a multa de 40% sobre o valor do FGTS quando o colaborador é desligado sem ser por justa causa (MOREIRA, 2019).

Assim, tal alteração prevista torna-se ponto positivo, pois ficou muito mais barato demitir o funcionário que já é aposentado.

Outro ponto que exige ajuste é o sistema de cálculo das alíquotas que serão repassadas ao governo, pois exige uma revisão dos parâmetros de recolhimentos previdenciários. Há também os aspectos relacionados ao envolvimento do setor de gestão de pessoas, pois com as alterações na previdência, o trabalhador

permanecerá mais tempo na ativa até que possa usufruir da sua aposentadoria (BEZERRA; ARAÚJO, 2019).

Também de acordo com Bezerra e Araújo (2019, não paginado),

São esperados reflexos no gerenciamento dos custos e benefícios. Em um ambiente de trabalho composto por mais idosos, as despesas com planos médicos tendem a aumentar. Mais do que nunca, políticas de qualidade de vida serão um caminho viável para um ambiente de trabalho saudável e produtivo.

Neste contexto, pode-se perceber que não só os contribuintes tiveram que se adequar as novas regras da nova reforma da previdência, mas sim todos os setores como trabalhadores da iniciativa privada, servidores públicos e empresas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se ao final deste trabalho e temos como referência o contexto apresentado por Elom (2019) a respeito da reforma da previdência, pois segundo análise deste autor, percebe-se o quanto o tema é complexo, já que as possíveis alterações que foram impressas a previdência ao longo do tempo, foram impactantes a todos os cidadãos, sendo compreendida como essencial para todos, como elemento socioeconômico que permeia os cidadãos anônimos, instituições ou lideranças.

Desta forma, o estudo em tela serviu para conhecer e analisar os principais pontos discutidos e alterados após a nova reforma da previdência com a publicação da EC nº 103/ 2019. Entre eles, a questão do critério de idade para a determinação da aposentadoria, pois deixou de ser uma simples idade fixa, tanto para homens e mulheres, e passou a ser determinada por uma fórmula rebuscada que considera os anos de sobrevivência a partir do momento que a pessoa se aposenta.

E em relação ao assunto das vantagens e desvantagens que essa reforma trouxe, proporcionou uma divisão de opiniões. Os apoiadores citam como benefícios a redução da desigualdade no sistema previdenciário, adaptação às regras de acesso a aposentadoria por causa do envelhecimento da população e o poder de proporcionar condições para a redução dos juros básicos da economia. Além disso, de acordo com os especialistas pode-se destacar também como vantagem, a criação de alíquotas de contribuição progressiva para o setor privado e os servidores, uma medida que ajudará a melhorar a distribuição de renda conforme descreve Mendonça (2019).

Já pelo lado negativo os principais pontos analisados por quem se opõe foram às alterações da idade mínima e do valor da aposentadoria, a mudança na aposentadoria rural tendo agora que comprovar renda todo mês e a pensão por morte. Além disso, acreditam também que irá dificultar o acesso ao INSS, de forma a contribuir para a pobreza da população no médio e longo prazo.

E ainda pode-se apresentar como um ponto negativo, o fato apontado Ceolin e Moraes (2019), na qual, ele afirma que as medidas tomadas para economizar dinheiro poderá causar muito impacto nas classes mais baixas da sociedade, mas na classe alta da economia brasileira não terá impacto algum.

Portanto, sabe-se que quando se trata de mudanças, nem todas as partes ficam satisfeitas, ainda mais quando se refere a assunto delicado e polêmico. Mas, tanto o contribuinte de iniciativa privada, como servidores públicos e empresas, tiveram que se adaptar as regras da nova reforma da previdência do Brasil, mesmo que concordassem ou não.

Logo, pode-se concluir que planejar a aposentadoria é e continuará sendo muito importante, para isso, deve-se ter a ciência de como e quando contribuir, para pode-se gozar da melhor maneira possível desse benefício quando estiver mais idoso.

Deixa-se aqui uma sugestão para que novos estudos sejam realizados, sendo observados os impactos reais que a nova reforma trouxe para a população, isto por meio de estudos de casos e/ou estudo comparativo entre diferentes os contribuintes, bem como a hipótese de efetuar uma nova análise, especificamente, das questões que envolvem o período de transição e a PEC paralela para todos os Estados.

4.REFERÊNCIAS

ABNT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação**. Rio de Janeiro, ABNT, 2011. NBR 14724. Disponível em: <http://site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2011/09/NBR_14724_atualizada_abr_2011.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ÁLVARES, Debóra. **Reforma da previdência divide opiniões**. 26 fev. 2019. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/reforma-da-previdencia-divide-opinioes-434-aprovam-456-nao-diz-cnt-md/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

ARAÚJO, Rita; BEZERRA, Leonardo. **Reforma da previdência**: quais os impactos para as empresas?. [S. /], 9 ago. 2019. Disponível em: <<https://dpc.com.br/reforma-da-previdencia-quais-os-impactos-para-as-empresas/>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

BOCCATO, V.R.C. **Metodologia da pesquisa bibliográfica**. São Paulo, 2006, p. 266 *apud* PIZZANI, Luciana *et al.* **A arte da pesquisa bibliográfica na busca do conhecimento**. São Paulo: Artigo, dez. 2012. Disponível em: <<file:///C:/Users/passa/Downloads/1896-Texto%20do%20artigo-2549-1-10-20150409.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

____. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

____. **Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc70.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

____. **Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

____. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

CAMPOS, Giovanna. **O que mudou com a Reforma da Previdência?** Confira antes e depois. 2019. Disponível em: <https://editalconcursosbrasil.com.br/blog/economia_reforma-daprevidencia/#:~:text=Pens%C3%B5es%20por%20morte,100%25%20do%20valor%20do%20benef%C3%ADcio>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CEOLIN, Monalisa; MORAES, Isabela. **Reforma da previdência**: entenda os principais pontos. [S. l.], 18 nov. 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/reforma-da-previdencia-entenda-os-principais-pontos/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CORREIA, Marcus Orione; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito Da Seguridade Social**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17 *apud* SANTOS JUNIOR, Selmo Alves dos. **Previdência social**: breve histórico no cenário mundial e sua estrutura e funcionamento no Brasil. jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59126/previdencia-social-breve-historico-no-cenario-mundial-e-sua-estrutura-e-funcionamento-no-brasil>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

D'AVILA, Mônica Morelli. **Reforma da previdência**. 2019. Disponível em: <<http://www.morellidavila.adv.br/artigo-reforma-da-previdencia/>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

ELOM, Samuel. **Reforma da previdência**: argumentos contra e a favor. 8 mar. 2019. Disponível em: <<https://neritpolitica.com.br/blog/reforma-previdencia-principais-pontos>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GRINGS, Débora. **Reforma da previdência 2019**: o guia definitivo. 22 out. 2019. Disponível em: <<https://www.carboneraetomazini.com.br/blog/reforma-da-previdencia-2019-o-guia-definitivo/>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GUELLER, Marta. **Brasil já fez seis reformas nas regras da previdência**. 14 out. 2016. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/blogs/o-seguro-morreu-de-velho/brasil-ja-fez-seis-reformas-nas-regras-da-previdencia/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

INSS, Instituto Nacional do Seguro Social. **Nova previdência**: confira as principais mudanças. 18 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/nova-previdencia-confira-as-principais-mudancas/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

LEMOS, Emerson Costa. **Reforma da previdência**: explicação descomplicada. 2016. Disponível em: <<https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/413444226/reforma-da-previdencia-explicacao-descomplicada>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

MENDONÇA, Heloísa. **A reforma da Previdência pesará mais sobre os mais pobres ou os mais ricos?**. [S. l.], 3 jun. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/13/politica/1557776028_131882.html>. Acesso em: 8 out. 2020.

MOREIRA, Fábio. **Reforma da previdência** – qual o impacto para as empresas brasileiras? 2 jun. 2019. Disponível em: <<https://contadordesucesso.com.br/reforma-da-previdencia/>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Regime Geral – RGPS**. 8 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/outros/regime-geral-rgps>>. Acesso em: 27.set. 2020.

PIZZANI, Luciana *et al.* **A arte da pesquisa bibliográfica na busca do conhecimento**. São Paulo, dez. 2012. Disponível em: <<file:///C:/Users/passa/Downloads/1896-Texto%20do%20artigo-2549-1-10-20150409.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

SANTOS JUNIOR, Selmo Alves dos. **Previdência social**: breve histórico no cenário mundial e sua estrutura e funcionamento no Brasil. jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59126/previdencia-social-breve-historico-no-cenario-mundial-e-sua-estrutura-e-funcionamento-no-brasil>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

WOLKE, Verene. **7 vantagens da reforma da Previdência**. 10 set. 2019. Disponível em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/listas/7-vantagens-da-reforma-da-previdencia/>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

NOTAS:

^[1] Graduanda em Ciências Contábeis. E-mail: elenajos04@gmail.com

^[2] Orientadora: Prof^a Me. Elaine Doro Mardegan Costa. Bacharel em 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), UNIFUNECe Rede Municipal de Educação de Santa Fé do Sul.

A (NÃO) APLICABILIDADE EFETIVA DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA MOBILIDADE URBANA NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS

RENATA DA SILVA MENDONÇA:

Acadêmica de Direito na Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Assistente Administrativa no Fórum de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM).

ALICE ARLINDA SANTOS SOBRAL²⁴

(coautora)

Resumo: Este artigo tem como propósito explicitar a necessidade de conhecimento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência no interior do Estado do Amazonas, âmbito municipal de Itacoatiara, no que se refere a efetiva aplicação do que está previsto em seu texto quanto a mobilidade urbana, bem como promover uma prática que deve ser adotada, em regra, na projeção, criação e conservação do espaço de uso coletivo, que viabilize o livre acesso da pessoa com deficiência, permitindo a todos igualdade de oportunidades e eliminando assim a perpetuação de qualquer tipo de barreira existente.

Palavras-Chave: Pessoa com Deficiência. Inclusão. Igualdade. Mobilidade urbana.

Abstract: This article aims to clarify the need for knowledge of the Brazilian Law for the Inclusion of Persons with Disabilities in the interior of the State of Amazonas, within the municipal scope of Itacoatiara, with regard to the effective application of what is provided for in its text regarding urban mobility, as well as promoting a practice that should be adopted, as a rule, in the projection, creation and conservation of the space for collective use, which enables the free access of the person with disabilities, allowing everyone equal opportunities and thus eliminating the perpetuation of any type of existing barrier.

Keywords: Disabled Person. Inclusion. Equality. Urban mobility.

²⁴ Advogada, Mestre e Doutora em Direito, Professora de Direito Penal na Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Constituição Federal de 1988 e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. 3. Mobilidade Urbana: Um breve estudo sobre seu contexto histórico, previsão e aplicação segundo o ordenamento jurídico vigente. 4. Município de Itacoatiara e o descumprimento da Lei Federal: Estudo de Caso. 5. Fiscalização e penalidades aplicadas ao descumprimento da legislação de amparo à pessoa com deficiência. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A tratativa do tema deste trabalho mostra-se de alta relevância no atual contexto vivenciado pela sociedade, por se tratar de um direito já amparado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015 e ainda com pouca visibilidade quanto a sua aplicação.

O presente estudo possibilitará o entendimento a população do município de Itacoatiara quanto a extensão dos direitos assegurados no ordenamento jurídico bem como quanto a responsabilidade e a consciência dos demais agentes da sociedade, haja vista que o desconhecimento e até mesmo a falta de uma explicitação acerca do assunto de forma clara e objetiva, resulta no desrespeito ao que está previsto na carta magna e na legislação específica, isto é, igualdade a todos sem distinção de qualquer natureza.

As desigualdades sociais perduram desde a origem da civilização moderna que sempre olhou para essa questão com uma perspectiva cultural predominantemente excludente, o que ao longo dos anos foi sendo trazida aos poucos ao debate político, culminando, posteriormente, na elaboração de normas jurídicas que amparassem os direitos dessa expressiva parcela da sociedade.

Com a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1967, foi dado o primeiro passo na caminhada pela busca de equidade social, uma vez que passou a tratar, em seu texto, da pessoa com deficiência, denominando-a como “excepcional”, sendo reconhecido posteriormente por meio da emenda constitucional número 12, que ampliou a extensão do rol de direitos e ainda promoveu a correção da antiga forma de tratamento passando a denominar-se como “deficiente”.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, demonstrou que a expressão deficiente já não era mais adequada, trocando o termo de tratamento para “pessoa portadora de deficiência”. Todavia, ficou claro que o próprio termo utilizado para classificação, majorava às diferenças, ficando demonstrado que a forma mais adequada de tratativa seria “pessoa com deficiência”, nos termos da convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos das pessoas com deficiência,

sendo incorporada ao texto constitucional por força do decreto legislativo nº 186/2008 e ainda o decreto nº 6.949/2009.

Com a aplicação do princípio da isonomia, o qual consiste na afirmação de que todos são iguais perante a lei sem qualquer tipo de discriminação, buscou-se o tratamento igualitário dos cidadãos, todavia, tal preceito deve sofrer a devida adequação, mesmo estando expressamente claro na carta magna, quando se tratar da pessoa com deficiência pois, todos devem ser tratados iguais na medida de suas desigualdades para que assim haja efetiva justiça e equidade de direitos buscando igualar as oportunidades, mesmo que de forma diferente para cada ser humano.

Marcelo Novelino (2013, p. 473-475) explicita que:

A igualdade é instrumento pelo qual a obrigação de respeitar as demais pessoas deve ser distribuída de modo universal.

Os direitos de igualdade possuem uma singularidade que os diferencia dos demais direitos fundamentais. Estes possuem um âmbito de proteção no qual estão contemplados diferentes domínios (vida, liberdade, privacidade, propriedade...) cujas intervenções, para serem consideradas legítimas (restrições) devem ter uma justificação constitucional. No caso dos direitos de igualdade, não há um âmbito de proteção material e por consequência, não há o que se falar em sua restrição. O princípio da igualdade não possui um conteúdo material específico. Trata-se de um princípio que possui um caráter reacional, ou seja, pressupõe a existência de elementos de comparação para a análise da igualdade ou desigualdade de tratamento.

(...)

Os direitos de igualdade podem ser diferenciados em duas dimensões, conforme o fim ao qual se destinam. O Princípio da Igualdade Jurídica, visa a impedir que sejam adotados tratamentos diferenciados para situações essencialmente iguais ou tratamentos iguais para situações essencialmente diferentes sem uma razão legítima para tal. O Princípio da Igualdade Fática, por seu turno, tem por objetivo central a redução de desigualdades existentes no plano fático, o que exige necessariamente a adoção de um tratamento jurídico diferenciado.

Hoje, depois da conquista de um rol de direitos os quais devem ser resguardados, a Constituição Federal de 1988 busca exprimir que todos são iguais independente de raça, cor, nacionalidade, gênero, religião ou ainda deficiência e busca ainda, que todos tenham uma vida digna, sem percalços, quer os oriundos de falta de políticas de mobilidade urbana, quer aqueles provenientes de uma cultura ainda pouco enraizada por parte dos próprios cidadãos.

Todavia, é comum verificar o descumprimento deste preceito fundamental em todos os estados brasileiros, em especial, no interior do Estado do Amazonas, mais especificamente no Município de Itacoatiara/AM, cidade que localiza-se a 269 Km da capital Manaus, possuindo aproximadamente 102.701 habitantes no ano de 2020, sendo classificada como a terceira maior cidade do Estado e ainda possuindo a segunda maior economia da região.²⁵

Mas antes de se iniciar o estudo de caso, é necessário falar sobre a acessibilidade e mobilidade que são de grande importância para entendimento do tema aqui abordado. Conceitos estes que, em regra, deveriam caminhar lado a lado, evoluindo na mesma medida que o direito deve acompanhar as mudanças sociais, demonstrando a importância de em harmonia se construir uma sociedade com igualdade de oportunidades todavia, não é o que efetivamente acontece.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Para início do estudo, deve ser observado primeiramente as previsões legais trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 atinentes ao assunto, que em seu artigo 6º explica os direitos sociais a que todos devem usufruir de forma ampla e irrestrita:

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.

Ademais, o artigo 21, da referida lei em seu inciso XX, determina que a União deve instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos sendo complementado pelo artigo 182 que imprime que a política de desenvolvimento executada pelo Poder Público Municipal, deve ter por objetivo a ordenação do pleno desenvolvimento das funções

²⁵ Segundo estimativas baseadas no último censo realizado pelo IBGE no ano de 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/itacoatiara/panorama>

sociais da cidade garantindo o bem estar de seus habitantes. Desse modo a CF/88 introduz os princípios basilares necessários para a ampliação dos direitos de forma equitativa visando a cidadania e a inclusão social.

Em seguida, a fim de deliberar acerca da integração dos meios de transporte com o rol de direitos já previstos mas ainda não especificados, foi promulgada, a Lei nº 12.587 de janeiro de 2012, que instituiu as Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, trazendo como principal objetivo a inclusão e integração promovida nos mais diferentes tipos de transportes que possibilitem a locomoção de pessoas de forma irrestrita e contemplando a acessibilidade bem como o transporte de cargas em todo o território nacional. Esta lei foi um dos primeiros passos no desenvolvimento de políticas públicas acerca da mobilidade urbana que contemplassem pela primeira vez o interesse social atrelado ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Posteriormente, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), veio para unir todas as legislações atinentes ao assunto, conceituando em seu artigo 1º a sua finalidade que é assegurar e promover, em condições de igualdade o exercício de direitos e das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência.

O referido estatuto é, sem dúvidas, um marco histórico de proteção aos direitos da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico o qual se coaduna com os direitos defendidos pela Convenção sobre as Pessoas com Deficiência adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU em Assembleia Geral realizada no dia 13 de dezembro de 2006, para comemorar o dia internacional dos Direitos Humanos, reunião da qual o Brasil fez parte. Na oportunidade foi deliberado a respeito da importância de se assegurar os direitos da pessoa com deficiência a nível global.

O que acabou influenciando a legislação de vários países no desenvolvimento e efetivação de políticas públicas que torna-se possível a realização de direitos tão importantes no desenvolvimento e cultura a nível mundial, dando início a um debate contínuo de busca por melhorias e acertos nas leis já implementadas. Trazendo à tona o conceito de Desenho Universal o qual surgiu para atendimento de anseios vivenciados pelo grupo de pessoas com deficiência e do grupo de arquitetos, engenheiros, urbanistas e designers que desejavam a realização da democratização ocasionada pelo uso dos espaços não com a criação de locais específicos de

atendimento aos anseios mas sim comuns a todos com as mais variadas possibilidades de acesso viáveis disponíveis.²⁶

A Norma Brasileira ABNT NBR 9050, validada em 30 de junho de 2004 tendo sido atualizada através da emenda 1 de 03 de agosto de 2010, dispõe sobre a Acessibilidade a Edificações, Mobiliário, Espaço e Equipamentos urbanos às condições de acessibilidade como um de seus principais objetivos, conceituando em seu teor o Desenho Universal como aquele que visa atender à maior gama de variações possíveis das características antropométricas e sensoriais da população. (2004,p. 03)²⁷

A inclusão de pessoas com deficiência positivada no estatuto em estudo, assegura no seu texto a visão de correção dos atos da própria sociedade, buscando fazer com que os cidadãos enxerguem as formas de diminuir os fatores que levam a exclusão e conseqüentemente encontrem as melhores soluções para incluir o deficiente na comunidade proporcionando a efetivação da igualdade no exercício da capacidade jurídica e diminuindo as barreiras diárias.

Para melhor entendimento do conceito é indispensável observar a complementação realizada no artigo 2º da Lei nº 13.146/15:

Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que possui impedimento de longo prazo seja de natureza física, 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.

Em termos técnicos é possível analisar que tal lei comporta o maior rol de proteção de direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro ligados as pessoas com algum tipo de incapacidade. Nela é possível tratar do direito à vida, habitação e reabilitação, saúde, educação, moradia, trabalho, cultura, esporte, turismo, previdência social e mobilidade urbana.

Resta necessária a compreensão das diferenças entre os conceitos de acessibilidade e mobilidade urbana e o que cada um engloba como forma de

²⁶ SERRA, José. Desenho Universal – Habitação de interesse Social – Cartilha do Governo do Estado de São Paulo, PDF. Disponível em: www.mpsp.mp.br. Acesso em: 18/10/2020.

²⁷ ABNT NBR 9050:2004, Disponível em: http://www.turismo.gov.br/sites/default/turismo/o_ministerio/publicacoes/downloads_publicacoes/NBR9050.pdf. Acesso em: 17/10/2020.

demonstrar a integralização do que estar previsto na Carta magna com as leis que surgiram como forma de ampliar um rol de direitos já abarcados.

A acessibilidade e a mobilidade urbana caminham juntas e são assuntos em questão desde que a área urbana era menor que a área rural. A mobilidade urbana surge a partir da necessidade de tornar possível a acessibilidade com igualdade de oportunidades eliminando-se as barreiras que já existam ou venham a surgir, sendo esta viabilizada através de serviços de transporte público e privado, veículos, terminais, estações, pontos de parada, sistema viário e a prestação do serviço.

O artigo 3º, inciso I traz a conceituação de acessibilidade, conforme segue:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se

I – Acessibilidade: a possibilidade de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informações e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A acessibilidade urbana possui base legal em inúmeras legislações, como na Constituição Federal, nos artigos 5º; 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV, V; 208, III, IV; 227, §1º, II, §2º e 244, na Lei de Acessibilidade – Decreto de lei 5.296, de 2 de dezembro de 2004, no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal nº 13.146/2015, artigo 3º) e ainda na ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) - Norma NBR9050. A mesma pode ser classificada como conjunto de meios que viabilizam a inclusão do deficiente através da igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Sobre o tema, a jurisprudência é uníssona:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CONDENATÓRIA – ACESSIBILIDADE EM TRANSPORTE AÉREO – CADEIRANTE SUBMETIDO A TRATAMENTO INDIGNO AO EMBARCAR EM AERONAVE – AUSÊNCIA DOS MEIOS MATERIAIS NECESSÁRIOS AO INGRESSO DESEMBARAÇADO NO AVIÃO DO DEPENDENTE DE TRATAMENTO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE DA PRESTADORA DE SERVIÇOS CONFIGURADA – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO IMPROCEDENTE. RECURSO

ESPECIAL DESPROVIDO. Hipótese: Trata-se de ação condenatória cuja pretensão é o reconhecimento da responsabilidade civil da companhia aérea, por não promover condições dignas de acessibilidade de pessoa cadeirante ao interior da aeronave. (...) 3. O Brasil assumiu no plano internacional compromissos destinados à concretização do convívio social de forma independente da pessoa com deficiência, sobretudo por meio de garantia da acessibilidade, imprescindível à autodeterminação do indivíduo com dificuldade de locomoção.3.1. A resolução nº 9/2007 da Agência Nacional de Aviação Civil, cuja vigência perdurou de 14/06/2007 até 12/01/2014, atribuiu as empresas a obrigação de assegurar os meios para acesso desembaraçado da pessoa com deficiência no interior da aeronave, aplicando-se aos fatos versados na demanda. (...) 4. Nos termos do artigo 14, caput, da Lei nº 8.078/90 o fornecedor de serviços responde objetivamente pela reparação dos danos causados ao consumidor, em razão da incontroversa má-prestação do serviço por ele fornecido, o que ocorreu na hipótese. (...) Incidência da Súmula 7 do STJ. Verba indenizatória mantida em R\$15.000,00 (quinze mil reais) 6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.²⁸

Ao conceituar acessibilidade, faz-se necessária o entendimento quanto ao significado de barreira, conforme o artigo 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Art. 3º. Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

(...)

IV – Barreiras: 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.

É de suma importância falar das barreiras existentes, pois através delas é que pode-se chegar ao entendimento final do que infere na mobilidade urbana e

²⁸ STJ – Resp: 1611915 RS 2016/0085675-9, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data do Julgamento: 06/12/2018, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: Dje 04/02/2019

acessibilidade no todo. As barreiras encontradas pela pessoa com deficiência podem ser classificadas de vários tipos, dentre elas:

- I - Caráter arquitetônico - projeção de edifícios públicos ou privados que não atentem para a acessibilidade;
- II - Nos transportes - tipos de transportes e as devidas adaptações bem como as vias de trânsito.
- III - Nas comunicações - dificuldades para transmissão de mensagens;
- IV - Atitudinais e tecnológicas - ações discriminatórias sejam via internet ou pessoal. (TORQUES, Ricardo, 2019, p.06)

Cada uma destas, de maneira isolada, prejudica o deficiente de diversas formas, seja na locomoção, transporte, psicologicamente ou até mesmo na interação social o que pode ocasionar danos irreversíveis.

3.MOBILIDADE URBANA: UM BREVE ESTUDO SOBRE SEU CONTEXTO HISTÓRICO, PREVISÃO E APLICAÇÃO SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE.

Segundo Gomide & Galindo (2015, p.01), considera-se mobilidade urbana como sendo “as condições de deslocamento humano e de bens pela cidade, independente da forma de transporte empregada: coletiva ou individual, motorizado ou não; tal conceito atrela-se ainda ao plano diretor de cada cidade/estado aos quais, através de uma política de planejamento, devem estudar as formas de proporcionar a melhor oportunidade e atendimento a este direito a cada indivíduo.

O conjunto de Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, instituída pela Lei nº 12.587 em 03 de janeiro de 2012, por sua vez, conceitua mobilidade urbana em seu artigo 4º, inciso II, como “condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano”. A acessibilidade, por outro lado é caracterizada, como “facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autonomia nos deslocamentos desejados, respeitando-se a legislação em vigor”, conforme o inciso III também do referido artigo.

Tal política tem como um de seus fundamentos a acessibilidade universal bem como a equidade de todos os cidadãos ao acesso do transporte público coletivo e ainda no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros.

A Lei número 10.257 de 10 de julho de 2001, regulamenta as Diretrizes Gerais das Políticas Urbanas, em seus artigos 39 e 40, trazendo a conceituação expressa de plano diretor, conforme segue:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2o desta Lei.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§1º. O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§2º. O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§3º. A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§4º. No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Com base no §3º da lei acima, o plano diretor de cada cidade deverá repassar por revisão a cada 10 (dez) anos; em Itacoatiara, o plano diretor em vigor começou sua efetividade pela Lei Municipal número 76, de 27 de setembro de 2006, tendo o

mesmo passado por mais 2 revisões, uma no ano de 2008 (Lei nº 119 de 2 de dezembro e ainda em 2011 (Lei nº 182, de 25 de maio de 2011).

Ao realizar-se leitura e análise da lei municipal, vislumbra-se que seu texto possui lacunas ao tratar do tema de acessibilidade no âmbito da mobilidade urbana, vez que em seus títulos tal como no corpo de seu texto o único momento que aborda o tema é o artigo 96, inciso VI, que versa:

Art. 96. As normas aplicáveis às obras e às edificações, regulamentadas por Lei Municipal específica, devem sempre tem por escopo precípuo:

(...)

VI – aos princípios de acessibilidade universal.

A partir de então surgem os seguintes questionamentos, será que realmente está sendo observado tal princípio? Se observado os cidadãos possuem acesso a todas as informações e orientações? Quais medidas estão sendo tomadas pela gestão do município para acabar com a desigualdade social e reforçar a inclusão de todos? Essas e muitas outras dúvidas permanecem muitas das vezes sem respostas, por negligência dos cidadãos que esperam as coisas acontecerem em vez de lutarem por seus direitos, por autoridades que se aproveitam do desconhecimento de seu eleitorado para prática daquilo que beneficia a maioria e não uma parcela da população.

Em Itacoatiara um dos órgãos que busca defender os direitos da Pessoa com Deficiência é a Associação dos Deficientes Físicos de Itacoatiara (ADEFITA), fundada desde 1985 é uma entidade sem fins lucrativos, localiza-se na Rua Álvaro França, nº 1928, bairro Colônia. Possui como compromisso a defesa dos direitos da Pessoa com deficiência física, no intuito de promover a inclusão social, através da inserção em grupos de socialização, programas sociais e atividades desportivas.

Segundo dados fornecidos e atualizados do ano de 2020, levando-se em consideração apenas o número de associados à ADEFITA, tem-se o quantitativo de deficientes cadastrados por tipo de deficiência sejam elas físicas, intelectuais, auditivas, motoras ou múltiplas, incluindo moradores da zona urbana e rural, como segue na tabela abaixo:

TABELA 1 - REGISTRO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - ADEFITA - ITACOATIARA/AM		
TIPO	CAUSAS	QUANTIDADE
Auditiva	Variadas	109
Física	Artroplasia	1
	Amputação	106
	Coordenação Motora	7
	Escoliose	20
	Guillain Barrê	1
	Hemiparesia	4
	Hemiplegia	5
	Hidrocefalia	7
	Lábios Leporinos	11
	Linfoma	1
	Membros inferiores	61
	Monoparesia	930
	Nanismo (Acondroplasia)	2
	Osteomelite	4
	Paralisia Infantil	36
	Paraplegia	33
	Paraparesia	5
	Pé Congenito	41
	Poliomelite	5
	Raquitismo	1
Tetraparesia	2	
Tetraplegia	2	
Intelectual	Síndrome de Down	18
	Transtorno do Espectro-Autismo	14
Mental	Variadas	191
	Epiepsia	20
Múltiplas	Paralisia Cerebral	44
	Variadas	46
Visual	Variadas	183
Total		1910

Dados Estatísticos, Associação dos Deficientes Físicos de Itacoatiara (ADEFITA), 2020.29

É de suma importância, ressaltar que embora o número total de deficientes levantados nos dados estatísticos acima pareça expressivo, nem de longe chega a caracterizar a totalidade populacional dos munícipes que de fato possuem alguma deficiência e por conseguinte alguma necessidade especial, haja vista muitos, desconhecerem seus direitos bem como os órgãos de amparo.

Segundo estudo desenvolvido pelo TCU (Tribunal de Contas da União), publicado em seu portal, no ano de 2010 a mobilidade urbana possui quatro pilares, quais sejam:

²⁹ Associação dos Deficientes Físicos de Itacoatiara (ADEFITA), Amazonas, dados estatísticos atualizado no ano de 2020 conforme cadastro dos associados.

- 1) integração do planejamento do transporte com o planejamento do uso do solo;
- 2) melhoria do transporte público de passageiro;
- 3) estímulo ao transporte não motorizado;
- 4) uso racional do automóvel.³⁰

Com uma simples análise dos tópicos aqui elencados, insta salientar que existem muitas dificuldades vivenciadas diariamente pela população, das quais pode-se destacar a baixa qualidade das vias urbanas e calçadas em Itacoatiara. Ao atrelar tal problemática à pessoa com deficiência, faz-se essencial a ampliação desse campo de proporção vez que uma pessoa usuária de cadeira de rodas, por exemplo, necessita para sua locomoção de ruas e estabelecimentos com rampas, vias largas e bem asfaltadas, de modo que possibilitem as manobras que terão de ser realizadas diariamente.

O artigo 46 do Estatuto da Pessoa com deficiência versa que:

Art. 46. O direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida será assegurado em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, por meio de identificação das vias de acesso e de eliminação de todos os obstáculos e barreiras aos mesmos.

Quando se trata de explorar o tema “igualdade de oportunidades”, como alude o artigo acima, observa-se um conflito com a realidade vivenciada pelos deficientes físicos, a exemplo do serviço de transporte público fornecido a esta parcela da população, em que quando não falta a adaptação necessária dos veículos para o transporte de pessoas usuárias de cadeira de rodas, deixa a desejar no preparo de funcionários aptos a lidar com as limitações naturalmente inerentes àqueles indivíduos. A partir daí inicia-se uma das formas de manifestação diária de desigualdade.

Proporcionar o acesso irrestrito ao transporte público torna-se uma das mais importantes formas de demonstrar a aplicação efetiva da lei de inclusão bem como a de mobilidade urbana. Outro ponto importante e que não pode passar despercebido, é quanto a disponibilidade de estacionamentos, pois, são previstos

³⁰ Áreas Temáticas – TCU – Mobilidade Urbana, 2010. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2010/fichas/Ficha%205.2_cor.pdf

pela Lei de Acessibilidade e a Norma NBR 9050 da ABNT que hajam vagas preferenciais, demarcadas de acordo com as normas técnicas as quais possibilitem o acesso aos locais necessários, como bancos, escolas, padarias, farmácias e supermercados, a exemplo, sem encontro de barreira a cada esquina fazendo com que haja o desestímulo da participação em sociedade.

Os prédios públicos e privados já pré-existentes devem sofrer adaptações que obedeçam ao princípio do desenho universal enquanto que os novos já devem ser projetados obedecendo o referido princípio.

A democracia se concretiza na medida em que o exercício da cidadania é resguardado. O ato de votar, a exemplo, não inclui apenas o deslocamento aos locais de votação, mas também o investimento e análise prévia do que é necessário ser feito para criar condições mínimas para uma votação ao deficiente de forma igualitária. Assim como nas escolas, que independente de possuírem alunos com algum tipo de incapacidade devem estar preparadas para recebe-los quando procuradas, como forma de incentivo a inclusão e melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

A garantia ao lazer bem como o exercício da cidadania andam juntos pelo cumprimento daquilo que está previsto na Constituição Federal. Existem cidades onde há a promoção de incentivo fiscal para as empresas que realizarem as adaptações necessárias rampas, elevadores, meio alternativo para o não uso das escadas. Todavia ainda é comum encontrar locais que não efetuaram as devidas adequações ou que ainda estão em processo para a sua aplicação, o que além de retardar e prejudicar a consumação de direitos adquiridos ainda podem ocasionar danos irreparáveis a quem depende de um simples acesso adequado, o que demonstra que ainda existem muitos avanços a serem conquistados para que a desigualdade não continue se perpetuando.

É notório que em todos os quesitos aqui elencados, é possível vislumbrar os avanços realizados. Todavia, a maior entrave para efetivar cada direito é a ignorância da sociedade em respeitar o direito de outrem, o direito ao qual não faz uso e ainda, do descaso dos gestores municipais e estaduais, levando em conta não ser um problema que atinja grande parte de seu eleitorado e por último mas não menos importante, a lentidão de cumprimento da lei em vigência, principalmente em cidades menores e afastadas onde a fiscalização e punição pelo descumprimento não prepondera.

Em um panorama internacional³¹ vale a pena destacar países que podem ser considerados verdadeiros modelos de acessibilidade de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida por meio da projeção de espaços públicos e privados bem como no transporte público que são contemplados por desenhos universais orgânicos e intuitivos. A exemplo, pode-se falar do Japão que por ser considerado o país com a maior população de idosos, já possui uma estrutura de acessibilidade para esta população o que muito se pode aproveitar para a outra parcela da cidadãos com tanta ou mais mobilidade reduzida, como é o caso das pessoas com deficiência. Neste país podemos encontrar banheiros amplos, carrinhos elétricos para utilização na locomoção dentro de supermercados, lojas e ainda nas ruas, semáforos que emitem sinal sonoros e calçadas rebaixadas que facilitam o acesso por pessoa usuária de cadeira de rodas.

Por sua vez, o Canadá encara a inclusão como ponto importante a ser observado em suas políticas públicas. Considerado como um dos países que mais possuem prédios públicos acessíveis, além de um transporte público 100% inclusivo, onde há a implantação de um serviço público no qual através de uma ligação se torna possível que o cadeirante seja buscado em sua casa para realização de suas atividades o que diminui as barreiras de socialização.

Já na Alemanha é possível encontrar ruas, em sua maioria, sem tantas ladeiras, além de passagens gratuitas para pessoas com deficiência nos transportes públicos e ainda a existência de um cartão que permite o acesso e fornecimento de descontos para ir a lugares e eventos o que motiva a inclusão através da cultura.

Se houver uma análise completa quanto a realidade brasileira no tema aqui abordado e ainda com o panorama de países que são modelos a serem seguidos, como Alemanha, Japão e Canadá, será possível notar que ainda há uma longa jornada em busca do respeito e efetivação do direito basilar de inclusão previsto na legislação vigente, estando o Brasil muito longe da realidade já vivenciada em outros países o que se é admirável tendo em vista que o mesmo possui um dos tributos mais caros do mundo, porém, não demonstra retorno através de projetos inclusivos nos estados, capitais e municípios.

4. MUNICÍPIO DE ITACOATIARA E O DESCUMPRIMENTO DA LEI FEDERAL: ESTUDO DE CASO.

³¹ GARCIA, Vera, 2020. Desafios da Acessibilidade no Brasil: um comparativo com outros países. Disponível em: <https://www.deficienteciente.com.br/desafios-da-acessibilidade-no-brasil-um-comparativo-com-outros-paises.html>

Após a conceituação e explanação realizadas, resta haver um redirecionamento da análise para os descumprimentos. Embora no Brasil, haja uma cultura pré-estabelecida de desrespeito à lei vigente, onde as necessidades especiais alheias passam despercebidas, é necessário observar a forma com que cada um dos agentes podem interagir em favor da desconstrução dessa cultura de modo que a responsabilidade seja no somente de um governo, mas de toda uma sociedade.

Os gestores estaduais e municipais por sua vez, não disponibilizam meios de fiscalização necessária, o que dá mais ênfase de que a sociedade faz o que quer pois não haverá uma punição efetiva.

No município de Itacoatiara, composto por mais de 100 mil habitantes, não seria diferente. A cultura de não observância e desrespeito é diariamente observada, constatando a afirmação de que a lei não possui vigor efetivo facilmente pois, é comum encontrar ruas sem o asfaltamento correto, sem precisar de muito esforço ver-se calçadas irregulares ou até mesmo inexistentes, falta de sinalização nas principais vias de acesso e quando tem são desrespeitadas por ultrapassagens perigosas e irregulares que se tornam comum por não haver fiscalização.

O transporte público já devia ter se tornado realidade em um município com mais de 100 mil habitantes e em sua maioria de baixa renda, pois, em virtude de Itacoatiara ser a terceira maior cidade do Estado do Amazonas e ainda por estar próximo à Capital deveria ser uma dos exemplos ao se falar em desenvolvimento no interior do Estado do Amazonas, proporcionando assim a diminuição de desigualdades que privam pessoas diariamente de serem inseridas no contexto social em que vivem realizando suas atividades da vida civil sem ter que passar por qualquer tipo de diferenciação em razão de uma limitação pré-existente ou ocasionada.

Ao falar em respeito ao deficiente, não se pode apenas responsabilizar a gestão do município, pois, apesar da maior parcela de contribuição ser responsabilidade do poder público, os próprios habitantes, por desconhecimento das leis e até mesmo negligenciando o cumprimento ao pensar apenas no interesse próprio e não no bem comum, promovem a desigualdade por meio atitudes impensadas e injustificáveis, das quais é possível evidenciar abaixo:

Os pontos elencados são poucos diante da grande extensão de descaso vivenciada constantemente por pessoas que iguais na medida de suas desigualdades buscam apenas ter uma vida digna onde possam exercer sua cidadania de forma digna e justa sem precisarem estar constantemente passando por adaptações que muitas das vezes pessoas com total capacidade física e motora não precisam passar.

Resta claro portanto, que enquanto não houver uma fiscalização efetiva do cumprimento do que está em lei pela iniciativa pública, social e privada, Itacoatiara continuará parada no tempo aguardando que o melhor aconteça enquanto a evolução dos seus direitos permanece sem garantias.

5.FISCALIZAÇÃO E PENALIDADES APLICADAS AO DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO DE AMPARO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

Existem formas pré-definidas de como penalizar àqueles que descumprem as leis em vigência, abaixo é possível verificar alguns tipos de infrações classificados por cada tipo de lei.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, traz em seus artigos 88 a 91 a relação de crimes que sempre irão ter como agente passivo a pessoa com deficiência bem como as medidas administrativas e penalizações que devem ser tomadas caso ocorram em casos específicos, como segue:

Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no **caput** deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(...)

O artigo 89 e 91, por sua vez, especificam em seu teor penalizações ligadas aos cuidados essenciais da Pessoa com deficiência bem como a sua manutenção:

Art. 89. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se o crime é cometido:

I - por tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial; ou

II - por aquele que se apropriou em razão de ofício ou de profissão.

Art. 90. Abandonar pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigo ou congêneres:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem não prover as necessidades básicas de pessoa com deficiência quando obrigado por lei ou mandado.

Art. 91. Reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se o crime é cometido por tutor ou curador.

Observa-se que em todas as espécies de crimes elencados na Lei 13.146/15 existe a previsão de agravamento em até 1/3 caso sejam cometidas por tutor ou curador ou ainda por quem de alguma forma deva resguardar os direitos da pessoa com deficiência.

Além das tipificações penais, é importante salutar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio a pessoas com deficiência, para prever como crime punível com reclusão de 2 a 5 anos e multa as condutas elencadas em seu artigo 8º, tendo suas penas

agravadas, conforme §1º ao 4º, em 1/3 quando for praticada contra menor de 18 anos e quando praticado em atendimento de urgência e de emergência.³²

No trânsito é comum diariamente serem visualizadas as maiores infrações e discriminações à pessoa com deficiência, situações estas vexatórias que muitas das vezes ceifam a vida de várias pessoas ou ainda ocasionam danos irreversíveis. Segundo dados fornecidos pelo Jornal Acrítica em matéria publicada em Julho de 2019, 11 vidas foram ceifadas nas rodovias do Estado do Amazonas, pelos fatores de excesso de velocidade, condições estruturais das estradas e a desobediência às normas de trânsito.³³

O Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, enumera em seu artigo 181 e incisos, alguns tipos de infrações que podem vir a serem cometidas no trânsito como: estacionar em vagas destinadas ao deficiente, impossibilitar a utilização das rampas disponíveis nos estabelecimentos por estacionarem em lugares proibidos, não respeito a devida utilização das faixas de pedestres e ainda elenca a penalização aplicada a cada uma das condutas podendo ser multa e anotação de infração caracterizadas como leve, grave e gravíssima.

A Lei nº 10.048 de 08 de novembro de 2000 foi promulgada para regulamentar a Priorização de Atendimento a Grupos de Pessoas Específicos (Lei das Filas) que merecem algum tipo de atenção/facilitação. Em seu texto classifica que pessoas com deficiência, idosos com idade igual ou superior à 60 anos, gestantes, lactantes, pessoas com crianças de colo e os obesos deverão ter atendimento prioritário nas filas, repartições públicas, empresas concessionárias de serviços públicos e instituições financeiras.

Tal lei versa ainda em seu artigo 3º que:

Art. 3º. As empresas públicas de transporte e as concessionárias de transporte coletivo reservarão assentos, devidamente identificados, aos idosos, gestantes, lactantes, pessoas portadoras de deficiência e pessoas acompanhadas por crianças de colo.

³² Art. 8º da Lei nº 7.853/1989 disponível na íntegra em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm.

³³ Matéria completa publicada no dia 26/07/2019, disponível em: <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/acidentes-de-transito-no-amazonas-ja-tiraram-onze-vidas-somente-em-2019>.

São inúmeros os pontos elencados restando demonstrado que em simples atividades diárias com a colaboração do poder público, gestores municipais e ainda de toda a sociedade é possível tornar o dia à dia de quem possui algum tipo de limitação melhor.

Mas diariamente, não é o que ocorre no todo, a ignorância e ainda o descaso dispensado por aqueles que estão na busca apenas de seus anseios gera um rol de desigualdades que podem ser citadas facilmente, a exemplo, pessoas que sentam em vagas prioritárias e mesmo na presença de pessoas a quem a vaga é destinada não sedem o lugar, que procuram tirar vantagens em filas pouco importando se a pessoa que está mais próxima de ser atendida é alguém com algum tipo de incapacidade ou mobilidade reduzida, banheiros que não proporcionam a devida adaptação, prédios sem rampas de acesso e elevadores o que impede o acesso a serviços essenciais fazendo assim, com que estas passem por um desgaste ainda maior ao tentarem vivenciarem suas rotinas de forma equitativa.

A Lei das Filas, dispõe em seu artigo 6º quais apenas aplicadas a quem descumprir o que estar previsto:

Art. 6º A infração ao disposto nesta Lei sujeitará os responsáveis:

I – no caso de servidor ou de chefia responsável pela repartição pública, às penalidades previstas na legislação específica;

II – no caso de empresas concessionárias de serviço público, a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), por veículos sem as condições previstas nos arts. 3º e 5º;

III – no caso das instituições financeiras, às penalidades previstas no art. 44, incisos I, II e III, da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As penalidades de que trata este artigo serão elevadas ao dobro, em caso de reincidência.

A Política Nacional de Mobilidade Urbana, institui em seu artigo 15 os meios de fiscalização a serem usados para verificação da efetiva aplicação do que está prescrito em lei, abarca como soluções a participação conjunta da sociedade e do Poder Público com a criação de órgãos colegiados que debatam sobre as questões pertinentes ao assunto, instituição de ouvidorias que realizem a verificação e cumprimento das especificações ligadas à Mobilidade Urbana, bem como a

realização de audiências públicas que integralizem os anseios da sociedade com o poder de mudar dos seus governantes.

A partir das análises, positivadas em lei, é possível a visualização de um extenso rol de penalidades que devem ser aplicadas a nível nacional, não só no município de Itacoatiara. Todavia, trazendo a questão ao meio social vivenciado, será possível verificar que existem órgãos especializados em cada campo demonstrado em Itacoatiara que podem realizar a devida organização, incentivo e fiscalização através de implantação de projetos e políticas públicas ligadas ao tema o que não extinguirá as irregularidades mas diminuirá drasticamente os percentuais de descumprimento pelos cidadãos influenciando em um desenvolvimento social coerente.

6. CONCLUSÃO

Após a elucidação dos fatos trazidos ao presente estudo, pode-se inferir que não há a aplicabilidade efetiva da integralidade dos direitos assegurados na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que muito embora tenha apresentado uma significativa evolução histórica, permanece subutilizada em muitos momentos por uma série de fatores enraizados na cultura sociológica de cada região.

Constatou-se ainda, que a inclusão da pessoa com deficiência atrelada a mobilidade urbana é sem sombra de dúvidas um dos temas que merece atenção e prioridade de todos. Pois, além de trazer à tona uma reflexão sobre a desigualdade social que é ampliada pela dicotomia existente entre as leis em vigor e o que realmente é colocado em prática também demonstra a importância da dignidade da pessoa humana em sentido material por meio da acessibilidade e da inclusão social igualando-se o cidadão na medida de suas desigualdades.

É possível ainda verificar-se que o problema em questão pode ser solucionado de forma preventiva por meio de programas educacionais de cunho informativo e inclusivo, quais sejam, palestras, amostras, seminários a fim de aproximar a escola deste debate social, bem como por meio da criação de projetos a serem desenvolvidos em coparticipação pela gestão municipal, escolas, empresas e toda sociedade itacoatiarense, além de medidas corretivas que deverão ser adotadas após os diversos setores econômicos, educacionais e fiscalizadores passarem pela devida capacitação.

Há de se falar ainda da criação e estudo de parcerias com as associações de amparo, empresas públicas e privadas na implementação de melhorias nas vias de acesso aos mais diversos estabelecimentos, como também a realização de manutenção dos acessos já existentes na cidade, os quais deverão ser acessados

através da implementação de transporte público adaptado observando-se as normas previstas pela ABNT e pelo desenho universal.

Portanto, resta claro o entendimento de que ainda há muito a ser galgado na busca pelo cumprimento efetivo da lei, o qual deverá ser priorizado através da observância pela gestão pública com participação da sociedade dos princípios fundamentais que devem nortear a elaboração de projetos e planos diretores garantindo assim a inclusão da pessoa com deficiência atrelada a mobilidade urbana com o intuito de se ter uma cidade construída por todos e para todos.

7. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Adriana Silva, Mobilidade Urbana para Pessoas com Deficiência no Brasil: um estudo de blogs. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/urbe/2015nahead/2175-3369-urbe-2175-3369008001AO03.pdf>. Acesso em: 01/09/2020.

BRASIL. Lei número 13.146, de 06 de julho de 2015, Promulga a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 05/04/2020.

BRASIL. Lei número 12.587, de 03 de janeiro de 2012, Promulga a Política Nacional de Mobilidade Urbana, Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm. Acesso em: 01/10/2020.

BRASIL. Lei número 10.048, de 08 de novembro de 2000, Promulga a Lei Prioridade de Atendimento às Pessoas que Especifica, Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm. Acesso em: 17/10/2020.

BRASIL. Lei número 7.853, de 24 de outubro de 1989, Promulga a Lei de Apoio às Pessoas com deficiência e a sua Integração Social, Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20apoio%20%C3%A0s,P%C3%ABlico%2C%20define%crimes%2C%20e%20d%C3%A1. Acesso em: 18/10/2020.

BUZZI, MARCOS, Superior Tribunal de Justiça – STJ, 2º Grau, Quarta Turma, Jurisprudência, Jusbrasil, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/671909389/recurso-especial-resp-1611915-rs-2016-0085675-9?ref=serp>. Acesso em: 18/10/2020.

CÉSPEDES, Lívia/ ROCHA, Fabiana dias, Vade Mecum, 28ª edição, 2019, Editora Saraiva. Acesso em: 05/09/2020.

CUNHA, Rogério Sanches. FARIAS, Cristiano Chaves, PINTO, Ronaldo Batista, Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo, 2016, Acesso em 03/07/2020

FREEDOM. Disponível em: <https://blog.freedom.ind.br/mobilidade-urbana/> Acesso em: 25/09/2020.

GARCIA, Vera, 2020. Desafios da Acessibilidade no Brasil: um comparativo com outros países. Disponível em: <https://www.deficienteciente.com.br/desafios-da-acessibilidade-no-brasil-um-comparativo-com-outros-paises.html>. Acesso em: 14/10/2020.

GONÇALVES, Bernardo José Drumond/ VORCARO, Maria Eduarda Guimarães de Carvalho Pereira. Análise objetiva das principais alterações advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei 13.146/15). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/275942/analise-objetiva-das-principais-alteracoes-advindas-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia--lei-13-146-15> Acesso em: 25/09/2020.

IBGE. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/itacoatiara/panorama> Acesso em: 03/09/2020.

NOVELINO, Marcelo, Manual de Direito Constitucional, 8ª Edição, Volume Único, 2013. Acesso em: 09/10/2020.

ORMONDE, Alexandre Pereira Pinto/ SOUZA, Luiz Roberto Carboni – Constituição Federal da República Federativa do Brasil e Legislação, 27ª Edição, 2020, Acesso em: 10/09/2020.

ROCHA, Karol, Matéria Jornalística: Acidentes de Trânsito no Amazonas já tiraram onze vidas somente em 2019. Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/manuel/news/acidentes-de-transito-no-amazonas-ja-tiraram-onze-vidas-somente-em-2019>. Acesso em: 19/10/2020.

SERRA, José. Desenho Universal – Habitação de interesse Social – Cartilha do Governo do Estado de São Paulo, PDF. Disponível em: www.mpsp.mp.br. Acesso em: 18/10/2020.

TCU – Áreas Temáticas – Mobilidade Urbana, 2010. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2010/fichas/Ficha%205.2_cor.pdf.

TORQUES, Ricardo, Livro Eletrônico – Acessibilidade para TJ-AM (Todos os cargos) Com Videoaulas – Pós-Edital, Estratégia Concursos, 2019. Disponível em: www.estrategiaconcursos.com.br. Acesso em: 08/08/2020.

VERA, Garcia/ MATOS, André Luiz dos S. Desafios da Acessibilidade no Brasil: um comparativo com os outros países, 09.03.2020. Acesso em: 17/10/2020.

ASPECTOS DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

O conceito clássico de igualdade experimentado pelo Estado liberal traduzia apenas o seu aspecto negativo, em que o Estado se preocupava, tão somente, em não discriminar, abstendo-se de atitudes que pudessem gerar privilégios e vantagens a membros de determinados grupos sociais, étnicos, religiosos, raciais etc. Nesta época, tinha-se por suficiente na busca da igualdade prometida pelos revolucionários a edição de diplomas legais genéricos onde todos fossem tratados em pé de igualdade, acompanhados de ações repressivas em face de discriminações injustas.

Contudo, mencionada visão do princípio ora em comento já não mais se mostra suficiente para por fim, ou menos atenuar, as profundas desigualdades que se perpetraram nas sociedades contemporâneas. As desigualdades historicamente acumuladas, ignoradas pelo conteúdo clássico do princípio da igualdade, obstam o progresso de grupos ao longo do tempo discriminados. Deste modo, surge a necessidade de se buscar mecanismos hábeis a superar os entraves até então invisíveis aos olhos das legislações existentes.

Esclareça-se, ademais, que não só o poder legislativo vacila na efetivação da igualdade em seu mais nobre sentido, mas o próprio judiciário, não raras vezes, nega-se a interpretar o Direito de forma aberta e de modo a adequá-lo à realidade. Mesmo diante da carência de leis expressas reconhecendo os obstáculos mencionados linhas acima, é possível, em muitos casos, que o intérprete o faça, afinal o direito é feito para o homem e não o inverso.

A própria Constituição, como conjunto de regras e princípios, deve ser interpretada de modo a se amoldar às reais necessidades existentes, já que estes últimos (os princípios) permitem que assim se o faça. Neste propósito, J.J. Canotilho em observação à Lei Maior de Portugal diz que:

O sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem

das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça. [1]

Tratar todos igualmente, sem levar em conta as reais diferenças que estigmatizam determinadas minorias, quer sejam raciais, étnicas, sociais, ou de qualquer outra natureza, nada mais significa senão eternizar as desigualdades então existentes e, em contrapartida, assegurar privilégios historicamente adquiridos por outros grupos.

Dentro deste contexto, o Estado e o Direito não podem fechar os olhos para a realidade construída ao longo da história, havendo a necessidade de portarem-se ativamente na promoção da igualdade, impondo-se um posicionamento enérgico na busca da igualdade de oportunidades, a fim de compensar os entraves socialmente impostos a determinados grupos marginalizados.

Neste sentido, afirma Hédio da Silva Júnior que:

O reconhecimento desse dado da realidade justifica a compreensão de que o catálogo constitucional dos fatores de desigualação, sob nenhum pretexto, pode ser tomado como um plexo caótico de admoestações, destituído de valor jurídico, mas como previsão normativa de que a trajetória dos indivíduos não está determinada tão somente por suas habilidades intelectuais, pela boa sorte, ou pelo acaso, visto que sujeita-se também à influência das circunstâncias sociais e de fatores arbitrários capazes de embaraçar, limitar, quando não pura e simplesmente frustrar suas expectativas, suas chances de êxito pessoal e a possibilidade de realização plena de suas potencialidades.[2]

Assim, como obtempera o mesmo autor:

O conteúdo positivo do direito de igualdade comete ao estado o dever de esforçar-se para favorecer a criação de condições que permitam a todos beneficiar-se da igualdade de oportunidades e eliminar qualquer fonte de discriminação direta ou indireta. A isto dá-se o nome de ação afirmativa, compreendida como comportamento ativo do Estado, em contraposição à atitude negativa, passiva, limitada à mera intenção de não-discriminar.[3]

Arivaldo Santos de Souza, em artigo publicado sobre o tema, da mesma forma ensina que:

As iniciativas governamentais adotadas para solucionar problemas sociais (políticas públicas) e as medidas privadas ou governamentais de caráter compulsório, facultativo ou voluntário que visam a eliminação ou a mitigação de desigualdades históricas contra grupos e suas respectivas consequências, notadamente no trabalho e na educação, são estratégias para consecução de fins estatais positivados e ganham o nome de AA.^[4]

Neste contexto, as ditas Ações Afirmativas são inspiradas pela necessidade de uma postura proativa de atuação em busca da igualdade material. Assim, emerge o conteúdo positivo do princípio da igualdade, buscando a máxima efetividade do valor igualitário, que dificilmente seria atingida dentro das balizas limitadoras da isonomia em sua acepção tradicional.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Ed. Edição Almedina, 2000.

CARVALHO, José Murilo de, *Ações afirmativas, sim, cotas, não*. http://www.ppghis.ifcs.ufrj.br/media/carvalho_acao_afirmativa.pdf. Acessado em 26 de novembro de 2007.

JR, Hélio Silva. *Direito de Igualdade Racial: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

SOUZA, Arival Santos de. *A constitucionalidade da política de cotas para negros nas universidades*. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5027>> Acessado em: 02 de junho de 2007.

NOTAS:

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Ed. Edição Almedina, 2000. P.159.

[2] JUNIOR, Hédio da Silva, *Direito de Igualdade Racial: Aspectos Constitucionais Cíveis e Penais: Doutrina e Jurisprudência*. P.118. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002

[3] Ibidem. P.122.

[4] SOUZA, Arivaldo Santos de. *A Constitucionalidade da Política de Quotas para Negros nas Universidades*. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5027>>
Acessado em: 10 de junho de 2007.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

DIEGO ALVES LOPES: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes, Servidor do Ministério Público do Estado do Amazonas, Chefe da Secretaria dos Órgãos Colegiados do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Resumo: Este artigo, enquanto pesquisa bibliográfica, utilizando o método dedutivo de abordagem, objetivou analisar a figura do planejamento tributário, à luz da Constituição da República de 1988. A pesquisa caminhou pela conceituação da expressão “planejamento tributário”, analisando também outros conceitos imprescindíveis para a compreensão do tema proposto, discutindo, sob ótica de diversos doutrinadores a elusão fiscal, a elisão fiscal, a simulação, a evasão fiscal e o abuso de direito. A relevância da pesquisa se assenta no direito do contribuinte de sofrer menor exação frente ao poder estatal de exigir o pagamento de tributos. Por fim, a pesquisa analisou alguns princípios de envergadura constitucional de modo a demonstrar que o planejamento tributário encontra base na Carta da República para a sua prática.

Palavras-chave: Direito Tributário. Planejamento Tributário. Constituição.

Abstract: This article, as a bibliographic search, using the deductive approach method, aimed at reviewing the figure of tax planning, in the light of the Constitution of the Republic of 1988. The search went through the conceptualization of the expression “tax planning”, also analyzing other essential concepts for the understanding of the proposed theme, discussing tax evasion, tax avoidance, simulation, tax evasion and abuse of rights from the point of view of several indoctrinators. The example of the research is based on the taxpayer 's right to suffer lesser exaction in the face of state power to demand payment of taxes. Finally, a survey analyzed some principles of constitutional scope in order to demonstrate that tax planning finds the basis in the Charter of the Republic for its practice.

Keywords: Tax Law. Tax Planning. Constitution.

Sumário: 1. Introdução. 2. Planejamento Tributário: Conceito. 3. Elusão, elisão e evasão fiscal, simulação e abuso de direito. 4. O planejamento tributário e a

Constituição de 1988. 5. Considerações Finais. 6. Referências. 6.1. Legislação. 6.2. Obras jurídicas. 6.3. Outras publicações. 6.4. Jurisprudência.

1. Introdução

Com fundamento no texto constitucional, o Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, doravante, CTN) permite ao Estado exigir do contribuinte tributos que são cobrados para sustentar a máquina estatal. Leandro Paulsen (2015, p. 21) confirma essa afirmação ao explicar que “a tributação, em Estados democráticos e sociais, é instrumento da sociedade para a consecução de seus próprios objetivos”.

O CTN, já no *caput* do art. 3.º, conceitua tributo como “toda prestação pecuniária **compulsória**, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não se constitua sanção de ato ilícito instituída em lei e **cobrada** mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Em outros termos, pode-se afirmar que ao Estado compete “cobrar tributos” e ao contribuinte recai o dever de pagá-los compulsoriamente.

A partir da formação da relação Estado-contribuinte nasce o debate decorrente da pergunta: Pode o contribuinte buscar meios para pagar menos tributos? A resposta a essa pergunta, como será explicado à frente, é sim. Todavia a pergunta principal objeto desta pesquisa é: Qual a base constitucional para a prática do planejamento tributário?

A fim de dar os necessários esclarecimentos, imprescindível é compreender alguns conceitos que servirão de base para melhor compreensão do Planejamento Tributário e seu fundamento constitucional.

2. Planejamento Tributário: Conceito

Na obra Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal, Miguel Delgado Gutierrez (2006, p.16) explica que ao longo da história o “tributo nunca foi simpático aos contribuintes”, complementando que os contribuintes “sempre procuraram resistir à apropriação compulsória do seu patrimônio particular por parte do erário”. Ocorre que num Estado democrático, em que pese o poder estatal de exigir tributos, não se pode falar em relação de verticalidade entre os dois elementos da relação tributária (Estado e o contribuinte), mas em relação de igualdade, pois tanto o fisco como o sujeito passivo da obrigação tributária submetem suas condutas ao que a lei determina (GUTIERREZ, 2006, p. 17).

Contudo, ainda que o Brasil seja um Estado democrático de Direito, a “fatia” de tributos que o Estado recebe do contribuinte continua sendo relevante. Em

pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação publicada em 31/05/2017, concluiu-se que o brasileiro trabalha 153 (cento e cinquenta e três) dias por ano para pagar impostos.

Ante essa realidade, a consequência lógica é que o contribuinte busque meios para minimizar seus custos com tributos e o meio para tal é o planejamento tributário.

Diversos doutrinadores, em suas obras, conceituam o planejamento tributário. A título de exemplo, Lívio Augusto de Sillos (2005, p. 10) conceitua planejamento tributário como “a expressão utilizada para representar o conjunto de procedimentos adotados pelo contribuinte com o objetivo de eliminar, reduzir ou diferir para momento mais oportuno a incidência de tributos”.

Já Cintra e Mattos (2016, p. 121-122) entendem o planejamento tributário como “um conjunto de medidas que definem estratégias para a realização de atos e/ou negócios jurídicos, respeitando os ditames previstos pelo direito positivo com o desiderato de diminuir o dispêndio fiscal”.

Por fim, Gutierrez (2006, p. 17) mesmo sem conceituar planejamento tributário, esclarece que a “finalidade do planejamento exacional é prever e dispor os negócios jurídicos do contribuinte, sempre respeitando os limites impostos pela lei”.

Destarte, a partir das referências doutrinárias apresentadas é possível afirmar que o planejamento tributário é o conjunto de medidas tomadas pelo contribuinte para pagar menos tributos, sempre respeitando os ditames legais.

Conclui-se, portanto, que não é conduta vedada pelo ordenamento jurídico pátrio a figura do planejamento tributário, contudo deve o contribuinte, ao se valer de estratégias para reduzir sua carga tributária, respeitar os limites legalmente impostos.

3. Elusão, elisão e evasão fiscal, simulação e abuso de direito

Compreendido o conceito de planejamento tributário, faz-se necessário conhecer o significado de alguns termos recorrentes quando do desenvolvimento de estratégias do contribuinte para pagar menos tributos. São eles: elusão, elisão e evasão fiscal, simulação e o abuso de direito.

Por elusão fiscal entende-se a “conduta praticada pelo indivíduo mediante a realização de atos ou negócios jurídicos permitidos pela ordem jurídica, mas

desprovidos de causa, com o intuito de economia fiscal, mediante violação da lei” (CARVALHO, 2016, p. 299). Na mesma linha segue Heleno Torres (2003, p. 189) ao afirmar que “elusão tributária consiste em usar negócios jurídicos atípicos ou indiretos desprovidos de ‘causa’ ou organizados como simulação ou fraude à lei”. Evidencia-se, portanto que ao se pensar em planejamento tributário, a elusão fiscal não é meio lícito para redução de carga tributária, conforme acórdão a seguir colacionado:

TRIBUTÁRIO. PLANEJAMENTO ABUSIVO. ELUSÃO FISCAL. OPERAÇÕES ANORMAIS E ARTIFICIAIS, DESTOANTES DA EFETIVA REALIDADE SOCIETÁRIA, PARA VIABILIZAR ECONOMIA DE TRIBUTOS NA ALIENAÇÃO SOCIETÁRIA. PARCELAMENTO. LEI Nº 11.941/2009. ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO. REDUÇÕES. ART. 7º DA REFERIDA LEI. POSSIBILIDADE. 1. A prática de operações anormais e artificiais, destoantes da efetiva realidade societária, para simplesmente viabilizar a redução da tributação da alienação societária, caracteriza-se como elusão fiscal, mais especificamente como simulação, que enseja o lançamento de ofício com fulcro no art. 149, VII, do CTN. 2. A Lei nº 11.941, de 27/05/2009, em seu artigo 7º, prevê a possibilidade de quitação à vista no curso do parcelamento (antecipação de todas as parcelas vincendas), observando o mínimo de 12 parcelas, aplicando os mesmos benefícios do que seria a quitação à vista quando da adesão ao programa. Ato regulamentar infralegal não pode inovar na ordem jurídica de modo a limitar o direito que a lei conferiu ao contribuinte em maior extensão.

(TRF-4 - APL: 50032966920154047113 RS 5003296-69.2015.4.04.7113, Relator: ANDREI PITTEN VELLOSO, Data de Julgamento: 18/12/2018, SEGUNDA TURMA)

A elisão fiscal, na lição de Gutierrez (2006, p. 72), é a conduta na qual “o contribuinte procura, sempre por métodos lícitos, outras formas de atingir os resultados econômicos pretendidos, dentro do leque de possibilidades que o sistema legal lhe permite”. Em outros termos, trata-se de meio válido para minorar o pagamento de tributos, o que pode ser feito pelo retardo ou redução do pagamento de um tributo **antes da ocorrência de seu fato gerador** (GUTIERREZ, 2006, p. 72).

Noutro giro, tem-se a evasão fiscal, que se diferencia da elisão fiscal em razão do momento em que ocorre. Assim, ao passo que na elisão fiscal se busca adotar medidas para evitar ou reduzir o pagamento de tributos antes da ocorrência do fato

gerador, na evasão fiscal se busca “ludibriar a autoridade administrativa, seja por fraude, dolo ou simulação” (MCNAUGHTON; ANAN JR; PEIXOTO, 2016, p. 386).

A simulação, por sua vez, está prevista no corpo do Código Civil de 2002, especificamente no art. 167, § 1.º e 2.º, que segue transcrito:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Registre-se que o diploma civilista de 2002 não buscou conceituar o que seria simulação, limitando-se a descrever as hipóteses em que se caracterizará a conduta simulada. Por outro lado, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 645) definem simulação como “intencional e propositado desacordo entre a vontade declarada e (tornada exterior) e a vontade interna (pretendida concretamente pelo declarante), fazendo com que seja almejado um fim diverso daquele afirmado”.

Farias e Rosenvald (2017, p. 648) ainda complementam que em razão do art. 116 do CTN a simulação será ineficaz (em sua acepção estrita), quer seja inocente ou nocente, quer seja absoluta ou relativa, arrematando que a autoridade administrativa pode “simplesmente desconsiderar atos ou negócios praticados com o fito de lesar obrigação fiscal”.

Já a figura do abuso de direito, segundo Gutierrez (2006, p. 170), “visa combater práticas que impliquem numa distorção no equilíbrio do relacionamento entre as partes, seja pela utilização de um direito ou de um poder para uma finalidade diversa daquela para a qual o ordenamento assegura sua existência, seja pela distorção de sua função”.

Em outros termos, o abuso de direito ocorre quando, objetivando se beneficiar, quer pelo afastamento do pagamento do tributo, quer pela sua redução, prejudicando a coletividade, o contribuinte lança mão de estratégias para auferir benefícios que a lei concede, mas que não lhe seriam colocados à disposição caso não agisse de modo a distorcer o conteúdo da norma posta.

Destarte, considerando as condutas acima descritas, faz-se necessário que quando da elaboração de plano tributário, o contribuinte e o operador do Direito que o assessora se acautelem de modo a buscar a redução da carga tributária adstringindo-se aos ditames legais.

4. O planejamento tributário e a Constituição de 1988

Tendo em vista as ponderações feitas anteriormente, resta claro que o planejamento tributário é medida que objetiva, sem desrespeito aos mandamentos normativos, reduzir a carga tributária ao contribuinte. Assim, não resta dúvidas de que do viés legal, não há vedação à essa conduta.

Contudo, considerando a maneira como se estrutura o ordenamento jurídico brasileiro, que tem a Constituição como paradigma, resta esclarecer quem que princípios se funda a permissão para elaboração de planejamento tributário.

Nesse diapasão, a fim de fixar o ponto de partida, cabe esclarecer que o planejamento tributário encontra guarida no princípio da legalidade e em direitos fundamentais também plasmados na Constituição, quais sejam: direito à liberdade, à livre iniciativa, à propriedade e o livre exercício da atividade econômica.

Ao tratar do princípio da legalidade, presente no art. 5.º, inciso II, da Carta Magna, a conclusão é de que é permitido fazer aquilo que a lei não proíbe. Portanto, praticar atos que não impliquem violação de lei não se configura conduta ilícita, sendo este um dos fundamentos do planejamento tributário.

A livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica, bem como o direito à propriedade se constituem garantias constantes no art. 170 da Constituição de 1988. Com efeito, considerando que tais garantias objetivam “assegurar a todos existência digna”, cabe ao planejamento tributário buscar meios legais de auto-organização para que o contribuinte possa aumentar sua competitividade, auferir maior margem de lucro e continuar sua atividade econômica.

Destarte, resta incontroverso que a prática do planejamento exacional encontra amparo tanto legal quanto constitucional, cabendo ao contribuinte a cautela de não se desbordar os limites normativos.

5. Considerações Finais

O planejamento tributário, que se constitui em um conjunto de medidas estratégicas que objetivam, dentro dos limites legais, postergar, reduzir ou mesmo evitar o pagamento de tributos.

Por óbvio, considerando a robusta estrutura fiscal de que goza o Estado, bem como das diversas espécies tributárias a que estão sujeitos os contribuintes, furtar-se ao pagamento é objetivo impossível de ser alcançado, restando ao sujeito passivo da obrigação tributária, amparado por princípios constitucionais, executar planejamento exacional.

Noutro giro, malgrado a possibilidade de planejar maneiras de reduzir a carga tributária, cabe ao contribuinte conhecer condutas permitidas ou vedadas pela lei. Neste respeito, esta pesquisa buscou trazer descrição de algumas dessas condutas, objetivando dar clareza às cautelas que o planejamento tributário deve ter.

Outrossim, inquestionável é o direito de o contribuinte optar pelo caminho menos oneroso do ponto de vista fiscal, contudo, em que pese o permissivo normativo, o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de maior clareza quanto aos limites do planejamento tributário, como por exemplo a falta de normatização do disposto no art. 116 do CTN, citado anteriormente, que limita-se a discorrer sobre a simulação.

Por fim, esta pesquisa cumpriu seu papel de elucidar o questionamento proposto quanto a possibilidade legal e constitucional de se lançar mão do planejamento tributário.

6. Referências

6.1. Legislação:

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 27/10/1966.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Assembleia Nacional Constituinte. Diário Oficial da União, Brasília, 5/10/1988.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11/01/2002.

6.2. Obras jurídicas:

CARVALHO, Ivo Cesar Barreto de. Planejamento Tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Planejamento Tributário**. São Paulo: Malheiros: ICET, 2016. p. 284-359.

CINTRA, Carlos César Sousa; MATTOS, Thiago Pierre Linhares. Planejamento Tributário à luz do Direito Brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Planejamento Tributário**. São Paulo: Malheiros: ICET, 2016. p. 93-153.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15.^a ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MCNAUGHTON, Charles Willian; ANAN JR, Pedro; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Planejamento Tributário. In: Sabbag (Org.). **Estudos Tributários**, Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 385-399.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 7.^a ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILLOS, Lívio Augusto de. **Planejamento Tributário: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2015.

TORRES, Heleno. **Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

6.3. Outras publicações:

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Estudo sobre os dias trabalhados para pagar tributos 2017**. Disponível em: <https://ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2588/ESTUDOSOBREOSDIASRABALHADOSPAPARIMPOSTODE2017.pdf>. Acesso em: 10/08/2019.

6.4. Jurisprudência

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. **Apelação/Remessa Necessária n.º 5003296-69.2015.4.04.7113/RS**. Apelantes: União – Fazenda Nacional (réu) e Gustavo Z Grapiglia Administração e Participações LTDA (autor), Apelado: os mesmos: Estado do Rio Grande do Sul, 18/12/2018.