



Cristian Kiefer da Silva (Org.)

NOVAS

PERSPECTIVAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Prefácio de
Alessandra Mara de Freitas Silva

VOLUME 2



A presente obra apresenta inúmeras e preciosas pesquisas na área do Direito, e propõe um novo olhar para o mundo jurídico de forma crítica e propositiva. Os temas abordados possuem grande repercussão na doutrina nacional, e notadamente, são primorosos e dignos de publicação especial. A proposta no livro é premiar e estimular o resgate da dimensão transformadora e crítica do estudo do Direito, trazendo uma reflexão acerca dos pretensos saberes sobre os quais o Direito busca sustentar sua fundamentação. Todavia, o ambiente acadêmico, seja na graduação ou na pós-graduação, necessita de “oxigenação” e “racionalização”, e nada melhor que boas pesquisas jurídicas sejam uma forma qualificada de atualizar os estudos do Direito, tanto para aqueles que escrevem suas pesquisas de final de curso, dissertações ou teses, quanto para aqueles que ainda estão iniciando seus estudos. Pois bem, esta obra é fruto do esforço coletivo e diário de todos os pesquisadores em Direito, que contribuíram com os seus trabalhos científicos, enaltecendo as várias proposições (in)sustentáveis que permeiam o Direito. Nesse sentido, é preciso esclarecer ao leitor que a normatividade jurídica não é e nunca foi uma realidade pronta e acabada, mas um elemento em permanente construção.



Novas perspectivas do Direito Contemporâneo

Novas perspectivas do Direito Contemporâneo

Volume 2

Organizador:

Cristian Kiefer da Silva



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

Fotografia de Capa: Tingey Injury Law Firm - tingeylawfirm.com

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SILVA, Alessandra Mara de Freitas; SILVA, Cristian Kiefer da (Orgs.)

Novas perspectivas do Direito Contemporâneo: volume 2 [recurso eletrônico]/ Cristian Kiefer da Silva (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

468 p.

ISBN - 978-65-5917-017-3

DOI - 10.22350/9786559170173

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito Contemporâneo; 2. Direito Público; 3. Ciências jurídicas; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Mensagem aos leitores

Cristian Kiefer da Silva

Preliminarmente, gostaria de registrar o meu singelo agradecimento a todos os docentes e discentes que contribuíram com a produção de trabalhos científicos valorosos para esta obra literária. A reflexão acerca dos pretensos saberes sobre os quais o direito busca sua fundamentação é a proposta central desta obra que se coloca no horizonte mais amplo de compreensão para os estudiosos e profissionais do direito. Nesse sentido, este livro é fruto de um primoroso e cuidadoso trabalho desenvolvido entre docentes e discentes preocupados em trazer para o mundo do direito questões que são extremamente relevantes para a vida em sociedade. É bom registrar que, a sociedade contemporânea vem sofrendo inúmeras transformações no campo tecnológico, social, econômico e jurídico, com significativos impactos em nossa sociedade, influenciando sobremaneira a compreensão e (re)interpretação dos institutos jurídicos, dentro do contexto do Estado democrático de direito. Além disso, os conteúdos normativos do sistema jurídico se alteram para adequar-se aos princípios e valores constitucionais erigidos na Constituição da República de 1988, com a finalidade de se promover o desenvolvimento da sociedade e, por conseguinte, garantir a efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Alinhado com essas premissas básicas, a presente obra oferece esse espaço cultural e científico para todos aqueles que desejam compartilhar aprendizado e promover o debate de temas jurídicos, políticos e filosóficos. Contudo, por meio desse intercâmbio da construção do conhecimento, permite-se que os diversos ramos cognitivos possam sedimentar-se num conhecimento amplo e global, corrigindo rumos e acertando marcos

divisórios, sem nunca perder a autopoiese de cada centro de multiplicação do saber.

Como resultado do nosso trabalho, a construção de uma sociedade livre, igualitária e democrática depende do constante aprendizado e da multiplicação do saber. Sem o permanente compartilhamento do conhecimento não há democracia, sem conhecimento não há liberdade, muito menos igualdade. Apreender e multiplicar conhecimento são mais do que um direito fundamental; acima de tudo corresponde a um dever de todos os cidadãos para a consolidação de uma sociedade mais justa e solidária.

Antes de encerrar, não poderia faltar o convite ao leitor para a participação nos próximos números, pois nosso Grupo de Pesquisa em Direito está trabalhando na próxima edição, o que faz com novo ânimo, já que temos agora a responsabilidade de quem adquiriu a maioria. Venha participar você também dessa construção e multiplicação do conhecimento, cumprindo com o seu papel de cidadão.

Boa leitura a todos!

Sumário

Prefácio.....	13
Alessandra Mara de Freitas Silva	
Capítulo 1.....	15
A violação dos princípios gerais do Processo Civil na Constituição Federal de 1988: uma análise sobre a ausência de contrafé na citação do réu nas ações de família	
Anna Gabriela Celestino Souza Januário	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 2.....	46
Considerações acerca do ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes: análise do ativismo judicial como instrumento de concretização de políticas públicas	
Viviane Flávia de Resende	
Hugo Rios Bretas	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 3.....	85
Da (in)eficácia das medidas socioeducativas: apreciação sob a ótica dos julgados de números 0024.17.057.095-6 e 0024.17.057.632-6	
Stephanie Kristine Alves de Souza	
Hebert Soares Leite	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 4.....	112
As famílias simultâneas no direito brasileiro	
Thiago de Lima Soares	
Omar Narciso Goulart Júnior	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 5.....	138
A violação do princípio da isonomia em relação às visitas íntimas nas penitenciárias femininas	
Izadora Gracielle Almeida Torres	
Cristian Kiefer da Silva	

Capítulo 6	160
As atribuições constitucionais da Defensoria Pública e a inconstitucionalidade da advocacia dativa	
Karoline Hellen Matos Silva	
Hebert Soares Leite	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 7	178
Diretivas antecipadas e o direito a morte digna: a responsabilidade civil do médico x a autonomia do paciente	
Isabelle Aureliana Gomes	
Núbia Elizabette de Jesus Paula	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 8	207
A incidência do imposto de renda brasileiro nas transações com bitcoins	
Bianca Stephanie Martins Gandra Lamas	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 9	223
(In)compatibilidade entre os artigos 15 do Código de Processo Civil de 2015 e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho	
Bruno Luiz Marques Rocha	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 10.....	241
A (i)legalidade da condução coercitiva no direito brasileiro	
Wesley Araújo Liberato	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 11	275
A estruturação das normas de direito fundamental como sistema de valores na Constituição: a busca pela maior racionalidade nas decisões judiciais	
Cristian Kiefer da Silva	
Rafaela Oliveira Pontes	
Gabriela de Freitas Madureira	
Capítulo 12	295
A construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional: a necessidade de percepção da antinomia existente entre facticidade e validade	
Cristian Kiefer da Silva	
Alessandra Mara de Freitas Silva	
Anne Vieira Teodorak Pego	

Capítulo 13	313
Ministério público à luz da Constituição Federal de 1988: instituição transformadora, papel de <i>custos societatis</i> e a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em projetos sociais	
Anne Vieira Teodorak Pego	
Cristian Kiefer da Silva	
Alessandra Mara de Freitas Silva	
Capítulo 14	343
Paternidade socioafetiva: obrigação alimentar com responsabilidade solidária	
Sther Rocha Araújo Alexandre	
Hugo Rios Bretas	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 15	364
Aplicação da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro: um método racional de solução de conflitos?	
Gabriela Santos Cecotti da Fonseca	
Cristian Kiefer da Silva	
Alessandra Mara de Freitas Silva	
Capítulo 16	389
Novas perspectivas sobre o direito ambiental e o desenvolvimento sustentável: a ponderação de controvérsias a respeito da responsabilização da pessoa jurídica em casos de crimes ambientais	
Cristian Kiefer da Silva	
Rafaela Oliveira Pontes	
Capítulo 17	422
Perdão: como utilizar o perdoar apaziguando as relações das pessoas naturais e jurídicas	
Iara Alves Etti Fróes	
Cristian Kiefer da Silva	
Capítulo 18	436
A vedação do <i>sursis</i> nos graves crimes contra a hierarquia e a disciplina militar: análise sob à luz da Constituição Federal de 1988	
Lorena Hermenegildo de Oliveira	
Cristian Kiefer da Silva	
Sobre os autores	465

Prefácio

*Alessandra Mara de Freitas Silva*¹

É com imensa satisfação que apresento aos estudiosos de Direito esta obra coletiva, fruto da dedicação e pesquisa de discentes e docentes que almejam promover a reflexão, discussão e aperfeiçoamento da ciência jurídica. Um dos maiores desafios da modernidade é a efetivação do Estado Democrático de Direito, principalmente em um cenário no qual a sociedade passa por profundas mudanças de cunho social, político, tecnológico e econômico.

Neste contexto, faz-se imperioso pensar e (re)pensar o direito, sabendo-se que o conhecimento jurídico é oportuno e extremamente relevante para a formação de atores sociais e, principalmente, cidadãos comprometidos com sua função na sociedade, visto que o que rege a sociedade é o conjunto de normas pautados pelo estudo do direito.

A presente obra é uma coletânea de artigos cuidadosamente selecionados pelos organizadores pra dedicar-se às reflexões do Direito Contemporâneo que tem surgido a partir de uma interpretação e reinterpretação do Direito. Os artigos selecionados se propõe a investigar, de forma científica, temas atuais que tem surgido com as profundas transformações que nossa sociedade tem passado e seus impactos na ciência jurídica.

Esta obra também é um mecanismo de discussão e espaço do saber para efetivar a democracia, apresentando um amplo leque de temas atuais e modernos. O rigor metodológico, a competência técnica e profundidade dos argumentos desta obra a tornam um importante livro para que os

¹ Coordenadora Regional do Curso de Direito do Centro Universitário UNA

operadores e aprendizes da ciência jurídica possam compreender delicadas questões que temos que enfrentar, buscando a interpretação mais justa e democrática.

A educação é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e, nesta obra, o leitor terá a oportunidade de participar deste debate tão importante da atualidade. Desejo, sinceramente, uma excelente leitura!

Capítulo 1

A violação dos princípios gerais do Processo Civil na Constituição Federal de 1988: uma análise sobre a ausência de contrafé na citação do réu nas ações de família

Anna Gabriela Celestino Souza Januário

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a citação do réu para a audiência de conciliação em processos de família desacompanhada de cópia da petição inicial (contrafé). Para tanto, buscar-se-á demonstrar o prejuízo causado ao réu no exercício de sua defesa e também a ofensa aos princípios constitucionais, quais sejam, isonomia, contraditório e ampla defesa, os quais compõem a garantia constitucional do devido processo legal.

Considerando que, nesta hipótese, ao réu não é garantido o exercício das garantias constitucionais do contraditório, isonomia e da ampla defesa, logo, terá o cerceamento imediato do devido processo legal. A inovação trazida pelo art. 695, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, no que diz respeito aos processos de família, diz que o mandado de citação ao réu dispensa a contrafé. Ou seja, o réu comparece à audiência sem qualquer informação a respeito do real motivo que está comparecendo em juízo.

Nesse sentido, a presente pesquisa trabalhará justamente neste ponto, uma vez que, a ausência da contrafé na citação do réu nos processos de família impossibilita a ele o conhecimento prévio sobre a causa, dificultando sua defesa e a possível conciliação na primeira audiência proposta com esse fim.

Alguns doutrinadores dizem que não está sendo lesado nenhum direito do réu, uma vez que, passada a audiência de conciliação, ele terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar sua defesa (contestação). No entanto, tal inovação traz muitas dúvidas sobre a constitucionalidade desses dispositivos do ponto de vista do contraditório, ampla defesa e isonomia, previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, o presente trabalho buscará analisar as garantias constitucionais atinentes ao processo e sua repercussão quanto ao processamento da citação do réu desprovida de contrafé nas ações de família, na forma como se encontra disciplinada pelo CPC/2015, para, ao final, demonstrar a violação do direito assegurado, qual seja, o devido processo legal e sua garantia aos princípios constitucionais supracitados.

Diante disso, a solução para o problema apresentado será a demonstração da função jurisdicional e para que ela seja exercida pelo Estado em conformidade com o Estado Democrático de Direito, deve-se observar os princípios constitucionais, mediante ampla participação das partes, incluindo a do réu, tutelando assim, os direitos fundamentais a ele garantidos pela CF/88.

2 Processo e jurisdição no Estado democrático de direito

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 1º diz que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, introduziu no país o Estado fundamentado no exercício do poder pelo povo, devendo esse poder ser exercido nos limites da lei. Nesse sentido, entende-se por Estado Democrático de Direito a conexão dos princípios do

Estado de Direito com o Estado Democrático. Nas palavras de Francisco Dourado, vejamos:

Destarte, a função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado segundo o devido processo constitucional, haja vista ser a jurisdição um direito fundamentação garantido a todo cidadão pela Constituição brasileira de 1988, cujos princípios e demais disposições legais limitarão esta manifestação de poder do Estado a ser exercida em nome do povo, podendo-se concluir que a *“jurisdição é atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo, sequer o processo deve ser pensado a luz da Constituição, porque é o processo a luz da Constituição”*. (DOURADO DE ANDRADE *apud* BRÊTAS, 2016, p. 250).

Nesse sentido, segue Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Não se pode mais cogitar um Estado, qualquer que seja seu conceito e justificação, sem as modernas e importantes qualidades identificadas pelo marcante fenômeno do constitucionalismo, que são o Estado de Direito e o Estado Democrático. Tem-se, portanto, um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabelece estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, Democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito. (DIAS, 2015, p.64).

Como cediço, o modelo de estado eleito pelo povo é o Estado Democrático de Direito. E, ao analisar a violação do direito do tema a ser discutido, faz-se necessário examinar os seus fundamentos de modo a possibilitar a análise do que está sendo violado, segundo o tema proposto neste trabalho.

Assim, tem-se que qualquer indivíduo que tenha o seu direito lesado poderá, através de provocação do Estado, requerer a efetivação daquilo que lhe foi conferido. Afinal, não há Estado de Direito nem democracia em que não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais. Sem contar que o acesso das pessoas à jurisdição está incluso no rol de direitos fundamentais. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias descreve o princípio democrático de direito, vejamos:

Por outro lado, a mesma doutrina tem o Estado de Direito como princípio de natureza material e procedimental, porque, em termos gerais temos: 1) incide no modo de proceder da atividade estatal, limitando e vinculando o exercício do poder pelo Estado ao direito, a fim de garantir as liberdades individuais; 2) reconhece os direitos fundamentais da pessoa; 3) institui o controle jurisdicional da legalidade dos atos da administração pública 4) concede proteção jurídica às pessoas por meio dos pronunciamentos jurisdicionais gerados em contraditório nos processos. (DIAS, 2015, p. 71).

Referido autor descreveu exatamente o que será abordado, pois, através do estudo aprofundado de cada instituto, e analisando a retirada da contrafé na citação do réu para audiência de conciliação, que ficará demonstrado como está sendo ferido o contraditório, ampla defesa e isonomia. Isto porque a Constituição, em seu art. 1º, trata dos seus princípios fundamentais e por isso será nossa constante referência ao princípio do Estado democrático de direito. Restou claro que, na concepção de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o conceito de Estado Democrático de Direito:

É legítimo quando se fala em democracia, pois exige uma conexão exclusiva dos órgãos jurisdicionais às leis emanadas da vontade popular. Nesse sentido, jurisdição é atividade estatal de órgão jurisdicional de fazer cumprir o direito positivo, mediante observação das garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal. (DIAS, 2015, p.74).

Desse modo, a função jurisdicional, é “atividade-dever do Estado prestado pelos órgãos competentes indicados na Constituição, somente sendo exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional”. (DIAS, 2015, p. 38).

Além do mais, na Constituição há um rol taxativo sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdades e garantias fundamentais elencados nos art. 5º e 6º, quais sejam, princípios da igualdade, o princípio da reserva legal e o direito à jurisdição pela garantia do devido processo

legal, todos embasados nos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido:

A jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico. Por isso, o Estado só pode agir, se e quando chamado a exercer a função jurisdicional, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação do seu ato decisório imperativo. (DIAS, 2015, p. 38 e 43).

A caracterização do processo como procedimento exigiu reelaboração em seu conceito, vejamos o que diz Rosemiro Pereira Leal:

[...] na Lógica da estrutura do procedimento, o traço (a diferença específica), não arquétipo ou cânone, que pudesse distinguir o processo e procedimento chegando a seguinte conceituação que, desmitificando a ideia de processo e cientificando os estudos do direito processual, podem ser assim colocadas: processo é espécie de procedimento em contraditório, entre as partes em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional. (LEAL, 2012, p.95).

Desse modo, a participação em contraditório pelas partes em igualdade não está ligada a sujeição, assim, o modo decisório estatal não será produzido isoladamente, mas será resultado de uma atividade jurídica realizada com a obrigatória participação daqueles que sofrerão os seus efeitos. A respeito do tema, Francisco Dourado conclui o que o processo:

[...] é tão importante para o direito que até mesmo para a constituição de sua Lei Maior, torna-se imperiosa a observância de sua elaboração sob regime democrático, onde sejam assegurado o debate, a isonomia entre as classes, a igualdade entre os destinatários da norma, a ampla defesa e contraditório daqueles que desejam insurgir na presença de uma ilegalidade, ou seja, o devido processo legislativo precede a construção da Constituição de Estado

Democrático ou, nas palavras de Leal, de um “provimento final denominado lei”, sendo esta fruto do império da soberania popular. (DOURADO DE ANDRADE, 2016, p. 251).

Nesse sentido, o processo é compreendido como um sistema garantidor de direitos fundamentais resguardados ao povo e não como meio ou instrumento a favor da jurisdição. É que, no Estado democrático de Direito, a função jurisdicional somente se concretiza dentro de uma estrutura constitucionalizada do processo, fazendo com que a função jurisdicional do Estado deve ser prestada de acordo e com obediência ao processo constitucional, afastado a possibilidade de ir contra aos princípios constitucionais.

Em suma, podemos concluir que, quando fere algum dos princípios supracitados, há lesão do próprio direito garantido pelo Texto Constitucional, logo, há inconstitucionalidade de tal ato. É o caso do contraditório, por ser uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional adequada, sendo, portanto, a condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional. “É o procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participada”. (BRETAS, 2015, p. 33). Por fim, o devido processo, segundo Rosemiro Pereira Leal:

[...] como instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma conjunção de princípios-institutos (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental) o qual é referente jurídico- discursivo de procedimentalidade ainda está, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. (LEAL, 2014, p. 92).

Nesta ordem, a Constituição impõe que o processo seja considerado um sistema garantidor do exercício dos direitos fundamentais, orientando pela principiologia constitucional do devido processo legal, que abarca em sua estrutura o contraditório, isonomia, ampla defesa, reserva legal e fundamentação das decisões. (DOURADO DE ANDRADE, 2015, p. 137).

3 Do devido processo legal como garantia constitucional

De acordo com Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o processo está plenamente ajustado à referida estrutura normativa (devido processo legal), como sendo:

[...] um procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, por exigência do devido processo constitucional, sem exceção de espécie alguma. É o contraditório que viabiliza a participação simetricamente igualitária das partes destinatárias do pronunciamento jurisdicional decisório final (decisão interlocutória, sentença, acórdão, provimento) na fase procedimental da sua preparação, influenciando as mesmas partes na sua construção. (DIAS, 2015, p. 43).

A Constituição Federal/88, em seu artigo 5º, ao tratar dos direitos e garantias constitucionais, em seu inciso XXXV, diz que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Assim, é assegurado a todos o acesso à jurisdição, pois a jurisdição é um direito fundamental das pessoas, bem como o devido processo legal situada no artigo 5º inciso LIV da Constituição de 1988. Brêtas esclarece que:

Os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente declarados no ordenamento jurídico-constitucional. Ressalta-se, que os direitos humanos são os direitos essenciais do ser humano, inerentes a vida, a liberdade, a dignidade, a igualdade, ao valor e a natureza da própria condição humana. Os direitos fundamentais limitam os atos do Estado, impedindo os atos de abuso do poder ou de vontade própria do Estado no exercício das suas funções, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Enquanto, as garantias fundamentais são mecanismos expressos na Constituição que asseguram a concretização dos direitos fundamentais. (DIAS, 2015, p.85).

O autor também faz uma distinção entre direitos e garantias fundamentais, vejamos:

Assim, enquanto os direitos fundamentais são direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias constitucionais, por isto, garantias fundamentais, diversamente,

compreendem as garantias processuais estabelecidas na Constituição (devido processo constitucional ou modelo constitucional do processo) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar plena efetividade. Não fossem assim, os enumerados direitos fundamentais somente serviriam para aformosear o texto da Constituição ou para revesti-lo de inócuo ordenamento retórico. (DIAS, 2015, p.92).

Desse modo, a jurisdição é um direito fundamental e a garantia desse direito se dá através do processo constitucional ou devido processo legal. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ainda sinaliza que:

O acesso à jurisdição se faz pelo direito de ação assegurada pela norma constitucional, sendo que em sentido jurídico amplo, o direito de ação é espécie do direito de petição. Assim, ação é direito subjetivo que tem qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação jurisdicional, através da instauração de um processo legal no qual postulará uma pretensão material. Logo, o direito de ação é espécie do gênero direito de petição. (DIAS, 2015, p. 103).

Por fim, se temos assegurado esse direito as garantias fundamentais elencadas na Constituição de 1988, a forma mais adequada e eficiente dessa garantia, além da assistência jurídica gratuita e duração razoável do processo, é importante também nos atentar ao contraditório e a ampla defesa. Pois, “a propositura da ação desencadeia uma série de garantias constitucionais voltadas para o processo, sendo que, apenas a plenitude do exercício de todas elas, restará assegurado o direito de ação”. (DIAS, 2015, p. 104).

Conforme mencionado anteriormente, a nossa Constituição elencou alguns princípios do processo no Estado Democrático de Direito, seu objetivo foi o de tutelar os direitos fundamentais as pessoas. E é em decorrência aos princípios da Supremacia da Constituição, que as normas processuais devem guardar e respeitá-la, sob pena de serem nulas quando em discordância com o texto constitucional. Assim, “direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela

procedimentalidade instrumental das leis processuais”. (LEAL, 2012, p.98). Assim, o ilustre processualista explicitou que:

O processo não se define pela mera consequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito em contraditório entre as partes, em simetria paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizados do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual. (LEAL, p. 86, 2014).

Podemos concluir então que, a função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado segundo o processo constitucional, enquanto direito fundamental garantido ao povo pela Constituição de 1988, sendo que os princípios limitarão a manifestação do poder do Estado pelo próprio povo. Por outro lado, a não observância e compreensão do processo constitucional impede o desenvolvimento adequado do Estado Democrático de Direito e, por consequência, do próprio processo como garantia dos direitos fundamentais elencados na nossa Constituição.

3.1 Do Contraditório

O Princípio do Contraditório decorre do devido processo legal, que assegura as partes o direito a um processo com todas as etapas legalmente garantidas. Temos como processo um conjunto de ordenados atos que se desenvolvem de acordo com o princípio constitucional, e o que faz com que se desenvolva é o vínculo que se estabelece entre o Estado e as partes, observando os princípios basilares que validam esses atos, o que se dá o nome de relação processual. Neste sentido, Rosemiro Pereira Leal conceitua o procedimento em contraditório da seguinte forma:

Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional. É o contraditório conquista teórica

juridicamente constitucionalizada em direito-garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no processo. (LEAL, 2014, p. 88).

Logo, tal princípio é referente jurídico do processo constitucionalizado, positivado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Um dos princípios constitucionais do processo brasileiro, não existindo processo onde não haja contraditório. Traduz-se este princípio o direito de diálogo necessário entre as partes que disputam o direito alegado e a possibilidade de argumentação e impugnação de todos os pontos que foram levantados como mérito da lide. Consiste na ideia de resguardar às partes a possibilidade de manifestação, tendo o Estado como dever dar informação. Entretanto, se pronunciar é um direito, uma faculdade, podendo a parte exercer inclusive o direito de silêncio, não se manifestando, tendo a liberdade de nada dizerem.

O Código de Processo Civil também trata do princípio do contraditório, em seu primeiro capítulo, especificamente nos artigos 9º e artigo 10º. O artigo 9º estabelece que, com as ressalvas dos parágrafos, o contraditório deve ser prévio à produção da decisão. Já o artigo 10º proíbe expressamente o proferimento de decisão judicial a respeito de qualquer matéria que não tenha havido manifestação das partes.

Nas lições de Rosemiro Pereira Leal é possível concluir que “o processo que não respeita o contraditório, perde sua base democrática-jurídico-princípio lógica, se tornando um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes.” (LEAL, 2014, p. 90).

A grande importância de existir esse rol, das garantias dos direitos fundamentais é o direito a jurisdição, visando à preservação do direito. Agora, analisando especificamente o contraditório, na situação a ser trabalhada, será que de fato há uma garantia a esse direito do réu? Ainda assim, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias discorre sobre este instituto:

Urge compreender que o contraditório é o elemento normativo constitucional que estrutura tal participação democrática, daí o acerto da teoria de

Fazzalari, concebendo o processo como espécie de procedimento em contraditório, perfeitamente viabiliza com a ampla e concatenada principiologia processual encampada no texto da Constituição brasileira. (2015, p. 115).

Em qualquer processo administrativo ou jurisdicional, seja na esfera penal, trabalhista ou civil pelo art. 5º da CF/88, especificamente em seu inciso LV, deve ser assegurado às partes o contraditório e ampla defesa. Nas palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Ao destacar o caráter dialético do processo, observando que sua finalidade atendia a dois interesses em colisão, o interesse da tutela jurídica afirmada pelo autor e o interesse contraposto sustentado pelo réu. Partindo dessas premissas, considerava que o processo se prestava tanto para o ataque como para defesa, isto é para afirmar um direito e para negá-lo. No entendimento de Wach, tudo isto indicava a natureza eminentemente contraditória do processo, centrada na antítese gerada pela petição do autor demandante, que o iniciava, quando confrontada pela petição de resistência do demandado, podendo-se entrever, nas afirmações mencionadas, o germe da ideia de contraditório. (DIAS, 2015, p. 123).

Sobre o assunto, Fredie Didier:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder. (DIDIER, 2015, p.79).

Ainda sobre o assunto, Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é dizer ou contradizer sobre matéria controvertida, não é discussão que se trata no processo sobre a relação de direito material, não é polêmica que se desenvolve em torno de interesses divergentes sobre conceito possível. O contraditório é igualdade de oportunidades no processo, é igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 2012, p.109).

Em suma, na atualidade o contraditório dever ser entendido como garantia fundamental das partes de atuarem no processo, ou seja, as partes devem ter igualdade de oportunidades no processo, assim, o que devemos concluir sobre esse princípio é que o mesmo visa buscar um diálogo entre as partes e o juiz, para que as partes participem efetivamente do processo influenciando nas decisões judiciais efetivamente.

3.2 Princípio da Ampla Defesa

A ampla defesa está elencada no artigo 5º, LV, da nossa Constituição Brasileira de 1988. E nas palavras de Felipe Galego: “é coextenso ao contraditório e isonomia, já que a ela se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório” (GALEGO, 2017, p. 480).

A ampla defesa significa a possibilidade de argumentação, de participação, de produção de provas, de interposição de recursos pelas partes (o direito de recorrer da parte contra decisão que lhe seja desfavorável é co-extensão do direito à ampla defesa) dentro do prazo legal. Frisa-se, que o princípio da ampla defesa não é um direito exclusivo do réu, assim, exercem ampla defesa tanto o autor como réu. (SOARES; DIAS, 2014, p. 37). Rosemiro Pereira Leal discorre que:

O princípio da ampla defesa é coextensão ao do contraditório e da isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. (LEAL, 2012, p.100).

Sobre o tema, vejamos o entendimento do Francisco Dourado:

Ao se falar no princípio institutivo da ampla defesa, deve-se compreender que esta amplitude não se revela de forma indemarcada na estrutura procedimental, mas na ampla possibilidade do seu exercício pelos meios e elementos de provas a serem articulados no espaço-tempo do procedimento. A ampla defesa

está diretamente relacionada aos limites temporais do procedimento, dimensão na qual é resguardada a oportunidade de exauriência dos argumentos e de produção de provas em espaço que permita a reflexão cômoda dos aspectos fundamentais para sua realização efetiva nos termos legalmente definidos. (DOURADO, 2017, p. 149).

Assim, para que haja a efetividade do processo ou devido processo legal, deve-se atentar quando a este princípio, pois sua compreensão está relacionada diretamente com o exercício dos princípios institutivos do processo e para que se concretize os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição. É, pois, um direito de argumentação, um direito caracterizador da democracia.

3.3 Princípio da Isonomia

A isonomia não é aplicação de direitos diferenciados para os interessados na construção do procedimento, mas a igualdade de aplicação de normas processuais para as partes. A igualdade se define pela garantia de atuação temporal entre as partes na construção da estrutura processual como espaço argumentativo.

Vejamos esse princípio nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao Processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento. (LEAL, 2012, p. 99).

O art. 7º do CPC/2015 diz que: “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdade processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (BRASIL, 2015).

4 Do instituto da citação

A citação está no artigo 238 do CPC/2015, que assim dispõe: “Citação é ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual” (BRASIL, 2015). Assim, a citação é o meio utilizado para que a parte tenha ciência que contra ela existe uma ação judicial trâmite perante a jurisdição. E será a partir da citação que o réu terá a oportunidade de exercer o seu direito a defesa.

A citação válida gera efeitos de ordem processual e material, conforme preceitua o artigo 239 do CPC/2015. Além do mais a citação torna litigiosa a coisa ou o direito da demanda, sendo a citação válida também produz efeitos no direito material. De acordo com o Fredie Didier: “Antes de citado, o sujeito indicado como réu é tão somente parte na demanda. Um dos efeitos da citação é justamente o de completar a estrutura tríplice da relação jurídica processual”. (DIDIER, 2014, p. 508).

Há várias modalidades de citação prevista no Código de Processo Civil, todas elas elencadas no art. 246, quais sejam:

Art. 246 - A citação será feita:

I - pelo correio;

II- por oficial de justiça;

III- pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;

IV- por edital;

V- por meio eletrônico, conforme regulado em lei. (BRASIL, 2015).

A citação pelo correio é a regra e não depende do requerimento da parte, sendo realizada por meio de carta registrada e com aviso de recebimento. É uma espécie de citação real, fica pendente a efetiva entrega da correspondência ao citando. Sobre o tema, discorre o CPC/2015, em seu art. 248, que:

Art. 248. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.

§ 10 A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.

§ 20 Sendo o citando pessoa jurídica, será válida a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências.

§ 30 Da carta de citação no processo de conhecimento constarão os requisitos do art. 250.

§ 40 Nos condomínios edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente. (BRASIL, 2015).

A citação por mandado nas palavras de Fredie Didier: “Mandado é a instrumentalização do ato do juiz pelo escrivão, que o assina. Trata-se de citação feita pelo oficial de justiça. É admissível quando frustrada a citação pelo correio”. (DIDIER, 2014, p. 515). É a forma mais conhecida em nosso país, de acordo o artigo 249 CPC/2015:

Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterá:

I - os nomes do autor e do citando e seus respectivos domicílios ou residências;

I - os nomes do autor e do citando e seus respectivos domicílios ou residências;

II - a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução;

II - a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução;

III - a aplicação de sanção para o caso de descumprimento da ordem, se houver;

IV - se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento;

IV - se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento;

V - a cópia da petição inicial, do despacho ou da decisão que deferir tutela provisória;

- V - a cópia da petição inicial, do despacho ou da decisão que deferir tutela provisória;
- VI - a assinatura do escrivão ou do chefe de secretaria e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.
- VI - a assinatura do escrivão ou do chefe de secretaria e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz. (BRASIL, 2015).

Já a citação por mandado com hora certa é a hipótese de citação ficta ou presumida, que se dá quando por duas vezes o oficial de justiça vai até a casa o réu, e nas tentativas frustradas, porém, tendo suspeita de ocultação o oficial que possui fé pública, fará a citação ficta por segurança jurídica. (Art. 252, CPC/2015). Notadamente, assinala o art. 253 e 254 do CPC/2015 o seguinte:

Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.

§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.

§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

§ 4º O oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia.

Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência. (BRASIL, 2015).

Já a citação por edital, também uma hipótese de citação ficta, é a citação o qual é feita quando o réu encontra-se em local incerto e não sabido, quando ignorado, incerto ou inacessível, o lugar em que se encontrar o citando, e nos casos expressos em lei, tudo conforme o artigo 256 do Código de Processo Civil 2015. Requisitos da citação por edital:

Art. 257. São requisitos da citação por edital:

- I - a afirmação do autor ou a certidão do oficial informando a presença das circunstâncias autorizadoras;
 - II - a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos;
 - III - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, fluindo da data da publicação única ou, havendo mais de uma, da primeira;
 - IV - a advertência de que será nomeado curador especial em caso de revelia.
- Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a publicação do edital seja feita também em jornal local e ampla circulação ou por outros meios, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias. (BRASIL, 2015).

Nas palavras de Fredie Didier: “Considera-se transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores (art.1º, II, da Lei Federal n. 11.419/2006)”. (DIDIER, 2014, p. 517). A prática de atos processuais em geral por meio eletrônico será admitida através do uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 2º, da Lei Federal n.11419/2006. Não obstante:

A citação eletrônica, embora prevista em lei, será menos frequente do que a intimação eletrônica, certamente de uso mais generalizado, pois dependerá, em princípio, do conhecimento, pelo autor ou pelo Poder Judiciário, do endereço eletrônico do demandado, e ainda, será preciso confirmar se esse endereço é o correto, de modo a evitar fraudes. (DIDIER, 2014, p. 517).

Por fim, pouco utilizada, temos a citação eletrônica, que é feita no processo eletrônico. A Lei Federal nº 11.419/2006 regulamentou o processo eletrônico. Hoje, temos sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando preferencialmente, o acesso por meio de computadores.

4.1 Da Contrafé

A contrafé é a cópia da petição inicial que segue juntamente ao mandado de citação para que a parte a ser citada, tome conhecimento do motivo pelo qual está sendo chamada a comparecer em juízo. O artigo 319 do CPC/2015 apresenta os requisitos da petição inicial, ao passo que o artigo 320 estabelece que: “A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação” (BRASIL, 2015).

Preenchido os requisitos da petição inicial nos moldes do artigo 319 CPC/2015, e com os documentos indispensáveis, voltaremos agora na contrafé, uma vez que como já mencionado anteriormente, a contrafé é a cópia da petição inicial.

Essa cópia é entregue pelo oficial de justiça a parte que foi citada, para que a parte tenha conhecimento das razões pelas quais está sendo processado, bem como ter notícia de quem e o que está sendo pedido contra ela no judiciário. Em posse da contrafé o réu tem a possibilidade de conhecer a situação não sendo necessário ir ao fórum para verificar o assunto.

5 Da contestação: incursões na teoria da defesa

Em uma visão contemporânea da teoria do processo, tem-se que o processo não mais se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizados do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual. (LEAL, 2014, p. 87).

Logo, pode-se definir a contestação como sendo a oportunidade que o réu tem para exercer a sua ampla defesa no processo. Aliás, contestação é o ato pelo qual o réu se pronuncia pela primeira vez no processo. Ante todo um procedimento, a contestação é a primeira peça a qual o réu terá o exercício de seu direito, qual seja, de rebater os fatos narrados pelo autor

na petição inicial, e trazer aos autos provas, arrolar testemunhas e provar o que lhe for de direito. Sem a contestação, não haverá o devido processo legal, logo, um ferimento aos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia imposterável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição. (LEAL, p. 88, 2014). Sobre o direito probatório, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 369, trata sobre provas, vejamos:

Art. 369 - A parte tem o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2015).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias aduz que:

Vale dizer, as estruturas técnicas normativas e cognitivas que asseguram as partes o direito de demonstrar, constatar ou verificar os enunciados, as narrativas ou as afirmações que fizeram sobre os fatos discutidos no processo, causa de pedir da pretensão deduzida pelo autor e da resistência que lhe é oposta pelo réu em juízo. (DIAS, 2016, p. 101).

O procedimento da prova segundo o devido processo constitucional, é necessário sabermos que a mais importante das garantias processuais é o devido processo legal. “O devido processo legal, principal viga-mestra do processo constitucional, este considerado a principiologia metodológica normativa de garantia dos direitos fundamentais, é norma fundamental do processo”. (DIAS, 2016, p. 103). É o entendimento do Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Percebe-se que o devido processo legal deve direcionar um procedimento que possa concretizar o direito à produção da prova, como coextensão da garantia da ampla defesa, dentro de uma estrutura técnica normativa em contraditório, a afim de permitir a cognição dos fatos narrados ou enunciados pelas partes em seus arrazoados e a valoração das provas por elas apresentadas na comprovação de suas narrativas, visando a obter um pronunciamento estatal decisório favorável às suas pretensões. (DIAS, 2016, p. 104).

Ainda assim, o autor ressalta o seguinte:

Ora, nessa concepção acentuadamente democrática, sintonizada, pois, com o estado Democrático de Direito, depreende-se que o processo é o espaço jurídico cognitivo e discursivo no qual de correlacionam ampla defesa, irrestrita argumentação, contraditório pleno e paritário, direito á prova e fundamentação das decisões, a fim de que os sujeitos do processo (juiz e partes), dentro de um procedimento compartilhado adequado á cognição dos fatos, tenham a oportunidade de descobrir quais normas de direito serão aplicáveis ao caso em julgamento. Sendo assim, logicamente, segue-se que p destinatário da prova, então não é o juiz (agente público julgador, a quem o Estado delega a função jurisdicional), como querem alguns autores, como também, não é o juízo (órgão jurisdicional do Estado), como sustentam outros tantos proeminentes juristas e pesquisadores. (DIAS, 2016, p. 105).

Por fim, o autor conclui que:

Assim, considero, porque é no processo entendido como espaço procedimental compartilhado, cognitivo e argumentativo, cada parte apresenta suas narrativas fáticas e das provas apresentadas pela outra que lhe é contrária, impugnando-as, rebatendo-as, apontando-lhes inconsistências, precariedades e eventuais vícios de natureza formal, além de lhes fazer as devidas valorações, com a finalidade de influenciar a valoração e o convencimento motivado do juiz, em prol das suas teses, no ato decisório final.” (DIAS, 2016, p. 106).

Sobre prova e verdade no processo civil, seu procedimento e ainda sobre a constitucionalização do processo, o Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias informa que: “Costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. [...] O processo há de ser examinado, estudado e compreendido a

luz da constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais”. (DIAS, 2016, p. 114). Nesse sentido, tem-se o seguinte:

O devido processo legal, construído pela principiologia normativa do processo constitucional, deve direcionar um procedimento que possa concretizar o direito da parte à prova no processo, como coextensão da garantia da ampla defesa, dentro de uma estrutura técnica normativa em contraditório, que permita a cognição dos fatos narrados ou enunciados pelas partes e a valoração das provas por elas apresentadas na comprovação de suas narrativas, visando a obter um pronunciamento estatal decisório favorável às suas pretensões. (DIAS, 2016, p. 119).

Conclui o autor o seguinte:

O procedimento da prova, em conformidade com o devido processo legal, s estrutura técnica e normativamente nas seguintes fases 1) proposição ou indicação 2) Admissão 3) produção e 4) valoração (...) Em vigor, além de assumir posição conservadora, de há muito criticada pela doutrina, ao considerar que a prova tem por objetivo buscar a “verdade dos fatos” (DIAS, 2016, p. 120).

Para entender sobre verdade, aquela alcançável no processo que deixe o julgador mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo real, assim se dará a ampla produção de provas, mas respeitando os limites legais. É importante ressaltar que, caso o juiz seja omissivo, a regra é a mesma do antigo CPC, conforme exposto no artigo 372, que caberá ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Concluí -se então, que o interesse do legislador ao manter esse mecanismo da prova, foi para favorecer a aplicação dos princípios constitucionais vigentes, quais sejam, o princípio da igualdade, do contraditório, ampla defesa, da duração razoável do processo, podendo efetivar de fato o Estado Democrático de Direito, pois, a fase probatória dá uma distribuição igual dos ônus processuais, tornando-o um processo mais justo, célere e eficaz.

6 Da audiência de conciliação

Com o intuito de trazer celeridade e um espaço para um acordo satisfatório para ambas as partes, o CPC/2015 inovou ao implantar audiência de conciliação antes da fase da contestação, a audiência essa com intuito das partes em conjunto construírem uma melhor decisão para elas, uma vez que, por se tratar de processo de família, ninguém melhor do que as partes envolvidas que vivencia a situação para decidir sobre suas vidas.

Trata-se de previsão que visa estimular a solução consensual dos litígios, concedendo à autonomia privada um espaço maior de destaque no procedimento. Além do mais, esse procedimento visa meios alternativos de solução de disputas, fazendo com que o judiciário seja uma última opção para a composição dos litígios.

Conforme dispõe o artigo 334 do CPC/2015, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação no prazo mínimo de trinta dias, devendo o réu ser citado com pelo menos vinte dias de antecedência.

De acordo com o art. 165 do CPC/2015, o conciliador ou mediador, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou mediação, observando o disposto no artigo supracitado, bem como as disposições da lei de organização judiciária. O art. 334, §2º, do CPC/2015, estabelece que: “Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e a mediação, não ultrapassando a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição das partes”.

A conciliação e mediação são formadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele

previsto por expressa deliberação das partes. (Art. 166, §1º e §2º CPC/2015).

Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elemento oriundos da conciliação ou da mediação. Admite-se a aplicação de técnicas negociais com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (art.166, §4º, CPC/2015). Conforme artigo 334 do CPC/2015:

Art. 334 (...)

§4º - A audiência não será realizada:

- I- Se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
- II- Quando não se admitirem a autocomposição.

§ 5º - O autor deve se manifestar na petição inicial o seu desinteresse na auto composição, e o réu, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência. (BRASIL, 2015).

Para a não realização da audiência não basta apenas a manifestação de uma parte, mas sim de ambas, conforme art. 334 §4º, inciso I. Por fim, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos, conforme art. 334, §8º e §9º, do CPC/2015.

A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença (Art. 334, §§10 e 11, CPC/15). Por fim, a pauta de audiências de conciliação ou mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e outra. (Art. 334, §12, CPC/15).

7 Da violação do devido processo legal diante da ausência da contrafé nas ações de família

Trata-se das ações de direito de família onde a citação do réu será realizada sem que exista a cópia da petição inicial, ou seja, a contrafé, o réu simplesmente saberá que existe um processo contra ele, mas não terá a cópia da inicial para saber qual é o objeto do litígio. Essa previsão legal está inserida no art.693, caput e art. 695, §1º, do CPC/2015, conforme vamos analisar a seguir:

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. [...]

Art. 695 §1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito e examinar seu conteúdo a qualquer tempo. (BRASIL, 2015).

Tal inovação trouxe muitas dúvidas quanto à constitucionalidade ou violação dos direitos e garantias tais como o contraditório, a isonomia e a ampla defesa. Alguns legisladores acreditam que nas ações de direito de família o réu que toma conhecimento dos termos da inicial poderá ficar altamente nervosos, irritados. Assim, se eles não leem a petição inicial não saberão dos detalhes da causa e quando chegarem a audiência de conciliação e mediação estaria mais desarmado e mais tranquilo a fazer um acordo.

No *caput* do art. 694 do CPC/2015 estabelece ainda que, nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual, devendo o juiz dispor de auxílio de profissional de outras áreas de conhecimento em conciliação e mediação. Porém, além do réu comparecer sem a contrafé, está também sem a presença de um advogado, ao contrário da parte autora, que além de ter conhecimento do conteúdo está acompanhada de um advogado.

Diante dessa hipótese, como empreender todos os esforços, sendo que, o principal não foi feito? Como auxiliar o réu a resolver um litígio que ele já inicia a audiência com o sentimento de estar sendo lesado uma vez que não teve conhecimento prévio do que está discutido? Na prática, qual está sendo a vantagem com a ausência da contrafé?

Na verdade, essa proposta de retirar a contrafé, está sendo criticada por alguns doutrinadores, pois com o intuito de facilitar a auto composição acabou incitando claramente a desigualdade entre as partes, a partir da hora em que o réu não tem acesso aos reais motivos da sua citação para aquela audiência de conciliação e mediação. Oportunidade que lhe era resguardada até então, logo no momento da sua citação, de tomar ciência das alegações do autor, conservando assim a igualdade entre as partes. É o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CITAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE A CONTRAFÉ E A PETIÇÃO INICIAL. PREJUÍZO AO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DA CITAÇÃO. NULA É A CITAÇÃO QUANDO A CONTRAFÉ ENTREGUE AO RÉU NÃO CORRESPONDE À PETIÇÃO INICIAL. A DIVERGÊNCIA ENTRE A PETIÇÃO INICIAL E A CONTRAFÉ PODE OCASIONAR GRAVE PREJUÍZO AO DIREITO DE DEFESA, NA MEDIDA EM QUE O RÉU FICA IMPOSSIBILITADO DE PROMOVER A IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL. O DEFEITO DE CITAÇÃO HÁ DE SER ANALISADO COM MUITA CAUTELA PELO JULGADOR, UMA VEZ QUE CONSTITUI O CHAMADO VÍCIO TRANSRESCISÓRIO, AUTORIZANDO, POR ISSO, A INVALIDAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL EIVADA MESMO APÓS O PRAZO DA AÇÃO RESCISÓRIA, POR MEIO DA QUERELA NULLITATIS. VERIFICADO O VÍCIO NO ATO CITATÓRIO, A SENTENÇA DEVE SER CASSADA, ANULANDO-SE O FEITO DESDE A CITAÇÃO, A FIM DE SE DEFERIR À P ARTE RÉ NOVO PRAZO PARA SE DEFENDER, A P ARTIR DA INTIMAÇÃO DO PRESENTE JULGAMENTO, NOS TERMOS DO ARTIGO 214, § 2º, DO CPC ("COMPARECENDO O RÉU APENAS PARA ARGÜIR A NULIDADE E SENDO ESTA DECRETADA, CONSIDERAR-SE-Á FEITA A CITAÇÃO NA DATA EM QUE ELE OU SEU ADVOGADO FOR INTIMADO DA DECISÃO"). APELO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-DF - APL: 301987020088070001 DF 0030198-70.2008.807.0001, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Data de Julgamento: 28/04/2010, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 06/05/2010, DJ-e Pág. 126)

Assim, a contrafé na citação do réu, é igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto simétrica paridade de participação no processo. Ao contrário que o legislador pensou que retirar a contrafé o réu iria aberto a conciliar. Na prática, observa-se o quão dificultoso é lidar com o réu quando chega totalmente por fora do que será discutido.

7.1 Possível solução para o embaraço criado pelo legislador com a inserção do art. 695 § 1º, no CPC/2015

Segundo o art. 695, § 1º, do CPC/15: “O mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia de petição inicial, assegurado ao réu direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo” (BRASIL, 2015). Sobre o mandado de citação desacompanhado de contrafé, tem-se o seguinte:

Outra peculiaridade é que, designada audiência de conciliação e mediação, o réu será citado com antecedência de quinze dias (quando no procedimento comum a citação deverá ser feita com antecedência de vinte dias), mas o mandado virá desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado a ele o direito de examinar o seu conteúdo a qualquer tempo. A ideia é que, sem o conhecimento do que consta na inicial, o réu possa comparecer com o espírito desarmado para a audiência, o que poderia facilitar a conciliação. De qualquer sorte, diante da necessidade de observância do contraditório, fica assegurado a ele o direito de, querendo, examinar o conteúdo da inicial a qualquer tempo, o que exigirá, se o processo não for eletrônico, que ele se desloque até o Ofício Judicial. (RIOS GONÇALVES, 2016, p. 292).

Ao iniciar a audiência, o juiz irá propor a auto composição entre as partes ou que elas busquem outros meios de solução de conflitos, como a arbitragem. E, se, estiver representada por advogado, o comparecimento da parte na audiência é desnecessário, bastando que o defensor se faça

presente. Mas se a parte não estiver representada por advogado com poderes para transigir, considera-se frustrada a tentativa de conciliação.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. (BRASIL, 2015).

Assim, as partes comparecem à audiência para a tentativa de conciliação. A conciliação não exige a participação do advogado, por não se tratar de ato postulatório. Independentemente disso, a parte tem o direito de estar presente à audiência e comunicar-se com o seu defensor, inclusive para sugerir-lhe perguntas a serem feitas e possibilidades/sugestões para o possível acordo.

De fato, para que se tente resolver o embraço criado pelo legislador o mediador/conciliador deve sem comprometer a sua exigida imparcialidade, deve prestar esclarecimentos claros e suficientes para as partes (inclusive o réu) uma vez que chega leigo na sala de conciliação, sobre os fatos e os fundamentos jurídicos que envolvem cada uma de suas decisões ao longo de toda mediação/conciliação.

Isso porque, embora eventual acordo não dependa do direito que as partes possuam, elas precisam ter as informações necessárias para, de forma livre e consciente, possam tomar as decisões mais adequadas aos seus interesses em cada momento específico na audiência de conciliação.

O Código de Processo Civil trata da audiência de mediação e conciliação como algo precioso, uma vez que é dada a oportunidade das partes estarem em um momento oportuno para a discussão daquele direito, não havendo a necessidade de um juiz, ou até mesmo a presença de advogado a princípio, bastando apenas a presença de um conciliador e seguir as regras legalmente estabelecidas para resolver aquele conflito.

E se a audiência acontece da forma como o legislador instruiu, de fato estamos diante de um avanço muito grande para a celeridade processual,

sem contar que, um processo solucionado com um bom acordo, as duas partes saem satisfeitas e há a possibilidade de unir os laços de afetividade novamente, por se tratar de ações de família, o que é de suma importância.

Há possíveis soluções imediatas para tentar solucionar esse conflito, a primeira conforme supracitado, dependerá do conciliador, a segunda, mas não menos importante é a citação ser acompanhada da contrafé, pois não há de se falar que o réu poderá sugerir perguntas e fazer sugestões sendo que não sabe ao certo o que poderá opinar ou contrapor.

Para que atenda a expectativa do legislador, na prática, o réu deverá ter a cópia da petição inicial, pois assim, facilitará a instrução da audiência e o conciliador, uma vez que os esclarecimentos e motivos do réu estar ali, já será de conhecimento do mesmo. Tendo o conciliador “apenas” que conduzir a proposta e contraposta para que ambas as partes saiam satisfeitas.

Como hoje, na prática, acontece o contrário. O que se vê nas audiências de conciliação de família é o réu cada vez mais endurecido e não aberto para conciliar, uma vez que não sabe do motivo, e está sem advogado. Por esse motivo, é obrigatório que as partes estejam acompanhadas de seus advogados nas audiências de conciliação e de mediação, independentemente do tipo que for: judicial ou extrajudicial. Além de trazer mais conforto e segurança para as partes e, nesse sentido, cooperar com mencionado dever do mediador/conciliador, e trazer de fato um resultado satisfatório para as partes.

8 Considerações finais

O Código de Processo Civil de 2015 alterou o sistema processual brasileiro no que diz respeito aos processos de família, mais precisamente no que concerne à citação do réu, a qual será realizada e desacompanhada de contrafé, ou seja, o réu simplesmente saberá que existe um processo contra ele, porém, não terá a cópia da inicial para saber qual é o objeto do litígio.

A regra é que o processo de conhecimento de inicie com a audiência obrigatória de conciliação e mediação, antes mesmo da apresentação da contestação pelo réu, que será realizada por um conciliador e não por um juiz. Em relação à inconstitucionalidade ou a adequação do art. 695, §1º, do CPC/15, e após a explicação de cada princípio, restou claro o grande prejuízo que teve na vida do réu.

Mesmo com a boa intenção do legislador houve sim, uma desatenção quanto aos princípios constitucionais. Dessa forma, o legislador ao trazer essa inovação nas ações de família, sobre a audiência de conciliação/ mediação, ele acreditou que a falta de informação do réu auxiliaria de forma positiva para que um acordo fosse realizado de uma maneira mais amigável, porém, o réu ao receber a citação, não tem a possibilidade de ter conhecimento detalhado da ação ali proposta.

Nesse sentido, o réu sabe apenas o dia, hora e local da audiência, e não chega tendente a fazer uma proposta durante a audiência. Ao contrário da parte autora que teve muito tempo para pensar em uma proposta boa, com calma, tranquilidade e assistência jurídica. E pela pressão do momento, e com toda boa argumentação do autor, o réu por falta de preparação propõe ou aceita algo que nem seria o melhor para ele. Fato esse que se o réu tivesse conhecimento prévio da ação poderia comparecer assistido por seu advogado, o que daria em tese, boas propostas de acordo.

Por fim, é evidente que o CPC 2015, especificamente em seu art. 695 §1º, foi uma inovação equivocada, uma vez que fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, contraditório, ampla defesa e isonomia. Sendo assim, esse artigo pode ser sim inconstitucional. É necessário que tal dispositivo seja revogado, para que haja respeito às garantias constitucionais. Afinal, é direito do réu de valer-se dos princípios supracitados, na sua integralidade.

Referências

BERALDO, Leonardo de Faria Beraldo. **Comentários às inovações do Código de Processo Civil**. Novo CPC lei 13.105/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

CORDEIRO LEAL, André. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique; RUÁ, Mônica Maria Bustamante; GIRALDO, Liliana Damaris Pabón; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. **Direito Probatório temas atuais**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

DIDIER, Fredie Didier Jr. **Curso de Direito Processual Civil**. 16ªed.V.1. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de Direito Processual Civil**. 11 ed. V.2. Salvador: JusPodivm, 2016.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. **Tutela de Evidência, Teoria da Cognição e Processualidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FREITAS, LEAL, FRATTARI, ENGELMANN, Sérgio Henriques Zandona Freitas, André Cordeiro Leal, Rafael Fratari, Wilson Engelmann. **Jurisdição e Técnica Procedimental**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. **Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Forense, 2014.

LEAL, André Cordeiro; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; DIAS, Jean Carlos. **Processo e Democraticidade Jurídica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

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

MORATO, Gil. **Pelos Corredores da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinícius. **Novo Curso de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento (2º parte) e procedimentos especiais. São Paulo: Saraiva, 2016.

VADE MECUM. **Vade Mecum Saraiva**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Capítulo 2

Considerações acerca do ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes: análise do ativismo judicial como instrumento de concretização de políticas públicas

Viviane Flávia de Resende

Hugo Rios Bretas

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

A prática do ativismo judicial no controle das políticas públicas tem promovido acentuados debates em sede doutrinária, acadêmica e jurisprudencial. Muito se discute acerca da legitimidade do Judiciário em proferir decisões em casos que, em princípio, seriam de competência dos poderes Legislativo e Executivo.

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988 e a consequente redemocratização do país, as políticas públicas ganharam notória relevância, haja vista a necessidade de concretizar os direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional. Ocorre que, não obstante, tais direitos estarem positivados na Lei Maior, a sua efetividade resta comprometida em virtude da omissão e inércia do Poder Público em concretizá-los. Nesse contexto, o Judiciário assume o papel de garantir que os preceitos constitucionais sejam efetivamente alcançados, sobretudo no tocante às políticas públicas.

Logo, indaga-se se há quebra da Separação dos Poderes quando, mediante a omissão e a inércia do Estado na implementação de políticas públicas, o Judiciário é provocado a adotar uma postura proativa, aderindo nas atribuições conferidas ao Legislativo e Executivo, com vistas a garantir efetividade às cláusulas constitucionais.

Nesse contexto, busca-se desenvolver o presente artigo tratando, inicialmente, acerca do Princípio da Separação dos Poderes, no qual serão abordadas, inevitavelmente, as competências de cada poder, demonstrando que o aludido princípio, oriundo de um Estado absolutista, hodiernamente merece ser repensado em virtude da atual sistemática constitucional e a concepção do sistema de freios e contrapesos.

Nesse seguimento, serão traçadas breves considerações acerca de alguns relevantes princípios norteadores do Poder Judiciário, a saber: Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, Princípio da Concretude, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Princípio do Mínimo Existencial versus Princípio da Reserva do Possível.

Em seguida, o presente trabalho versará acerca das Políticas Públicas, onde serão definidos e demonstrados a quem compete sua implementação e execução. Ato contínuo, o Ativismo Judicial será o tema fulcral de debate, posto que é um mecanismo que tem ganhado corpo, levando à tomada de posicionamentos antagônicos entre os estudiosos. Por fim, far-se-á uma breve análise jurisprudencial acerca da incidência do Ativismo Judicial nas Políticas Públicas, corroborando jurisprudências que demonstram como os tribunais vêm entendendo acerca dessa problemática.

2 Separação dos poderes

A Separação dos Poderes é um princípio constitucional fundamental reputado cláusula pétrea, motivo pelo qual consiste em um princípio blindado sob a égide material, conforme estabelece o artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição da República. Desse modo, este princípio não pode ser objeto de violação, minoração ou abolição.

A Constituição da República de 1988 consagrou em seu texto, precisamente em seu artigo 2º, a Separação dos Poderes, “afirmando que as funções legislativa, executiva e judiciária deveriam ser exercidas por três órgãos estatais distintos e independentes entre si. Surge, assim, a tripartição dos Poderes entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (DUTRA, 2017, p. 123).

Vale ressaltar que, hodiernamente, diversos teóricos entendem por inapropriado o termo “Separação de Poderes”, visto que o poder do Estado é uno e indivisível. Em outras palavras, a tripartição não diz respeito ao poder propriamente dito, mas ao modo como foram distribuídas atribuições e competências entre as esferas Legislativa, Executiva e Judiciária. Portanto, tem-se que, mediante essas distribuições de funções distintas e independentes, há o exercício do poder. José Afonso da Silva, sobre a unicidade e indivisibilidade do poder, bem como a impropriedade técnica do termo “Separação de Poderes”, assevera:

O poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional [...]. Cumpre, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária. A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções. (SILVA, 2014, p. 110).

Desse modo, “o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos” (MORAES, 2017, p. 435). Ultrapassadas essas noções em um breve histórico teórico, pode-se atribuir às primeiras bases para a Tripartição dos Poderes a Aristóteles, inicialmente desenvolvidas em sua obra “Política”.

O aludido autor vislumbrava o exercício de três funções estatais distintas, contudo exercidas nas mãos únicas de um soberano. Posteriormente, a Tripartição dos Poderes foi teorizada por John Locke no texto intitulado “Segundo Tratado de Governo Civil”:

Locke identificou quatro funções fundamentais exercidas por dois órgãos do poder: o parlamento e o rei. Este primeiro ficava com a função legislativa, enquanto o rei possuía a função executiva e a chamada “prerrogativa de poder discricionário”. A função executiva se subdividia em duas, uma federativa (hoje conhecemos por chefe de estado) e outra de chefe de governo. Já previa também a necessidade da distribuição das funções em mãos diversas, para evitar que aqueles que fizessem as leis não as fizessem em prol de seus próprios interesses e também que não se submetessem ao seu cumprimento (OLIVEIRA, 2013, p. 328).

Mais tarde, o conceito foi aprimorado por Montesquieu em “Do Espírito das Leis”, no qual concebia três funções atribuídas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si e não mais em um único órgão, sendo eles:

O Poder Legislativo, que é o de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, de corrigir ou ab-rogar as existentes; o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, isto é, de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões; o poder de julgar ou o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que se traduz no poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os participantes (CARVALHO, 2009, p. 175).

Montesquieu pretendia com a Separação dos Poderes evitar que houvesse abuso de poder, arbitrariedade e intervenção recíproca entre as esferas Legislativa, Executiva e Judiciária de modo que existisse a independência e harmonia entre elas. Como bem assevera Dalmo de Abreu Dallari:

A teoria da separação de poderes, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos. Com efeito, diz o próprio Montesquieu que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao

Poder Executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (DALLARI, 2013, P. 214).

Para tanto, Montesquieu desenvolveu o Sistema de Freios e Contrapesos (“checks and balances”), consistente em um mecanismo de cooperação e controle recíproco entre os poderes. Tal sistema visa conter os abusos na atuação dos poderes buscando manter o equilíbrio entre eles, assegurando a sua independência e harmonia, além de garantir a cada poder funções distintas, fazendo com que um poder não se sobreponha ao outro, isto é, impedindo a concentração de poder e hierarquia entre eles. “Apenas o poder limita o poder”, de modo que cada órgão tem, não apenas que cumprir sua função essencial, como ainda atuar de modo a impedir que outro abuse de sua competência” (FERNANDES, 2014, p. 292).

Nesse seguimento, pondera Luís Roberto Barroso que há diversas formas de realizar o mecanismo de controle recíproco e divisão de funções entre as esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, seja mediante a especialização funcional, seja mediante a independência orgânica de cada esfera estatal.

A especialização funcional inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes (BARROSO, 2014, p. 209).

Desse modo, restou atribuída à esfera Executiva a função típica de administrar a coisa pública, isto é, a chefia de Estado, Governo e da Administração Pública. Ao Legislativo, a função de legislar e fiscalizar via Comissões Parlamentares de Inquérito. E, por fim, à esfera Judiciária a

função jurisdicional, ou seja, dirimir os litígios que lhe são postos mediante a aplicação da lei ao caso concreto.

Lado outro, a título de exemplo, a esfera Executiva exerce funções atípicas de natureza legislativa quando edita medidas provisórias e leis delegadas e de natureza jurisdicional quando julga contenciosos administrativos. Na esfera Legislativa, constituem funções atípicas de natureza executiva a definição de sua organização, provimento de cargos e a gerência de servidores e natureza jurisdicional o julgamento de crimes de responsabilidade no Senado Federal. Por fim, na esfera Judiciária, são funções atípicas de natureza legislativa a elaboração de regimentos internos e natureza executiva o provimento de cargos a magistrados, a concessão de licença e férias para seus membros, entre outros. Como bem assevera Kildare Gonçalves Carvalho:

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercitam as funções legislativas, executiva ou administrativa, e jurisdicional, em caráter predominante e não exclusivo, já que, como se deduziu, cada um desses Poderes poderá desempenhar, excepcionalmente, uma função material de outro Poder. (CARVALHO, 2009, p. 177).

Nessa senda, conclui-se que a cada poder compete o exercício de funções típicas ou predominantes, bem como de funções atípicas, isto é, de natureza típica das outras duas esferas estatais. Assim, percebe-se que inexistente exclusividade absoluta de atribuições conferidas a cada poder, visto que um poder poderá exercer atipicamente o exercício de determinadas funções predominantes de outro poder sem que, com isso, viole a tripartição dos poderes. Nas lições de Daniel Silva Passos (2014, p. 79):

Vale recordar a impossibilidade de uma separação absoluta entre os poderes; qualquer um deles sempre exercerá as funções de outro, ainda que de forma secundária. [...] Não há como pensar no regular exercício de suas funções típicas sem o exercício daquelas atípicas, não se podendo falar, portanto, em separação absoluta de poderes, mas apenas em primazia no exercício de determinada função. (PASSOS, 2014, p. 79).

“Fala-se por isso mesmo em interpenetração ou interdependência de Poderes, ao invés de separação ou independência de Poderes, pois o princípio da separação não nega a harmonia, coordenação e colaboração dos Poderes” (CARVALHO, 2009, p. 177).

Feitas essas considerações, nota-se que a teoria da “Separação dos Poderes”, idealizada por Montesquieu, ainda hoje permanece como base de organização do governo, não obstante adotada pelos Estados modernos de forma atenuada. “Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta deles” (LENZA, 2016, p. 586-587).

Deste modo, a separação rígida e absoluta dos poderes, oriunda de um Estado absolutista, hoje se tornou superada mediante o atual sistema constitucional e a concepção do sistema de freios e contrapesos. As esferas estatais são interdependentes e harmônicas, isto é, não detêm exclusividade de atribuições, exercem suas funções precípua, como também exercem as funções que seriam predominantes aos outros dois poderes, visando uma atuação mais eficaz e colaborativa para a consecução dos desígnios do Estado.

3 Noções principiológicas

É sabido que a Constituição da República de 1988, quanto ao sistema, é classificada como uma constituição principiológica, isto é, aquela em que há predominância de princípios. Conforme as lições de André Puccinelli Júnior (2015, p. 108), o princípio consiste em uma “norma com alto grau de abstração e generalidade, que assume funções informativas, interpretativas e supletivas, operando como verdadeiro alicerce de determinado sistema.”

Nesta seara, serão traçadas neste capítulo breves considerações acerca de alguns relevantes princípios que, ordinariamente, são invocados no tocante à incidência e controle do Judiciário nas Políticas Públicas. No

entanto, ressalta-se, desde já, que esta temática não será aprofundada, visto não ser o escopo do presente artigo.

3.1 Inafastabilidade do Poder Judiciário

Como já exposto, o Judiciário compõe a estrutura normativa do país e tem fundamento nos artigos 92 a 126 da Constituição República, pelo qual detém o monopólio da função jurisdicional. No entanto, como bem assevera Alexandre de Moraes (2017, p. 530), a “sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios”.

Nesse tocante, diante da distribuição constitucional de competências entre as três esferas estatais, pode-se afirmar que as políticas públicas são definidas pelo Legislativo e prestadas pelo Executivo. Nenhuma atribuição é outorgada ao Judiciário para a implementação de políticas públicas, sendo o seu papel o de controlador da constitucionalidade das leis e legalidade dos atos administrativos.

A ideia de controle jurisdicional mudou consideravelmente ao longo dos paradigmas modernos do Estado. Pode-se afirmar que, no Estado de Direito, o controle se limitava meramente à observação da conferência com a lei, exercendo o Poder Judiciário o mero papel de ser a boca que balbucia as palavras da lei. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário assume papel mais atuante: aplica todo o ordenamento jurídico diante do caso concreto, utilizando de maneira construtiva os princípios e regras, de modo a buscar a adequabilidade da decisão às nuances do caso concreto. Nesse sentido, a decisão tomada consiste em um processo intersubjetiva e racionalmente formado, e não mais na mera aplicação “fria” e isenta da lei (ARAÚJO; PINTO; RODRIGUES, 2013, p. 18).

Neste diapasão, surge o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, também denominado Princípio da Indeclinabilidade. O aludido princípio tem fundamento em âmbito constitucional e infraconstitucional,

precisamente nos artigos 5º, inciso XXXV, da Constituição da República e 3º do vigente Código de Processo Civil. O referido princípio proíbe a lei de excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Isto é, o Legislativo não pode determinar que uma demanda não possa ser levada a juízo, assim como o Judiciário não pode abster-se de analisar nenhum pleito. Alexandre Freitas Câmara, assim ensina:

Esse inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, portanto, consagra aquilo que já se chamou de “direito de acesso aos tribunais”. É, pois, assegurado – como garantia fundamental – o direito de demandar perante os órgãos jurisdicionais do Estado, seja qual for a causa que se queira deduzir perante estes (ressalvadas, apenas, algumas hipóteses de legítima vedação, as impossibilidades jurídicas). (CÂMARA, 2014, p. 55-56).

No mesmo seguimento, determina o parágrafo único do artigo 1º da Constituição que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, isto é, cabem às esferas Legislativa e Executiva decidir questões que envolvam temas controversos da sociedade. Nas lições de Kildare Gonçalves Carvalho:

Trata-se aqui do monopólio da jurisdição, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional de ato ilegal ou eivado de abuso de poder, ou da garantia de acesso aos Tribunais. Assim, o monopólio da jurisdição erige-se em mecanismo de garantia dos direitos individuais, com vistas à aplicação da Justiça. O texto constitucional se dirige ainda ao Poder Legislativo, que não poderá “suprimir ou restringir a apreciação judiciária sobre as violações de qualquer direito subjetivo, e não apenas dos direitos fundamentais do homem”, enfatiza Humberto Theodoro. (CARVALHO, 2009, p. 1276).

Assim, embora o Judiciário não possa intervir nas funções do Legislativo e Executivo, sob pena de atuar além dos limites de sua competência, por outro lado, o Judiciário também não pode recusar de julgar as lides que lhe são postas, visto que a sociedade não pode ficar sem seus direitos e garantias atendidas. Desse modo, o Judiciário, uma vez provocado, deve dirimir os litígios, ainda que se valha das demais fontes do direito, isto é, os meios de integração como a analogia, os costumes, a jurisprudência e

os princípios gerais, na falta de normas legais, para solucionar as lides que lhe são submetidas à apreciação. Nas lições de Elpídio Donizetti:

A indeclinabilidade ou inafastabilidade traduz a garantia de ingresso em juízo e consequente análise da pretensão formulada; isto é, o órgão jurisdicional constitucionalmente investido de jurisdição, uma vez provocado, não pode delegar ou recusar-se a exercer a função de dirimir os litígios. Mesmo quando não existir norma geral e abstrata sobre o direito material em discussão, o Estado-juízo não pode se furtar à prestação jurisdicional, podendo recorrer a outras fontes do direito que não a lei para solucionar o conflito. (DONIZETTI, 2017, p. 01).

Como bem expõe Osvaldo Canela Júnior:

Caso o bem da vida reste comprovadamente não satisfeito, estará configurada lesão ao direito fundamental social e, por via de consectário lógico, o provimento jurisdicional determinará a respectiva reparação. Dentro deste prisma de análise, ao Poder Judiciário cabe o exame da existência da relação jurídica material e da lesão causada em virtude da omissão das formas de expressão do poder estatal. Ora, existindo omissão do Estado, reconhece-se a lesão ao direito, pelo que, surgindo a pretensão do ofendido, nasce o direito de ação em face do Estado. (JÚNIOR, 2010, p. 93).

Para Maria Tereza Sadek, o direito ao acesso à justiça é o direito pelo qual todos os demais direitos se concretizam. Desse modo, qualquer barreira imposta ao direito de acesso à justiça poderia causar limitações ou mesmo impossibilitar a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais, assim como a cidadania e a igualdade. Nesses moldes, ensina que:

O Judiciário, segundo tais parâmetros, representa uma força de emancipação. É a instituição pública encarregada, por excelência, de fazer com que os preceitos da igualdade estabelecidos formalmente prevaleçam na realidade concreta. Assim, os supostos da modernidade, particularmente a liberdade e a igualdade, dependem, para se materializarem, da força do Judiciário, de um lado, e de outro, do acesso à justiça, das possibilidades reais de se ingressar em tribunais (SADEK, 2012, p. 10).

Sob essa ótica, vale lembrar que tanto o Judiciário como o Legislativo são destinatários do princípio da Inafastabilidade, visto que é vedado ao Legislativo legislar de modo a impedir o acesso ao Judiciário, da mesma forma que é dever do Judiciário prestar uma tutela jurisdicional adequada. Destarte, expõe Alexandre Freitas Câmara:

Deve ser tida por inconstitucional qualquer norma jurídica que impeça aquele que se considera titular de uma posição jurídica de vantagem, e que sinta tal posição lesada ou ameaçada, de pleitear junto aos órgãos judiciais a proteção de que se sinta merecedor. [...] Se a Constituição garante a todos o direito de acesso ao Judiciário, a tal direito deve corresponder – e efetivamente corresponde – um dever jurídico, o dever do Estado de tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam realmente sendo lesadas ou ameaçadas. Tal tutela a ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pretende proteção. Em outras palavras, ao direito que todos têm de ir a juízo pedir proteção para posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas corresponde o dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional adequada. (CÂMARA, 2014, p. 56-57).

Frise-se que a Inafastabilidade do Poder Judiciário decorre da vedação ao “*non liquet*”. Isto é, o Judiciário não pode se eximir de decidir sob o argumento de lacuna ou obscuridade de normas, nos moldes do artigo 140, do vigente Código de Processo Civil. O impedimento de ajuizar uma demanda afronta diretamente o referido princípio, não podendo o magistrado deixar de apreciar uma lide, quando provocado. Nas lições de Elpídio Donizetti:

Na Roma Antiga era possível que os juízes pronunciassem o *non liquet*, ou seja, que deixassem de decidir uma determinada causa quando ela não estava clara ou quando não se tinha meios para julgá-la. Em nosso ordenamento, se estiver presente alguma lacuna, caberá ao magistrado utilizar as formas de integração da norma jurídica constantes no art. 140 do CPC/2015 e também no art. 4º da LINDB. (DONIZETTI, 2017, p. 01).

Desse modo, em face da inércia de tais poderes nas demandas envolvendo os direitos fundamentais, o Judiciário assume o importante papel de apreciar as ocorrências de lesões aos preceitos constitucionais, sobretudo no tocante as políticas públicas, com vistas a proteger e preservar o direito ameaçado.

3.2 Concretude

O Princípio da Concretude é um desmembramento do Princípio da Operabilidade, visto que, para que o Direito seja operável, isto é, aplicável, é necessário que ele seja também detentor de determinada concretude. Nas lições de Hugo Rios Bretas (2014, p. 05), “a abstração normativa, por si só, não é capaz de gerar a almejada concreção, materialização e a efetividade normativa, posto que para atingir este quadro será necessária a seriedade social, política e econômica.”

Desse modo, “é preciso dar concreção ao termo indeterminado utilizado pelo legislador para normatizar o problema levado ao processo e delinear as consequências jurídicas que devem ser imputadas aos destinatários da norma” (SARLET, 2016, p. 820). Ingo Wolfgang Sarlet citando as lições de Luis Roberto Barroso, José Joaquim Gomes Canotilho e Michael Kloepfer, nos ensina que,

O tema da eficácia e efetividade da constituição relaciona-se com o plano da concretização constitucional, no sentido da busca da aproximação tão íntima quanto possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Nessa perspectiva, o princípio da máxima eficácia e efetividade (também chamado de princípio da eficiência) implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais. Assim, verifica-se que a interpretação pode servir de instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade, e, portanto, também da força normativa da constituição. (SARLET, 2016, p. 225).

Portanto, o Legislativo deve legisferar de modo que a norma seja abstrata, contudo efetiva, ou seja, a norma deve possuir certo nível de

concreção de modo a garantir a efetividade dos preceitos constitucionais. Em outras palavras, deve-se legislar de modo a atribuir concretude aos direitos fundamentais positivados no texto constitucional.

3.3 Dignidade da pessoa humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi consagrado em sede constitucional como fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos de seu artigo 1º, inciso III. O aludido princípio foi também contemplado no artigo 170 da Lei Maior, precisamente no capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica, ao estabelecer que a ordem econômica tem por fim garantir a todos uma existência digna.

A abrangência concernente à Dignidade da Pessoa Humana atribui a este princípio uma definição bastante ampla, pelo qual encontra-se em permanente processo de construção. Como bem ensina Marcelo Novelino, a dignidade da pessoa Humana constitui:

Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular. (NOVELINO, 2014, p. 01).

É importante destacar que este princípio, em si, não constitui um direito, mas sim uma qualidade inerente a todos os seres humanos, pelo qual deriva todos os direitos fundamentais, seja diretamente ou indiretamente. Nas lições de Hugo Rios Bretas, a dignidade da pessoa humana compreende “um princípio capaz de fortificar a humanização do direito” (BRETAS, 2014, p. 24).

Ricardo Castilho (2017, p. 256), citando as lições de Ricardo Maurício Freire Soares, ensina que, em uma visão neoconstitucionalista, o referido autor destaca “três principais elementos a constituir o núcleo semântico da expressão: a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à

degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano”. Ante o exposto, ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um) [...]. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. Como tarefa o reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes. (SARLET, 2016, p. 266).

Nesse sentido, pode-se advertir que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana inibe o Poder Público de invocar a Reserva do Possível para se isentar da responsabilidade de proporcionar aos cidadãos a garantia ao Mínimo Existencial. Daniel Sarmento, assim assevera:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc. (SARMENTO, 2000, p. 71).

Desse modo, posto que a Dignidade da Pessoa Humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, o Poder Público deve assegurar aos cidadãos condições mínimas e indispensáveis para a

manutenção de uma vida digna, de maneira a salvaguardar a valorização do ser humano.

3.4 Mínimo existencial e a reserva do possível

O Princípio da Reserva do Possível é frequentemente invocado pelo Poder Público, sob o argumento de que os direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, devem ser efetivados na proporção em que isso seja plausível aos recursos públicos. Em contrapartida, o Princípio do Mínimo Existencial assegura que o Poder Público deve garantir a todos os cidadãos condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna. Diante desse antagonismo, existe, de um lado, o dever constitucional de satisfazer os direitos e garantias fundamentais traçados pela Lei Maior, ao passo que, de outro lado, há a incapacidade econômica e financeira do Estado em efetivar todos esses direitos e garantias.

Como decorrência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Mínimo Existencial deve ser entendido como fundamento da vida humana, visto que se trata de um direito fundamental vinculado ao texto constitucional e intrínseco a todos os seres humanos. O aludido princípio “é o núcleo material elementar da dignidade da pessoa humana. É um conjunto de bens e utilidades básicas para subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém desse patamar, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade” (ROCHA, 2009, p. 11).

Vale destacar que o referido princípio não engloba tão somente o direito à vida, mas sim o direito a uma vida digna. Para tanto, exige-se uma atuação positiva do Estado, de modo a garantir a eficácia plena dos preceitos positivados em sede constitucional. Não obstante, em que pese os direitos fundamentais estarem positivados em texto constitucional e abrangidos pelo Mínimo Existencial, a sua efetividade resta comprometida, muitas das vezes em virtude da inércia do Poder Público em concretizar tais direitos. Em face dessa omissão do Poder Público, os

cidadãos, ao verem seus direitos ameaçados ou lesionados, recorrem ao Judiciário em busca de sua implementação e efetividade.

Nesses moldes, “cabe ao Poder Judiciário intervir diante da necessidade de preservar em favor dos indivíduos o núcleo mínimo dos direitos fundamentais, impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (ROCHA, 2009, p. 11). Vale, ainda, destacar que o magistrado não poderá recusar dirimir os conflitos que lhe são postos, assim como também não poderá alegar ausência de regulamentação infraconstitucional para a concessão de direitos fundamentais, visto que são direitos de eficácia e aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Maior.

Nesse seguimento, a tentativa de assegurar os direitos fundamentais, em especial os direitos de segunda geração, vai ao encontro da escassez de recursos públicos do Estado, no qual compromete a sua efetiva concretização. Assim, o Estado, ao se deparar com direitos sociais sustentados pelo Mínimo Existencial e a sua impossibilidade de suprir tais demandas, invoca o princípio da Reserva do Possível, com vistas a concretizar tão somente os direitos que estejam inclusos na sua capacidade econômica e financeira. Nesta seara, a Reserva do Possível surge como um limitador da garantia constitucional ao Mínimo Existencial. Contudo, vale lembrar que:

A realização dos direitos sociais, é de implementação gradual, segundo as possibilidades orçamentárias de cada Estado. Deste modo, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da Pessoa Estatal, dela não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da Constituição. Todavia, conforme pondera Ana Paula de Barcelos (2002) esta implementação gradual não pode autorizar que, sob o pretexto da indisponibilidade financeira do Estado, não se realize o mínimo cabível, dentro da exigência razoável que suas condições autorizariam (ROCHA, 2009, p. 11).

Nesses termos, sustenta Bruno Giovanni Lima Souza:

O princípio da separação dos poderes e a competência para compor os orçamentos não são fins em si mesmos, mas são meios para controlar o Estado a fim de garantir os direitos fundamentais, não sendo razoável dar preferência

ao meio em detrimento do fim, que é a dignidade da pessoa humana [...]. Deixar de considerar o mínimo existencial ao tratar de direitos de segunda geração seria comprometer o status de cidadão do indivíduo e o próprio exercício da democracia, que exige certo grau de independência e segurança para todos. Cumpre dizer que o funcionamento do diálogo democrático pressupõe a existência de condições básicas de existência digna. Assim, seria possível o Poder Judiciário intervir na implementação dos direitos sociais quando houvesse flagrante afronta ao mínimo existencial. (SOUZA, 2016, p. 58).

Desse modo, a Reserva do Possível não pode ser utilizada como meio de fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas pela Constituição. O Poder Público só poderá invocar a Reserva do Possível quando demonstrar concretamente a sua incapacidade financeira, cabendo-lhe o ônus de provar que não há recursos suficientes. O Supremo Tribunal Federal assim decidiu por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45 de 2004, conforme se extrai da aludida decisão:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2018).

Nesse seguimento, destaca Patrícia Carbonel Campos da Rocha:

A falta de disponibilidade de caixa – ou, o que é mais usual, o uso dos recursos públicos para outros fins – não pode tornar “letra morta” a determinação constitucional. Não se mostrará lícito, ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar

obstáculo ilegítimo no propósito de inviabilizar condições materiais mínimas de existência em favor da pessoa e dos cidadãos – Princípio do Mínimo Existencial. (ROCHA, 2009, p. 11).

Portanto, a Reserva do Possível, não pode ser invocada com vistas a eximir os poderes competentes do cumprimento de suas atribuições constitucionais, principalmente quando dessa omissão resultar em prejuízos a direitos fundamentais. Nesses termos,

Verificada a ausência de qualquer limitação financeira, ou a aplicação de recursos públicos em finalidade evidentemente menos importante do que aquela a ser protegida, cumpre afastar o limite ora estudado, sendo impositivo a prestação para o Estado. Assim, o ativismo judicial procura extrair o máximo de eficácia do texto Constitucional (ROCHA, 2009, p. 13).

Sendo assim, o controle judicial das políticas públicas se faz necessário, com vistas a assegurar direitos fundamentais indispensáveis à vida digna da população, mesmo em face dos limites impostos pelo Princípio da Reserva do Possível. No entanto:

É preciso ter cautela quando, sob o argumento de garantir o mínimo existencial de pessoas que recorrem ao Poder Judiciário, conferindo-lhes direitos que demandam do Estado altíssimos custos, são deslocados recursos do orçamento da saúde, comprometendo, assim, o mínimo existencial de toda uma coletividade (SOUZA, 2016, p. 58).

Nesse sentido, pondera Osvaldo Canela Júnior:

A intervenção do Poder Judiciário há de realizar-se preferencialmente por meio do processo de índole coletiva, uma vez que o processo de índole individual pode permitir o paradoxo da desigualdade – desde que não produza efeitos coletivos –, não promovendo o correto realinhamento de políticas públicas. Mencionado paradoxo poderá, então, causar o desgaste indevido de todas as formas de expressão do poder estatal e a inconstitucionalidade reflexa dos arts. 2º, 3º e 6º da Constituição Federal. (JÚNIOR, 2010, p. 148).

À vista disso, “o mínimo existencial não deve incluir “qualquer coisa” necessária à dignidade, mas sim somente o essencial” (FONTE, 2015, p. 227). Pois, de outra forma, repara-se parcialmente uma omissão do Poder Público em proveito do cidadão que recorre ao Judiciário, ao passo que, a coletividade fica destituída da implementação de determinadas políticas públicas que poderiam ser executadas em benefício de toda a população.

4 Políticas públicas

Com a redemocratização do país a partir da Constituição da República de 1988, as Políticas Públicas ganharam notória relevância, haja vista que a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, dependia de políticas públicas eficazes, definidas e executadas pelo Estado. Como bem enfatiza Maria Tereza Sadek:

Os direitos sociais, também denominados direitos de segunda geração, requerem políticas públicas que, ao reconhecerem a exclusão, objetivem uma justiça distributiva. Ou seja, é necessário um Estado atuante, no sentido de providenciar a concretização dos direitos à saúde, ao trabalho, à educação, à moradia, à aposentadoria etc. (SADEK, 2012, p. 09).

Nessa perspectiva, a implementação de políticas públicas é competência das esferas Legislativa e Executiva, que devem atuar de modo a prestar a uma coletividade os direitos e garantias assegurados constitucionalmente. No que concerne aos direitos fundamentais sociais e seu caráter prestacional, é forçoso reconhecer que exigem do Estado uma política planejada e previsões orçamentárias dentro dos recursos disponíveis. Não obstante, mediante a inércia do Poder Público em efetivar tais direitos, o Judiciário é provocado demasiadamente em busca de proteção e concretização dos preceitos constitucionais, tornando-se co-participante das ações afirmativas.

Nesses moldes, o Judiciário deixa de ser um mero aplicador da lei que é posta e passa a ser legitimado a fazer cumprir os preceitos constitucionais, seja determinando medidas ao Executivo, atento à legalidade dos

seus atos, seja mediante o controle de constitucionalidade. Importante observar que ao Judiciário não compete implementar programas ou definir o modo de execução dos atos legislativos e administrativos para a concretização dos preceitos constitucionais, visto que tais atribuições competem aos demais poderes. Contudo, como bem assevera Osvaldo Canela Júnior:

Caso o Poder Legislativo ou o Poder Executivo se omitam na realização das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, cumpre ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos seus atos. Para corrigir as omissões das demais formas de expressão do poder estatal, o Poder Judiciário, entretanto, age de forma integradora, por meio da jurisdição, mas com amplos poderes coercitivos, necessários à concretização do provimento jurisdicional. Logo, o objetivo da atuação do Poder Judiciário é o de efetivar os direitos fundamentais, mediante a concessão dos bens da vida por eles protegidos. (JÚNIOR, 2010, p. 91-92).

Destaca, ainda, o aludido autor que:

O Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas (CANELA JÚNIOR, 2010, p. 148).

Vale frisar que tanto a política como as políticas públicas têm conexão com o poder social. O Estado Democrático de Direito clama por um planejamento do Estado, que se manifesta por meio das políticas públicas. Reinaldo Dias adverte que “enquanto a política é um conceito amplo, relacionado com o poder de modo geral, as políticas públicas correspondem a soluções específicas de como manejar os assuntos públicos” (DIAS, 2012, p. 01). Eduardo Fernando Appio define as políticas públicas como “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos” (APPIO, 2006, p. 136). Já Felipe

de Melo Fonte compreende como políticas públicas “o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública” (FONTE, 2015, p. 57). Nas lições de Caroline Müller Bitencourt:

Uma política pública permite distinguir o que o governo pretende fazer e o que de fato realmente realiza; uma política pública envolve vários níveis de decisão não se restringindo apenas aos atores formais, embora seja materializada através dos governos; uma política pública tende a abranger as leis e regras, mas não se limita a elas; uma política pública é uma ação intencional com objetivos a serem alcançados; e, embora possua resultados a curto prazo, em regra seu gozo é a longo prazo. (BITENCOURT, 2013, p. 52).

Para Maria Paula Dallari Bucci, “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2002, p. 241). Osvaldo Canela Júnior remete o conceito de políticas públicas a “todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais” (JÚNIOR, 2010, p. 147). Ressalta, ainda, que:

Estabelecido o direito fundamental social, os Poderes Legislativo e Executivo, no âmbito de suas competências constitucionais, têm o dever de promover a sua irradiação formal e material. Para tanto, a própria Constituição estabelece núcleos constitucionais de irradiação, os quais norteiam a atividade das referidas formas de expressão do poder estatal (CANELA JÚNIOR, 2010, p. 147-148).

Portanto, as políticas públicas configuram um instrumento pelo qual os direitos fundamentais são assegurados aos cidadãos, ou seja, é um meio de efetivar os direitos previstos em âmbito constitucional. Em outras palavras, as políticas públicas consistem no modo como o Estado irá atingir os propósitos e valores consagrados na Lei Maior.

Frise-se, por fim, que há vários tipos de políticas públicas: políticas públicas sociais, no que concerne à saúde, educação, habitação e previdência social; assim como pode ser de política administrativa, que envolve democracia, descentralização e participação social; e, por fim, pode ser de política específica ou setorial, que engloba o meio ambiente, direitos humanos, cultura, agrária, turismo, entre outras.

5 Ativismo judicial

O Ativismo Judicial transmite a majoração da atuação do Poder Judiciário na garantia do cumprimento dos direitos fundamentais em virtude da omissão das esferas Legislativa e Executiva. Tal prática se manifesta no ambiente jurisdicional quando o Judiciário é chamado a decidir sobre matérias que, em tese, não seriam de sua alçada, não obstante ser seu dever constitucional garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais quando provocado.

No tocante à sua origem, Rodrigo de Souza Tavares, José Ribas Vieira e Vanice Regina Lírio do Valle discorrem que a expressão surgiu precisamente com o historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., em um artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, publicado na revista americana *Fortune*, no qual abordava sobre a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos. Assim, ensinam Tavares, Valle e Vieira:

Curiosamente, a cunhagem original do termo não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico; a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana *Fortune*, voltada não para juristas, mas para o grande público leigo. No artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos então nove juizes da Suprema Corte norte-americana, classificando como ativistas judiciais os juizes Black, Douglas, Murphy e Rutledge, e como campeões da auto-limitação, os Juizes Frankfurter, Jackson, Burton e como integrantes de um grupo de centro (Juizes Reed e Vinson). (TAVARES; VALLE; VIEIRA, 2008, p. 7-713).

Já Luís Roberto Barroso entende que o Ativismo Judicial surgiu com a jurisprudência norte-americana, quando a Suprema Corte americana decidiu acerca da segregação racial. Assim, manifesta Barroso:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norteamericana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sandford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). (BARROSO, 2009, p. 7).

No Brasil, a prática do Ativismo Judicial tem estreita ligação com a promulgação da Constituição da República de 1988 e a consequente redemocratização que o país passou após o período ditatorial, juntamente com a ascensão e o fortalecimento do Judiciário, somada à inércia dos Poderes Públicos em efetivar os direitos e garantias consagrados no texto constitucional.

Vale destacar que muitos preceitos positivados em sede constitucional encontram-se sem efetividade em virtude da omissão do Legislativo em regulamentar tais direitos. Ressalta-se que a inércia do Legislativo não impede que tais matérias sejam levadas ao Judiciário, motivo pelo qual algumas matérias deságuam no Judiciário, exigindo do magistrado um posicionamento que vai além da simples subsunção da lei ao caso concreto, visto que, na maioria das vezes, não há lei nem parâmetros definidos para sua aplicação. Desse modo, percebe-se que, assim como a sua origem, não há um consenso acerca da exata definição de Ativismo Judicial. Não obstante muitos teóricos tentem conceituá-lo, ainda é uma expressão vaga. No entanto, em um primeiro momento, é importante destacar que o Ativismo Judicial não se confunde com a Judicialização da Política.

Nesses moldes, a Judicialização ocorre quando questões de grande repercussão política e social deixam de ser discutidas em sede Legislativa e Executiva e passam a ser decididas no âmbito do Judiciário. São proferidas

decisões com teor político, nas quais o Judiciário, mediante respaldo legal, atua além de suas funções típicas. Diferente do Ativismo, em que o Judiciário cria novas interpretações do Direito mediante a expansão do alcance dos preceitos positivados na Constituição. Nas lições de Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2009, p. 6).

Já “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2014, p. 441-442). Luís Roberto Barroso destaca que, frequentemente, o Ativismo Judicial “se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2014, p. 442). Pontua ainda que:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário [...]; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador [...]; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador [...], como no de políticas públicas insuficientes [...]. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito. (BARROSO, 2014, p. 442).

Por fim, Luis Roberto Barroso discorre acerca da Autocontenção Judicial, que consiste no oposto do Ativismo Judicial:

A autocontenção judicial é a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos. (BARROSO, 2014, p. 442).

Já Elival Silva Ramos entende por Ativismo Judicial:

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2015, p. 131).

O referido autor vê na prática proativa do Judiciário uma violação à tripartição dos poderes, na medida em que o Judiciário se sobrepõe em detrimento dos demais poderes. É com base nesses posicionamentos antagônicos acerca da definição do Ativismo exercido pelo Judiciário que serão explorados os argumentos proferidos por críticos e defensores da aludida prática.

5.1 Posicionamentos doutrinários

O denominado Ativismo Judicial tem despertado grandes discussões em sede doutrinária, acadêmica e jurisprudencial, o que acaba levando à tomada de posicionamentos antagônicos acerca desta prática. Os argumentos contrários ao Ativismo, além da suposta quebra da Separação dos Poderes, residem, também, no fato de os membros do Judiciário não serem eleitos pelo povo. Em razão disso, alegam os críticos, decorre a sua falta de legitimidade para proferir decisões que sobrepõem aos atos instituídos por

representantes eleitos democraticamente, interferindo, desse modo, nas competências do Legislativo.

Felipe de Melo Fonte anuncia que o problema mais notório no “controle judicial de políticas públicas consiste na inflação de direitos fundamentais promovida pela Constituição de 1988 e no reconhecimento direto de sua máxima eficácia, elementos que permitem sustentar a sindicabilidade de quase todo direito em face do Estado” (FONTE, 2015, p. 210).

Nesses moldes, Uadi Lammêgo Bulos define o Ativismo Judicial como sendo, “o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo” (BULOS, 2015, p. 442). O referido autor vê na atuação proativa do Judiciário uma ameaça ao princípio da Separação dos Poderes e à própria democracia. Para Bulos, o Ativismo Judicial consiste em um perigoso meio de fraude à Constituição.

Nessa linha, a postura proativa do Judiciário, violaria a separação dos poderes, visto que o Judiciário estaria exercendo uma função que não lhe é atribuída, dado que a implementação de políticas públicas compete ao Legislativo e Executivo, assim como insurgindo contra a própria democracia e soberania popular. Nesse sentido, ensina que:

O ativismo judicial é uma ultrapassagem das linhas demarcatórias da função judiciária, pois o juiz desborda o núcleo essencial da jurisdição. Em vez de dizer o direito nos conflitos de interesse, passa a criar comandos normativos, via sentenças judiciais, indo muito além da criatividade natural que permeia o múnus judicante. Por meio do ativismo judicial, o Poder Judiciário passa a ser um órgão incontrolável, cujos membros podem até invocar a “doutrina das questões políticas”, para, de modo descomensurado, desbordarem as raiais da função jurisdicional, proferindo sentenças estapafúrdias, baseadas em interpretações dessarazoadas, construções e manipulações contrárias ao dever ser das normas constitucionais. O ativismo judicial, portanto, abusa da interpretação, da construção e da manipulação, propiciando fraudes constitucionais, e, não raro, mutações inconstitucionais (BULOS, 2015, p. 442-443).

Por sua vez, Elival Silva Ramos vê na prática do Ativismo uma desnaturação das atribuições precípuas do Judiciário. Nesses moldes, argumenta:

Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legislação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. (RAMOS, 2015, p. 131-132).

Em seu turno, Daniel Sarmento pontua que o Ativismo Judicial seria lesivo à democracia, à separação dos poderes e à segurança jurídica. Em suas lições, aduz:

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2007, p. 144).

Por fim, argumentam-se, ainda, que o magistrado, na maioria das vezes, não detém conhecimentos suficientes para decidir questões de alta complexidade técnica, questões estas de cunho eminentemente político, que vão além do debate unicamente jurídico. No entanto, Marcelo Novelino rebate tais argumentos destacando que:

No que se refere ao suposto caráter antidemocrático da intervenção judicial, é importante notar que a democracia não se esgota na manifestação da vontade da maioria, na realização de eleições periódicas, no sufrágio universal e na

possibilidade de alternância de poder. Para permitir a formação de uma vontade verdadeiramente livre, observa Daniel Sarmento, a democracia pressupõe a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos. No Brasil, o déficit democrático das instituições representativas e a constatação de omissões deliberadas por parte do legislador têm contribuído decisivamente para a adoção de uma postura mais atuante do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais. (NOVELINO, 2014, p. 01).

No mesmo seguimento, Luís Roberto Barroso sustenta que:

Apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas. (BARROSO, 2014, p. 209-210).

Portanto, para Barroso, haveria a quebra da limitação dos poderes se houvesse a formação de “instâncias hegemônicas de poder” no âmbito do Estado, isto é, se houvesse a dominação institucional de um dos poderes sobre os demais, sem a sujeição de controles recíprocos. Também haveria a quebra se a expansão do alcance dos direitos e garantias fundamentais retirasse dos poderes suas funções típicas.

Nesse sentido, pode-se observar a importância do sistema de freios e contrapesos. Isso porque, havendo a divisão das atribuições a cada poder, sem que haja a supremacia de um poder em relação ao outro, não obstante seja admissível a interferência, resta evidente o controle recíproco exercido pelos poderes, mediante atos fiscalizatórios, com vistas a garantir a efetiva execução de suas atribuições constitucionais.

Destaca, ainda, Osvaldo Canela Júnior que “a atuação jurisdicional reflète, portanto, atividade corretiva do Estado-juiz, com o precípua propósito de atender aos objetivos estatais, mediante a satisfação integral dos direitos fundamentais sociais, fator que assegura a unidade do sistema” (JÚNIOR, 2010, p. 95). Marcelo Novelino aponta, ainda, o

denominado fenômeno da “micro justiça” em detrimento da “macro justiça”. O Judiciário realiza a “micro justiça” ao decidir uma lide específica que lhe é posta. Consiste na justiça daquele caso concreto e não de questões que envolvam toda a coletividade, pelo qual detém natureza macroestrutural, isto é, casos em que o interesse individual se sobrepõe ao interesse coletivo. Destarte, aduz:

Outra objeção à sindicabilidade dos direitos sociais consiste na desorganização causada na Administração Pública, já que os administradores, em vez de se devotarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, acabariam por se dedicar ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Poder Judiciário. A realização da justiça no caso concreto traria indesejáveis consequências para a realização de uma “macrojustiça”, melhor alcançada com o planejamento das políticas públicas. Argumenta-se, ainda, que uma atuação judicial mais efetiva na concretização desses direitos privilegia injustamente setores da sociedade com maior acesso à justiça, excluindo exatamente aqueles que mais precisam das prestações materiais fornecidas pelo Estado (NOVELINO, 2014, p. 01).

Lado outro, esclarece Pedro Lenza que “mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário” (LENZA, 2016, p. 587). Vale destacar que aqueles que defendem tal prática argumentam que o Ativismo é uma forma de proteção e concretização aos preceitos constitucionais, não podendo o Judiciário assumir uma condição inerte diante de situações que colocam em xeque a efetividade dos direitos fundamentais.

Tem-se que a atuação proativa do Judiciário faz se necessária a fortalecer e promover a democracia, uma vez que está atendendo a demandas da sociedade e garantindo a efetividade dos princípios e garantias fundamentais consagradas na Constituição ao sanar eventuais omissões deixadas pelo Legislativo e Executivo de forma adequada e provisória. Não obstante, como bem salienta Luís Roberto Barroso:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2009, p. 19).

Destarte, é forçoso reconhecer que o Ativismo Judicial é um importante instrumento para a proteção e concretização dos preceitos constitucionais, desde que utilizado com a devida cautela.

6 Análise jurisprudencial

Neste capítulo, será realizada uma breve análise jurisprudencial a fim de demonstrar como os tribunais vêm decidindo acerca do controle exercido pelo Judiciário nas Políticas Públicas. Por ocasião da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45, de 2004, denominada ADPF 45, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, traçou parâmetros acerca dessa problemática a fim de viabilizar a efetiva concretização das políticas públicas por meio do Judiciário, de modo a assegurar o mínimo existencial aos cidadãos com fundamento na dignidade da pessoa humana. Um excerto da aludida decisão merece destaque:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode

converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado". Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (BRASIL, 2004).

Desse modo, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 45, defendeu uma postura ativa do Judiciário a fim de garantir a promoção das políticas públicas e a conseqüente proteção e concretização dos direitos fundamentais positivados em texto constitucional, ainda que derivados de normas revestidas de conteúdo programático.

Posteriormente a essa decisão, o controle do Judiciário em matéria de políticas públicas foi cada vez mais ganhando corpo na jurisprudência brasileira. O Superior Tribunal de Justiça, assim como o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais compartilham do mesmo entendimento, conforme pode-se notar em suas recentes decisões. Nesse sentido, o primeiro julgado a ser analisado trata-se do Recurso Especial número 1488639/SE interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, julgado em 20 de novembro de 2014 pela Segunda Turma, em que restou decidido a possibilidade, em casos excepcionais, do controle judicial de políticas públicas:

2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes. 3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. [...] 6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde. (BRASIL, 2014).

Vale ainda destacar que, no aludido julgamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser cabível a cominação de multa diária em face do Poder Público, como forma de assegurar a efetiva concretização dos direitos fundamentais demandados. Na mesma linha de raciocínio, a Segunda Turma no julgamento do Agravo Interno em Recurso Especial número 1304269/MG, em 17 de outubro de 2010, firmou entendimento acerca da legitimidade do controle judicial mediante omissão do Poder Público:

1. O STJ tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social – principalmente nos casos em que visem resguardar a supremacia da dignidade humana sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. 2. O controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a "inescusável omissão estatal" na sua efetivação atinja direitos essenciais incluso no conceito de mínimo existencial. 3. O Pretório Excelso consolidou o posicionamento de ser lícito ao Poder Judiciário "determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes". (BRASIL, 2010).

No mesmo compasso, em 09 de fevereiro de 2017, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu no julgamento do Agravo de Instrumento número 1.0017.16.003967-7/001:

3 - Não é defeso ao Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas com previsão constitucional/legal ante a omissão das instâncias governamentais, violadora dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Em tais casos, não há que se falar em intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo, pois restrita a sua atuação na concreção de direitos sociais garantidos constitucionalmente ou legalmente, porém aviltados pelo Poder Público por meio da inércia administrativa ou de sua atuação deficitária. (BRASIL, 2017).

Por derradeiro, em 22 de fevereiro de 2018, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento de Agravo Interno número 1.0145.17.007671-8/002, afasta o argumento de ofensa à Separação dos Poderes mediante o controle exercido pelo Judiciário no tocante as políticas públicas:

2- Quando o poder público invoca a "cláusula da reserva do possível" para negar o acesso à saúde garantida constitucionalmente, cabe-lhe o ônus da prova de que não há recursos, demonstrando "concretamente" essa incapacidade; 3- Em regra, é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito dos atos administrativos de efetivação de políticas públicas, cabendo-lhe unicamente examiná-los sob o aspecto de legalidade e moralidade. Todavia, diante de flagrante descumprimento pelo Ente Público das normas legais, é permitido ao judiciário impor o cumprimento das disposições normativas respectivas; 4- A determinação ao Executivo do cumprimento de garantia social da Constituição Federal, ainda que isso implique realização de despesas, não ofende o princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Público também se submete ao império da lei. (BRASIL, 2018).

Desse modo, observa-se que, hodiernamente, o entendimento predominante em nossos tribunais assenta-se no sentido de possibilitar ao Judiciário, em contextos excepcionais de omissão ou inércia dos poderes competentes, a concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, notadamente com fundamento nos princípios

da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial, sem que isso resulte em violação ao princípio da Separação dos Poderes ou afronte os limites impostos pela Reserva do Possível. Ademais, restou inequívoco, que o Estado ao deixar de implementar medidas imprescindíveis à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, viola os preceitos positivados em sede constitucional.

7 Considerações finais

Através do presente estudo buscou-se compreender como a prática do Ativismo Judicial no controle das políticas públicas vem se tornando cada vez mais recorrente, com vistas a garantir a concretização dos direitos fundamentais positivados no texto constitucional. Procurou-se investigar acerca da legitimidade do Poder Judiciário em proferir decisões em casos que, em princípio, seriam de competência dos poderes Legislativo e Executivo, buscando, ainda, demonstrar como a Separação dos Poderes vem sendo repensada mediante essas intervenções.

Como pode-se observar, a jurisprudência brasileira caminha no sentido de viabilizar a análise pelo Poder Judiciário de questões relativas à implementação e execução de políticas públicas, ao passo que o Judiciário, mediante uma atitude ativista, determina aos poderes Legislativo e Executivo a efetiva concretização dos direitos fundamentais constitucionais. Nesse contexto, verifica-se que não é possível rogar a Separação dos Poderes com vistas a impedir a atuação do Judiciário em face de omissão ou inércia do Legislativo e Executivo, visto que todas as três esferas estatais possuem o dever de efetivar e proteger os preceitos constitucionais, precisamente os direitos e garantias fundamentais.

Ademais, se a Separação dos Poderes foi idealizada com o propósito de coibir os abusos de um poder sobre o outro, não se pode invocá-lo com vistas a admitir análogo abuso estatal consistente na inércia ou omissão em efetivar os direitos fundamentais. Desse modo, não obstante a competência para implementação e execução de políticas públicas seja dos

poderes Legislativo e Executivo, essa competência não exclui a possibilidade do controle jurisdicional mediante omissões ou inércia dos poderes competentes.

Notadamente o Judiciário, quando provocado, detém o dever constitucional de dirimir os litígios que envolvam lesão ou ameaça a quaisquer direitos fundamentais em virtude de inexistência ou insuficiência na execução de políticas públicas. Do mesmo modo, o Judiciário deve levar em consideração a escassez dos recursos públicos, bem como a viabilidade financeira e econômica do Poder Público que, ainda assim, não pode constituir óbice à prestação do mínimo indispensável à existência digna da população.

Nesse contexto, o Ativismo Judicial deve ser encarado como positivo e necessário, a depender do caso concreto, visto que fortalece e promove a democracia, ao passo que garante a efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, bem como repara eventuais omissões deixadas pelos poderes Legislativo e Executivo. Destarte, é forçoso reconhecer que o Ativismo Judicial representa um avanço no tocante ao reconhecimento de direitos fundamentais, constituindo um importante instrumento de proteção e concretização dos preceitos constitucionais, desde que utilizado com racionalidade e cautela.

Isso porque o Judiciário, ao valer-se do Ativismo para garantir o mínimo existencial, deve manter-se atento acerca do impacto que suas decisões podem causar a toda coletividade e, notadamente, às políticas públicas, de modo que a garantia ao mínimo existencial a um cidadão não comprometa o mínimo existencial de toda a coletividade, assim como deve, ainda, preservar pela harmonia e independência dos três poderes.

Desse modo, o Ativismo não pode ser encarado tão somente como danoso ao Estado e à Separação dos Poderes, nem mesmo como único remédio para os problemas que atingem o corpo social. Mas sim como um instrumento de equilíbrio e balanceamento entre os poderes, capaz de estimular debates com vistas a alcançar possíveis soluções aos conflitos sociais.

Referências

- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- ARAÚJO, Ana Luiza Gomes de; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. Controle jurisdicional das políticas públicas – Princípios informadores aplicáveis no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Ed. 21, 2013. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/10/D21-Co1.pdf>>. Acesso em: 28 março 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. São Paulo Saraiva 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Feveiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 março 2018.
- BITENCOURT. Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2013.
- BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45** / Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 11 abril 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.
- BRASIL. **STJ. AI 739.151** AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe 11/6/2014, e AI 708.667 AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 10/4/2012). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1304269/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 20/10/2017).

BRASIL. **STJ. REsp 1488639/SE**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014.

BRASIL. **TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0017.16.003967-7/001**, Relator (a): Des.(a) Jair Varão, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/02/2017, publicação da súmula em 07/03/2017.

BRASIL. **TJMG. Agravo Interno Cv 1.0145.17.007671-8/002**, Relator (a): Des.(a) Renato Dresch, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/02/0018, publicação da súmula em 27/02/2018

BRETAS, Hugo Rios. **O idoso no ordenamento jurídico: Reflexões acerca das (in)congruências concernentes às definições teóricas do idoso**. Novas Edições Acadêmicas, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 1 v. 25. São Paulo Atlas 2014.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo Saraiva 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 15. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. XXVIII, 1543 p.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. São Paulo Saraiva 2017.

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. **Manual para elaboração e apresentação dos trabalhos acadêmicos**: padrão Newton Paiva. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. – 32. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Reinaldo. **Políticas públicas princípios, propósitos e processos**. São Paulo Atlas 2012.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. Rio de Janeiro Atlas 2017.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. Rio de Janeiro Método 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. 1291 p.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo Saraiva 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.); SADEK, Maria Tereza. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. Rio de Janeiro Forense 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. São Paulo Saraiva Educação 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. Rio de Janeiro Atlas 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. volume único. 9. Rio de Janeiro Método 2014.

OLIVEIRA, Letícia Silva de. O princípio da separação de funções estatais e o ativismo judicial. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Ed. 21, 2013. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/10/D21-34.pdf>>. Acesso em: 07 abril 2018.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas o problema da legitimidade**. São Paulo Saraiva 2014.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. São Paulo Saraiva 2015.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2. São Paulo Saraiva 2015.

ROCHA, Patricia Carbonel Campos da. O Ativismo Judicial nas Políticas Públicas. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**. V.1 N.1 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/direito_constitucional/direito_constitucional.html>. Acesso em: 28 março 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Curso de direito constitucional**. São Paulo Saraiva 2016.

SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. 934 p.

SOUZA, Bruno Giovani Lima. Os Limites da Intervenção do Poder Judiciário na Prestação do Direito à Saúde. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 41, n. 1, p. 39-71, jan./jun., 2016. Disponível em: <<http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/308>>. Acesso em 10 de abril de 2018.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em: 28 março 2018.

Capítulo 3

Da (in)eficácia das medidas socioeducativas: apreciação sob a ótica dos julgados de números

0024.17.057.095-6 e 0024.17.057.632-6

Stephanie Kristine Alves de Souza

Hebert Soares Leite

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

É notório e assustador o crescente número de menores que se envolvem em atos infracionais. Nesse sentido, a escolha do tema do presente trabalho se deu em razão do avanço da criminalidade entre os jovens, sobretudo em virtude da insatisfação quanto à aplicação das medidas socioeducativas que, em muitos casos, não alcançam a finalidade estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e regulamentada pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Esse sentimento ganhou evidência em razão do julgado nº 0024.17.057.095-6, caso concreto que demonstrou de forma real a necessidade do aperfeiçoamento das medidas socioeducativas no sentido de que sua escolha deve ser feita por meio de um estudo criterioso que determine de fato qual será a forma mais efetiva de ressocialização do menor infrator. Cumpre aduzir ainda que, enquanto o Estado quedar-se omissivo quanto ao acompanhamento do cumprimento da medida determinada pelo judiciário, nenhum resultado será obtido pois, conforme será demonstrado no desenrolar do trabalho, em nada adianta o juiz determinar a obrigação ao

menor e o Estado não atender às disposições legais e acompanhar o seu desenvolvimento buscando alcançar o resultado esperado.

Ora, o ECA é muito claro ao demonstrar que o objetivo das medidas socioeducativas é a ressocialização tal como a reeducação do jovem que lamentavelmente teve contato com a delinquência. Dessa forma, tal preceito deve ser observado e conseqüentemente efetivado, haja vista que a transgressão da lei configura-se como um ato inadmissível em um Estado democrático de direito.

Destarte, o problema da criminalidade juvenil alcançou uma repercussão social tão grande que por muito tempo um dos assuntos mais debatidos na mídia tratavam sobre a redução da maioridade penal. Contudo, o meio hábil para punir os menores infratores já existe visto que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente foram criadas para este fim: reeducar o menor infrator e subsidiariamente reprimir a prática da conduta delituosa.

É imprescindível que o Estado priorize e faça valer os direitos e garantias dos nossos jovens, fazendo com que eles sejam gozados e efetivados em sua plenitude, pois os adolescentes refletem o futuro da nossa sociedade; não há outra forma senão atender a finalidade social da norma para diminuir o atual e considerável número de menores infratores.

Portanto, levando-se em consideração que a lei existe e sua intenção é admirável, deve-se educar as crianças do nosso país enquanto há tempo, para que no futuro sejam solução para nossa sociedade e não os causadores de um problema social.

2 Breve histórico dos direitos das crianças no Brasil

O reconhecimento das crianças enquanto sujeitos de direitos é um progresso relativamente recente na história do Brasil. Sua concretização se deu de fato após a promulgação da Constituição Federal de 1998 que dispôs sobre a necessidade de tratamento digno às crianças por meio de

garantias fundamentais que posteriormente vieram a ser tratadas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No âmbito do Direito Penal, muitas legislações foram criadas a fim de disciplinar o problema da criminalidade infantil. Em uma análise atual, todas as leis contrariavam o princípio da dignidade da pessoa humana e se mostraram ineficazes. À vista disso será exposto a seguir um breve histórico do caminho percorrido pela legislação menorista até a conquista dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil. Até o século XIX vigeu no Brasil as regras oriundas do Direito Português, período no qual as crianças e os adolescentes eram totalmente menosprezados.

Nesse sentido, em 1603 com as Ordenações Filipinas, a responsabilização penal era possível a partir dos sete anos, ou seja, a contar dessa idade julgava-se que o indivíduo era capaz de discernir todos os seus atos, sendo dessa forma responsável por eles penal e civilmente. Naquela época era possível a condenação de pena de morte aos jovens entre dezessete e vinte e um anos e para redução de pena as condições em que o ato ilícito fora praticado influenciava na concessão.

Com o advento da proclamação da independência do Brasil, realizou-se a publicação do Código Criminal do Império em 1830, momento em que importantes alterações foram feitas. No que diz respeito à responsabilização penal tinha-se como inimputáveis os menores de sete anos, e relativamente inimputáveis as pessoas entre sete e quatorze anos de idade. A partir dessa idade a criança poderia ser responsabilizada plenamente.

Para a configuração da responsabilidade penal dos menores entre sete e quatorze anos, o juiz utilizava-se do critério biopsicológico. O método consistia na verificação da capacidade da criança em conseguir ou não distinguir o bem do mal, ter noção do justo ou injusto, do lícito ou ilícito, bem como ter conhecimento dos valores morais. Após o resultado da avaliação o menor poderia ser encaminhado a uma espécie de casa de correção onde sua permanência era possível até a consecução dos dezessete anos.

Adiante, já em 1890 com a promulgação do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, as crianças entre sete e nove anos não poderiam mais se

sujeitar ao critério biopsicológico. Tal exame só poderia ser feito aos menores que possuísem idade entre nove e quatorze anos. Já para os maiores de quatorze a situação permaneceu a mesma, ou seja, eram considerados plenamente imputáveis.

No ano de 1940 sobreveio um marco importantíssimo para o ordenamento jurídico: a entrada em vigor do Código Penal resultou na determinação da maioridade penal aos dezoito anos de idade. Neste cenário, em 1979 foi publicado o Código de Menores que dispunha sobre a doutrina do menor em situação irregular. A referida legislação especial disciplinava as situações em que os menores de dezoito anos eram autores de atos ilícitos, vítimas de maus--tratos pelos familiares ou abandonados pela sociedade. O sistema tutelar estabelecido no Código de Menores foi altamente criticado em seu período de vigência. Nesse contexto, aduz Edson Lucas e Kelly Bizinoto:

Esses menores eram tratados como objeto de uma intervenção estatal coercitiva que suprimia sua capacidade e sua opinião com o discurso protetivo, refletindo na atuação do Juiz de Menores. [...] Confundiam-se, então, o carente de assistência social e o autor de ato ilícito. A solução para os dois era a privação de liberdade. Sobrecarregavam-se as Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (Febems) e criminalizava-se a pobreza. Os delinquentes eram os abandonados e os abandonados eram os delinquentes. Viviam longe da família e sem a assistência adequada para estimular suas potencialidades e o exercício da cidadania. (BIZINOTO, 2013, p. 165).

Diante da situação narrada se fez necessária uma alteração nos preceitos vigentes com o objetivo de disciplinar a situação dos menores no Brasil sob a égide de um direito humanitário e protecionista. A doutrina da proteção integral recepcionada em nossa Constituição Federal de 1988 em seus artigos 227 e 228 preconiza que o direito da criança não pode ser exclusivo de uma categoria de menor, classificado como abandonado ou infrator, mas deve-se dirigir a todas as crianças e adolescentes sem distinção. Nas palavras de Edson Lucas e Kelly Bizinoto:

Surgiram a diferença entre vitimizador e vitimado e a responsabilização penal juvenil, trazendo a excepcionalidade e brevidade como características da medida sancionadora de restrição de liberdade. A função do juiz se restringiu à jurisdicional, prevalecendo a igualdade de direitos fundamentais entre crianças, jovens e adultos e, conseqüentemente, a condição de sujeito de direito da criança e do adolescente. Enfim, a necessidade de se abordar temas relativos à criança e ao adolescente sob a perspectiva dos direitos humanos. (BIZINOTO, 2013, p. 166).

Assim, os novos preceitos deveriam ser regulamentados por uma lei especial conforme determinou a Constituição Federal. Deste modo, com a promulgação do ECA, as crianças e os adolescentes se tornaram detentores das garantias e dos direitos fundamentais.

2.1 Dos Direitos Fundamentais e Das Garantias da Criança e do Adolescente

A princípio, é imperioso destacar que os direitos e garantias fundamentais tratam-se de prerrogativas ínsitas à condição de ser humano. Nesse sentido, a Constituição Federal da República preconiza em seu artigo 5º, caput, que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 2017).

Posto isto, o texto constitucional igualmente dispõe que os direitos e garantias fundamentais se estendem aos indivíduos que se encontram em condição especial de desenvolvimento, ou seja, as crianças e os adolescentes. Veja-se o mandamento inscrito no artigo 227, caput:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-

los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2017).

Destarte, como visto anteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente consiste na legislação especial responsável por disciplinar os direitos da criança e do adolescente. Deste modo, logo em seu artigo 3º é possível verificar a ratificação das diretrizes constitucionais, veja-se:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL, 2017).

Por fim, embora seja evidente, é necessário trazer à baila em virtude do tema tratado no presente trabalho que às crianças e aos adolescentes também são garantidos todos os direitos processuais, e categoricamente determina a lei que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (ECA, art. 110).

2.2 Do Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente criado pela Lei Federal nº 8.069/90 revogou o antigo Código de Menores de 1979 e incorporou ao ordenamento jurídico pátrio à doutrina da proteção integral, o que se verifica de plano em seu artigo 1º com a afirmação da criança e do adolescente como cidadãos de direitos. Nas palavras de Dupret, Cristiane:

Com a revogação dessa Lei e com a entrada em vigor do ECA, implementou-se, no Brasil, a adoção da doutrina da proteção integral, passando a criança e

adolescente a serem verdadeiramente reconhecidos como sujeitos de direitos. O ECA dirige-se a toda e qualquer criança e adolescente em situação regular ou situação de risco, garantindo a elas, em conjunto, todos os direitos especiais à sua condição de pessoa em desenvolvimento. [...] (DUPRET, 2015, p. 41).

Instituído com status de Lei Complementar, o Estatuto da Criança e do Adolescente sobreveio como o instrumento normativo responsável pela regulamentação de garantias previstas em nossa Constituição Federal de 1988. Dentre elas cita-se o artigo 227 da referida Carta Magna que dispõe sobre o dever da família, sociedade e Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, os direitos e garantias fundamentais de modo a efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, verifica-se com clareza o quão imprescindível é a observância das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que estas ratificam a proteção integral à criança e ao adolescente alcançando uma função social basilar, sobretudo por estabelecer como dever familiar, social e estatal os cuidados com os jovens do país.

2.2.1 Do Conceito de Criança e Adolescente

Relativamente às alterações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em relação ao Código de Menores de 1979, deve-se abordar ainda a mudança ocorrida na conceituação legal das expressões criança e adolescente. Anteriormente utilizava-se o termo “menor” como definição do adolescente que cometia atos infracionais e “criança” para todos os outros que não praticassem o ilícito. Com a entrada em vigor do ECA a classificação de criança e adolescente passou a ser feita por meio do critério cronológico, assim estabelecido no artigo 2º do Estatuto:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. (BRASIL, 2017).

Deste modo, criança será toda pessoa que tiver até doze anos incompletos e adolescente aquele que possuir idade entre doze e dezoito anos. Neste ínterim, se faz necessário destacar que em nosso ordenamento jurídico vigora a previsão legal de que aos 18 anos completos a pessoa passa a ter capacidade plena sendo considerada imputável.

No que tange ao parágrafo único do artigo supracitado, tem-se uma exceção acerca da aplicação do Estatuto para as pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Para o presente trabalho, a ressalva nos interessa em relação à medida socioeducativa de internação que, diante da disposição do referido parágrafo, poderá perdurar até os 21 anos do menor infrator. Veja-se a explicação esclarecedora feita por Cristiane Dupret:

Quanto ao limite máximo de idade para perdurar a internação, esse permanece sendo o de 21 anos. Tal limitação em nada se relaciona à antiga maioridade civil, mas sim ao limite máximo que um adolescente poderia permanecer internado: três anos. Dessa forma, se pensarmos em um adolescente que deixa para praticar o ato infracional no último momento de sua menoridade, calculando que seja possível uma internação por um prazo máximo de três anos, poderia ele ficar internado até praticamente os 21 anos, quando sua desinternação é compulsória. (DUPRET, 2015, p. 49).

3 Da prática do ato infracional

Inicialmente convém destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente não utiliza os termos crime ou contravenção penal, pois estes só podem ser praticados por aqueles considerados imputáveis, ou seja, maiores de dezoito anos e, como já explanado anteriormente, o ECA regula ocorrências relacionadas aos inimputáveis. Deste modo a terminologia utilizada na referida legislação especial é ato infracional. Cristiane Dupret elucida perfeitamente essa matéria, veja-se:

Logo, podemos afirmar que o menor de 18 anos não comete crime, comete apenas um ato análogo a um injusto penal (fato típico e ilícito), que é descrito como crime ou contravenção penal, denominado pelo estatuto de ato

infracional, que abrange a situação descrita como infração penal como um todo (crime e contravenção). (DUPRET, 2015, p. 189).

Tal afirmação traduz o disposto no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A par disso, a lei determina que todo adolescente que praticar ato infracional deverá, após o devido processo legal e verificada sua autoria, cumprir uma medida socioeducativa a ser aplicada pelo juiz menorista.

Desta maneira a fase procedimental para apuração do infracional tem previsão nos artigos 171 a 190 do ECA. Em síntese, o procedimento inicia-se com a fase policial e em seguida dar-se-á a autuação do Ministério Público, momento em que poderá ser promovido o arquivamento dos autos, a concessão da remissão ou a representação do menor.

Não obstante, feito isso, passa-se à realização da notificação dos responsáveis legais que acompanharão a oitiva informal do adolescente realizada pelo membro do Ministério Público. Ato contínuo, inicia-se a fase judicial seguida da audiência de instrução e julgamento. Proferida a sentença judicial, será aplicada a medida socioeducativa mais adequada ao caso concreto.

3.1 Das Medidas Socioeducativas

As medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes autores de ato infracional estão previstas taxativamente no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dentre elas as possibilidades são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços, liberdade assistida, regime de semiliberdade, internação e, por fim, quaisquer das medidas de proteção previstas no artigo 101, incisos I a VI do mesmo Estatuto. No curso do devido processo legal o magistrado da Justiça Especial da Infância e Juventude será o competente a aplicar a medida socioeducativa adequada, conforme dispõe o artigo 148, inciso I do ECA, veja-se:

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis. (BRASIL, 2017).

Acerca do critério para a escolha da medida socioeducativa o juiz deverá observar três fatores: a capacidade do adolescente para o cumprimento da medida, as circunstâncias e por fim a gravidade do ato infracional. No entendimento de Válder Kenji, os critérios serão avaliados da seguinte maneira:

verifica-se que na prática forense três critérios são destacados: (1) Gravidade do Delito. O julgador avalia a gravidade do delito para aplicar medida socioeducativa mais grave ou não. Dentro desse assunto o próprio ECA exigiu a existência de constrangimento (violência ou grave ameaça) para possibilitar de início a internação. Assim, existe uma gradação. Delitos de menor potencial ofensivo admitem medidas mais brandas como a advertência. Delitos mais graves como o tráfico de drogas exigem a aplicação de medidas mais graves como a liberdade assistida. O roubo admite a internação, semiliberdade e a liberdade assistida. Essa aplicação, todavia, varia de Estado para Estado e conforme a tolerância com o ato infracional (se o mesmo se torna muito comum na Comarca, as medidas tendem a se tornar mais brandas); (2) Primariedade ou não do adolescente em conflito com a Lei. Nesse caso, o juiz menorista avalia se o adolescente praticou o ato infracional pela primeira vez ou se já cometeu vários atos infracionais; (3) Vinculação com a família natural ou extensa. Nesse caso se o magistrado verificar que há uma chance de recuperação junto à família, poderá aplicar medida mais branda ou com acompanhamento mais próximo do setor técnico e da própria família. (KENJI, 2016, p. 343).

Por conseguinte, analisaremos agora cada uma das seis medidas socioeducativas previstas no ECA.

3.1.1 Advertência do artigo 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente

De acordo com o art. 115, a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada. A medida de advertência

configura-se como uma correção verbal, posteriormente reduzida a termo, imposta pelo juiz menorista com o objetivo de repreender a conduta ilícita praticada.

Embora não exista previsão legal quanto ao limite de aplicação da medida a um mesmo adolescente infrator, a doutrina entende que a advertência não deve ser aplicada por mais de uma vez, posto que o menor deve ter em mente que ao repetir a conduta ilícita será aplicada uma medida mais gravosa.

3.1.2 Obrigação de Reparar o Dano no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. (BRASIL, 2017).

A medida consistente na obrigação de reparar o dano é aplicada quando o ato infracional resultar em danos materiais ao ofendido. Nas sábias palavras de Válder Kenji:

A obrigação de reparar o dano, como medida socioeducativa, deve ser suficiente para despertar no adolescente o senso de **responsabilidade** social e econômica em face do bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta. (KENJI, 2016, p. 345).

Já no parágrafo único do artigo 116 está prevista a possibilidade de substituição da medida por outra mais viável caso o adolescente infrator não tenha condições de arcar com o ressarcimento. Por fim, é necessário demonstrar a possibilidade de responsabilização dos pais ou responsável legal quanto à obrigação de reparar o dano. Os artigos 928 e 932 do Código Civil atribuem a responsabilidade aos pais ou responsável quanto à

obrigação de reparar o dano que inicialmente foi direcionada ao autor do ato infracional.

3.1.3 Da Prestação de serviços à comunidade no artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. (BRASIL, 2017).

A respeito da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade essa consiste, segundo Válder Kenji, na realização de tarefas gratuitas de interesses gerais por período não superior a seis meses.

É mister destacar que a prestação de serviço à comunidade só poderá de fato ser aplicada se o adolescente expressamente aceitar sua determinação, caso contrário pode ocorrer a configuração do trabalho forçado que é proibido por lei. Cabe mencionar ainda que segundo Cristiane Dupret:

A medida em análise não pode ser confundida com a prevista no Código Penal, pois a prestação de serviços à comunidade segundo o artigo 43 do Código Penal possui natureza de pena alternativa, substitutiva da privativa de liberdade. No ECA, a prestação de serviços à comunidade é medida socioeducativa que somente pode ser aplicada ao adolescente em conflito com a lei por meio de processo judicial pela prática do ato, sendo diretamente aplicada na sentença. (DUPRET, 2015, p. 204).

Finalmente, a execução da medida deverá ser acompanhada por um profissional que será responsável por encaminhar um relatório das atividades à autoridade judiciária para fiscalização e avaliação do cumprimento da medida.

3.1.4 Liberdade assistida nos artigos 118 e 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV - apresentar relatório do caso. (BRASIL, 2017).

Para Válder Kenji:

A medida na prática consiste no comparecimento periódico a um posto determinado e proceder à entrevista com o setor técnico [...] A medida também comporta a designação de um orientador designado pelo juiz da infância e da juventude. Poderá haver o acompanhamento por entidade governamental ou não governamental. [...] Na prática menorista, a LA é a medida mais aplicada, com o crescimento de jovens cumprindo essa medida. Pode gerar frutos se implementada de acordo com os ditames do ECA, com o acompanhamento pelo orientador e com a integração com os pais ou responsável (Luci Gati Pietrocolla, Jacqueline Sinhoretto e Rosa Castro, O Judiciário e a Comunidade, p. 41). Trata-se de uma das medidas mais aplicadas em substituição à medida de internação. (KENJI, 2016, p. 351).

Percebe-se deste modo que a finalidade dessa medida consiste no acompanhamento, auxílio e orientação do menor autor de ato infracional. À vista disso, é possível caso seja necessário, ou seja, não seja atingido seu objetivo, a revogação ou substituição por outra medida mais oportuna.

3.1.5 Semiliberdade no artigo 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação. (BRASIL, 2017).

A medida de semiliberdade representa a privação parcial de liberdade. Contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente não é muito claro ao estabelecer suas regras de execução, uma vez que não estabelece o local nem a forma como deverá ser cumprida, se limitando a dizer apenas que a mesma poderá ser determinada como medida inicial ou como forma de progressão da medida de internação. Assim, ao adolescente será garantido tempo para escolarização e profissionalização, atendendo à finalidade que se busca. Nas palavras de Cristiane Dupret:

A medida de semiliberdade garante ao adolescente uma maior convivência comunitária e familiar, assim como oferece a oportunidade de estudar e de se profissionalizar, estimulando o adolescente a traçar um novo rumo em sua vida. Diferente da internação, é baseada em algum senso, ainda que mínimo, de responsabilidade, não sendo, portanto, aceita em atos infracionais de muita gravidade ou que denotem uma reiteração infracional. Para garantir a interpretação do ECA de acordo com os fins sociais aos quais se dirige, a medida a ser aplicada em atos dotados de gravidade deve ser a semiliberdade ou a liberdade assistida, sempre que for possível evitar a internação. (DUPRET, 2015, p. 206).

3.1.6 Internação no artigo 121 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária. (BRASIL, 2017).

A internação consiste em uma medida privativa de liberdade e uma de suas características é a excepcionalidade, o que possibilita sua aplicação apenas quando da prática de atos infracionais gravosos. Não há como estudar a referida medida sem mencionar os princípios da brevidade, excepcionalidade e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Acerca disso, Válder Kenji, esclarece com eficiência o assunto, nota-se que:

O ECA, visando garantir os direitos do adolescente, contudo, condicionou-a três princípios mestres: (1) o da brevidade, no sentido de que a medida deve perdurar tão somente para a necessidade de readaptação do adolescente; (2) o da excepcionalidade, no sentido que deve ser a última medida a ser aplicada pelo juiz quando da ineficácia de outras; e (3) o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, visando manter condições gerais para o desenvolvimento do adolescente, por exemplo, garantindo seu ensino e profissionalização. Em obediência à brevidade, estipula a lei menorista o prazo máximo de 3 (três) anos (§ 3º) e a liberação compulsória ao 21 (vinte e um) anos (§ 5º). (KENJI, 2016, p. 358).

É imperioso destacar que diferentemente da semiliberdade, no caso da internação o menor necessita de autorização judicial para sair do estabelecimento de internação. Ademais, a liberação é compulsória quando o

indivíduo completa 21 anos de idade pois, como citado acima, o cumprimento pode alcançar até três anos.

Por fim, destaca-se que diante do cumprimento da medida socioeducativa de internação, o Estado tem a obrigação de zelar pela integridade física e mental do adolescente internado. É resguardado ainda o acesso à educação, profissionalização, atividades esportivas tal como atividades culturais e de lazer dentro da entidade de internação.

3.2 Do caráter pedagógico

Observando a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, as medidas socioeducativas cumprem essencialmente uma função pedagógica em consonância com o próprio termo utilizado intentando a socioeducação do autor do ato infracional.

Nas palavras de Edson Lucas e Kelly Bizinoto, “a finalidade pedagógica é primordial na aplicação das medidas socioeducativas. Oferecer condições para essa autotransformação se dá a partir dos valores ético-sociais e sobrepõe ao caráter retributivo que as medidas ainda possuem” (BIZINOTO, 2013, p. 167). Nesse sentido, os referidos autores destacam ainda que:

Propiciar ao adolescente conviver com sua liberdade de forma mais consciente em relação às regras sociais tem mais chance de êxito que privá-lo do convívio social e ter a pretensão de que, ao retornar, ele terá condições de viver em sociedade. Portanto, fazer valer o nome socioeducativo das medidas como sua característica fundamental proporciona aos adolescentes em conflito com a lei a maior oportunidade de reconhecer-se como sujeitos de direitos responsáveis pelos seus atos e melhores condições do exercício de sua cidadania. (BIZINOTO, 2013, p. 167).

Deste modo, embora as medidas socioeducativas possuam uma natureza jurídica sancionatória, impositiva e retributiva, é essencial o reconhecimento da indissociabilidade da finalidade pedagógica e educativa que as medidas apresentam.

4 Do sistema nacional de atendimento socioeducativo (SINASE)

O contexto histórico do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE compreende o período entre os anos de 1990 e 2006, época em que foram realizadas algumas Conferências que tratavam sobre o tema infância e adolescência. Neste ínterim, no ano de 2006 foi aprovada e publicada a resolução nº 119 pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE.

Diante da necessidade de normatização acerca da execução das medidas socioeducativas direcionadas aos adolescentes autores de atos infracionais, foi sancionada em 18 de janeiro de 2012 a Lei Federal 12.594/2012 que regulamenta o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Neste contexto, o parágrafo segundo do artigo primeiro da referida lei reforça os objetivos principais das medidas socioeducativas, estabelecendo que:

Art. 1. § 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos: I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei. (BRASIL, 2012).

Conforme estabelece o artigo segundo da referida Lei, o SINASE será coordenado pela União e integrado pelos sistemas estaduais, distrital e municipais. Cada ente federado com liberdade de organização e funcionamento será responsável pela implementação dos seus programas de atendimento.

O SINASE tem como finalidade precípua a organização de políticas públicas que visam garantir a efetividade e eficácia do cumprimento das medidas socioeducativas, sobretudo em sua perspectiva pedagógica diligenciando à reinserção do adolescente autor do ato infracional na sociedade.

Consequentemente deve-se reconhecer a importância do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo para efetivação dos direitos dos adolescentes, uma vez que seu objetivo em muito favorece esses indivíduos, principalmente quando levado em consideração seu propósito de, por meio das medidas socioeducativas, garantir direitos e inclusão social aos menores infratores.

4.1 Do Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo

O Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo foi desenvolvido com base nas deliberações da IX Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, no Plano Nacional de Direitos Humanos III e no Plano Decenal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Suas diretrizes corroboram com o que preceitua a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Resolução nº 119/2006 e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Conforme descrito no Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo: Diretrizes e eixos operativos para o SINASE:

O Plano Nacional do SINASE define expectativas e estratégias de longo prazo, correlacionadas com instrumentos de gestão de médio e curto prazo, determinando a alocação de recursos públicos para cada exercício. Essas estratégias ordenam-se em quatro eixos: gestão, qualificação do atendimento, participação cidadã dos adolescentes e sistema de justiça e segurança. A estrutura de apresentação do Plano segue um caminho lógico que inclui: a) Princípios e diretrizes; b) Marco situacional geral; c) Modelo de gestão e d) Metas, prazos e responsáveis. (BRASÍLIA, 2013).

Posto isso, considera-se o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo como um suporte ao Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

5 Da (in)eficácia das medidas socioeducativas: apreciação sob a ótica dos julgados nº 0024.17.057.095-6 e nº 0024.17.057.632-6

Os julgados em tela tratam-se do processo de conhecimento e execução do adolescente V. E. A. DE S. que no dia nove de fevereiro de dois mil e dezessete praticou ato infracional análogo ao crime de homicídio tentado. O boletim de ocorrência foi lavrado em flagrante e o menor encaminhado à 17ª Cia Esp. – 34º BPM. Posteriormente, no mesmo dia o adolescente foi conduzido ao Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente de Belo Horizonte – CIA/BH.

Devidamente representado pelo *Parquet*, o menor foi reconduzido ao Centro Socioeducativo Horto, local em que permaneceu internado provisoriamente aguardando a audiência de instrução e julgamento. Após o curso do devido processo legal, sobreveio à sentença que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público e, diante da gravidade do ato praticado, aplicou ao adolescente infrator a medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade, que seria cumprida durante o prazo de seis meses em uma Escola Municipal localizada no bairro do menor.

Cumpre destacar que o juiz menorista fundamentou a escolha da medida que fora executada aos sábados e domingos no horário de 08h às 12h, no fato de que o adolescente frequentava a escola, cursando o primeiro ano do ensino médio à época dos fatos, bem como um curso profissionalizante no SENAI e ainda laborava como entregador de marmita em um restaurante no centro da cidade de Belo Horizonte. O adolescente durante os meses de março a outubro realizou alguns atendimentos com uma assistente social designada pelo juízo menorista.

Decorrido o prazo de seis meses foi prolatada nos autos de execução nº 0024.17.057.632-6 a sentença que extinguiu a medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade com base no artigo 46, inciso II da Lei 12.594/2012. Destaca-se ter sido elaborado um relatório de avaliação do menor bem como do seu desenvolvimento enquanto perdurava o cumprimento da medida.

A irresignação desta graduanda surge a partir daqui, e cumpre-me demonstrar que as medidas socioeducativas, em alguns casos, se tornam ineficazes por falta da fiscalização estatal quanto ao acompanhamento de seus resultados. Isto porque, conforme analisamos nos julgados nºs 0024.017.057.095-6 e 0024.17.057.632-6, o juiz menorista extinguiu no processo de execução a medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade ao fim do prazo determinado de seis meses com base em um relatório elaborado pelo órgão competente conforme exige a lei 12.594/2012. Contudo tal avaliação não condizia com a realidade do cotidiano do adolescente.

A medida socioeducativa fora cumprida ao bel prazer do adolescente infrator, que por vezes chegava em casa antes do horário determinado, faltava com sua obrigação de comparecer à escola nos dias determinados, dizia já ter assinado “o ponto” de dias futuros e que isso não o prejudicaria, bem como declarava que durante o tempo que permanecia na escola não prestava nenhum serviço, ou seja, traduzia uma situação muito cômoda, na qual a sensação não era outra senão a impunidade.

Sendo assim, como seria possível alcançar uma reeducação do adolescente infrator sendo que em momento algum a medida manifestou-se como uma punição?

Ademais, bastava acompanhar o adolescente em seu dia a dia para verificar que ele durante todo o tempo, apesar dos incessantes conselhos dos pais, manteve a amizade com outras pessoas de índoles duvidosas e um comportamento agressivo. Falava sobre a criminalidade e narrava situações com tanta propriedade que somente alguém que estivesse no meio poderia com tanta certeza fazer tais afirmações.

Posto isto, hoje posso afirmar com absoluta certeza que para o jovem representado nos processos analisados, a medida socioeducativa não alcançou a finalidade esperada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente tampouco pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, puramente pela omissão estatal em sua obrigação de fiscalizar concretamente o efetivo cumprimento da medida aplicada o que impossibilitou sua devida manutenção.

5.1 Outros estudos jurisprudenciais

Passaremos agora ao estudo de dois outros julgados, ambos os recursos interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO ESPECIAL - *ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE* - ATO INFRACIONAL - POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE - *MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO JÁ EM CUMPRIMENTO POR ATO INFRACIONAL DIVERSO* - INOCORRÊNCIA DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O cumprimento pelo adolescente de outra medida de internação em decorrência da prática de ato infracional diverso não impede a aplicação de medida socioeducativa de semiliberdade. 2. *A pretendida extinção da medida socioeducativa não atende aos anseios da sociedade, porque transmite a ideia de impunidade, tampouco o interesse do adolescente, pois com o acompanhamento estatal no regime de semiliberdade se buscará sua ressocialização, inclusive com a exigência de retomada obrigatória de seus estudos e de sua inserção em programa de profissionalização (art. 120, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente).* (REsp 1364843/TO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013). (BRASIL, 2013).

O julgado em análise trata-se do julgamento do Recurso Especial nº 1.364.843 – TO interposto perante o Superior Tribunal de Justiça contra o acórdão que negou provimento à apelação interposta pelo adolescente infrator na Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. O requerimento do menor, que se encontrava em cumprimento da medida socioeducativa de internação aplicada pela prática de outro ato

infracional cometido em data posterior ao julgado naquele Recurso Especial, consistia no pedido da não condenação em uma nova medida socioeducativa, dessa vez a semiliberdade, sob o fundamento de que o Estado não teria interesse de agir visto que o adolescente já estava em cumprimento de outra medida diversa.

Em outras palavras, o jovem teria praticado dois atos infracionais e não poderia ser condenado duas vezes; uma vez bastaria para o alcance da pretensão punitiva estatal. Ora, se realmente bastasse não teríamos aqui um adolescente infrator reincidente. Desta feita, acertadamente entendeu por bem a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, frisa-se, por unanimidade, conhecer do Recurso Especial e negar seu provimento mantendo a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade ao adolescente infrator pela prática da conduta análoga ao crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas, tipificado no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, praticada em momento diverso do posterior ato infracional que ensejou a aplicação da segunda medida de internação.

Dessarte, verifica-se que o julgamento supracitado em momento algum fere preceitos legais, pois a condenação em duas medidas socioeducativas se deu pelo fato de tratar-se de atos infracionais diferentes, praticados em momentos diversos e julgados em processos independentes, o que não fere o interesse de agir do Estado. Ademais, o juiz menorista elaborou um voto ético e sensato, sobretudo quando deixou claro que as medidas socioeducativas devem atender os anseios sociais de modo a inibirem a sensação de impunidade bem como possibilitar, ainda que de maneira imperativa, o retorno do menor à escola. O segundo e último julgado a ser demonstrado é o Habeas Corpus nº 191.035, veja-se:

HABEAS CORPUS. *ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE*. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. *MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE*. CABIMENTO. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não existe qualquer impedimento legal à fixação da medida socioeducativa de semiliberdade desde o início, quando o Juízo da Infância e da Juventude fundamentadamente demonstrar a adequação da medida à ressocialização do

Adolescente. Inteligência do art. 120 e parágrafos, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes. 2. O acórdão impugnado foi idoneamente fundamentado, ante a conduta infracional revestida de especial gravidade, pelo concurso de agentes; *o registro de outras passagens pelo Juízo menorista, inclusive com o cumprimento da medida de liberdade assistida, cumulada com a medida de prestação de serviços à comunidade; o uso de substância entorpecente; a fragilidade da estrutura familiar, bem como o desinteresse por atividade produtiva.* 3. Habeas corpus denegado. (HC 191.035/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013) (BRASIL, 2013).

Trata-se do julgamento do *Habeas Corpus* nº 191.035 – DF interposto perante o Superior Tribunal de Justiça em face do acórdão que negou provimento à apelação interposta pelo adolescente infrator no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Neste caso, o adolescente representado possuía 15 anos à época do julgamento e outras passagens pelo Juizado Especial da Infância e Juventude, nas quais fora determinado o cumprimento da medida de liberdade assistida cumulada com a medida de prestação de serviços à comunidade.

Sobre a personalidade do menor o que se verifica da leitura do acórdão é que o adolescente era usuário de maconha, lança-perfume e tabaco, não se interessava pelos estudos bem como não exercia nenhuma atividade laboral, possuía forte contato com a senda infracional e uma estrutura familiar fragilizada, incapaz de auxiliar em seu processo de ressocialização e reeducação.

O pedido do menor reincidente no *Habeas Corpus* sobredito baseava-se na tese de que seria irrazoável a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade, sob o fundamento de que não haveria previsão legal para aplicação da medida em comento para prática do ato infracional análogo aos crimes descritos nos artigos 157, § 2º, inciso II c/c o artigo 71, ambos do Código Penal e que a mesma deveria ser substituída por outra menos gravosa.

Entretanto, sensatamente a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça denegou a concessão do *Habeas Corpus* sob o fundamento de que,

diante de todas as circunstâncias narradas sobre a vida do adolescente, a medida de semiliberdade era compatível com a patente necessidade do jovem infrator em ser ressocializado e reeducado. Assim sendo, a decisão se encontra em perfeita consonância com os preceitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

6 Considerações finais

Caminhando para o fim do presente trabalho podemos concluir que os direitos das crianças e dos adolescentes foram arduamente conquistados e que, inicialmente, estes contrariavam totalmente os preceitos da dignidade da pessoa humana. Felizmente, a sociedade constantemente passa por (r)evoluções que propiciam as mudanças que, em muitos casos, são mais do que necessárias. Isto é um fato histórico incontroverso. Neste sentido, foi possível acompanhar toda a trajetória percorrida pela efetivação dos direitos dos jovens até a chegada aos dias atuais.

Embora as normas tenham se aperfeiçoado e adquirido um caráter humanitário, percebe-se que a criminalidade infantil ainda é um problema substancial no seio social e, quiçá na mesma intensidade dos tempos passados, clama por uma maior atenção estatal, familiar e, não menos importante, social. Diga-se atenção estatal não no sentido de que precisamos de mais leis para regulamentar o problema que nossos jovens enfrentam desde cedo na marginalidade, mas sim no sentido de que o Estado precisa assegurar o real cumprimento do que a lei dispõe: oportunizar e acompanhar obstinadamente a efetivação dos preceitos legais que, diga-se de passagem, são distintos demais para se perderem em meio à omissão estatal.

Ao longo do trabalho foram analisados três julgados, em especial os processos n.^{os} 0024.17.057.095-6 e 0024.17.057.632-6. Cada um em seu turno demonstrou a ineficácia da medida socioeducativa aplicada. Concluiu-se que isto ocorreu em virtude da ausência de fiscalização estatal quanto ao cumprimento da medida e à obtenção dos resultados esperados, tanto

pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Deste modo, os adolescentes conquanto tenham sido punidos pelos seus atos, lamentavelmente não foram reeducados.

Ainda que o Estado se preocupe em responsabilizar o adolescente autor de ato infracional, ou seja, processá-lo, conforme a lei determina, e “sancioná-lo”, ínfimo será o resultado alcançado toda vez que não houver fiscalização no cumprimento da medida e, posteriormente, um acompanhamento concreto do desfecho da conduta do adolescente.

Destarte, referida responsabilidade não pode quedar-se tão somente sob o Estado, compete à família do mesmo modo proporcionar a ressocialização e reeducação do menor bem como enquanto integrantes da sociedade, buscar a efetiva execução do que determina a lei. Posto isto, concluímos que por ora não precisamos de novas leis tampouco da redução da maioridade penal; o que impreterivelmente deve acontecer é a execução adequada e eficiente das regras já existentes. Não há outro modo senão este para que todos os direitos fundamentais sejam garantidos e os clamores sociais atendidos.

Referências

ALBERGARIA, Jason Soares. **Introdução ao Direito Do Menor**. Belo Horizonte. Unia-
União de Negócios e Administração. 1980.

BARROS, Thaís Allegretti. **A Eficácia das Medidas Socioeducativas Frente à Criminali-
dade Infanto-Juvenil**. 2014. 38 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e
Sociais, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do
Sul. Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/thais_barros.pdf>.
Acesso em: 20 fev. 2018.> Acesso em: 10 abril 2018.

BICUDO, Hélio. **O Brasil Cruel e sem Maquiagem**. 6^a. ed. São Paulo. Moderna Ltda. 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 191.035 - DF. Relator. Ministra Laurita Vaz. Brasília. DF. 18 de dezembro de 2012. Dje. Brasília. 01 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=191035&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos**. SINASE: Levantamento Anual SINASE 2015. Brasília: Brasil, 2018. 23 p. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/sistema-nacional-de-medidas-socioeducativas/Levantamento_2015.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. **Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República**. SINASE: Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo: Diretrizes e Eixos Operativos para o SINASE. Brasília: Brasil, 2013. 39 p. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/plano-nacional-de-atendimento-socioeducativo-diretrizes-e-eixos-operativos-para-o-sinase>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.364.843 - TO. Relator: Ministro Mouro Ribeiro. Brasília. DF. 22 de outubro de 2013. Dje. Brasília. 28 out. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1364843&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. **Manual para Elaboração e Apresentação dos Trabalhos Acadêmicos**: padrão Newton Paiva. Elaborado pelo Núcleo de Bibliotecas. Coordenadora Elma Aparecida de Oliveira: Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://www.newtonpaiva.br/Conteudo/Default.aspx?cid=231>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CURY, Munir et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários jurídicos e sociais. 12^a. ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2013.

DUPRET, Cristiane. **Curso De Direito da Criança e do Adolescente**: abordagem dos aspectos cíveis e criminais, da normativa nacional e internacional. Jurisprudência dos Tribunais Superiores e questões de concursos com gabarito. 3ª ed. Belo Horizonte. Letramento, 2015.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 17ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016.

FILMES, No foco. **O Juízo**. Filme. Direção de Maria Ramos. Produção de Diler Trindade. Intérpretes: Atores Desconhecidos. Roteiro: Maria Ramos. Rio de Janeiro: No Foco Filmes, 2008. (90 min.), son., color. Legendado. Como a identificação de jovens infratores é proibida por lei, em Juízo eles são representados por jovens não-infratores que vivem em condições sociais similares; Todos os demais personagens (juízes, promotores, defensores, agentes do DEGASE, familiares) são pessoas reais; As audiências foram filmadas na II Vara de Justiça do Rio de Janeiro; Exibido na mostra Première Brasil, no Festival do Rio 2007. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UymNRVuilnA&has_verified=1>. Acesso em: 10 abr. 2018.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida sócio-educativa é pena?. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2003.

ORGANIZADORA, Sônia M. Gomes et al. **Adolescentes Autores de Atos Infracionais**. Goiânia. PUC. Goiás. 2013.

PASSETTI, Edson. **O que é Menor?** 3ª ed. São Paulo. Brasiliense. 1987.

RODRIGUES, Moacir. **Medidas Socioeducativas**: teoria, prática, jurisprudência. 2ª ed. Belo Horizonte. Del Rey. 1995.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e Ato Infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VOLPI, Mário. Sem Liberdade, **Sem Direitos**: A privação de liberdade na percepção do adolescente. São Paulo. Cortez. 2001.

Capítulo 4

As famílias simultâneas no direito brasileiro

Thiago de Lima Soares

Omar Narciso Goulart Júnior

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo abordar as repercussões do fenômeno da simultaneidade familiar, tendo em vista o conflito entre os princípios da monogamia e da dignidade da pessoa humana.

Com a aproximação dos ramos público e privado (TARTUCE, 2016), o Direito Civil se constitucionalizou, passando a ser estudado sob as lentes de princípios constitucionais e garantindo, nas relações privadas, proteção aos direitos fundamentais. Com esse fenômeno, que tem como marco fundamental no Brasil a Constituição da República de 1988, passou-se a privilegiar valores existenciais, através da valorização da dignidade humana.

O Estado, por sua vez, passa a intervir de forma mais ativa na esfera privada (DIAS, 2015), sendo que, no âmbito do Direito das Famílias, busca-se a realização do indivíduo dentro da entidade familiar, em atendimento a sua função social. Instaurou-se, assim, uma nova percepção de família, abrindo espaço para o surgimento de novos modelos e a inauguração do conceito de família plural.

Em que pese a pluralidade familiar (artigo 226 da Constituição da República de 1988), quando se trata das famílias simultâneas, o Direito

brasileiro dispensa tratamento rigoroso aos núcleos paralelos que surgem, marginalizando-os sob a noção da monogamia.

Para o presente artigo foi utilizado o método dedutivo que, através de uma análise lógica das premissas, nos permite extrair uma conclusão. Trata-se, ainda, de uma pesquisa teórica, através da análise de conteúdo de textos doutrinários, jurisprudenciais e normativos.

2 Evolução da entidade familiar

2.1 A família no Código Civil de 1916

Sob a égide do Código Civil de 1916, a entidade familiar encontrava contornos muito diferentes dos delineados na atualidade. O diploma legal de que aqui se trata fora forjado sob o paradigma do Estado Liberal, de modo a traduzir uma preocupação do legislador com questões meramente patrimoniais, afastando-se da esfera do sujeito.

O código de 1916 tratava a família como uma instituição estável e matrimonializada que, por sua vez, só poderia ser constituída através do casamento. Tal noção, inserida nas raízes do Direito brasileiro, decorria precipuamente das influências cristãs no mundo ocidental, conforme ensina Stolze:

Se durante séculos, confundiu-se Estado e a Igreja, que passou a estabelecer regras sobre diversos aspectos da organização da sociedade, notadamente no campo das relações familiares, o casamento talvez fosse o melhor exemplo dessa ligação. Assim, no mundo ocidental, de forte influência cristã, o casamento fora reconhecido como o único mecanismo legítimo para criação da família (STOLZE, 2014, p. 114).

Ainda, em sua estrutura, era possível observar uma organização patriarcal e hierarquizada, onde o homem encontrava-se no topo, regendo os interesses da família e de seus integrantes.

Nesse modelo de organização, a manutenção da entidade familiar como um todo era mais importante do que a individualidade de cada sujeito que a compunha. Tal fenômeno é explicado por Ruzyk:

A estabilidade da instituição familiar é reputada pela codificação de 1916 como mais relevante do que a felicidade dos membros que a compõem. Esse tratamento transpessoal, centrado no signo da desigualdade entre filhos e, sobretudo, entre cônjuges – haja vista a hierarquização imposta para atender ao sentido de preservação da família – é mitigado ao longo do século XX (RUZYK, 2005, p. 22).

Assim, a valoração da entidade familiar extrapolava o indivíduo em si, de modo que, havendo conflitos de interesses entre um e outro, adotava-se o caminho a melhor beneficiar os interesses da instituição.

2.2 A Constitucionalização do Direito Civil

A concepção de entidade familiar, construída sob a égide do ordenamento anterior, passou por um processo de reestruturação, a qual culminou no conceito de família plural abraçado pela comunidade jurídica contemporânea, em virtude da chamada constitucionalização do Direito Civil.

A dicotomia entre os ramos público e privado do Direito e a delimitação das matérias que lhes competem foram objeto de discussões ao longo dos anos, estabelecendo-se inicialmente uma classificação estanque, engessada.

Tartuce ensina que a distinção entre privado e público “[...] remonta ao *Digesto*, 1.1.1.2, no *Corpus Juris Civilis* de Ulpiano, que dividiu o direito em *jus publicum* e *jus privatum*” (TARTUCE, 2016, p. 56). Estabeleceu-se, pois, um critério baseado no interesse ou na utilidade da lei. Aquelas normas que não extrapolassem a esfera de interesses dos particulares, naturalmente, se inseriam no âmbito do direito privado, enquanto aquelas dotadas de maior amplitude, abarcando o interesse da coletividade como um todo, eram classificadas como de direito público (TARTUCE, 2016).

Entretanto, a rigidez dessa classificação fez com que, ao longo dos anos, ela fosse descartada, diante dos influxos de um Direito contemporâneo.

Perlingieri (2002, *apud* TARTUCE, 2016, p. 57) foi precursor de uma nova escola, a qual se encontra amplamente difundida no Brasil atual, e propõe enxergarmos o ordenamento jurídico como um todo, sem fracionamentos. Não existem vários ordenamentos jurídicos dentro de um Estado de Direito, mas somente um, que compreende todas as normas editadas através de um processo legislativo legítimo e encontram, por conseguinte, limite na Constituição daquele Estado.

As normas constitucionais (leia-se regras e princípios), portanto, passam a atuar como um limitador para os demais ramos do Direito, irradiando efeitos a todo o ordenamento jurídico e regendo, inclusive, as relações privadas.

Os princípios constitucionais, em especial, ganham papel de destaque, uma vez que, alçados à condição de verdadeira norma jurídica, sua abstração e generalidade permeiam as demais normas que compõem o ordenamento, determinando caminhos ao operador do direito. Segundo Barroso e Barcellos, além de uma eficácia positiva e negativa, os princípios possuem uma eficácia interpretativa, sobre a qual o autor explica:

[...] consiste em orientar a interpretação das regras em geral [...], para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 169).

É nesse contexto, evidenciado por uma aproximação entre o público e o privado (TARTUCE, 2016), que ocorre o fenômeno chamado de constitucionalização do Direito Civil. Com o advento da Constituição da República de 1988, o Estado passa a intervir de maneira mais efetiva na esfera privada, de modo que assuntos tratados tipicamente no âmbito do direito privado – e outrora regidos unicamente pelo Código Civil e legislações esparsas – estão agora contemplados pela própria Constituição.

Ademais, as normas inseridas em diplomas privados – dentre elas, destacamos o Código Civil brasileiro – devem ser sempre interpretadas, tendo em vista os ditames constitucionais. Para Moraes:

[...] o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado apenas sob o ponto de vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico (MORAES, 2007, p. 234).

A própria consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil revela o caráter indissociável das normas constitucionais, em relação aos demais diplomas legislativos presentes em nosso sistema jurídico. Longe de exaurir o tema neste momento, a dignidade da pessoa humana atua como um princípio macro que, no ápice de sua eficácia interpretativa, norteia a atuação dos operadores do direito na aplicação da norma em concreto. Moraes sinaliza que:

De fato, a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais (MORAES, 2007, p. 234).

Podemos afirmar, pois, que “o direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado”. (DIAS, 2015, p. 36). Ainda, conforme os ensinamentos de Dias (2015), em face dos novos valores insculpidos na Constituição da República, operaram-se, também, a universalização e a humanização do Direito das Famílias, permitindo uma mudança paradigmática nos arranjos familiares. Com relação às consequências desse fenômeno de constitucionalização, no âmbito das famílias, Farias e Rosenvald esclarecem:

Como se pode notar, até o advento constitucional, o casamento sempre havia sido enxergado pela ótica *institucionalista*, servindo como instituição jurídica

e social, através do qual era constituída a família, plena em regulamentações. Mais interessava o atendimento das formalidades e prescrições legais do que a proteção e a felicidade das pessoas envolvidas. Mudando radicalmente essa visão, o constituinte assegurou a todos uma nova tábua axiomática, privilegiando valores essenciais à pessoa humana, como a *dignidade*, a *solidariedade social*, a *igualdade substancial* e a *liberdade* (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 92).

É o que acontece quando a Constituição, em seu artigo 226, estabelece que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Nesse contexto, a família passa a encontrar contornos constitucionais, de maneira que a valorização do ser humano e a busca pelo bem-estar e dignidade serviram de vetores para a reformulação de seu conceito.

2.2.1 O princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é princípio que foi incorporado pela Constituição de 1988, com base no que estabeleceu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão datada de 1948, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Senão vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Segundo os ensinamentos de Carvalho, dignidade humana “[...] significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio” (CARVALHO, 2009, p. 672). Em sua análise, ainda sustenta que:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana (em todo o homem e em toda a mulher se acham presentes todas as faculdades da humanidade), é irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. (CARVALHO, 2009, p. 674).

Ademais, a Constituição (1988) ao prever em seu artigo 5º que “todos são iguais perante a lei [...]”, busca respaldo na proteção à dignidade humana, consoante o previsto no seu artigo 1º, pautando-se em alguns parâmetros mínimos de aferição. Dentre tais parâmetros, instamos salientar a não instrumentalização, a autonomia existencial e o direito ao mínimo existencial. Conforme leciona Fernandes (2014), a não instrumentalização se traduz na concepção de que o indivíduo não pode ser tratado como um objeto ou um instrumento para a obtenção de determinado fim.

A autonomia existencial, por sua vez, é preceito inerente à dignidade humana, que assegura ao indivíduo o direito de agir livremente, possibilitando a feitura de escolhas essenciais à sua vida, desde que não atinjam o âmbito da ilicitude. Este elemento “[...] nos garante a liberdade existencial, ou seja, a possibilidade dos mais variados projetos de vida, concepções de vida digna em meio a pluralismo razoável em que vivemos” (FERNANDES, 2014, p. 300).

Por fim, o mínimo existencial consiste no “direito (derivado do constitucionalismo social) a que existam condições materiais básicas para a vida” (FERNANDES, 2014, p. 300), o qual foi abarcado pela Constituição (1988) como um direito fundamental (SARMENTO, 2016).

Diante desta análise não exauriente dos parâmetros que compõem a dignidade da pessoa humana, percebe-se facilmente, como já mencionado alhures, que a tal princípio foi elemento crucial no processo de constitucionalização do Direito Civil e, em última análise, do Direito das Famílias, “[...] impondo a releitura de institutos de todas as áreas sob suas lentes” (SARMENTO, 2016, p. 80).

Sarmento (2016) ainda afirma que “[...] ela deve permear a interpretação e aplicação das normas constitucionais de todas as áreas, como as que tratam da organização do Estado, disciplina da economia, tributação e família” (SARMENTO, 2016, p. 80). A dignidade da pessoa humana irá funcionar, portanto, assim como os demais princípios constitucionais, como um mandamento de otimização. Tais mandamentos são

caracterizados “[...] pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas” (AMORIM, 2005, p. 126).

Logo, as normas que regem o Direito das Famílias deverão ser interpretadas sob a luz dos princípios constitucionais e, em especial, da dignidade da pessoa humana, o qual, atuando como um princípio macro, irradia seus efeitos a todo o ordenamento jurídico e delinea a abrangência de suas normas. É o que permitiu – e tem permitido – a reestruturação e reorganização da entidade familiar, fomentando a busca do indivíduo pela realização pessoal, frente aos novos núcleos que surgem em torno da noção de família plural.

2.3 A família plural na Constituição da República de 1988

A entidade familiar passou por uma transformação considerável ao longo dos últimos anos, através da constitucionalização do Direito Civil. Este fenômeno, como já explicado, propiciou uma maior intervenção do Estado na esfera privada e a humanização do Direito das Famílias (DIAS, 2015), ao abandonar uma estrutura pragmática e pré-estabelecida pelo ordenamento jurídico, na qual se valorizava a família em seus interesses primordialmente patrimoniais.

Nesse novo contexto, sob as lentes do princípio da dignidade da pessoa humana, a família surge como um ambiente de integração social “[...] afastando uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 73). E como tal, a família deve atender a determinada função dentro do Direito, de modo que não se desvirtue das orientações gerais trazidas pelo ordenamento jurídico. Sobre o tema, Pablo Stolze afirma que:

[...] a principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Não é mais um fim em si mesmo,

conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para busca de nossa felicidade na relação com o outro (STOLZE, 2014, p. 100).

Logo, na órbita de um direito civil constitucional, a família, como os demais institutos do direito privado, deve atender a uma função social, a qual deriva, segundo Almeida “[...] da inclusão desse grupo como base formativa da sociedade, como consta do art. 226, *caput*, da Constituição Federal” (ALMEIDA, 2007, p. 85).

Nesse sentido, visando promover a função social da família, a Constituição da República, sob o enfoque da proteção à dignidade da pessoa humana, permitiu um rearranjo familiar. Possibilitou, pois, o surgimento de novos núcleos e novas formas de constituição, não se resumindo unicamente ao casamento como era anteriormente.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

Considerando os contornos delineados pela norma constitucional, verificamos que o texto constitucional não estabeleceu um conceito estático de família. Na verdade, a norma acima abre um leque de situações que possibilitam a concretização da entidade familiar, sem depender unicamente do casamento, em atendimento à sua função social. Segundo Silva, Magalhães e Aoki:

[...] somente o modelo de família matrimonializada era reconhecida juridicamente no Brasil. Com o advento da CR/88, houve a quebra desse paradigma de família. Passou-se a considerar família aquelas relações movidas pelo afeto e com esse intuito (MAGALHÃES e AOKI, 2015).

Esse novo modelo instituiu, por exemplo, a figura da União Estável (art. 226, §3º da CR/88) ou das famílias monoparentais (art. 226, §3º da CR/88), modelos inimagináveis em outro momento.

Nas palavras de Dias (2015, p. 131), “o pluralismo das relações familiares ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento”. Assim, conclui dizendo que

[...] o elemento distintivo da família, que coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo (DIAS, 2015, p. 131).

Outrossim, Farias e Rosenvald (2008) conceituam a família dos dias atuais como “[...] entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana [...]” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p. 34).

Nota-se uma clara ruptura com o modelo patriarcal e matrimonializado de outrora, em que a família não se ocupava com o bem-estar do sujeito. Hoje, “[...] a família contemporânea já não pode ser concebida como um fim em si mesma, como ocorria antes do advento da Constituição de 1988 [...]” (ALMEIDA, 2007, p. 87), mas deve ser encarada em uma concepção dinâmica, que se materializa com o intuito de promover a realização do indivíduo dentro da entidade familiar e possui o afeto como principal elemento constitutivo.

3 Os elementos caracterizadores da família

Diante da noção de família plural e da ausência de uma definição estanque, capaz de abarcar todas as situações com as quais o Direito se depara, convém tentar delimitar os contornos da família na atualidade, fixando critérios ou requisitos mínimos para a sua identificação na sociedade.

Com base nas considerações formuladas por Dias (2015) e Farias e Rosenvald (2008), conclui-se pela existência de um elemento formador principal das entidades familiares, a saber, o afeto enquanto valor jurídico. Para Almeida:

A par das transformações na composição da família brasileira, ocorreram também mudanças em seus valores éticos, revisados no final do século XX, os quais acabaram por determinar as feições principiológicas da norma constitucional (e infraconstitucional, mais recentemente), elevando o afeto como valor principal no âmbito do Direito de Família (ALMEIDA, 2007, p. 65)

A noção de afeto traz à tona uma relação de afinidade entre os sujeitos que os une no âmbito das famílias. Em verdade, segundo Dias “o direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade” (DIAS, 2015, p. 52).

No entanto, apesar de o afeto ser elemento crucial a formação familiar na atualidade, só por ele a chamada entidade familiar não se sustenta. Portanto, no âmbito da conjugalidade, entender os elementos que constituem o que conhecemos por família na atualidade é primordial para delimitarmos nosso estudo e finalmente compreendermos do que se trata a simultaneidade familiar. Além do afeto como valor jurídico tutelável, deve-se ter em mente outros dois elementos essenciais à formação das famílias, qual sejam, a estabilidade e a ostensividade (LÔBO, 2002).

Por estabilidade entende-se o elemento que possibilita, no âmbito das relações de afeto, a durabilidade do relacionamento extrapolando a órbita do eventual. Não se busca submeter à tutela do Direito das Famílias as relações esporádicas de afeto entre pessoas que, mas sim aquelas em que se verifica real comunhão de vida.

Porém, ainda presente a afetividade, manifestando-se de maneira estável e duradoura, a manutenção de tal relação entre os sujeitos que a compõem não tem o condão de transformá-la em família, resumindo-se a um relacionamento de cunho meramente sexual. Por essa razão, o terceiro elemento merece destaque.

A ostensividade consiste na notoriedade que deve ser conferida à relação de conjugalidade, para a caracterização da entidade familiar. Em outras palavras, a relação ostensiva é aquela que possui reconhecimento social, de modo que o observador possa reconhecê-lo como família. Lôbo a define como “[...] o que pressupõe uma unidade familiar que se apresenta assim publicamente” (LÔBO, 2002, p. 2).

Registre-se que a família, pela complexidade que apresenta atualmente, não se exaure em tais elementos. Entretanto, é possível perceber que são elementos comuns a todos os grupos, “[...]sem as quais não configuram entidades familiares” (LÔBO, 2002, p. 2). Veja-se, pois, que:

O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade (LÔBO, 2002, p. 5).

Dessa forma, uma vez presentes a afetividade, a estabilidade e a ostensividade, deve ser atribuído àquele núcleo a condição de entidade familiar, conforme explica Lôbo.

4 Simultaneidade familiar

Atualmente, a noção de família não se encontra atada a um modelo estático e engessado. Trata-se, na verdade, de um conceito jurídico que, carecendo de determinação, deve ser analisado em concreto, tendo em vista a proteção à dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, o conceito de famílias simultâneas surge como fruto dos galopantes avanços sociais e a conseqüente necessidade do Direito de regular as situações que a ele são apresentadas. Esse fenômeno, o qual é objeto de nosso estudo, é clara manifestação de uma família plural que admite arranjos outrora inimagináveis.

A existência de núcleos paralelos, estabelecidos de maneira sincrônica e, segundo Ruzyk, “[...] integrados por um elemento comum que mantém

conjugalidade em múltiplos núcleos familiares” (RUZYK, 2005, p. 183), é o que caracteriza o fenômeno da simultaneidade familiar.

Não se trata de relacionamento extraconjugal, clandestino e esporádico, mas sim de núcleos conjugais que surgem, observando os requisitos da ostensividade, estabilidade e afetividade e, portanto, a eles não pode ser negada a condição de entidade familiar, exatamente pelo caráter de inclusão que carrega o artigo 226 da Constituição da República (LÔBO, 2002).

A relação de afeto estabelecida paralelamente a um núcleo familiar, por si só, não adquire a condição de família. É necessário que tal relacionamento traga um sentido de comunhão de vida baseado na afetividade entre os integrantes e que possua certa regularidade, de modo que não figure como algo casuístico e eventual.

Ademais, deve ser conferida publicidade à relação de conjugalidade, guardando-se certo grau de notoriedade no meio social que integram. Portanto, em se tratando de famílias simultâneas, segundo Ruzyk “[...] a relação de conjugalidade, ainda que estável, mas mantida às ocultas, sem ampla recognoscibilidade pública, não se figura como natureza familiar” (RUZYK, 2005, p. 184). As famílias simultâneas, portanto, são aquelas que coexistem, em seus variados arranjos, com a presença de elementos mínimos que permitem entendê-las como legítima entidade familiar.

Ferrarini (2009, *apud* BUCHE, 2011) afirma que os núcleos familiares paralelos, constituídos sob a forma do casamento ou da união estável, são vistos pela sociedade como um triângulo amoroso. Dias ainda explica que:

[...] no mais das vezes, os filhos se conhecem e as mulheres sabem uma da existência da outra. No fim um arranjo que satisfaz a todos. A esposa tem um marido que a ostenta socialmente. A companheira nada exige e se conforma em não compartilhar com o companheiro todos os momentos, mas o acolhe com afeto sempre que ele tem disponibilidade (DIAS, 2015, p. 138).

Por mais que possa soar estranho para alguns, as famílias simultâneas estão presentes em nossa sociedade e cada vez em maior número. A mudança da mentalidade social e a redefinição do que é “amor” têm propiciado a formação de núcleos paralelos, os quais encontram obstáculos na

própria legislação, tendo em vista um modelo monogâmico que ainda vige em nosso sistema.

4.1 As consequências jurídicas da simultaneidade familiar

Conforme salientado alhures, a simultaneidade familiar surge em um contexto de redemocratização e humanização do Direito das Famílias, de modo que o direito se afasta de concepções e modelos pré-estabelecidos, para incorporar a ideia de uma família plural. Outrossim, ganha força a ideia de que, no âmbito da comunhão de vida, a intervenção do Estado deve se dar no sentido de garantir a realização do sujeito dentro da entidade familiar, em observância aos princípios da função social e da dignidade da pessoa humana.

É crucial, portanto, que entendamos o tratamento jurídico dispensado às famílias simultâneas e as suas implicações no âmbito do Direito brasileiro. Segundo Ruzyk (2005) a simultaneidade familiar poderá ser percebida em dois aspectos diversos.

Em um primeiro cenário, vislumbra-se uma situação meramente formal, na qual o indivíduo integra dois núcleos familiares sob uma perspectiva meramente jurídica. Trata-se da hipótese em que o sujeito se encontra separado de fato do cônjuge primitivo e estabelece paralelamente uma relação que preenche todos os elementos necessários à caracterização do núcleo familiar.

Estamos diante de situação que não demanda a presença do vínculo de afetividade em ambos os núcleos, mas tão somente em um deles, configurando-se a pluralidade de núcleos apenas de forma aparente. Especificamente nessa situação, o artigo 1.723, §1º, do Código Civil possibilitou a atribuição de efeitos jurídicos ao núcleo paralelo, ao excepcionar a aplicabilidade do impedimento previsto no inciso VI, do artigo 1.521, do mesmo diploma. Vejamos:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente (BRASIL, 2002).

Sobre o assunto, os tribunais já se pronunciaram de forma exaustiva, não restando qualquer dúvida quanto à validade do núcleo familiar paralelo, sob a ótica do Direito das Famílias. É o que transcrevemos a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS - PRELIMINARES - REJEIÇÃO - MÉRITO - COMPANHEIRO CASADO - SEPARAÇÃO DE FATO COMPROVADA - UNIÃO ESTÁVEL - CONFIGURAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. 1. Deve ser reconhecida a união estável, uma vez que o conjunto probatório demonstra que o "de cujus", embora formalmente casado, estava separado de fato da esposa, tendo constituído relacionamento público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituir família com a demandante durante o período de 2007 e 2012. 2. Preliminares rejeitadas e recurso não provido. (BRASIL, TJMG, 2014).

Por outro lado, a simultaneidade familiar também poderá ser material ou fática, situação em que o indivíduo, seja pelo casamento ou pela união estável, integra dois núcleos familiares de maneira sincrônica. Nesse caso, as relações coexistem paralelamente, estando presentes, além da afetividade, os requisitos da estabilidade e ostensividade.

Trata-se de situação clássica, em que um indivíduo (homem ou mulher) integra dois núcleos familiares, mantendo uma relação estável e reconhecida socialmente com seu companheiro. Conforme explicado por Dias (2015), muitas das vezes os integrantes de um dos núcleos sabem da existência do outro e aceitam a situação, sem maiores problemas.

Entretanto, nesses casos estará presente o impedimento previsto no artigo 1.521, inciso IV do Código Civil, acarretando na nulidade do casamento e a não configuração da união estável paralela. Tal sanção decorre do princípio monogâmico, o qual determina a observância do dever de fidelidade e da boa-fé objetiva, que "[...] impõe deveres de lealdade e

respeito à confiança recíproca entre as partes de uma relação jurídica” (DIAS, 2015, p. 59).

O Estado, ignorando uma situação fática e real, bem como algumas vezes negligenciando a própria vontade dos indivíduos que compõem estes núcleos familiares, nega a concessão de efeitos jurídicos à família paralela, a qual não é reconhecida como entidade familiar sob as lentes do Direito das Famílias.

4.1.1 O casamento e a união estável putativa na ótica das famílias simultâneas

Não obstante a incidência dos impedimentos previstos no artigo 1.521 do Código Civil, analisando a legislação brasileira, é possível verificar situações em que o casamento e a união estável produzirão certos efeitos. O Código Civil prevê o casamento putativo pautado na existência de boa-fé entre os nubentes, possibilitando que o matrimônio, embora eivado de nulidade, produza efeitos. Para Dias:

Trata-se de casamento nulo ou anulável, mas contraído de boa-fé por um ou por ambos os cônjuges (CC 1.561). Mesmo desconstituído, o casamento produz efeitos com relação ao cônjuge que estava de boa-fé (DIAS, 2015, p. 138).

É o que se observa da exegese contida no artigo 1.561 Código Civil:

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão (BRASIL, 2002).

Verifica-se, pois, que o casamento produzirá efeitos regulares até a sentença anulatória transitada em julgado, quando contraído de boa-fé por um ou ambos os cônjuges. Temos aqui, em se tratando da simultaneidade

familiar, uma situação de ignorância que acomete pelo menos um dos nubentes. De acordo com Pablo Stolze:

Caso o partícipe da segunda relação desconheça a situação jurídica do seu parceiro, pensamos que, em respeito ao princípio da boa-fé, aplicado ao Direito e família, a proteção jurídica é medida de inegável justiça (STOLZE, 2014, p. 466).

Ressalta-se que, em sede de união estável, considerando a equiparação feita pelo artigo 226, §3º da Constituição da República, admite-se situação semelhante à do casamento putativo, quando restar presente a boa-fé por uma das partes. Lado outro, se ambos os nubentes contraem núpcias cientes do impedimento que eiva de nulidade o casamento (ou união estável), o ato jurídico será plenamente ineficaz, não operando quaisquer efeitos. É neste caso que reside a grande controvérsia.

Seja na união estável ou no casamento, ainda que presente a má-fé de ambas as partes, uma vez preenchidos os elementos caracterizadores da entidade familiar, não se pode obstar a aplicação das regras do Direito das Famílias. Não se trata de uma relação paralela, fugaz e passageira (RUZYK, 2005), mas sim de uma situação em que há de fato a simultaneidade de núcleos familiares, convivendo de forma sincrônica, estável e ostensiva, razão pela qual a ela devem ser atribuídos os devidos efeitos jurídicos. Sobre a aplicação do Direito das Famílias aos núcleos paralelos, Stolze ensina:

Para que possamos admitir a incidência das regras familiaristas em favor da (o) amante, deve estar suficientemente comprovada, ao longo do tempo, uma relação socioafetiva constante, duradoura, traduzindo, inegavelmente, uma paralela constituição de núcleo familiar (STOLZE, 2014, p. 469).

No entanto, mesmo constatada a existência do núcleo paralelo, a legislação brasileira e grande maioria dos Tribunais rechaçam a atribuição de efeitos a essas relações, em que não subsiste situação de ignorância a

respeito do núcleo primitivo. Vejamos o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que ilustra essa afirmação:

Direito Civil. Família. Relacionamento simultâneo do varão com a esposa e filhos comuns e outra mulher. União Estável e União Estável Putativa. Não caracterização. Pedido declaratório. Improcedência. O relacionamento entre homem e mulher não pode ser caracterizado como união estável, ainda que haja filho, quando falta a um dos companheiros o ânimo de constituir uma família, não podendo tal relação ser enquadrada nos moldes do artigo 1723 do Código Civil. Inexiste estabilidade na união, nos termos do artigo 1723 do Código Civil, quando é simultânea com outra advinda de casamento. Descaracteriza a união estável putativa por parte da mulher, concubina, quando tem pleno conhecimento da convivência more uxório do varão com a mulher com quem se casou. (BRASIL, TJMG, 2012).

É bastante usual que os indivíduos em situação de conjugalidade – seja no casamento ou na união estável – adquiram patrimônio em comum de esforços. Não outorgar efeitos ao núcleo paralelo e, portanto, trata-lo como mera sociedade de fato à qual não se aplica as regras do Direito de Família, mesmo que configurada a má-fé dos companheiros, favorece o enriquecimento ilícito daquele indivíduo que integra ambos os núcleos

Segundo Dias (2015), é nesses casos em que se torna temeroso elevar a monogamia à condição de princípio constitucional, uma vez que esta acaba por deixar de emprestar efeitos jurídicos a um dos relacionamentos, não se aplicando as normas familiaristas e sucessórias e permitindo, por conseguinte, o enriquecimento sem causa do parceiro infiel. É por isso que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a apelação cível nº 70010787398, de relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias, aplicou o seguinte entendimento:

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja "digna" de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio

amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (BRASIL, TJRS, 2005).

E essa é uma tendência que tem crescido pouco a pouco entre os Tribunais brasileiros. O próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apesar de em regra adotar posição mais conservadora sobre o tema, já decidiu no sentido de reconhecer a existência de núcleos paralelos, para fins previdenciários (BRASIL, TJMG, 2016).

No entanto, salienta-se que este entendimento não figura como majoritário e está longe de alcançar tal condição, uma vez que a visão arraigada dos tribunais brasileiros insiste em deixar de atribuir efeitos aos núcleos paralelos, especialmente àqueles contraídos de má-fé por ambos os companheiros, sob o estigma da monogamia.

4.2 A monogamia *versus* dignidade da pessoa humana

Considerando a realidade das famílias simultâneas no direito brasileiro e o tratamento marginalizado a elas conferido pelo ordenamento jurídico, tal como exposto nos tópicos anteriores, pretendemos por derradeiro fazer um contraponto entre os princípios da monogamia e da dignidade da pessoa humana.

Entende-se que a monogamia é preceito que rege diretamente as relações conjugais. Pautada na fidelidade, enquanto valor juridicamente tutelado, a monogamia estabelece um código moral entre os indivíduos, excluindo os núcleos paralelos no âmbito do casamento ou da união estável.

A fidelidade consiste em um dos deveres recíprocos decorrentes do matrimônio, previsto pelo artigo 1.566 do Código Civil, que, segundo Stolze (2014), está restrita à exclusividade da relação afetiva e sexual. Analisando os deveres previstos pelo dispositivo acima mencionado, Dias explica que “[...] para o estabelecimento de relações familiares, é necessário impor limitações e interdições ao desejo. Daí a imposição de um interdito proibitório à infidelidade” (DIAS, 2015, p. 169-170).

A legislação brasileira, por sua vez, se nega a conferir efeitos jurídicos à relação mantida por pessoa casada, ainda que restem preenchidos todos os elementos constitutivos da família. Entretanto, conforme leciona Stolze (2014), impor a fidelidade como um dever decorrente das relações de conjugalidade, sob a ótica da monogamia, seria dar ao Estado o condão de adentrar na esfera individual do sujeito, em clara inobservância do princípio da mínima intervenção no Direito das Famílias. O consagrado doutrinador expõe:

A atuação estatal não poderia invadir essa esfera de intimidade, pois, em uma relação de afeto, são os protagonistas que devem estabelecer as regras aceitáveis de convivência, desde que não violem a dignidade, nem interesses de terceiros (STOLZE, 2014, p. 108).

Na mesma linha de intelecção, Dias (2015) rechaça a monogamia enquanto princípio do Direito das Famílias, sob o argumento de que o ordenamento jurídico pátrio não a previu como tal. Para ela, a monogamia consiste “[...] em mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo” (DIAS, 2015, p. 42).

Verifica-se que a concepção monogâmica da família vigente na cultura ocidental consiste, acima de tudo, em um conjunto de regras religiosas e morais. Apesar de ser impossível dissociar completamente o direito da moral, tais regras extrapolam o campo de estudo do Direito, não podendo ser encaradas como comandos absolutos dentro do ordenamento jurídico.

Conforme as explicações de Buche (2011), o que se pretende afirmar é que, diante de um conflito entre princípios, deve-se sopesar os bens jurídicos em conflito, com base na teoria de ponderação criada por Alexy (*apud* MAIA e CARNEIRO, 2013). Outrossim, a importância que a dignidade da pessoa humana ganha em nosso ordenamento jurídico nos leva a crer que, quando em conflito com o princípio da monogamia, ela deve prevalecer, pois, erigida à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, exerce poder interpretativo sobre a aplicação das demais normas (leia-se regras e princípios).

Portanto, a relativização, por assim dizer, da monogamia nas relações de conjugalidade, culminaria na imposição de um novo código moral entre os cônjuges e abriria espaço a uma efetiva prevalência, nas relações de família, da dignidade da pessoa humana, possibilitando a humanização do indivíduo e sua realização dentro da entidade familiar. Sobre o assunto, Stolze (2014, p. 78) assinala que: “[...] que o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana somente será pleno e efetivo quando observado no seio das relações de família”. Para Fernandes:

[...] a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR/88) é erigida à condição de meta-princípio. Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros (FERNANDES, 2014, p. 296).

A Constituição da República, ao permitir a família plural, tratou de garantir ao indivíduo a sua realização dentro da entidade familiar, em clara exaltação à dignidade humana. Imperioso salientar que, enquanto um macroprincípio previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana determina uma conduta tanto omissiva quanto comissiva do Estado, na realização do indivíduo. Segundo prescreve Dias:

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território (DIAS, 2015, p. 45).

Repise-se, pois, que não se trata de ignorar a monogamia, mas havendo conflito entre os interesses juridicamente tutelados, a atuação do Estado deve se dar no sentido de resguardar o sujeito e proporciona-lhe a proteção à dignidade, através de um mínimo existencial, abstendo-se de “[...] intervir na estrutura familiar da mesma maneira como interfere nas

relações contratuais [...]” (STOLZE, 2014, p. 106). Isso inclui atribuir à família uma função social, assim como nos demais institutos do Direito, valorizando-se o indivíduo em detrimento da instituição familiar.

Portanto, não se pode admitir a aplicação do postulado da monogamia, em detrimento da proteção à dignidade da pessoa humana, exaltando-se o dever de fidelidade como corolário primordial das relações de afeto, em detrimento da real felicidade do indivíduo.

5 Considerações finais

Sob a égide do Código Civil de 1916, a existência da família estava diretamente atrelada ao casamento, de modo que um não existia sem o outro. Tratava-se de um modelo hierárquico e patriarcal, no qual o homem, enquanto chefe da instituição, regia os interesses de seus membros, sempre com o intuito de atender ao melhor interesse de todo o grupo familiar. Nesse sentido, para Ruzyk “[...] a estabilidade da instituição familiar é reputada pela codificação de 1916 como mais relevante do que a felicidade dos membros que a compõem” (RUZYK, 2005, p. 22).

A Constituição da República de 1988, por sua vez, representando no Brasil uma redemocratização do Direito Civil, passou a tratar em seu texto de assuntos que, em outros momentos, eram relegados exclusivamente às legislações ordinárias. O Estado passa a se interessar por assuntos que eram considerados de cunho estritamente privado, passando a regulá-los de forma abrangente.

Outrossim, a Carta Magna, contemplando uma série de princípios fundamentais (dentre os quais merece destaque a dignidade da pessoa humana), passa a atuar como um vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico, determinando a atuação do operador do Direito. Inaugurou-se, nesse contexto, a ideia de família plural que, rompendo com o modelo hierarquizado e patriarcal de outrora, abriu espaço pouco a pouco para novos arranjos familiares, de modo que o indivíduo pudesse buscar a sua realização no seio dessa entidade.

E, diante dessa pluralidade, floresce a noção de famílias simultâneas, as quais se constituem na forma de núcleos paralelos, estabelecidos de maneira sincrônica ao núcleo primitivo, que preenchem os parâmetros mínimos de estabilidade, ostensividade e afetividade (LÔBO, 2002). O direito contemporâneo, por sua vez, ao elevar a monogamia à condição de princípio do Direito das Famílias, rechaça a validade desses núcleos paralelos, negando-lhes o reconhecimento como instituição familiar. O princípio monogâmico impõe aos indivíduos em uma relação de afeto o dever de fidelidade, de maneira que o surgimento de um núcleo paralelo estaria maculado, pela incidência dos impedimentos previstos para o casamento.

Contudo, a entidade familiar deve funcionar como instrumento para a realização do indivíduo, atribuindo-lhe uma função social a qual, segundo Almeida (2007), deriva do próprio papel que a família desempenha na sociedade. A marginalização dos núcleos paralelos, portanto, não nos parece coerente perante uma noção plural de família.

Ademais, em um Direito Civil (ou Direito das Famílias) constitucional, não podemos nos afastar dos princípios fundamentais na interpretação de seus institutos. Especial destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana que, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, funciona como um macroprincípio em nosso Direito.

Quando falamos em simultaneidade familiar, estamos falando, portanto, de um conflito entre bens jurídicos (ou princípios jurídicos), a saber, o princípio monogâmico e a proteção à dignidade humana. Para Alexy (*apud* MAIA e CARNEIRO, 2013), o conflito entre princípios, que consistem em mandamentos de otimização e possuem eficácia interpretativa em relação as demais normas (BARROSO e BARCELLOS, 2003), deve ser resolvido sob a ideia de ponderação, sopesando-se os bens jurídicos em contraste.

Registre-se, entretanto, que, no conflito envolvendo a proteção à dignidade humana e o dever de fidelidade imposto pelo princípio monogâmico – para o qual Dias (2015) nega a condição de princípio

constitucional –, considerando a adequação, necessidade e proporcionalidade (ALEXY *apud* MAIA e CARNEIRO, 2013), a balança parece pender mais para o lado do primeiro, pelo próprio papel que a dignidade da pessoa humana desempenha em nosso ordenamento jurídico.

Com essas considerações, ao nosso sentir, não se pode conceber que o Direito brasileiro, que abarca a noção de uma família plural e exorta a proteção à dignidade da pessoa humana, privilegie, de maneira contraditória, o princípio monogâmico em detrimento de macroprincípios constitucionalmente consagrados.

Referências

- ALMEIDA, Lara Oleques de. A função social da família e a ética do afeto: Transformações jurídicas no direito de família. **Revista UNIVEM**, Marília. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/download/43/70/0>>. Acesso em: 19 jul. 2018.
- AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/273/R165-11.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 19 jul. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.232, p.141 a 176, abr./jun. 2003, Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 19 jul. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.
- BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.
- BRASIL. **Tribunal De Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível n. 1.0261.12.012245-0/001. Relator: Edgard Amorim. Belo Horizonte, 02 jun. 2014. Disponível em:<

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0261.12.012245-0%2Fo01&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 12 out. 2015.

BRASIL. **Tribunal De Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível n. 1.0074.10.001488-0/001. Relator: Vasconcelos Lins. Belo Horizonte, 25 fev. 2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=8&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=fam%EDlias%20osimult%E2neas&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Tribunal De Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível n. 1.0480.08.121828-5/001. Relator: Manuel Saramago. Belo Horizonte, 12 de jan. 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0480.08.121828-5%2Fo01&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 12 out. 2015.

BRASIL. **Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível n. 70010787398. Relator: Maria Berenice Dias. Rio Grande do Sul, 27 abr. 2005. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70010787398&num_processo=70010787398&codEmenta=1065966&temIntTeor=true>. Acesso em: 12 out. 2015.

BUCHÉ, Giancarlo. Famílias Simultâneas: O Poliamor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, abr. 2011. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/78/familias-simultaneas-o-poliamor-no-sistema-juridico-brasileiro/>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 15.ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, síntese, a. III, n. 12, jan./fev./mar. 2002.

MAIA, Isabela Rebouças; CARNEIRO, Araújo Walber. O que é isto – ponderação de princípios?. **Seminário Estudantil de Produção Acadêmica UNIFACS**, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.9, n.29, p. 233 a 258, jul/dez. 2007.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: Da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Geysa Parreira *et al.* Identidade de gênero família poliparental: poligamia e polian-
dria. **Revista Letras Jurídicas Newton Paiva**. Belo Horizonte, set. 2015. Disponível em: < <http://npa.newtonpaiva.br/iniciacaocientifica/?p=521>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

Capítulo 5

A violação do princípio da isonomia em relação às visitas íntimas nas penitenciárias femininas

Izadora Gracielle Almeida Torres

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

O sistema prisional brasileiro está imerso em uma profunda e intensa crise, onde a cessação de direitos e garantias fundamentais dos presidiários está extensamente consagrada na prática social costumeira. No tocante ao encarceramento feminino, a tal cessação de direitos é proporcionalmente maior e esta supressão se manifesta diante da ausência de políticas públicas que considerem a mulher reclusa, como sujeito de direitos com particularidades próprias, oriundas de sua condição de gênero.

É indubitável que as mulheres presas possuem condições peculiares de vulnerabilidade e requerem uma atenção especial do Estado, que tem a incumbência de dar maior apreço a essa situação, o que infelizmente não vem sendo notado. O estado brasileiro viola de maneira exorbitante inúmeros direitos das mulheres encarceradas, desde a dispersão em relação aos direitos considerados essenciais como à saúde, o direito à vida ou aqueles abrangidos numa política de reintegração social, como o trabalho, a educação e a preservação dos vínculos e relações familiares.

Na generalidade, as mulheres são mais abandonadas que os homens quando entram em um sistema prisional, enquanto os presos são visitados com bastante frequência, as presas quase nunca ou nunca recebem

qualquer tipo de visita. Contudo, tal discrepância é instigante e escusa o questionamento central deste artigo: quais as barreiras que fazem com que o número de visitação às mulheres reclusas seja desproporcionalmente baixa quando comparada com as visitas dos homens presos? Como o direito a visita íntima para as mulheres encarceradas tem se concretizado no sistema prisional brasileiro? Como a lei regulamenta essas visitas privadas?

Para procurar nortear as respostas para esses inúmeros questionamentos e fomentar reflexões sobre o direito e a condição das visitas íntimas às mulheres presas, fizemos um estudo bibliográfico de livros, de textos, teses, artigos recentes sobre esse tema, além de assistir a vídeos e documentários.

2 O sistema carcerário brasileiro e sua realidade atual

Podemos dizer que as prisões tiveram origem em uma manifestação de poder, uma forma de punir quem não seguia as leis impostas. Até o fim século XVIII, a punição era feita no corpo, através da dor e do suplício, com esartejamentos e torturas físicas, utilizadas durante toda a idade média.

De acordo com Foucault em sua obra “Vigiar e Punir”, o corpo deixa de ser o alvo da repressão, da pena e “a punição pouco a pouco deixa de ser uma cena.” (FOUCAULT, 2002, p. 14).

Foi necessário encontrar uma nova forma de punição, uma reformulação no sistema, não para punir menos, mas punir melhor. E por meio dessa mudança de concepção que a prisão evoluiu para o que vemos atualmente, em meados do século XVI, ao começar a construir prisões para os transgressores. A prisão, naquela época, tinha apenas o objetivo de garantir à punição do preso, tornando-se o fim, e não um meio. Mas para as mulheres esse processo foi ainda mais demorado, pois a criminalidade feminina possuía índices baixíssimos. Mas com o passar dos anos, esses índices se fizeram pertinentes, havendo assim uma cobrança de posição ao Estado a respeito das infratoras.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres, feito pelo Departamento Penitenciário Nacional em junho de 2014, fica indubitável o reconhecimento de que um dos mais graves problemas das unidades prisionais brasileiras atualmente diz respeito a sua estrutura física. As instituições estão superlotadas, com graves condições de ventilação, iluminação, higiene e outras tantas mazelas não são incomuns.

A separação de estabelecimentos prisionais em masculinos e femininos é prevista pela Lei de Execução Penal (lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), mas resta evidente de que a aplicação destes direitos fica sob a responsabilidade de quem gerência o estabelecimento carcerário, ou seja, a destinação dos estabelecimentos segundo o gênero, é um dever estatal que nem sempre é cumprido à luz da lei.

Entre as precariedades das penitenciárias brasileiras, destacamos o fato de as mulheres terem um tratamento similar ao dos homens, sem acesso à saúde e cuidados com higiene, sendo ignoradas, a menstruação, a maternidade, os cuidados específicos de saúde, entre outras especificidades femininas.

Em uma entrevista feita pelo Site Geledes no dia 18/08/2013 com a jornalista Nana Queiroz, especialista em Relações Internacionais, com ênfase em Direitos Humanos, pela Universidade de Brasília, escritora e responsável pelo blog e pelo livro Presos que Menstruam, a jornalista afirmou que em 2012, a ONU em seu Conselho de Direitos Humanos realizou uma Revisão Periódica onde o Brasil foi repreendido por desrespeitar os Direitos Humanos em seu sistema carcerário, especialmente por ignorar questões de gênero. Ou seja, é internacionalmente reconhecido que o sistema penitenciário feminino brasileiro é impróprio. Pois faltam construções adequadas, sendo que, por vezes falta água, luz, além de faltar também atendimentos médicos em todas as especialidades e remédios.

Ainda em sua entrevista alegou que nos dias atuais é até difícil dizer exatamente quantos locais abrigam detentas no Brasil, já que muitas delas são mantidas em delegacias de polícia e carceragens superlotadas e com

estrutura inadequada Brasil afora. Em dezembro de 2012, porém, um levantamento do Ministério da Justiça apontou que existiam 53 penitenciárias, 4 colônias agrícolas, 7 casas de albergados, 9 cadeias públicas e 5 hospitais de custódia (para presas com problemas mentais) no país.

2.1 O perfil da mulher presa e o aumento da população carcerária feminina

O crescente aumento nos índices de criminalidade no meio feminino, comparado aos dos homens, causa espanto e curiosidade. Inicialmente, há de se considerar as mudanças ocorridas na sociedade brasileira sobre as situações lastreadas nas diferenças de gênero nos últimos anos.

Em um passado recente, a mulher casada era considerada relativamente incapaz e dependente do marido, conforme previsão do artigo 6º do Código Civil de 1916. Apenas em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4121/62, esta condição legal foi alterada, e a mulher casada passou a ser considerada colaboradora no lar, sendo dispensada a autorização do marido para o trabalho e demais conquistas, conforme redação do artigo 246 do referido diploma. Algo estranho para os tempos de hoje, porém muito pertinente à época, pois era o esperado pela sociedade que tão somente ocorresse a transferência de subordinação da mulher do pai para o marido.

Posteriormente, tivemos na década de 60 o surgimento da pílula contraceptiva, que culminou na desvinculação do sexo da procriação. Além disso, os vários movimentos feministas em torno da mudança de regime político e condições sociais durante a ditadura militar, bem como suas conquistas ainda modestas junto a Constituinte, trouxeram mudanças no cenário jurídico. Dando início a uma série de conquistas que culminaram na maior igualdade de gênero encontrada atualmente no país, e garantida pela Constituição Federal de 1988.

Atualmente, o contingente feminino representa mais de 52% da população economicamente ativa. Estima-se que menos de 25% dessas

mulheres sejam donas de casa, apesar da grande maioria ainda se ater as atividades domésticas. Indubitavelmente, a mulher ampliou nas últimas décadas sua participação no espaço social, o que pode representar uma das razões para o aumento de sua participação no mundo do crime. Neste contexto, infere-se que não foram as condições biológicas que mantiveram as mulheres afastadas da criminalidade, mas sim o contexto social em que estavam inseridas, circunscritas ao âmbito doméstico. Deste modo, está desgastado o argumento biológico de que o homem é mais propenso a prática de crime do que a mulher. A mulher é julgada não somente pelo crime que cometeu, mas também por negligenciar os papéis sociais a ela impostos, o que nos leva a pensar se a mulher não seria novamente vítima de uma sociedade machista.

Uma pesquisa feita ao final do ano de 2015, pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça aponta que a população carcerária feminina brasileira teve um aumento de 567% em 15 anos. Os dados foram coletados do INFOPEN Mulheres, levantamento nacional de informações penitenciárias do Ministério da Justiça, a população carcerária feminina subiu de 5.601 para 37.380 detentas entre 2000 e 2014, um crescimento de 567% em 15 anos, em sua maioria, por envolvimento com tráfico de drogas, motivo de 68% das prisões.

Em uma pesquisa recente notamos que a situação mudou já em dezembro de 2016, quando dados enviados pelo Ministério da Justiça, ao Supremo Tribunal Federal (STF) mostrou aumento de 19,6%, passando de 37.380, em 2014, para 44.721.

A população carcerária feminina cresceu 680% no Brasil em 16 anos, segundo dados recentes do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça. Em 2014, o Brasil tinha a quinta maior população carcerária feminina do mundo, com esse aumento, o país ocupa agora a quarta posição no ranking mundial, ultrapassando a Tailândia e ficando atrás apenas dos EUA (cerca de 211.870), China (cerca de 107.113), e Rússia (48.478), sendo 62% delas condenadas pelo crime de tráfico de drogas. No entanto, essas mulheres, via de regra, não estão no

topo da pirâmide do tráfico, exercendo atividades menores na hierarquia, como o transporte de drogas, por exemplo.

2.2 Os direitos e as dificuldades das encarceradas à visita íntima

Quando uma pessoa se encontra em estado de reclusão, ou seja, encarcerada, o seu direito de ir e vir é cerceado, mas ainda é possuidora de vários outros direitos apesar de tantos embaraços, e o direito a receber visitas está inserido nesse rol.

Em sua obra, Odete Oliveira (1987, p. 209-210) corrobora que a visita é um dos fatores mais importantes para os reclusos para que não haja um total rompimento dos vínculos familiares e afetivos e para que esse rompimento não impeça, nem atrapalhe a recuperação/reintegração do preso. Pois, se há qualquer probabilidade de que o sistema prisional fomente uma recuperação para este encarcerado, respondendo a todas as expectativas sociais impostas sobre o próprio sistema, ela está literalmente ligada a re-criação dos vínculos com os familiares e os afetos.

O distanciamento do preso para com a sociedade, principalmente com os mais próximos, vai minando as relações que o preso mantinha antes da reclusão podendo torna-lo mais solitário, depressivo e/ou agressivo, violento consigo mesmo e/ou com os outros, por não encontrar lacunas de reconstrução e reconhecimento de sua própria identidade.

As mulheres que situadas em encarceramento são, muitas vezes, abandonadas pela família, amigos e até mesmo pelo cônjuge/companheiro e com isso acabam por sofrer demasiadamente o processo de reclusão. O contato com a família é o principal ponto de apoio que a interna dispõe para sua sobrevivência dentro do sistema de normatização ou prisional a que é submetida, pois é através deste contato que elas recebem o amparo moral, emocional e, frequentemente material e esta relação com a sociedade extramuros traz uma maior perspectiva, vontade de mudança e estímulo ao bom comportamento. E quando ocorre este distanciamento de todos os vínculos externos, a presa acaba por criar uma dependência da

unidade prisional, dos funcionários que ali trabalham e das outras detentas.

Uma pesquisa realizada pela Fundação de Amparo ao Preso (FUNAP), em 2002, evidenciou que no Estado de São Paulo, onde se encontra mais de 41% das mulheres encarceradas de todo o país, 36% delas não recebiam visitas, e das que recebiam, 47% recebiam visita apenas uma vez ao mês.

Já o censo realizado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, a penitenciária de Ribeirão Preto, localizada em São Paulo, apresentou um dos piores resultados, com 75% das internas não recebendo qualquer tipo de visita. No Centro de Reabilitação Penitenciário da cidade de Taubaté, também em São Paulo, somente 6 das 73 internas recebiam visitas com frequência. E no Presídio Nelson Hungria, localizado no estado do Rio de Janeiro, apenas 150 internas de um total de 474 eram visitadas.

Este mesmo grupo, de Trabalho Interministerial, criado no ano de 2007 com escopo de elaborar propostas para a reformulação e reorganização do sistema prisional destinado somente às mulheres expôs os principais empecilhos para a efetivação do direito a visita para as internas que seriam a distância geográfica do presídio, fatores ligados a questões culturais, tabus impostos pela sociedade e próprias regras impostas por cada estabelecimento prisional.

Consoante informações do Departamento Penitenciário Nacional, somente 58 presídios no país que se destinam apenas à detenção de mulheres. A maioria dos estabelecimentos penais em que elas se encontram detidas são mistos, onde são adaptadas alas e celas para as mulheres, sem qualquer tipo de tratamento voltado para a ressocialização das presas.

Embora não esteja expressamente previsto, como veremos adiante, a visita íntima é um direito amparado constitucionalmente, diante da interpretação de que a sexualidade é uma parte importante da vida de toda a sociedade. A manutenção das relações sexuais é também um direito para as mulheres, que deve ser resguardado e de fácil acesso, apartado de

qualquer vínculo de casamento, união estável ou até mesmo da heterogeneidade do sexo do parceiro.

Entretanto, quando se encontram em estado de reclusão, existem inúmeros empecilhos para que haja o exercício de seu direito à uma vida sexual ativa, sendo um deles, a falta de espaço físico e de estrutura dos presídios, vez que em virtude dos estabelecimentos prisionais femininos serem absurdamente menores que os estabelecimentos masculinos, a visita privada acaba sendo impedida ou, quando concedida, se dá em condições inapropriadas e sem qualquer privacidade.

Como já visto anteriormente, são inúmeras as exigências para que o estabelecimento prisional permita o direito a visita privada, além da comprovação de união conjugal prévia de casamento ou de união estável, Carmen Campos e Virgínia Feix (2008) expõe que há a necessidade de visitação continuada por um período mínimo de quatro a seis meses, o uso exigido de contraceptivos ou a frequente presença em cursos de orientação sexual.

Como vimos, é grande a dificuldade de efetivação do direito à visita íntima, pois, o direito à sexualidade feminina das encarceradas é visto, na maioria das unidades prisionais, como uma regalia e não como direito, sendo, então, vedado o seu exercício. Ao passo que, em uma penitenciária masculina, esta situação é bem diferente, lá as visitas íntimas são mais informais e aceitáveis, até mesmo moralmente, e é aí que caímos no antigo “machismo”, pois quando, raramente, este tipo de visita é permitida nas penitenciárias femininas, esta é realizada sob um rigoroso controle, com traço extremos de excludentes/discriminatórios.

Conquanto, em alguns presídios, a visita íntima não é mais considerada um tabu na sociedade. Na pesquisa feita para o Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil (2007), a penitenciária feminina localizada em Recife/PE, desde o ano de 2000 proporciona um espaço para que a reclusa possa receber seu parceiro ou parceira para uma visita íntima, e até mesmo pernoitar.

Outro presídio que é considerado como parâmetro no tocante a visita íntima das internas, é o Centro de Inserção Social Consuela Nasser construído em Goiânia/GO, onde há a possibilidade das internas namorarem homens que se encontram reclusos no presídio ao lado. Na Penitenciária Feminina Madre Pelletier no Rio Grande Do Sul, do complexo penitenciário Humaiatá/AM, no Conjunto Penal Feminino da Bahia e na Penitenciária Feminina de João Pessoa/PB as visitas são permitidas sem muitas restrições.

Já na Penitenciária Feminina localizada no Ceará, tais visitas podem acontecer de quinze em quinze dias para o parceiro que se encontrar em situação de reclusão e semanalmente para os parceiros que se encontram em liberdade. Em São Paulo, na Penitenciária Feminina de Butantã, o direito das presas a ter uma vida sexual ativa é julgado como falta grave, acarretando prejuízos a elas como, por exemplo, o impedimento da progressão de regime.

Em comparação, nos seguintes presídios: Penitenciária Feminina do Amapá, Presídio Nelson Hungria em Belo Horizonte/MG, Penitenciária Feminina do Distrito Federal, Unidade Prisional Regional Ana Maria do Couto-May no Mato Grosso e a Penitenciária Talavera Bruce no Rio de Janeiro, ainda não há a concessão do direito a visita íntima.

Constatamos que são imensuráveis as falhas encontradas no sistema penitenciário nacional no tocante às visitas íntimas das reclusas. Esta dificuldade de acesso para esse tipo de visita para as mulheres encarceradas aponta, sem sombra de dúvidas, para uma discriminação de gênero, ao estorvar o exercício da vida sexual feminina com a finalidade de controlar seus riscos, suas consequências, como, por exemplo, uma doença, uma gravidez.

2.3 A lei de execução penal

Antes mesmo da publicação da Constituição Federal de 1988, surgiu, em 1984, da Lei de Execução Penal (LEP), onde o legislador assegurou, no artigo 3º, ao condenado e à condenada a titularidade dos direitos que não

havia sido atingidos pela sentença condenatória, nem pela lei, garantindo assim, durante o cumprimento da pena, a preservação da integridade física e moral como princípio constitucional inviolável. Nessa mesma perspectiva, o artigo 38 do Código Penal Brasileiro, prevê que o preso mantém todos os direitos que não foram atingidos pela liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Atendendo a algumas regras da Organização das Nações Unidas (ONU), a Lei de Execução Penal estabelece em seu artigo 41, caput, o direito à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, concedido ao preso, mas não existe a flexão de gênero na redação deste, tampouco distinção se a visita citada no dispositivo, seria simples ou íntima. Ademais, se não há lei ou sentença, que faça a proibição da visita íntima, é resultante de uma extensiva interpretação a conclusão de que também se trata do direito do preso e da presa. Todavia, diante desta omissão feita pelo legislador da LEP, a visita íntima, em muitos estabelecimentos prisionais, em especial nos femininos, ainda é considerada uma regalia, e não um direito, como vimos no tópico anterior.

Por essa omissão, em março de 1999, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), estando ciente do problema sexual nas prisões brasileiras e da ausência de legislação expressa, por meio da Resolução nº 01, de 30 de março de 1999, recomendou aos Departamentos Penitenciários Estaduais e órgãos congêneres que fosse assegurado o direito à visita íntima aos presos, de ambos os sexos.

Tratando de recomendação, e não de lei, a orientação do CNPCP choca com a burocracia, nas condições físicas de penitenciárias, na ausência de interesse por parte da gerência dessas unidades prisionais, e principalmente, na visão obsoleta e machista da sociedade.

Corroborando com a explicação, em um artigo criado para o Jornal Brasil de Porto Alegre/RS, Carmen Campos e Virginia Feix (2008) alertam que na perspectiva da Constituição, nenhuma normativa de cunho administrativo emitida por uma administração penitenciária pode fazer

restrição dos direitos adquiridos constitucionalmente. No entanto, podemos observar que, na prática grande parte das regulamentações penitenciárias tem restringido, violando os preceitos constitucionais ao invés de garantirem os direitos fundamentais das reclusas.

Diante desta lógica, constatamos que a ausência de legislação específica favorece as inúmeras violações dos direitos sexuais da mulher, em uma perspectiva individual, já que não há a garantia do livre exercício da sexualidade, com privacidade, condições do lugar, intimidade e autonomia e sem que haja a discriminação, coerção ou violência. Idem, em uma perspectiva coletiva, é possível verificar que, em razão da adesão de um protótipo carcerário masculino, não existem políticas públicas pensadas a partir da realidade de uma prisão feminina, fazendo com que os direitos fundamentais sejam incessantemente desrespeitados.

Compreendemos que para o direito à visita íntima seja efetivado em todas as prisões brasileiras femininas, e também em algumas masculinas, se faz necessário uma atuação conjunta dos órgãos que atuam diretamente em execução penal, provocando o Poder Judiciário por meio de ações coletivas, com a finalidade de haver a implementação das visitas privadas, fazendo ser concreto o direito já previsto, mas que ainda não se encontra positivado.

3. A igualdade prevista na Constituição Federal de 1988: há violação?

As encarceradas recebem um tratamento muito pior que os que são outorgados aos homens, que também possuem condições um tanto quando precárias no cárcere, porém, a desigualdade de tratamento é indubitável e decorrente de questões culturais e sociais atreladas a visão da mulher como presa e com direitos ao tratamento condizente com as suas necessidades, próprias da aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, da qual decorre a regra constitucional de Direito Penal explicitada no artigo 5º., inciso XLVIII, segundo o qual “...a pena será

cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado [...]” (BORGES, 2005, p. 87).

Antes de qualquer coisa, é preciso fazer a análise legislativa da Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu artigo 5º, *caput*, sobre o princípio constitucional da Igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

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

Inciso I: que trata da igualdade entre os sexos; (BRASIL, 2016, p.19).

Nesse turno, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos XLVIII e o Código Penal (art. 37) determinam que as mulheres presas devam cumprir pena em estabelecimento próprio, e que seja adequado às necessidades inerentes ao gênero feminino.

Mas vemos em nosso dia a dia que os direitos garantidos a elas, por lei, não são efetivamente aplicados, pois sabemos que o sistema carcerário foi pensado por homens e para os homens e é recente a legislação que propõe a construção de estabelecimentos prisionais que possam atender as específicas necessidades da mulher presa, conseqüentemente estas enfrentam diversos problemas relacionados à estrutura deficitária do cárcere, além dos problemas relacionados ao desrespeito ao tratamento diferenciado que deveriam receber devido ao seu gênero.

Ainda que o direito esteja assegurado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, à visita íntima aos presos recolhidos nas unidades prisionais, independentemente do gênero e as políticas de visitação conjugal de muitos estados discriminam as mulheres presas.

A visita íntima, totalmente vedada em algumas unidades prisionais, quando existe, está subordinada a uma série de exigências, como comprovação de vínculo de parentesco e uso obrigatório de contraceptivos. Quando raramente concedida, ocorre em condições inadequadas e sem a privacidade devida. Numa análise comparativa com as condições de encarceramento masculina, podemos depreender que há grande diferença,

disparidade e discriminação na concessão do direito a visita íntima às detentas.

Enquanto os detentos tendem a receber livremente essas visitas, com pouco ou nenhum controle exercido pelas autoridades estatais, a lógica é inversa com relação as mulheres, nas quais não são vislumbradas, por uma sociedade essencialmente patriarcal e sexista, as mesmas necessidades sexuais dos homens. Por outro lado, chega deturpar a previsão constitucional do planejamento familiar, pretendendo evitar gravidez decorrente dos relacionamentos sexuais, durante as visitas íntimas.

Os fatos narrados acima evidenciam o desrespeito à sexualidade das mulheres presas, e a limitação do desenvolvimento e manutenção da afetividade que resta frente ao significativo abandono que suportam, tanto por parte do Estado, quanto de seus familiares. Corroborando com o assunto, a escritora Adriana Inomata e o escritor Carlos Luiz dissertaram um artigo, para a Revista Eletrônica da Newton Paiva sobre as restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais, que em resumo assinala o seguinte:

Um dos mais graves problemas das democracias constitucionais são os casos de privação de direitos fundamentais. Este artigo discute o alcance da hipótese de que ninguém pode ser privado de seus direitos fundamentais. A tese central do artigo é que direitos fundamentais podem sofrer três tipos de intervenções: restrições (intervenção relativa), privações e violações (intervenções absolutas), dadas certas condições. Decorre disso a tese de que restrições, privações e violações são categorias analíticas diferentes e decisivas para a linguagem do controle de constitucionalidade. O tema foi abordado a partir de pesquisa analítica de conceitos teóricos, apoiada em testes de consistência lógica e funcional dos termos, com base na teoria dos princípios de Robert Alexy. A pesquisa se apoia também em análise do direito constitucional nacional e estrangeiro e revisa, seletivamente, a crítica teórica e jurisprudencial sobre o tema. A partir das evidências encontradas, o artigo sugere um refinamento do vocabulário básico da teoria constitucional para que se estabeleça o significado e as condições de possibilidade das privações (intervenções absolutas) em direitos fundamentais. As principais conclusões apontam que, se por um lado o direito internacional dos direitos humanos, o direito constitucional nacional de muitas democracias, a doutrina e a jurisprudência admitem situações legítimas de

privação de direitos fundamentais, é imperativo não confundir as situações de restrição, privação e de violação desses direitos. (INOMATA; LUIZ, 2017).

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trata das garantias e direitos fundamentais que cada cidadão dispõe. Ele é, sem dúvida, um dos artigos mais importantes contidos na Constituição Federal de 1988, que foi chamada de cidadã por ser uma Constituição mais democrática. Essa Constituição ampliou os direitos dos indivíduos e permitiu sua proteção em várias situações. Dentro do artigo 5º, são encontrados diversos princípios relacionados aos direitos e garantias fundamentais, um dos mais polêmicos e importantes é o princípio da igualdade.

3.1 Princípio da igualdade ou da isonomia

O princípio da igualdade ou da isonomia tem seu respaldo no artigo 5º da Constituição Federal, e em seu inciso I dita que homens e mulheres têm que receber o mesmo tratamento perante a lei, nos seguintes termos:

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

Inciso I: que trata da igualdade entre os sexos; (BRASIL, 2016, p. 19).

O princípio da Igualdade não deve ser aplicado de forma restrita, e sim em amplo sentido, pois somente haverá igualdade ou isonomia quando houver tratamento igual entre iguais. Por outro lado, haverá desigualdade se proporcionarmos tratamento igual a desiguais.

É um dos mais relevantes em um Estado Democrático, refletindo em todos os campos da ciência jurídica. O princípio da igualdade não possui a finalidade de acabar com todas as desigualdades existentes entre as pessoas, pois, de acordo com Luciana Campanelli “a igualdade absoluta é um conceito abstrato que se distancia da verdadeira igualdade” (CAMPANELLI, 2006, p. 27), desta feita, procura detectar potenciais

diferenças encontradas nas mesmas características e possibilitar tratamentos diferenciados de modo geral e impessoal.

Isto porque, segundo Bobbio (1998, p. 601), é injusto conceder tratamento de modo desigual as pessoas que possuem características iguais, à medida que é justo possibilitar tratamento diferenciado para as pessoas que são diferentes em relação a estas mesmas características.

Nos primórdios, Aristóteles (1974) fazia uma divisão da igualdade entre: igualdade aritmética e igualdade geométrica. A primeira seria o estabelecimento de uma relação estrita entre a retribuição e a causa, ou seja, cada indivíduo tem exatamente a mesma importância e consideração, pressupondo a equivalência na importância de cada um. Já a geométrica implicaria uma proporcionalidade definida a partir da comunidade política, destarte, o critério de merecimento variava conforme a importância e o papel social do sujeito para a comunidade. Assim sendo, pessoas que desempenhavam funções diferentes na comunidade recebiam direitos diferentes.

Mas com a modernidade, não obstante, o êxito das Revoluções, marcou a história que todos os cidadãos são iguais, estão no mesmo patamar, merecendo do Estado a aplicação do mesmo rol de direitos, sem distinção.

Mas infelizmente, mesmo consagrado na ilustríssima Constituição Federal, esse direito assegurado não é respeitado. O que notório que nem a Constituição Federal, tampouco a boa vontade do legislador, esta demonstrada claramente, em diversos artigos da Lei de Execução Penal, e conseguem salvar as detentas de uma vida de humilhação, preconceito de gênero. Em verdade, ainda que a norma tenha pretendido tutelar os direitos das encarceradas, a má vontade do Estado, o pouco investimento no sistema penitenciário não oferecem condições mínimas de sobrevivência.

4 As regras de Bangkok

O Brasil participou ativamente das negociações para a elaboração das regras de Bangkok, junto a Assembleia Geral da ONU, as quais foram aprovadas em dezembro de 2010. No primeiro semestre de 2016 o CNJ -

Conselho Nacional de Justiça, lançou uma tradução oficial das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok, considerado o passo exordial para dar um norte, ou seja, auxiliar, os Estados brasileiros a solucionar ou ao menos reduzir as dificuldades de gênero no sistema carcerário.

Pois bem, as Regras de Bangkok possuem como princípio cardeal o dever de serem aplicadas de modo imparcial, não havendo discriminação alguma com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição. Por outro lado, é necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso. A fim de que o princípio de não discriminação seja respeitado, considerando as distintas necessidades das mulheres presas na aplicação das Regras. A atenção dada a essas necessidades não devem ser consideradas discriminatórias, pois visa atingir igualdade material entre os gêneros.

Vale lembrar que, são minuciosamente dispostas as especificações de higiene pessoal, cuidados à saúde física e mental, ingresso, registro, alocação, atendimento médico específico, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, revistas, instrumentos de contenções, capacitação adequada de funcionários, priorização do contato com o mundo exterior, individualização da pena, flexibilização do regime prisional, foco nas relações sociais e assistência posterior ao encarceramento, cuidados especiais com gestantes e lactantes, estrangeiras, minorias e povos indígenas e deficientes.

Mas a mera tradução da norma, por si só, não garante sua aplicação pelos poderes responsáveis. Por isso é necessário que o fato ganhe ampla repercussão, considerando o tamanho das mudanças que podem acarretar sobre o encarceramento feminino Apesar do Brasil ser signatário de tais regras, ainda não tivemos a implementação destas em nenhum programa de política pública efetivo. Demonstrando a necessidade de um empenho

e um olhar humanitário para as destinatárias de regras por demais importantes, assim como o interesse social de coletivo para a efetivação destas.

Recentemente, as Regras de Bangkok foram citadas em uma decisão, de Habeas Corpus 134.734 São Paulo, do STF, proferida em 30 de junho de 2016 pelo ministro Celso de Mello, onde ressaltou que a aplicação dessa lei encontra raízes nas Regras de Bangkok, documento da ONU com diretrizes para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Senão vejamos:

HABEAS CORPUS 134.734 SÃO PAULO. RELATOR MIN. CELSO DE MELLO PACTE. (S) :FLÁVIA SILVA DA COSTA IMPTE. (S) :ELIEZER JARBES DE OLIVEIRA COATOR(A/S) (ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMENTA: Prisão em flagrante. Prisão preventiva. Mulher que se encontra em qualquer das situações excepcionais referidas no rol taxativo inscrito no art. 318 do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Conversão em prisão domiciliar. Regras de Bangkok, promulgadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Inovações introduzidas no direito interno brasileiro: CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, LEP, Lei das Medidas Cautelares e Lei da Primeira Infância. Outorga de tratamento diferenciado à mulher presa que ostente, entre outras, a condição de grávida ou de nutriz (lactante). Legitimidade desse tratamento, que também se justifica pela necessidade de respeito ao princípio constitucional que consagra o dever estatal de proteção integral da criança e do adolescente. Incidência da Convenção dos Direitos da Criança. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, particularmente de sua Segunda Turma. Conversão do julgamento deste “habeas corpus” em diligência, para que o impetrante comprove que a paciente se enquadra em qualquer das situações previstas no art. 318 do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (BRASIL, 2016).

Nesta decisão o ministro abriu um prazo de cinco dias para que o advogado de uma mulher, presa cautelarmente por tráfico de drogas, colacionasse aos autos comprovante de sua condição de lactante. Caso a situação fosse confirmada, ela poderia ir para prisão domiciliar. Vejamos a decisão proferida:

Assentadas, desse modo, as premissas que tenho por essenciais ao exame desse particular aspecto da causa, e definido o “status quaestionis” na jurisprudência desta Corte, notadamente na visão da colenda Segunda Turma do

Supremo Tribunal Federal, determino que o autor do presente “writ” comprove, no prazo de 05 (cinco) dias, a situação a que ele se referiu, tendo em vista o que dispõe o art. 318, inciso V, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, na redação dada pela Lei nº 13.257/2016. (BRASIL, 2016).

Vale ressaltar que o nosso ordenamento possui dispositivos que dizem respeito ao tratamento a ser dispensado as mulheres no ambiente prisional. E é por menosprezar essas especificações de gênero que o Brasil comete as maiores violações de Direitos Humanos no sistema carcerário feminino do Brasil. Desta forma é necessário que tais regras, dispositivos legais e todas as espécies normativas referentes a este assunto sejam trazidas ao conhecimento e prática jurídica, e recebam o devido merecimento.

5 Considerações finais

Com o presente trabalho não temos a pretensão de produzir respostas prontas e finalizadas, mas, entretanto, almejamos despertar inúmeras reflexões e aguçar um novo olhar para o assunto, que atinge as mulheres que estão à mercê de um sistema prisional.

Sem sombra de dúvidas, qualquer forma de encarceramento é penosa para qualquer pessoa, pois ter a liberdade cerceada e infinitos direitos tolhidos já podemos considerar uma enorme pena a ser cumprida. Não obstante, a tal situação tão penosa, a respeito do exercício dos direitos sexuais femininos, que apesar de se encontrarem encarceradas deveriam ser concedidos em sua integralidade, percebemos que ao invés do que ocorre com os presos, o direito a visita íntima não é garantido às mulheres, em vários presídios, por parte da administração dos estabelecimentos prisionais, sendo, este direito, tratado como uma mera regalia, uma liberalidade.

Com tais averiguações, podemos perceber que a prisão, além de ser um ambiente de confinamento, bastante controlado, que preza somente pela segurança e disciplina das reclusas, tem se apresentado como o reflexo de uma sociedade que discrimina e suprime as mulheres, como a sociedade machista de antigamente.

Constatamos inúmeras barreiras impostas pelo gerenciamento das prisões que inibem a manutenção dos vínculos sociais das detentas com seus companheiros, cônjuges, familiares e amigos. Existe uma imensa discrepância a discriminação na concreta concessão do direito a visita íntima das mulheres reclusas quando comparado com os homens presos. Estas mulheres acabam sofrendo com maior veemência a dor do cárcere e tende a buscar relacionamentos intramuros para ter condições de suportar a falta de carinho, afeto e amor pela escassez de visitas.

É fundamental que as internas sejam reconhecidas, com todas as suas particularidades, como detentoras de direito à visita íntima, que é extremamente importante, e um elemento de fomento para as relações familiares, contribuindo de forma eficaz para o fortalecimento da detenta, inexistindo qualquer restrição constitucional para tal, especialmente quando se constata a frequente e possibilitada visita nos estabelecimentos masculinos.

É de extrema urgência a regulamentação da visita íntima, abrangendo ambos os sexos, sendo esta visita garantida como direito intrínseco à dignidade humana também das internas, sem discriminação, sendo elas hétero ou homossexuais.

Todavia, resta mais respeitável no tocante às visitas, é o fim da discriminação direcionada às mulheres presas e a aplicação imediata, ainda que tardia, do princípio engravado na Constituição, em seu artigo 5º, inciso I, o princípio da igualdade entre os sexos, no que concerne ao exercício do direito à visita íntima, facilitada ao extremo aos homens encarcerados, mas excessivamente dificultado quando se refere as mulheres, pelo legislador brasileiro e pelas administrações penitenciárias.

Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Os Pensadores. São Paulo. Abril Cultural, 1974.

BORGES, Paulo César Corrêa. **O princípio da igualdade na perspectiva penal: temas atuais**. São Paulo. Editora Unesp. 2007.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Data de Acesso: 22 mar. 2018.

BRASIL. LEI Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm> Acesso em: 22 mar. 2018

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Regras Mínimas para o Tratamento das Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres que Cometem Crimes (Regras de Bangkok) Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

BRASIL. **Ministério da Justiça**. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres. 2014 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. **Presidência da República**. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino. Brasília. DF. 2008. Disponível em: < <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. **Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional**. CEJIL (Org.); Associação Juízes para a Democracia, AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, ITCC et. al. Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil. Brasília. DF. 2007. Disponível em: < http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/RELATORIO_FINAL_-_vers%C3%A3o_97-20031.pdf> Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 134.734. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília. DF. 30 de junho de 2016.

CAMPANELLI, Luciana. **Poderes instrutórios do Juiz e a Isonomia processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

CAMPOS, Carmen Hein de; FEIX, Virgínia. **Violência contra mulheres privadas de liberdade**. Jornal Do Brasil. Porto Alegre: Cladem. 2008

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. **Manual para Elaboração e Apresentação dos Trabalhos Acadêmicos**: padrão Newton Paiva. Elaborado pelo Núcleo de Bibliotecas. Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte. 2015. Disponível em: <https://www.newtonpaiva.br/system/file_centers/archives/000/000/175/original/MANUAL_BIBLIOTECA_NEWTON.pdf?1466508943>. Acesso em 30 mai. 2018.

FRANÇA. Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em 18 mai.2018.

VINGERT, Ana Carolina. **Mulheres invisíveis**: uma análise sobre a presidiária brasileira. Trabalho de Conclusão de Curso. Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis e a Fundação Educacional do Município de Assis. São Paulo. 2015. p.39.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo. IBCCrim, 2004. p.183.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte. Mandamentos. 2002. p.49.

LIMA, Márcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita**: a mulher no sistema prisional. Tese (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-24032008-085201/pt-br.php>> Acesso em: 28 fev. 2018.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210/84. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Giampaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 5ª ed. São Paulo. Atlas. 2002.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. Florianópolis. Editora da UFSC. Florianópolis. 1984. p. 209.

ROSENFELD, Michael. O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte.

n.88, 2003. p.47-49. Disponível em: Acesso em: 05 jun. 2018.

SANTOS, Marli de Araújo et al. **A visita íntima no contexto dos direitos humanos: a concepção das reeducandas do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia.** Disponível em: < http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/M/Marli_Araujo_51.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2018.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009. p.9.

QUEIROZ, Nana. **Como é a vida nas prisões femininas no Brasil.** 2013. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/como-e-a-vida-nas-prisoas-femininas-no-brasil/> Acesso em: 26 maio 2018.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** Rio de Janeiro. 2015. Disponível em <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/Presos%20Que%20Menstruam%20-20Nana%20Queiroz.pdf> Acesso em: 30 abr. 2018.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA Adriana. **Restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais.** Belo Horizonte. 2017. Revista eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

Capítulo 6

As atribuições constitucionais da Defensoria Pública e a inconstitucionalidade da advocacia dativa

Karoline Hellen Matos Silva

Hebert Soares Leite

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

A função exercida pela Defensoria Pública, conforme a norma inserida no artigo 134 da Constituição da República, compõe o rol daquelas essenciais à justiça, tendo sido alçada à condição de instituição permanente, com a Emenda Constitucional nº 80, de junho de 2014 (MENDES; BRANCO, 2017, p. 932).

O legislador constituinte, visando assegurar o direito ao acesso à justiça de forma igualitária, conferiu à Defensoria Pública o dever de orientação jurídica, a defesa dos direitos humanos e individuais e coletivos, de forma gratuita àqueles que comprovem insuficiência de recursos.

Tal atribuição encontra amparo no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988 que estabelece ser dever do Estado prestar assistência jurídica gratuita aos que comprovarem condição de hipossuficiência.

O arcabouço constitucional, portanto, inaugurou um sistema, mediante a criação das Defensorias Públicas, com o intuito de promover a assistência judiciária gratuita, consagrando o princípio do acesso à justiça.

Entretanto, apesar de o §1º do art. 134 da Constituição Federal de 1988 atribuir ao Poder Público o dever de instituir as Defensorias Públicas, como forma de promover a proteção aos direitos individuais e coletivos, não é o se vê na prática.

Diante de uma suposta ausência de recursos, o Estado permanece inerte em sua atribuição de instituir as Defensorias Públicas para assegurar, de forma plena, o acesso à justiça. Para evitar que aqueles não disponham de recursos permaneçam juridicamente desamparados, o Estado, através do Poder Judiciário, confere a advogados particulares o múnus que caberia a Defensoria Pública.

Logo, a realidade em diversas localidades do país é a ausência da Defensoria Pública, a qual é suprida pela atuação dos chamados advogados dativos, em violação à norma contida no artigo 134, §1º da Constituição Federal de 1988.

2 A Defensoria Pública no direito brasileiro

2.1 Breve histórico sobre a assistência judiciária gratuita e o surgimento das Defensorias Públicas

Não obstante a Defensoria Pública só esteja presente de forma expressa no texto constitucional de 1988, a preocupação do legislador constituinte com a promoção do direito fundamental de acesso à justiça e a prestação de assistência judiciária gratuita vem de longa data.

Tal preocupação se revelou de forma cristalina na Constituição de 1934 que, marcada pelo constitucionalismo social, houve por garantir aos cidadãos um largo rol de direitos de segunda geração. Dentre tais direitos, a Carta Magna previa, em seu artigo 113, item 32, ser dever da União e dos estados-membros a instituição de órgãos especiais destinados a assegurar aos necessitados a assistência judiciária, garantida a gratuidade de taxas e demais custas.

Do mesmo modo, os textos constitucionais de 1946 e 1967, após um período obscuro para os direitos sociais trazidos pela Constituição de 1937,

também previram a assistência judiciária gratuita àqueles que preenchessem os requisitos legais.

Foi com a Constituição da República Federativa de 1988, todavia, que a assistência judiciária gratuita e a promoção ao acesso à justiça ganharam novos contornos. Em seu artigo 5º, inciso LXXIV, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Segundo Mendes, Silva e Barreto “A gratuidade de justiça e assistência jurídica gratuita são uma garantia constitucional, previstas no artigo 5º, LXXIV, de forma a assegurar o exercício da cidadania e salvaguardar o direito de acesso à justiça” (SILVA; BARRETO, 2015).

Dentre os avanços na promoção dos direitos fundamentais e na assistência judiciária gratuita, trazidos pela Constituição Federal de 1988, damos destaque à instituição da Defensoria Pública, prevista no artigo 134 do diploma constitucional.

Segundo o supracitado dispositivo, as Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal, desempenham função essencial à justiça, as quais incumbe “[...] 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).

Depreende-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo paradigma na busca pela promoção dos direitos fundamentais, notadamente o acesso à justiça, através da criação das Defensorias Públicas.

2.2. A Defensoria Pública e os direitos fundamentais

A Constituição da República de 1988 trata dos direitos fundamentais no título II, de seu capítulo I, outorgando aos cidadãos uma vasta gama de direitos individuais, sociais e coletivos.

É difícil precisar a origem da expressão “direito fundamental”, pois, como leciona Kildare (2009), sendo inerentes à condição humana, os direitos fundamentais acompanham o homem desde os primórdios. Mas, com o movimento constitucionalista, a proteção destes direitos ganhou grande relevância.

O constitucionalismo, sob um enfoque sociológico, foi um movimento social que eclodiu em meados do século XVIII e “[...] dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado” (KILDARE, 2009, p. 243). Em outras palavras, o movimento constitucionalista se sustenta na ideia de que todo Estado deve possuir uma Constituição, a qual limita seus poderes e faz prevalecer os direitos fundamentais do homem.

Dentre as diversas manifestações do constitucionalismo, aquele conhecido como contemporâneo tem relevante papel na outorga de direitos aos cidadãos e a imposição de deveres ao Estado. Nas palavras de Kildare Carvalho (2009), o constitucionalismo contemporâneo é marcado por presença de uma constituição dirigente que, dotada de acentuado cunho social, define metas ao Estado.

É relevante, portanto, a influência do constitucionalismo contemporâneo na atual constituição brasileira que, classificada como dirigente, estabelece diretrizes e programas a serem cumpridos pelo Estado através de normas de eficácia limitada.

Para ilustrar, podemos citar a norma inserida no §1º, do artigo 134 da Constituição Federal de 1988, objeto do nosso estudo, e que impõe ao Estado o dever de instituir Defensorias Públicas, cuja função é atuar na promoção dos direitos humanos e na defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma gratuita, aos necessitados.

Por meio desta norma, diante da interferência dos ideais constitucionalistas, o texto constitucional outorga à Defensoria Pública a missão de promover o acesso à justiça e, em última análise, a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil.

2.2.1. O direito fundamental do acesso à justiça

Dentre o vasto rol de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, ganha especial enfoque na atuação da Defensoria Pública aquele previsto no inciso XXXV, do art. 5º.

A dicção da referida norma estabelece que “[...]a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se da inafastabilidade da jurisdição ou também conhecida como direito ao acesso à justiça.

O acesso à justiça é fruto de um devido processo legal ou, em outro termos, de um devido processo constitucional. Temos que o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988 prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Entretanto, tal como ensina Didier (2016), o devido processo legal decorre de um processo histórico que, ao longo dos anos, agregou novos valores assumindo a roupagem que hoje vislumbramos. Nas palavras Didier:

O texto constitucional que consagra o devido processo legal é uma cláusula geral[...]. Exatamente em razão disso, o significado normativo desse texto foi modificado ao longo da história. (DIDIER, 2016, P. 66).

Em razão desta natureza, a noção de devido processo legal abarca outros princípios constitucionais importantes, tais como o contraditório e ampla defesa, o juiz natural, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais e o acesso à justiça. Enquanto direito de conteúdo complexo (DIDIER, 2016), o devido processo legal comanda ao legislador que se preocupe em pré-definir critérios para a fixação de um juízo competente, nas lides postas em juízo, uma vez que é vedada a autotutela. E, para Fernandes (2017), dessa noção decorre o princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição.

Havendo, então, um juízo competente predefinido pela ordem jurídica, nenhum caso que envolva lesão ou mesmo a ameaça de lesão poderá ser excluído da apreciação do Poder Judiciário. A isso se pode denominar de acesso à

jurisdição (art. 5º, XXXV), como garantia da resolução legítima – como negação da autotutela – dos conflitos existentes entre particulares ou entre estes e o Estado (FERNANDES, 2017, p. 521).

Conforme ensina o Fux (2004), o Estado avocou para si a solução dos conflitos, na busca da pacificação social. O acesso a esta forma de solução dos litígios que surgem na sociedade deve ser amplo, não podendo ser privilégio de alguns e negado a outros. Sobre o tema ensinam Cappelletti e Garth:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Ressalta-se que a previsão de tal direito não é exclusividade do atual texto constitucional, porque se encontra no rol dos direitos constitucionais desde a Carta Magna de 1946. Contudo, foi com a Constituição Federal de 1988 que tal garantia ganhou maior relevância, tendo a norma constitucional se preocupado em estender tal direitos a todos indistintamente, criando mecanismos para tanto.

Surge, neste contexto, a Defensoria Pública a qual incumbe, dentre outros aspectos, promover o acesso ao Poder Judiciário àqueles que, na forma da lei, não tenham condições de arcar com um defensor particular. Transcrevemos o artigo 134 da Constituição Federal de 1988, que prevê:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, 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, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Verifica-se da norma constitucional que a Defensoria Pública é instituição essencial ao Estado Democrático de Direito, promovendo os direitos humanos e fundamentais, àqueles que, sob a ótica da lei, são considerados hipossuficientes. A Lei Complementar nº 80 de 1994, por sua vez, trata de detalhar os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública.

O artigo 3º, da norma em comento, diz ser objetivos da Defensoria, a primazia da dignidade da pessoa humana, a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência e efetividade dos direitos humanos e, por fim, a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. Já em seu artigo 4º, inciso V, a Lei Complementar nº 80/94 prevê como funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...] exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses. (BRASIL, 1994).

Observa-se, portanto, que o ordenamento jurídico confiou à Defensoria Pública, primordialmente, o exercício da assistência judiciária, garantindo a inafastabilidade da jurisdição de forma indiscriminada, àqueles necessitados, tal como referido no inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

3 O art 134, § 1º da Constituição Federal de 1988 e a instituição da Defensoria Pública

Conforme salientado alhures, a Defensoria Pública é instituição permanente e necessária ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista sua função precípua de promover os direitos fundamentais, com especial ênfase ao acesso à justiça àqueles que são considerados hipossuficientes, na forma da lei.

Inegável, portanto, que o papel constitucionalmente atribuído aos Defensores Públicos é de suma importância para um Estado de Direito que

busca o tratamento isonômico entre os cidadãos. A existência da Defensoria Pública proporciona, dentre outros fatores, um acesso pleno de toda a população ao Poder Judiciário, o que, caso assim não fosse, poderia ser restrito somente aos mais abastados.

O § 1º do artigo 134 da Constituição Federal de 1988 firma como dever da União a instituição, através de Lei Complementar, da sua Defensoria Pública e a da Defensoria Pública do Distrito Federal, bem como a delimitação de normas gerais para que os estados membros façam o mesmo.

Em outras palavras, é dever dos estados da federação instituírem suas próprias Defensorias Públicas, em consonância com a Lei Complementar nº 80/94 que regula o assunto. O que, conforme será visto mais adiante, não ocorre na prática.

O artigo 134, § 1º da Constituição Federal de 1988 dispõe:

Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (BRASIL, 1988).

Consoante a classificação das normas constitucionais quanto sua eficácia (SILVA, 1999, *apud* FERNANDES, 2017), trata-se de norma de eficácia limitada, a qual depende de regulamentação para que produza efeitos de forma plena. Essa mesma norma pode ser subclassificada, nos dizeres de Barroso (1994), como uma norma constitucional de organização, a qual:

[...] visa à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência jurídica ordenada (BARROSO, 1994, p. 38)

São, portanto, normas que abarcam um conteúdo destinado à instituição de órgãos e entidades, dentro da estrutura de cada um dos poderes constitucionais. Considerando o seu manifesto caráter institutivo, a

referida norma serve de vetor para a consecução de determinados fins pretendidos pelo Estado, previstos no artigo 3º da CR/88, dentre os quais se destacam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e a promoção do bem de todos, sem qualquer distinção.

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 cria, portanto, uma meta ou programa a ser seguido pelo Estado. É norma que impõe objetivos aos poderes públicos e “[...] dirigem-lhes uma dada atividade, prescrevem uma ação futura” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 78). Sobre o assunto, concluem Mendes e Branco o seguinte:

As normas programáticas impõem um dever político ao órgão com competência para satisfazer o seu comando, condicionam a atividade discricionária dos aplicadores do direito, servindo de norte teleológico para a atividade de interpretação e aplicação do direito. Impedem comportamentos contrários a elas mesmas, podendo gerar pretensões a abstenção. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 78).

Logo, a norma contida no artigo 134 da Constituição Federal de 1988 cria um mecanismo para que se alcance tais metas. Ao Estado é imposto o dever de garantir a proteção dos direitos fundamentais àqueles considerados hipossuficientes e, visando a promoção do bem de todos, instituir as Defensorias Públicas.

A verdade é que, independentemente da classificação que lhe é atribuída, estamos diante de uma norma que carece de uma atividade material e legislativa por parte do poder público. Busca-se, assim, a eficácia social do dispositivo constitucional, entendida por Barroso como “[...] a concretização do comando normativo, a sua força normativa no mundo dos fatos” (BARROSO, 1994, p. 35).

Todavia, em nossa atual realidade, a norma inserta no §1º do artigo 134 da Constituição Federal de 1988 carece, muitas vezes, de eficácia jurídica e social. Isso porquê, apesar de ter sido atribuído aos estados-membros o dever de instituir suas próprias Defensorias, tais entes federados se mantêm inertes mesmo diante do comando constitucional.

4 A inconstitucionalidade da advocacia dativa

É bem verdade que a Constituição da República garante a todos a proteção de seus direitos fundamentais, tendo como núcleo fundante a proteção à dignidade da pessoa humana. Dentre os direitos fundamentais, a inafastabilidade da jurisdição merece atenção especial, pois, conforme já explicado anteriormente, determina que “[...]a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Esse comando revela um acesso à justiça irrestrito, o qual deve ser garantido independentemente de raça, cor, sexo ou condição social. Trata-se de clara manifestação do princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e que deve ser celebrado por um Estado de Direito. Sobre este princípio, explica Fernandes que:

Assim, a regra geral é tomada no artigo 5º, *caput* e art. 5º, inciso I, da Constituição brasileira, que apresentam uma leitura da igualdade como imparcialidade (não discriminação), representando norma dirigida aos Poderes Públicos. (FERNANDES, 2017, p. 464).

Considerando a importância de se garantir o acesso à justiça de forma irrestrita e sem discriminações, especialmente àqueles que não possuam condições de arcar com os custos de um advogado particular, a Constituição Federal de 1988 tratou de criar a Defensoria Pública.

Constado texto constitucional que compete à Defensoria Pública a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, em âmbito extrajudicial e judicial, sendo dever dos estados-membros a sua instituição.

Todavia, não obstante o comando constitucional evidenciado pelo §1º do artigo 134 da Constituição Federal de 1988, a ausência de Defensorias Públicas ainda é uma realidade em diversos estados e comarcas do Brasil.

Visando suprir essa lacuna e a integração da capacidade postulatória das partes em juízo, o Poder Judiciário tem nomeado advogados dativos

para o patrocínio das causas em que figurem pessoas que não disponham de condições para arcar com os custos de um defensor particular.

Com o intuito de ilustrar tal afirmação, trazemos à baila a situação vivenciada pelo estado de Santa Catarina e que foi, posteriormente, objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. O referido estado, em 1997, editou a lei complementar 155, celebrando um convênio com a respectiva seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual lhe atribuía o ônus de garantir o acesso ao Poder Judiciário àqueles juridicamente necessitados.

A assistência prestada pela seccional era feita através dos chamados advogados dativos, ou seja, advogados particulares que, nomeados para assistir o interesse de determinado sujeito, eram remunerados pelo próprio estado de Santa Catarina. A realidade é que a Ordem dos Advogados do Brasil não só atuava de forma a suplementar a atuação da Defensoria Pública, mas sim com o intuito de substituí-la.

Não se pode negar a relevância na atuação do advogado dativo, que vem suprir uma lacuna deixada pela inércia estatal. Entretanto, ao analisar as normas que compõem o nosso ordenamento jurídico, é latente a inconstitucionalidade de sua atuação.

Foi o que concluiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.892/SC, ao argumento que a situação vivenciada pelo Estado de Santa Catarina consistia em uma flagrante violação à dignidade do ser humano. Nesse contexto, passamos a analisar as pelas quais defendemos a inconstitucionalidade da advocacia dativa.

4.1 A inconstitucionalidade por omissão

Conforme expusemos acima, o § 1º do artigo 134 da Constituição Federal de 1988 consiste em norma de eficácia limitada, a qual depende de regulamentação e exige, portanto, uma atuação legislativa por parte do poder público para lhe garantir a máxima efetividade jurídica e social (FERNANDES, 2017).

Essas normas, nos dizeres de Fernandes “[...] são as únicas que, definitivamente, não são bastantes em si” (FERNANDES, 2017, p. 107).

Todavia, apesar de carecerem de regulamentação, as normas de eficácia limitada vinculam o legislador ordinário desde sua edição, impedindo a edição de normas que lhe sejam contrárias.

A inexistência de Defensorias Públicas em estados da federação e em suas respectivas comarcas configura violação a um dever imposto ao legislador que, em alguns casos, se mantém inerte. Trata-se de inconstitucionalidade que surge não por uma atuação positiva do legislador, mas sim pela sua inércia. Sobre o tema ensinam Mendes e Branco:

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 95).

Ainda, para Fernandes:

A inconstitucionalidade por omissão decorre de uma conduta negativa dos Poderes Públicos. Ou seja, os mesmos não atuam, restam em inércia e com isso não viabilizam direitos previstos na Constituição. (FERNANDES, 2017, p. 1423).

Diante da omissão dos estados em regulamentar as Defensorias Públicas, tem-se que a norma prevista no artigo 134 da Constituição Federal de 1988 carece de eficácia jurídica plena, ou seja, a capacidade de produzir efeitos jurídicos em maior grau (BARROSO, 1994), e em última análise, de eficácia social.

4.2 O princípio do Defensor Público natural: a promoção dos direitos fundamentais e a discricionariedade do administrador

Considerando tudo o que foi exposto até o momento, percebe-se que a Defensoria Pública desempenha função essencial na construção do Estado de Direito, enquanto promotora dos direitos fundamentais (individuais e coletivos) e dos fins sociais pretendidos pelo Estado.

A missão outorgada à Defensoria Pública é manifestação clara dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em especial, a promoção da dignidade da pessoa humana que, segundo Souza e Silva (2014), “sintetiza a condição de ser humano, exigindo do Poder Público e de terceiros uma respeitabilidade mínima”.

A instituição da Defensoria Pública nos estados-membros, portanto, não pode ser encarada como matéria de mérito administrativo, encerrada no âmbito da discricionariedade do administrador público.

Ao contrário, o dever de criar as Defensorias Públicas é ordem emanada do texto maior, com intuito de garantir a promoção de direitos fundamentais, e, portanto, não cabe ao juízo de conveniência e oportunidade daqueles que gerenciam a máquina pública (DOMINGOS, 2002). Ainda que assim o fosse, o que se admite somente para fins de argumentação, não cabe ao administrador público, fundamentando sua atuação no princípio da eficiência, ferir a legalidade.

Salienta-se, ainda, que o exercício do múnus constitucional atribuídos às Defensorias Públicas pelos advogados dativos fere de morte a Constituição Federal de 1988, pois viola o princípio do defensor natural. De acordo com Reis (2012), esse princípio atua como garantia ao cidadão, que carece da assistência judiciária gratuita, de receber uma orientação jurídica e uma defesa em juízo desempenhada com qualidade.

É que a atuação do advogado dativo não proporciona, na grande maioria das vezes, uma defesa concreta e efetiva dos direitos e garantias individuais e coletivas. Conforme o voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da ADI 3.892/SC, a baixa qualidade na prestação dos serviços é devido ao fato de que

[...] o advogado privado convertido em defensor dativo certamente prioriza, por uma questão de limitação da jornada de trabalho, os seus clientes que podem oferecer uma remuneração maior do que aquela que é repassada pelo Estado, a qual observa a tabela de remuneração básica dos serviços de advogado (BRASIL, 2012).

Ainda, pode-se salientar a dificuldade do advogado dativo em perceber a remuneração que lhe é devida pelo Estado, a qual é paga pelo regime de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal de 1988, culminando em certo desinteresse pela causa.

O Poder Judiciário deve buscar sempre, nas relações em juízo, a igualdade e a paridade de armas entre os litigantes, independentemente da sua condição financeira, em observância do devido processo legal. E é isso que, a nosso ver, o legislador constituinte buscou ao atribuir à Defensoria Pública o múnus de assistir aos juridicamente necessitados, na preservação de seus direitos e garantias. Mendes e Branco afirmam que:

[...] não é dado ao ente da Federação optar pela entrega à OAB dos misteres da Defensoria Pública – entidade a quem, de modo expresso, o constituinte confiou a assistência dos desvalidos. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 933).

Sendo assim, não cabe outra conclusão, senão a inconstitucionalidade da advocacia dativa, uma vez que o dever dos estados em instituir as Defensorias Públicas é norma constitucional de caráter cogente e impõe ao legislador a regulamentação da norma do §1º do artigo 134 da Constituição Federal de 1988, visando o acesso à justiça e, em última análise, a promoção da dignidade da pessoa humana.

5 Considerações finais

A Defensoria Pública é instituição permanente, prevista no artigo 134 da Constituição Federal de 1988, e tem por objetivo a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa de direitos individuais e coletivos, extra e judicialmente, aos que forem considerados hipossuficientes, na forma da lei.

Essa instituição desempenha papel importante em um Estado de Direito, garantindo a promoção de direitos fundamentais e a democratização do acesso ao Poder Judiciário, conforme o comando previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que diz “o Estado prestará assistência

jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A Defensoria Pública desempenha papel relevante na promoção do acesso à justiça, proporcionando a assistência judiciária aos que não disponham de condições de arcar com os custos de um advogado particular. Percebe-se, portanto, a essencialidade da instituição, que traduz a consolidação dos objetivos da República Federativa do Brasil.

O legislador constituinte outorgou à União o dever de editar Lei Complementar com o intuito de instituir a sua Defensoria Pública e a Defensoria Pública do Distrito Federal, e de editar normas gerais para que os Estados façam o mesmo. Trata-se de norma de eficácia limitada e que, portanto, gera ao legislador ordinário o dever de uma atividade material para dar eficácia jurídica e social à norma (SILVA, 1999, *apud* FERNANDES, 2017).

Não obstante o comando constitucional, a Defensoria Pública não está presente em todos os Estados e comarcas do Brasil. Até recentemente, o Estado de Santa Catarina não havia regulamentado a instituição de suas Defensorias Públicas e, nos estados em que elas foram instituídas, sua atuação não abrangem todas as comarcas.

Diante da ausência de regulamentação do poder público e a inércia em instituir as Defensorias Públicas, o Poder Judiciário, visando a integração da capacidade postulatória das partes e a realização da assistência judiciária, nomeia advogados particulares, os quais exerceram parte do múnus constitucional atribuídos às Defensorias.

Todavia, apesar de relevante a atuação do chamado advogado dativo, verifica-se sua flagrante inconstitucionalidade diante do arcabouço constitucional.

Em primeiro lugar, é latente a inércia do legislador ordinário em determinados casos, o qual se nega a dar efetividade jurídica e social à norma do artigo 134, §1º da Constituição Federal de 1988. A ausência de atuação legislativa perante as normas de eficácia limitada e a decorrente

inviabilização de direitos do cidadão ocasionam a inconstitucionalidade por omissão.

Lado outro, a instituição de Defensorias Públicas não é meramente questão de gestão pública, se inserido no rol de competências discricionárias do administrador. Trata-se de manifestação do princípio Republicano, de modo que a matéria não pode ser encarada como mérito administrativo.

O Defensor Público natural é princípio que pode ser extraído do texto constitucional e garante ao cidadão tido por hipossuficiente a assistência judiciária gratuita e de qualidade, a qual será promovida pelas Defensorias Públicas. Outorgar tal múnus aos advogados dativos, além de afrontar o referido princípio, vai de encontro com a inafastabilidade da jurisdição, uma vez que um pleno acesso ao judiciário e a defesa de seus direitos em juízo só estaria garantida aos mais abastados.

Por esses motivos, temos que a atuação do advogado dativo, diante da inércia dos Estados em instituir a Defensoria Pública, viola o ordenamento jurídico, revelando-se flagrantemente inconstitucional, tendo em vista o artigo 134, § 1º da Constituição Federal de 1988.

Referências

- BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, 19dez. 1935. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.
- BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.
- BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, 18set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

BARROSO, Roberto Luiz. **A efetividade das normas constitucionais revisitadas**. Rio de Janeiro: 1994. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46330>>. Acesso em: 10 de março de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 15.ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 1v.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. rev., atual. e amp. Salvador: JusPodivm, 2017.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann; BARRETO, Susana Cadore Nunes. **Repercussões do Novo CPC: Defensoria Pública**. Salvador. JusPodivm, 2015. 5 v.

REIS, Silvio Dias dos. **O princípio do defensor público natural e a inconstitucionalidade da advocacia dativa**. Rio Branco: FAAO, 2012. Disponível em: <https://www.ana-dep.org.br/wtksite/cms/conteudo/26059/Monografia_-_O_PRINCIPIO_DO_DEFENSOR_PUBLICO_NATURAL_E_INCONSTITUCIONALIDADE_DA_ADVOCACIA_DATIVA.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2018.

SOUZA, Stéfani Cristina de; SILVA, Cristian Kiefer da. Desafios para a concretização das políticas públicas no Brasil: a internação compulsória de dependentes químicos sob

a ótica da nova ordem constitucional. **Revista Eletrônica de Direito**. Belo Horizonte, out. 2014. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1831>>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.892/SC**.

Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 14 de mar. 2012. Disponível em: <[HTTP://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3892%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3892%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ck5udz9](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3892%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3892%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ck5udz9)>. Acesso em: 25 de março de 2018.

Capítulo 7

Diretivas antecipadas e o direito a morte digna: a responsabilidade civil do médico x a autonomia do paciente

Isabelle Aureliana Gomes

Núbia Elizabette de Jesus Paula

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo expor acerca das diretivas antecipadas de vontade, a responsabilidade civil do médico em face dessas e o respeito à autonomia do paciente. Será utilizado o método dedutivo para a análise do presente estudo, tendo em vista que parte de uma premissa geral, que vai em direção a uma premissa particular. Realizou-se pesquisa bibliográfica, doutrina jurídica, leis e resoluções que disciplinam a conduta médica.

No primeiro momento será apresentado o que são as diretivas antecipadas de vontade, prevista na resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina e na Resolução 1.805/2006 também do Conselho Federal de Medicina que trata dos cuidados paliativos e da ortotanásia.

Em seguida são abordadas as espécies de diretivas antecipadas, sendo estas o testamento vital e o mandato duradouro. Em que o testamento vital ao ser feito possui como objetivo dispor acerca dos tratamentos, cuidados e procedimentos dos quais o indivíduo deseja ou não receber quando estiver impossibilitado de se manifestar livremente, ainda que em caráter transitório ou acometido por alguma doença grave, sem possibilidade de

cura, Enquanto no mandato duradouro é nomeada uma pessoa de sua confiança para que responda como se ela fosse para decidir a respeito dos tratamentos, seguindo a vontade do paciente.

Em sequência é exposto como surgiu o testamento vital e os requisitos para a sua validade. Diante da falta de regulamentação própria como informado anteriormente, são aplicados ao testamento vital os mesmos pressupostos de validade para um negócio jurídico, sendo aplicado o artigo 104 do Código Civil, existindo também características próprias para sua validade, conforme verificado no tópico específico.

A seguir é apresentado o surgimento do mandato duradouro e os requisitos para a sua validade. Devido também à falta de regulamentação dessa espécie de diretiva antecipada de vontade é aplicado o Código Civil, de forma mais específica o estipulado nos artigos 653 a 692 do Código Civil de 2002 que dispõe acerca do mandato, sendo também aplicado o artigo 104 do referido Código para a validade do instrumento.

Por fim, são apresentados os efeitos decorrentes de uma diretiva antecipada de vontade, questionando se esta possui efeito vinculante quando o médico sabe da existência, ou, se mesmo sabendo da sua existência, é necessário seguir a vontade expressa na diretiva antecipada e, ademais, se ela possui validade e eficácia; bem como são apresentadas as diferenças entre a eutanásia e as diretivas antecipadas, que são manifestadas por meio da ortotanásia bem como a sua importância para garantir a autonomia do paciente.

No segundo momento será abordado acerca da responsabilidade civil, tendo seu conceito expresso no artigo 927 do Código Civil, sendo abordado também a quem pertence o ônus de provar que ocorreu um dano que merece ser reparado.

Em seguida são apresentadas as espécies de responsabilidade, sendo estas a responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Neste momento, são demonstradas quando ocorre cada uma, posteriormente tratando a responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo a primeira

decorrente de um vínculo pré-existente e o outro não, questão esta abordada de forma mais aprofundada no referido capítulo.

Em tópico específico, serão explanadas as obrigações de meio e de resultado. A primeira refere-se a uma obrigação pela qual o profissional não assume responsabilidade acerca do resultado final a ser produzido. Já a segunda, refere-se à uma obrigação cuja responsabilidade pelo resultado final é assumida pelo profissional.

Após as devidas explicações acerca da responsabilidade civil de forma genérica, será tratada de forma específica a responsabilidade civil do médico, possuindo amparo legal no Código Civil em seu artigo 951, no Código de Defesa do Consumidor por meio do artigo 14, §4º e no Código de Ética Médica, através da resolução nº 1.931, capítulo I, princípio XIX.

A seguir, é exposto qual o tipo de obrigação a qual o médico está sujeito quando tratar-se de diretivas antecipadas de vontade, sendo obrigação de resultado ou obrigação de meio; e também a quem pertence o ônus de provar que existiu um ilícito, além de apresentar qual será a responsabilidade no caso de médico cirurgião plástico.

Como já exposto, as diretivas antecipadas de vontade não possuem legislação específica, de tal modo que indaga-se: O médico deve ser responsabilizado civilmente quando não respeitar uma diretiva antecipada de vontade?

Apesar da existência de tais resoluções, não existe no Brasil nenhuma regulamentação sobre o tema, sendo assim, conforme entendimento de Dadalto e Bostiancic (2010), a responsabilidade dos médicos, quando defronta-se com estes documentos, é regida pelas normas constitucionais e pelas normais gerais acerca da responsabilidade civil do médico.

Não obstante, é analisado o que seria uma morte digna à luz dos princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da autonomia, voltado para pacientes em estado de vulnerabilidade.

São apresentadas duas visões contrárias a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana quando tratar-se de casos de morte com intervenção, sendo que uma tem como objeto a dignidade como autonomia

e a outra a dignidade como heteronomia, sendo explicado que no caso de morte com intervenção predomina-se a dignidade como autonomia.

Portanto, ao final do presente capítulo confirmar-se-á que a morte digna é alcançada quando respeitar à autonomia do paciente, a liberdade e a sua dignidade, o direito de escolha do seu fim por meio da ortotanásia. Afinal a vida é um direito ou um dever?

2 Diretivas antecipadas

As Diretivas antecipadas correspondem à um gênero de manifestação de vontade para cuidados e tratamentos médicos que abrange duas espécies, sendo o testamento vital e o mandato duradouro. Ambos são documentos dos quais se valerá o enfermo, quando se encontrar impossibilitado, para se expressar de forma livre e consciente, ainda que em caráter transitório. A diferença entre os dois institutos consiste no fato de que no primeiro é o próprio paciente que resolve quando e a qual tratamento irá se submeter ou não, enquanto no segundo é nomeado um procurador que irá determinar acerca das terapêuticas empregadas ou não, ante a incapacidade do doente, agindo segundo o desejo deste (DADALTO; BOSTIANCIC, 2010).

As diretivas antecipadas não possuem legislação específica em nosso ordenamento jurídico, possuindo respaldo apenas em Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Sendo a Resolução nº 1.805/2006 que trata dos cuidados paliativos e da ortotanásia, a qual regulou:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

E a Resolução nº 1.995/2012 que regulamenta as diretivas antecipadas que dispõe:

Art.1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

Tais modalidades serão retratadas de forma mais profunda ao longo do presente capítulo. Não obstante, é importante observar os efeitos que uma diretiva antecipada possui, bem como seus requisitos para que possua eficácia no mundo jurídico, ainda que não possua uma lei específica acerca do tema é aplicado o Código Civil de forma subsidiária, conforme explicado a posteriori.

Em consonância ao exposto, tais diretivas são necessárias para assegurar ao paciente uma morte digna, em respeito aos seus valores, crença e moral que definem o sentido de vida e existência.

2.1 Das Espécies de Diretivas Antecipadas

As diretivas antecipadas possuem duas espécies, sendo o testamento vital e o mandato duradouro.

2.1.1 Testamento Vital

A expressão *Living Will* (testamento vital) foi utilizada pela primeira vez em 1967, na Sociedade Americana para eutanásia, como instrumento de cuidados paliativos, em que o indivíduo expressaria sua vontade quanto aos procedimentos médicos para manutenção da vida. De acordo com Clemente e Pimenta:

Em 1969, Luis Kutner, sugeriu um modelo de documento no qual o próprio indivíduo declarava que, se entrasse em estado vegetativo, com impossibilidade segura de recuperar suas capacidades físicas e mentais, deveriam ser suspensos os tratamentos médicos. Kutner sugeriu, ainda, que o testamento vital satisfizesse a quatro finalidades: primeira, em processos judiciais, a

necessidade de se ter em conta a diferença entre homicídio privilegiado por relevante valor moral (a compaixão) e o homicídio qualificado por motivo torpe; segunda, a necessidade legal de permitir, ao paciente, o direito de morrer por sua vontade; a terceira, a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer, ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião; quarta, para satisfazer às três primeiras finalidades, dever-se-ia dar, ao paciente, garantias necessárias de que sua vontade fosse cumprida (CLEMENTE; PIMENTA, 2006).

Todavia, somente em 1976, ocorreu o primeiro caso norte-americano versando sobre o testamento vital, com o caso Karen Ann Quinlan e o caso de Nancy Cruzan em 1990 (CLEMENTE; PIMENTA, 2006). E no ano de 1976, também foi aprovado no Estado da Califórnia o *Natural Death Act* (lei sobre a morte natural), que perdurou até 1991 quando entrou em vigor a lei federal sobre a autodeterminação do paciente. A partir deste momento o testamento vital foi confirmado como documento juridicamente válido, vez que:

[...] reconheceu a autonomia privada do paciente, inclusive para recusar tratamento médico. Os centros de saúde, quando da admissão do paciente, registram suas opções e objeções a tratamentos em caso de incapacidade superveniente de exercício pela própria autonomia – são as ‘*advance directives*’ – previstas nessa lei (SÁ, 2005, p. 36).

Apesar de ampla legislação ao redor do mundo, em nosso ordenamento jurídico não existe legislação específica tratando acerca do tema, todavia, conjuntamente com as resoluções apresentadas e os princípios da autonomia do indivíduo, a autodeterminação de sua vontade e a dignidade da pessoa, é possível uma solução para a lacuna jurídica existente.

2.1.1.1 Conceito de Testamento Vital

O testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, assim como o testamento comum, realizado por uma pessoa em situação de

lucidez mental para ser levado em conta quando, por causa de uma doença, já não seja possível expressar sua vontade. Segundo Sanches:

O testamento vital objetiva garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento de terminalidade da vida e proporcionar ao médico respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas, por exemplo, quando houver conflito entre a vontade do paciente e de seus familiares (SANCHES apud DADALTO; BOSTIANCIC, 2010, p.48).

Sá (2005) afirma que “o *living will*” ou “testamento em vida” pretende estabelecer os tratamentos médicos indesejados, caso o paciente incorra em estado de inconsciência ou em estado terminal, sendo mais comuns as disposições sobre recusa de intubação e de ressuscitação.

No entanto, é um ato jurídico entre pessoas *inter vivos* e não um ato *causa mortis*, tendo em vista que sua finalidade não é a regulação das coisas depois da morte. Eis a diferença entre ele e o testamento tradicional.

Percebe-se desta forma, que o testamento vital possui grande relevância, uma vez que não somente soluciona um embate familiar futuro acerca do indivíduo doente, como também assegura a este um fim digno, sem tratamentos invasivos, garantindo que não terá seu sofrimento prolongado de forma descabida.

2.1.1.2 Características e Requisitos

Sendo um documento jurídico, o testamento vital, para ser válido, deve respeitar alguns requisitos:

1. CAPACIDADE: o indivíduo precisa possuir a capacidade civil plena, ou seja, ser maior de 18 anos, conforme artigo 5º caput do Código Civil de 2002. Deve ser excluída a hipótese do artigo 1860, parágrafo único, do referido Código, uma vez que ele comporta os relativamente incapazes, ou seja, os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, e no documento analisado a capacidade precisa ser absoluta. O documento é válido quando preenchidos os pressupostos do artigo 104 do Código Civil, quais sejam: 1) agente capaz; 2) objeto lícito; 3) possível determinado ou determinável; 4) forma prescrita ou não defesa em lei.

2. CONSCIÊNCIA: No momento da assinatura o indivíduo precisa estar plenamente consciente, não podendo a mesma estar reduzida ou a pessoa se encontrar em estado de demência;
3. MANIFESTAÇÃO CLARA DE VONTADE: não pode haver ambiguidades acerca da vontade manifestada;
4. TESTEMUNHAS: A presença de testemunhas no ato de assinatura e elaboração é necessária. O modelo Brasileiro segue o norte-americano, devendo então conter o mínimo de duas testemunhas, podendo valer-se de mais caso seja a vontade do paciente (DADALTO; BOSTIANCIC, 2010);
5. REGISTRO PÚBLICO: Por meio de escritura pública: ressalta-se que é a forma mais segura e conveniente a ser utilizada para externar os atos de vontade unilaterais, tendo em vista que tanto o beneficiário, quanto os familiares, médicos e juízes são convocados a respeitá-los, todavia, na modalidade verbal também é válida (DADALTO; BOSTIANCIC, 2010). É válido também quando apresentado a registro perante um tabelião, que assegura a veracidade do documento tendo em vista que é dotado de fé pública;
6. EFICÁCIA APÓS 14 DIAS DA ASSINATURA: Esse prazo é determinado no modelo americano, é estabelecido este prazo por motivos de segurança jurídica; (CLEMENTE; PIMENTA, 2006).
7. PRAZO DE VALIDADE: não existe um prazo pré-existente, todavia deve-se informar um prazo razoável (DADALTO; BOSTIANCIC, 2010).

De acordo com Amaral e Pona o testamento vital possui as mesmas características do testamento comum, quais sejam:

- 1) Ato jurídico (ou negócio jurídico): representa a manifestação da vontade do indivíduo para a produção de efeitos jurídicos;
- 2) Unilateral: porque sua eficácia não depende do concurso de outra pessoa, bastando a vontade declarada pelo testador na forma da lei;
- 3) Personalíssimo: somente o indivíduo pode realizá-lo, lhe sendo vedada a outorga de poderes para a confecção por representante;
- 4) Revogável: para que se leve a cabo as disposições nele contidas, é necessário que expresse as vontades do testador de forma inequívoca, podendo o mesmo, a qualquer momento, revê-las, revogá-las;
- 5) Gratuito: não impõe ônus nem obrigações a quaisquer pessoas;
- 6) Solene: exige-se o registro do documento, como garantia da segurança jurídica. (AMARAL;PONA apud SILVA,2012).

Percebe-se com isso que, o testamento vital é um instrumento para firmar o consentimento e vontade do paciente acerca dos tratamentos e cuidados que deseja receber quando não estiver em condições de manifesta - lá livremente.

2.1.1.2 Mandato Duradouro

O mandato duradouro surgiu nos Estados Unidos da América, no Estado da Califórnia, e em 1992 tornou-se legal em âmbito Federal por meio da *Patient Determination Act*. Esta diretiva antecipada é denominada *Durable Power of Attorney* (EUA), Procuradores de Cuidados de Saúde (PORTUGAL), e *Poder para El Cuidado de Salude Mandato de Assistência Sanitária* (ESPANHA) (DADALTO, BOSTIANCIC, 2010). Essa espécie de diretiva antecipada ainda não possui legislação específica no Brasil, sendo utilizado de forma subsidiária o Código Civil de 2002.

2.1.1.2.1 Conceito de Mandato Duradouro

O mandato duradouro é uma espécie de diretiva antecipada, conforme informado anteriormente. Em sede dessa espécie, é nomeado uma pessoa que tomará as decisões relacionadas à sua saúde, como se a mesma fosse. De acordo com Luciana Dadalto, o mandato duradouro pode ser conceituado como:

Um documento no qual o paciente nomeia um ou mais “procuradores” que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade do paciente-terminal ou não, quanto estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente. (DADALTO apud GODINHO, 2016, p. 143).

Ao constituir um mandato duradouro, pressupõem-se a criação de um mandatário, designado “procurador de cuidados de saúde”, que possui poderes expressos para agir em nome do paciente e em consonância

com as instruções por ele estabelecida, escolhendo os tratamentos e cuidados. Esse procurador pode ser chamado como interlocutor, entre o paciente e a equipe médica.

Atualmente, não existe no Brasil, um dispositivo voltado diretamente para o mandato duradouro. Entretanto, existe a Portaria 1.820/2009 editada pelo Ministério da Saúde e que contempla os direitos e deveres dos usuários da saúde, que dispõem em seu artigo 5º, inciso. VII:

Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

VII- a indicação de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia (GODINHO, 2016, p.144).

Apesar da redação do presente dispositivo não possuir a melhor técnica, observa-se que em alguma medida se justifica tendo em vista que não tratar-se de texto de lei, possuindo, entretanto, evidente reconhecimento da faculdade de qualquer indivíduo de escolher uma pessoa a quem confiará à tomada de decisões relacionadas à sua saúde (GODINHO, 2016).

Com isso, percebe-se que o mandato duradouro quando escolhido como espécie para externar a vontade, tem como finalidade nomear alguém de sua confiança, que tomará as melhores decisões visando à vontade da pessoa impedida de se manifestar naquele momento.

2.1.2.3 Requisitos

Em nosso ordenamento jurídico não existem requisitos próprios do mandato duradouro, já que o mesmo não é regulamentado ainda. Todavia, é possível realizar um paralelo entre este e o mandato previsto nos artigos 653 a 692 do Código Civil de 2002. Observando o art.653 do Código mencionado, que permite a representação de forma voluntária para a prática de atos e administração de interesses, é possível que o mesmo aconteça quando tratar-se de cuidados relativos à saúde.

O mandato deve ser feito por alguém plenamente capaz e de forma livre e espontânea, ou seja, respeitar os requisitos do artigo 104 do Código Civil de 2002. Quanto à forma, deve ser observado o previsto nos art. 654 a 657 do Código citado em decorrência da falta de regulamentação própria como do testamento vital, devendo, então, ser feita de forma escrita, de preferência por instrumento público, para que goze de fé pública e veracidade dos seus termos.

2.1.3 Dos Efeitos das Diretivas Antecipadas

As diretivas antecipadas de vontade são um instituto de suma importância em nosso ordenamento jurídico, vez que, apesar de regulamentação fixada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda persiste certa insegurança jurídica, tendo em vista a ausência de lei específica.

Apesar de não haver uma legislação específica acerca das diretivas antecipadas de vontade, o médico, ao tomar conhecimento da elaboração de uma diretiva por seu paciente, não deve ignorá-la e agir em desconformidade com as instruções nela contidas (GODINHO, 2016).

Por meio das diretivas antecipadas de vontade, o paciente tem a faculdade acerca dos tratamentos que deseja receber e também daqueles que não deseja, sendo que estes possuem a finalidade apenas de prolongar a vida e não de amenizar a dor e sofrimento do enfermo.

Sendo assim, os tratamentos extraordinários que possuem a única finalidade de prolongar a vida sem que altere sua perspectiva de melhora, podem ser interrompidos, pela suspensão de esforço terapêutico, com a finalidade de proporcionar ao enfermo uma qualidade de vida.

Importante destacar as diferenças entre a eutanásia e as diretivas antecipadas que são manifestadas por meio da ortotanásia. A eutanásia é uma ação ou omissão, com o objetivo de causar a morte em um ser humano, visando pôr fim ao seu sofrimento, sempre a pedido deste ou de seus familiares, tendo em vista que a vida que leva não se encontra dotada de nenhuma qualidade (CARNEVALLI apud JURACIARA, 2010).

A eutanásia é classificada em ativa ou passiva. A primeira é realizada por meio de uma ação, ou seja, quando um médico ou outra pessoa provoca o óbito da pessoa enferma, aliviando sua dor e angústia; enquanto a segunda é feita por meio de uma omissão, que deriva da abstenção de cuidado de procedimentos ordinários que possui como objetivo prolongar a vida do paciente e não de curá-lo, realizada pelo médico ou por outra pessoa.

Em contrapartida, as diretivas antecipadas têm como escopo permitir ao indivíduo que disponha acerca dos tratamentos que deseja receber, valendo-se da sua autonomia para ter um fim digno, sem tratamentos invasivos, que visam apenas prolongar sua vida, com isso, ele vale-se da ortotanásia, sendo esta entendida como a morte no tempo certo.

A ortotanásia, portanto, deve ser compreendida como uma conduta passiva, na qual nada é feito para encurtar ou prolongar a vida humana, conjuntamente com uma conduta ativa, consistente em assistência médica, afetiva e psicológica com a finalidade única de proporcionar conforto ao paciente até o seu fim (GODINHO, 2016) e dos cuidados paliativos para ter um fim em consonância com seus princípios e moral.

As diretivas não conferem ao paciente o direito de pedir para morrer, mediante a prática de medidas que acarretariam um deliberado encurtamento da vida, pelo contrário, estas garantem que o paciente não seja tratado com fins de obstinação terapêutica, mas sim, que tenha sua dignidade e vontade preservadas. De acordo com Nery Junior:

Importa verificar que a eficácia das diretivas antecipadas dependerá, necessariamente, da comprovação de dois fatores, por parte da equipe médica: que o paciente não é mais capaz de tomar decisões sobre os cuidados com sua saúde e que não há, segundo as circunstâncias e após cuidadosas análises, perspectiva de que o enfermo recobre o discernimento para tomá-las. Observados estes elementos, caberá concluir que as diretivas firmadas passam a produzir duplo efeito: o primeiro, vinculativo, isto é, o documento passa a ter eficácia juridicamente vinculativa para os profissionais da saúde, que devem respeitar os limites do consentimento prestado pelo paciente, sob pena de responderem civil, ética e criminalmente pelo eventual descumprimento; o segundo, de

eficácia eximidora de responsabilidade do médico, a quem jamais caberá imputar a prática de crime por omissão, eis que sua conduta estará justificada pelo consentimento do próprio interessado (NERY JUNIOR apud GODINHO, 2016, p. 147).

Tratando-se de declarações de vontade prestadas por terceiros pela via do mandato duradouro, o caráter vinculativo deve ser verificado no que se refere ao respeito do interesse do paciente, em que o mandatário deve expressar à vontade como se o paciente fosse. Com isso, havendo contradições entre a vontade expressa pelo paciente enquanto capaz e as externadas pelo seu representante, ficará sem efeito o mandato duradouro.

No que diz respeito ao tempo de eficácia das diretivas, tal alinhamento inexistente atualmente, tendo em vista a falta de lei que o regulamente. Portanto, incidirá uma presunção de que a vontade manifestada à época do feito corresponde à vontade atual. Conforme entendimento de Oliveira e Pereira:

Essa presunção é relativa, recaindo sobre a equipe médica, ou eventualmente a qualquer outro interessado, o ônus de provar o contrário, isto é, de demonstrar cabalmente que, por alguma razão, as instruções contidas na diretiva não devem prevalecer tal como foram firmadas (OLIVEIRA; PEREIRA apud GODINHO, 2016, p.148).

Com isso, a não ser que o autor a tenha revogado caberá admitir que a vontade expressa continue a vigorar, do mesmo modo até ser modificada ou extinta.

Percebe-se com toda a explanação que as diretivas antecipadas de vontade, expressas por meio do testamento vital ou mandato duradouro possuem suma importância, tendo em vista que garantem autonomia nas relações médico-paciente, assim como garantem o respeito à dignidade da pessoa humana e de livre escolha.

3 Da responsabilidade civil

A responsabilidade civil é a obrigação de outrem de reparar um dano causado, seja ele de cunho moral ou patrimonial, causado por pessoa direta ou por aquela que tinha o dever de cuidar. Tal conceito está expresso no Código Civil de 2002 em seu artigo 927 que dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL, 2018, p. 240). Para ficar configurada a responsabilidade é necessário ter havido uma conduta positiva ou negativa, um dano e um nexo de causalidade, sendo isto disposto nos artigos 186 e 187 do referido Código.

A responsabilidade civil decorre de uma agressão realizada a um interesse estritamente particular, sendo o causador do dano obrigado a pagar uma compensação pecuniária à vítima, caso seja impossível repor a coisa em seu estado anterior (GAGLIANO; FILHO, 2014).

“A responsabilidade civil, enquanto fenômeno jurídico decorrente da convivência conflituosa do homem em sociedade é na sua essência, um conceito uno, incindível” (GAGLIANO; FILHO, 2014, p.57). Em decorrência disso, faz-se mister estabelecer uma classificação.

3.1 Das Espécies de Responsabilidade Civil

As espécies de responsabilidade civil a serem tratadas a seguir são as diferenças entre: a) responsabilidade civil subjetiva e objetiva; b) responsabilidade civil contratual e extracontratual.

3.1.1 Responsabilidade Civil Subjetiva x Responsabilidade Civil Objetiva

Configura-se como responsabilidade civil subjetiva aquela decorrente de dano causado por um ato doloso ou culposos. Devido a sua natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência

ou imprudência, sendo esta a regra geral do artigo 186 do Código Civil. (GAGLIANO; FILHO 2014).

O ônus de provar a culpa pelo dano está prevista no artigo 927 do Código Civil e, em regra, caberá ao autor provar a culpa do réu. Em contrapartida, a responsabilidade civil objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único do Código Civil estabelece: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Essa responsabilidade despreza a culpa ou o dolo, sendo necessária apenas a existência de elo entre o dano e a conduta do agente para que nasça o dever de indenizar.

“As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente”. (GAGLIANO; FILHO, 2014, p. 59). Diante de tal exposição, percebe-se que o ordenamento jurídico adotou como regra geral a responsabilidade civil subjetiva.

3.1.2 Responsabilidade Civil Contratual x Responsabilidade Civil Extracontratual

A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é dividida entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. A responsabilidade civil contratual decorre de um inadimplemento, de uma obrigação estipulada contratualmente que deriva de um vínculo pré-existente, celebrado entre pessoas capazes, observando-se os requisitos de validade para a celebração de um contrato, quais sejam: agente capaz, objeto lícito e possível e forma prescrita ou não defesa em lei, previsto no artigo 104 do Código Civil. (TARTUCE,2017)

Referido inadimplemento será positivo (de uma obrigação de dar e fazer) fundado no artigo 389 do Código Civil; ou um negativo (de uma

obrigação de não fazer) fundado no artigo 390 do Código mencionado. (TARTUCE, 2017)

Aquele que der causa ao inadimplemento da obrigação deve reparar a pessoa prejudicada. Conforme entendimento de Tartuce (2017, p. 500), “O artigo 391 do atual Código consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, prevendo que pelo inadimplemento de uma obrigação respondem todos os bens do devedor.” Cumpre ressaltar que a aplicação do referido artigo não é absoluta, tendo em vista que os bens impenhoráveis previstos no artigo 833 do Código de Processo Civil são protegidos.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana é aquela atribuída ao agente que não possui vínculo contratual com a vítima, mas sim um vínculo legal, decorrente do descumprimento de um dever legal, em que o agente por meio de uma conduta comissiva ou omissiva, com nexo de causalidade, com culpa ou dolo, causa à vítima um dano.

Tal responsabilidade está prevista no artigo 186 do Código Civil que se refere ao ato ilícito subjetivo, e também no artigo 187 do mesmo Código, que se refere ao ato ilícito objetivo, chamado de abuso de direito.

“O ato ilícito é ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem” (TARTUCE, 2017, p. 502). E como consequência da prática desse ilícito, gerado o dever de indenizar, de reparar o dano, nos termos da parte final do artigo 927 do Código Civil (TARTUCE, 2017).

O abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil, é aquele praticado no exercício irregular de direito, ou seja, o ato nasce lícito, mas devido a conduta realizada ser fora dos limites estabelecidos, não tendo boa-fé objetiva, fim social ou econômico, bem como não segue os bons costumes, torna-se ilícito, conforme apregoa o artigo mencionado.

O referido ilícito é expresso de forma interessante através do entendimento de Rubens Limongi França, que definiu o abuso de direito como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (FRANÇA apud TARTUCE, 2017, p. 505).

Em consonância com o entendimento majoritário, quando presente o abuso de direito, a responsabilidade do agente será objetiva, ou independente de culpa (TARTUCE, 2017). Percebe-se com o exposto que a responsabilidade civil contratual decorre de um acordo prévio entre as partes, realizado através de um contrato, em que ambas as partes assumem obrigações, em contrapartida existe a responsabilidade civil aquiliana, que decorre de um dever legal, de uma obrigação de não causar dano.

3.2 Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado

A obrigação de meio refere-se aquela em que o profissional não assume a responsabilidade pelo que vier a ser produzido ao final. Enquanto a obrigação de resultado é aquela em que o profissional assume a responsabilidade pelo resultado final produzido. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a obrigação de meio é:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado. [...]. Nesta modalidade obrigacional [obrigação de resultado], o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor (GAGLIANO; FILHO apud FRANÇA; ESPOLADOR 2013.p. 101).

Enquanto a obrigação de resultado para Giselda Hironaka significa:

[...] deve ser avaliada a diligência do devedor ao cumprir a obrigação. Para alcançar tal objetivo, isto é, para que seja possível aferir, com maior segurança, o comportamento do devedor, deve ser levado em consideração um certo comportamento padrão, isto é, aquele comportamento que tem, por exemplo, o homem médio, o protótipo do cidadão prudente, normal, atento, dotado de ordinária inteligência, hábil, empenhado e dedicado. Este é o bom pai de família – *bónus pater familias* – referido pelos romanos (GISELDA HIRONAKA apud FRANCA, ESPOLADOR, 2013.p. 101).

No caso das obrigações de resultado está apenas se finda quando o devedor cumpre a obrigação em sua integralidade; é o caso de um contrato de transporte, no qual sua finalidade é entregar a carga nas condições especificadas e o mesmo vem a não acontecer por extravio; ocorrendo no caso o inadimplemento passível de indenização.

Já na obrigação de meio, é configurado o inadimplemento quando ocorre desvio de comportamento ou falta de observância de cuidado e precaução que tinha o dever de fazê-lo, sem considerar o resultado obtido.

Na obrigação de meio, caberá a vítima comprovar que o credor não realizou a obrigação determinada por falta de diligência, prudência ou empenho, como exemplo o contrato advocatício em que o advogado dedica-se a causa, realiza seu esforço, mas não pode garantir que seu cliente ganhará a causa, nessa situação à vítima deverá comprovar que o advogado não agiu de forma adequada para que fique configurado o dano, enquanto na obrigação de resultado basta provar que o resultado não aconteceu.

3.3 Da Responsabilidade Civil do Médico em face das Diretivas Antecipadas

À responsabilidade civil do médico, encontra-se amparada no Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e no Código de Ética Médica, que apresentam os seguintes dispositivos legais. A responsabilidade do médico é regulada pelo Código Civil em seu artigo 951 que dispõe:

O disposto nos arts. 948 949 e 950 aplicam-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2018).

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, § 4º, dispõe que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos

relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 2018).

O Código de Ética Médica, criado por meio da Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 do Conselho Federal de Medicina, dispõe em seu capítulo I, princípio XIX o seguinte:

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

O Código de Ética Médica informa que o médico não deve causar dano ao paciente, por ação ou omissão que se caracterize como negligência, imprudência ou imperícia. O médico deve sempre informar ao paciente a sua situação e os tratamentos que poderão ser feitos. Tal atitude se pauta no consentimento informado (esclarecido), que se dá através da discussão ampla do médico com formação técnica apropriada com o paciente sobre o diagnóstico, prognóstico, os tratamentos possíveis e suas consequências. Caso o médico, tenha ações terapêuticas inúteis ou obstinadas, comete infração ética, conforme disposto no capítulo V, art. 41 do Código de Ética Médica que diz:

Art. 41 – Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

É assegurada pelo artigo. 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, que garante a todos o acesso a informação de seu interesse. (BRASIL, 2018) E, ainda, o artigo. 34 do Código de Ética Médica, que garante ao paciente o direito de conhecer o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento. Ao analisarmos os aparatos legais acima citados, percebemos

que a responsabilidade do médico, em regra, será subjetiva. Matielo acresce:

No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizada as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos. (...) Em princípio, a contratação não engloba qualquer obrigação de curar o doente ou de fazer melhorar a qualidade de vida desfrutada, porque ao profissional incumbe a tarefa de empregar todos os cuidados possíveis para a finalidade última – e acima de tudo moral – de todo tratamento, ou seja, a cura seja alcançada. Todavia, a pura e simples falta de concretização do desiderato inicial de levar à cura não induz a existência da responsabilidade jurídica, que não dispensa a verificação da culpa do médico apontado como causador do resultado nocivo (MATIELO apud CRIPPA; BOUNIOCORE, FEIJÓ, 2013, p 347).

Em se tratando de cuidados médicos, a responsabilidade do profissional será de meio, tendo em vista que o médico não pode garantir a cura, ele apenas deve fazer-se de esforço máximo para proporcionar aos pacientes tratamentos que viabilizem a melhora de sua condição. Diante disto, Aguiar Júnior informa:

A obrigação é de meio quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de certo resultado. O médico, normalmente, assume uma obrigação de meio (AGUIAR JÚNIOR apud CRIPPA; BOUNIOCORE, FEIJÓ, 2013, p 347).

E sendo a obrigação de meio, o paciente deverá provar a culpa ou dolo do médico, sendo então o ônus da prova do paciente que alega a falta de observância do dever legal imposto a ele. Todavia, no caso dos cirurgias plásticas, em que sua atuação não é meramente de acompanhamento, mas sim, de obtenção de resultado, sua obrigação será de fim (resultado). Seguindo esta linha de pensamento Silvio de Salvo Venosa acresce:

Dizem a doutrina e a jurisprudência que a cirurgia plástica constitui obrigação de resultado. Deve o profissional, em princípio, garantir o resultado almejado. ‘Há, indiscutivelmente, na cirurgia estética, tendência generalizada a se presumir a culpa pela não obtenção do resultado. Isso diferencia a cirurgia estética da cirurgia geral’ (KFOURI NETO, 1998, p 165). Não resta dúvida de que a cirurgia estética ou meramente embelezadora trará em seu bojo uma relação contratual. Como nesse caso, na maioria das vezes, o paciente não sofre moléstia nenhuma e a finalidade procurada é obter unicamente um resultado estético favorável, entendemos que se trata de obrigação de resultado. Nessa premissa, se não fosse assegurado um resultado favorável pelo cirurgião, certamente não haveria consentimento do paciente (SILVIO DE SALVO VENOSA apud GAGLIANO; FILHO, 2014, p. 274).

Sendo a obrigação de meio ou de resultado e havendo negligência, imprudência ou imperícia, haverá responsabilização. Em se tratando das diretivas antecipadas e pela falta de uma regulamentação específica, são utilizadas as normas constitucionais e as normas gerais acerca da responsabilidade do médico.

Diante das diretivas antecipadas, não existe um resultado determinado, mas sim o respeito à autonomia do paciente. Todavia, havendo a vinculação do médico ao cumprimento de determinada diretiva, conforme visto acima, quando o médico possuir consciência de que esta existe, ele vincula-se a mesma, e não sendo cumprida, agindo de forma culposa ou dolosa, pode questionar-se o cabimento de uma obrigação de resultado (CRIPPA; BUONICORE, FEIJÓ, 2013). Para Matielo a responsabilidade civil do médico está vinculada a norma, com isso informa:

À evidência, a responsabilidade civil embasa-se na previsão legal que a admite, eis que nunca emergirá unicamente porque pretendida de alguma forma de reparação daquele que se portou de forma considerada indevida, mas sem esteio na legislação. Aliás, ressalta-se que somente a violação da norma, seja direta ou indiretamente, tem força suficiente para conduzir o transgressor ao dever de reestruturar os direitos ou interesses atingidos; do contrário, restará apenas a reprimenda moral, que, contudo, não passa ao âmbito econômico de qualquer dos envolvidos, quer para prejudicar ou beneficiar (MATIELO apud CRIPPA; BOUNI CORE, FEIJÓ, 2013, p. 348).

Entretanto, quando se refere às diretivas antecipadas, não existe uma responsabilidade definida conforme alude Crippa, Buonicore e Feijó:

No caso das diretivas antecipadas de vontade, o grande questionamento gira em torno de que tipo de responsabilidade civil se aplicará, sendo objetiva ou subjetiva. Como ressaltado, não há ainda jurisprudência e doutrinas acerca da temática, uma vez que são diretivas relativamente recentes. Por ser a responsabilidade civil dos médicos, em regra, subjetiva, entende-se que esses médicos poderão, sim, ser responsabilizados caso não respeitem essas diretivas antecipadas e, por consequência, não respeitem a autonomia do paciente, nos casos em que tenha agido intencionalmente, com dolo ou culpa, visando prejudicar esse paciente ou contrariar o paciente com a intenção de não respeitá-lo enquanto ser autônomo (CRIPPA; BOUNI CORE, FEIJÓ 2013, p. 348).

Inquestionável que em regra, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, devendo ser provado por parte de quem alegada que o profissional agiu com dolo ou culpa. Quando o médico descumprir o que estiver determinado na diretiva antecipada, e em consequência, desrespeitar a autonomia do paciente, o médico pratica um ato de extrema gravidade, sendo entendido como obstinação terapêutica, uma vez que esta objetiva manter a pessoa viva a qualquer custo mesmo estando em processo terminal, com quadro irreversível (MABTUM; MARCHETTO, 2015). Stoco informa que:

Para que seja configurada e aplicada a responsabilidade civil, é necessária a existência de seus elementos constitutivos. Deve haver uma conduta (na hipótese aventada, a obstinação terapêutica) em contrariedade à autodeterminação do paciente; um dano material ou moral; e nexa causal, responsável por fundir a conduta ao dano, demonstrando que este ocorreu em razão da conduta (STOCO apud MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 129).

“Some-se a todos esses elementos a necessidade de comprovar à vontade na conduta do agente, representada pela culpa em sentido amplo (negligência, imprudência, imperícia ou dolo)” (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 129)

Diante do exposto, é possível perceber que o descumprimento de uma diretiva antecipada de vontade por parte do médico causa danos graves, tanto ao paciente acometido pela enfermidade como a seus familiares que vivenciam a situação. E tal conduta gera dano moral, ético e patrimonial, sendo todas passíveis de sanção. Isso demonstra o quão importante é respeitar a autonomia do paciente e a sua autodeterminação ambas externadas por meio da diretiva antecipada de vontade.

Havendo o descumprimento das determinações, o médico responderá pelo dano causado, sendo aplicadas a ele as regras contidas no Código Civil, devendo reparar o dano causado, assim como também responderá na seara médica pelo descumprimento de seus deveres da profissão.

4 A morte digna como exercício da liberdade

O ser humano é livre para realizar suas escolhas, expressar suas vontades e seus desejos. Em nossa Constituição Federal, são assegurados a qualquer cidadão seus direitos fundamentais de liberdade, autonomia e dignidade, princípios e direitos que se refletem na discussão do presente tema, o que não retira a importância dos demais direitos presentes em nossa Constituição. Entretanto, a garantia desses preceitos fundamentais quando tratar-se de pacientes em estado de vulnerabilidade, estado terminal ou vegetativo persistente é de extrema valia.

A recusa do paciente de receber tratamento médico que seja contrário as suas convicções é garantia constitucional de liberdade, liberdade de consciência, inviolabilidade de sua intimidade e honra, além da dignidade da pessoa humana (BORGES, 2007). Tratando-se de fim de vida, existem diversos documentos de direitos humanos que reconhecem à pessoa a possibilidade de agir de forma autonomamente e digna, podendo ser citados alguns documentos como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948); Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966); Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Unesco (2005). E no

âmbito da República, a Constituição em seu artigo 5º, inciso II, dispõe que ninguém será submetido a tratamento degradante ou desumano.

A dignidade de acordo com Alexandre de Moraes (2007) é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da condução da própria vida e requer o respeito das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo ordenamento jurídico tem o dever de assegurar.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento basilar a dignidade da pessoa humana. Segundo a concepção de Kant, cada indivíduo deve ser considerado digno, tendo em vista sua natureza racional de conduzir-se em seus projetos existenciais e de felicidade, e de acordo com Sarlet (2007) ainda que esta autonomia falte ou, por qualquer razão, venha a ser reduzida, não significa que o ser humano não deve ser respeitado como um ser digno. Na sua expressão mais essencial, dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesmo, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano.

O conceito de princípio da dignidade da pessoa humana abrange, ainda, duas visões contrárias nos casos de morte com intervenção. Sendo que na primeira, tem-se a dignidade como autonomia (poder individual – empowerment), ideia atinente aos documentos de direitos humanos e às Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial. Possui quatro aspectos essenciais: 1) a capacidade de autodeterminação; 2) as condições para seu exercício; 3) a universalidade; 4) a inerência da dignidade ao ser humano. Trata-se, pois, do direito real e intrínseco do homem de decidir os rumos da própria vida, realizando escolhas morais e assumindo responsabilidades (MARTEL, 2010).

Em contrapartida, conforme Martel (2010), a segunda visão é da dignidade como heteronomia relaciona-se a valores compartilhados pela comunidade, e não a opções individuais. Abrange os chamados conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo do “bem comum”, “interesse público”, “moralidade” e “vida boa”, funcionando como um freio externo à liberdade individual, de modo a “[...] obstar escolhas que possam

comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia.”.

Quanto ao ordenamento jurídico vigente, constata Martel (2010) que é inegável o predomínio da dignidade como autonomia na Constituição de 1988 – marco inaugural da reconstrução da democracia no País. No caso da morte com intervenção, sendo o caso das diretivas antecipadas, uma vez que o indivíduo vale-se da sua escolha acerca dos tratamentos que deseja ou não receber, a ideia de dignidade como autonomia deve ser predominante, pelas seguintes razões: A primeira trata-se de cunho normativo, conforme exposto acima, o sistema constitucional dá maior importância à liberdade individual do que às metas coletivas.

Segundo que, da perspectiva filosófica, é melhor o reconhecimento do indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e de assumir responsabilidades por elas. Também em relação aos profissionais de saúde, a dignidade como autonomia é o melhor critério: garante o direito de não realizar procedimentos que não considerem adequados, permite que atendam à vontade do paciente de não lhe causar sofrimento desnecessários, e assegurando a possibilidade de objeção de consciência por parte do médico, caso não esteja de acordo com as escolhas manifestadas.

A morte digna ao paciente terminal, que não possui expectativa de melhora e que a aplicação de tratamentos extraordinários apenas causaria mais dor e sofrimento é alcançada por meio da ortotanásia, conforme disto em capítulos posteriores, esta tem como finalidade proporcionar ao paciente um fim digno, aliviando suas dores sem o objetivo de prolongar sua vida, mas sim, deixar que ela siga seu curso natural.

5 Considerações finais

O presente estudo buscou expor e levar à reflexão a importância das diretivas antecipadas de vontade à luz da garantia dos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia e liberdade, bem como da

responsabilização do médico em face do não cumprimento de uma diretiva antecipada de vontade.

A falta de normatização existente por parte do legislativo, não invalida a realização de uma diretiva antecipada de vontade realizada por meio do testamento vital ou mandato duradouro, já que estes são amparados por resoluções do Conselho Federal de Medicina, conforme informado.

Verifica-se que o objetivo precípua de uma diretiva antecipada de vontade é a garantia da autonomia do paciente, em que ele busca ter sua vontade, seus direitos, princípios e moral respeitados quando não puder externar sua vontade e quando tratar-se de quadro clínico irreversível. Busca tão somente ver-se amparado por um médico capaz de entender que não deseja ter sua vida prolongada de modo artificial e sem objetivo de cura, mas tão somente ser acolhido por uma medicina voltada para cuidados paliativos, capazes de amenizar sua dor e sofrimento.

Questiona-se muito acerca da responsabilidade do médico em face das diretivas antecipadas de vontade, conforme indagado no início do presente trabalho, se o médico deve ser responsabilizado quando não seguir uma diretiva antecipada. O mesmo deverá sim, e será aplicada a regra, sendo este a da responsabilidade subjetiva, devendo assim ser provada por parte de quem alega, de tal modo que o profissional não estará imune de ser responsabilizado quando tomar atitudes contrárias ao determinado na diretiva antecipada de vontade, sendo que no momento da conduta por ele praticada sabia da existência da mesma e escolhe agir de forma diversa, contrariando de forma clara a última vontade do paciente.

Por fim, o ser humano é cercado por apenas uma certeza: a morte. Apesar dos avanços tecnológicos, o ser humano ainda é finito, sua existência não é eterna, sendo direito de cada indivíduo escolher, quando possível, o tempo certo de sua morte. Tempo certo este sem sofrimento, sem tratamentos extraordinários, na certeza de que sua vontade foi preservada e atendida. Sendo a vida um direito personalíssimo, por isso dado a cada indivíduo com tanta singularidade.

Portanto, se respeitadas, as diretivas antecipadas de vontade são capazes de garantir ao indivíduo a segurança de que sua vontade será preservada, a sua liberdade de escolha e a certeza de um fim digno almejado pelo paciente. Assim como, deve haver a responsabilização daquele que vier a não cumprir o determinado, obrigando este reparar o dano causado, seja ele moral, estético ou patrimonial.

Referências

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Código Civil. **Vade Mecum Juspodivm**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. **Vade Mecum Juspodivm**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CARDOSO, Juraciara Vieira. **Eutanásia, Distanásia e Ortotanásia**: o tempo certo da morte digna. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. **Manual para elaboração e apresentação dos trabalhos acadêmicos**: padrão Newton Paiva. Disponível em: <https://www.newtonpaiva.br/system/file_centers/archives/000/000/175/original/MANUAL_BIBLIOTECA_NEWTON.pdf?1466508943>. Acesso em: 12 out. 2017.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; PIMENTA, Waldemar J. D.. **Uma Reflexão Bioética do Testamento Vital**: o que você faria se tivesse 7 dias? In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 32, ago 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1231>. Acesso em: 10 maio 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995**, de 09 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 17 março 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805**, de 9 de novembro de 2006. Dispõe sobre cuidados paliativos e ortotanásia. Brasília, DF, 28 nov. 2006.

Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 17 março 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 1.931 de 2009.

CRIPPA, Anelise; BUONICORE, Giovana Palmieri; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. Diretivas antecipadas de vontade e a responsabilidade civil do Médico. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, out.-dez. 2013. Disponível em: <http://www.amrigs.org.br/revista/57-04/0000222859-15_1288_Revista%20AMRIGS.pdf>. Acesso em: 10 março 2018.

DADALTO, Luciana; BOSTIANCIC, María Carla. **Diretivas Antecipadas para tratamentos médicos**: Um estudo comparado entre o direito brasileiro e argentino. 1. ed. Mar Del Plata: Universidad Nacional De Mar Del Plata, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Vida e morte: aborto e eutanásia. In: **Biodireito e Bioética**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume 3: Responsabilidade Civil. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. 3. v.

FRANÇA, Loreanne Manuella de Castro; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. A aplicabilidade da teoria das obrigações de meio e de resultado no informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**; v. 13, n.1, 2013.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade**: o sentido de viver e morrer com dignidade. Curitiba: Juruá, 2016.

MABTUM, MM., and MARCHETTO, PB. Diretivas antecipadas de vontade como dissenti-mento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade [online]**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, pp. 89-131, 2015.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis**: limites e pa-drões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. 2010. 476 f. Tese (Doutorado) Centro de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade do Estado

do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://works.bepress.com/leticia_martel/5>. Acesso em: 15 março 2018.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. São Paulo: Atlas, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Maria Isabel Fernandes. Possibilidade de Inclusão do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico brasileiro. **Revista Newton Paiva**, setembro 18, 2012. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=577>>. Acesso em: 10 abril 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2017.

Capítulo 8

A incidência do imposto de renda brasileiro nas transações com bitcoins

Bianca Stephanie Martins Gandra Lamas

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

O estudo sobre criptomoedas é de alta relevância no sistema tributário nacional, o que respalda o presente tema, não somente pela sua importância prática, tendo em vista a era digital em que a sociedade se encontra inserida, mas pela incerteza em virtude da não pacificação do posicionamento, no que se refere à possibilidade de incidência de um dos impostos responsáveis pela maior arrecadação da carga tributária, bem como a necessidade real de sua declaração ou não no Imposto de Renda.

O *Bitcoin* (também conhecido pela sigla BTC) é uma moeda virtual (ou digital) criada por um desenvolvedor enigmático chamado Satoshi Nakamoto em 2009, sendo que em 2008 ele publicou um artigo intitulado “*Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*”. Significa moeda bit (sendo que é *coin* moeda em inglês, e *bit* corresponde ao dígito binário, termo que expressa menor unidade de informação no contexto informático).

Por ser um tipo de criptomoeda, o *Bitcoin* é uma moeda digital descentralizada, constituindo-se em um mecanismo de troca que emprega a tecnologia de *blockchain* e da criptografia para validar as transações e promover a criação de novas unidades de moeda (BENICIO, 2014, v2. n. 14, p1-8). O *Blockchain*, (também conhecido como “o protocolo da confiança”) é uma tecnologia que visa à descentralização como medida de segurança.

As referidas criptomoedas se contrapõem em relação às moedas comuns, uma vez que são criptografadas e não são submetidas ao controle governamental ou de qualquer instituição financeira.

Em conformidade com o arrazoado por MOIA (2014, p. 25), “as criptomoedas utilizam a criptografia embutida em seus algoritmos permitindo a geração de novas moedas e validações de transações”. O sistema das criptomoedas é simples de se entender utilizando-se de uma chave pública e uma chave privada, onde a privada é exclusivamente do dono da moeda.

Caso essa chave privada seja roubada ou perdida não é possível recuperar o valor da moeda, sendo que esta é uma das desvantagens das criptomoedas e por não existir um regulador, não há com quem reclamar sobre roubos ou fraudes que possam vir a ocorrer. No entanto há que se destacarem algumas das inúmeras vantagens da criptomoeda, que são a garantia do usuário ser totalmente anônimo, a descentralização, os protocolos abertos de criação, as transações e a eficiência de uso, (ULRICH, 2014, p. 23).

Ademais, no deslindar do presente trabalho será evidenciado que embora haja outras criptomoedas, a que mais se destaca no mercado financeiro e da economia é o *Bitcoin* de Satoshi Nakamoto, motivo pelo qual se tornou mais pertinente se debruçar sobre os conceitos referentes a esta.

O *Bitcoin*, sendo a primeira forma de pagamento global totalmente descentralizada, atraiu olhares ao redor do mundo em face à sua eficiência e segurança nas transações.

Ademais, todas as transações realizadas por esta são arquivadas em um sistema de alta segurança denominado *blockchain*. Desta feita, evidenciando que esta inovação está crescendo demasiadamente nos últimos anos, surgiu o interesse Governamental em regular as suas operações, de maneira a buscar uma consequente tributação.

Neste diapasão, verificando-se o grande impacto do *Bitcoin* na sociedade, é pertinente buscar conhecimento neste campo desconhecido, com

o vislumbre de averiguar se as operações, realizadas com esta criptomoeda em destaque, podem ser passíveis da incidência do imposto de renda.

Assim, este trabalho teve como objetivos: Institucional: produzir Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) para obtenção do grau de bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva; Geral: analisar a aplicabilidade do Direito Tributário Brasileiro nos *Bitcoins*, buscando verificar a natureza jurídica deste e a possibilidade de tributação no que se refere ao imposto de renda; Específicos: conceituar e diferenciar as criptomoedas das moedas eletrônicas; analisar a natureza jurídica das criptomoedas; analisar o princípio da capacidade contributiva no campo das criptomoedas.

2 Criptomoedas

2.1 Conceito de Bitcoin

O criptoativo *Bitcoin* pode vir a ser arrazoado como sendo uma moeda digital, pessoa a pessoa, de código fonte aberto, tendo em vista a sua desvinculação de entidades governamentais ou de qualquer autoridade central de controle, bem como a sua descentralização, o que fez com que esta criptomoeda seja a pioneira em pagamentos realizados de forma global e descentralizada, não havendo nenhum terceiro intermediador na transição.

Embora o Bitcoin ainda seja considerado como um universo desconhecido e obscuro para a maioria da população, a sua invenção já completa dez anos.

Salienta-se que o seu valor não se encontra atrelado a qualquer banco governamental ou se deriva de ouro, sendo o seu valor decorrente do que as pessoas lhe atribuem. As transações não são conjecturadas em dólar, real, ou em qualquer moeda nacional ou internacional, mas sim em *Bitcoins*.

As transações são registradas e computadas em uma espécie de livro-razão, denominado de “*Blockchain*” ou corrente de blocos. Fernando Ulrich, em seu livro “*Bitcoin - A moeda na era digital*” arrazoa que:

As transações são verificadas, e o gasto duplo é prevenido, por meio de um uso inteligente da criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que a cada usuário sejam atribuídas duas “chaves”, uma privada, que é mantida em segredo, como uma senha, e outra pública, que pode ser compartilhado com todos. (ULRICH, 2014, p. 12).

Por meio desta chave pública, há um consentimento para que todos tenham acesso de todas as transações realizadas, impedindo desta forma, falsas transações ou transações duplicadas.

Os novos *Bitcoins* são criados pelos mineradores, que são recompensados pelas suas atividades com outros *Bitcoins* recém-criados. Estas moedas são criadas através da resolução de intrincadas expressões matemáticas, por meio de computadores superpotentes, que vão aumentando e se dificultando à medida que novos *Bitcoins* são criados. Com este procedimento buscou-se que a criptomoeda fosse finita, ao ponto que na medida em que novos *Bitcoins* forem criados, as expressões matemáticas se tornarão impossíveis de serem solucionadas, restringindo-se então, a criação de novos volumes destas moedas digitais.

2.2 Diferenças entre Criptomoedas e Moedas Eletrônicas

Conforme conjecturado no art. 6º, inciso VI, da lei 12.865, de 9 de outubro de 2013, moedas eletrônicas são recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transações de pagamento.

Ademais, o Banco Central do Brasil explanou por meio do comunicado de número 25.306, de 19 de fevereiro de 2014, que as criptomoedas não são classificadas, tampouco se confundem com as moedas eletrônicas de que se trata a lei retromencionada. As moedas eletrônicas, conforme comunicado expedido pelo Banco Central do Brasil,

[...] recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento denominada em moeda nacional. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais possuem forma própria de denominação, ou seja, são denominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais (BACEN, 2017, Comunicado nº 31.379).

De acordo com este entendimento, é translucido a intenção do comunicado em ressaltar a total desvinculação das criptomoedas com as Instituições Governamentais, aliás, sendo esta, um dos considerados benefícios das moedas digitais, a sua descentralização e total desvinculação as entidades de controle financeiro.

Igualmente, o BACEN no comunicado citado anteriormente, acautelou no que concernem os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das referidas moedas virtuais:

Considerando o crescente interesse dos agentes econômicos (sociedade e instituições) nas denominadas moedas virtuais, o Banco Central do Brasil alerta que estas não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não tem garantia de conversão para moedas soberanas, e tampouco são lastreadas em ativo real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores. Seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos indivíduos ao seu emissor (BACEN, 2017, Comunicado nº 31.379).

Ainda neste comunicado, tem-se que moeda eletrônica é uma representação digital de créditos referenciados em reais, enquanto as moedas virtuais, criptomoedas, por sua vez, não são referenciadas em qualquer moeda inseridas por entidades governamentais.

2.3 Classificação da Criptomoeda *Bitcoin*

Torna-se congruente classificar as criptomoedas, aprazando sua natureza jurídica, uma vez que após um lacônico estudo sobre se o referido tema, estas podem ser encaradas como moedas ou bens. Nesta perspectiva, o artigo 1º da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, notabiliza que a partir de 1º de Julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o Real, que terá curso legal em todo o território Nacional.

Ademais, o economista Georg Friedrich Knapp, em sua teoria estatal da moeda, entende que moeda é aquilo que o Estado disser que é. Desta feita, em conformidade com o descrito no artigo retromencionado, as criptomoedas não poderiam vir a ser classificadas como moedas.

No que concerne a classificá-las como bens, segundo Clóvis Beliváquia, “bens são valores materiais ou imateriais que servem de objeto a uma relação jurídica” (BEVILAQUA, 1952, p. 135-136).

Os referidos bens são classificados como bens corpóreos e bens incorpóreos, em conformidade com o explanado pelo autor Carlos Roberto Gonçalves:

Bens corpóreos são os que têm existência física, material e podem ser tangidos pelo homem. Incorpóreos, são os que têm existência abstrata ou ideal, mas valor econômico, como o direito autoral, o crédito, a sucessão aberta, o fundo de comércio, etc. (GONÇALVES, 2012, p. 207-208).

Nesta ocorrência, infere-se que as criptomoedas podem ser classificadas como bens incorpóreos, tendo em vista sua existência abstrata e com valor econômico, induzindo-se pelo conceito de bens incorpóreos avocados pelo autor Carlos Roberto Gonçalves em 2012.

3 Tributação das operações com criptomoedas

3.1 Conceito de Direito Tributário

O Direito Tributário é uma ramificação do Direito Público, em sua grande parte, e é por meio do aferimento de receitas, por exemplo, que o Estado cumpre com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, preconizada no artigo 3º da Constituição Federal. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, assinala Rubens Gomes de Sousa, que o Direito Tributário é:

[...] o ramo do direito público que rege as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, decorrentes da atividade financeira do Estado no que se refere à obtenção de receitas que correspondam ao conceito de tributos. (SOUSA, 1954, p. 107 -112).

Já em 2014, o autor Eduardo Sabbag, entendeu o Direito Tributário como, “[...] o conjunto de normas que regula o comportamento das pessoas de levar dinheiro aos cofres públicos”. (SABBAG, 2014, p. 35).

Desta feita, evidencia-se que o estado sempre buscou abarcar qualquer transação financeira, circulação jurídica de bens ou qualquer demonstração de signo de riquezas, exteriorizado pelo contribuinte, desde que em conformidade com os princípios e normas inerentes a esse ramo do Direito.

3.2 Princípio da Capacidade Contributiva

Torna-se pertinente iniciar a presente dissertação com a explanação do que se encontra preconizado no artigo 145 da Constituição Federal de 1988:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do mesmo. (BRASIL, 2010).

Pois bem, o princípio da capacidade contributiva encontra-se atrelado ao conceito de isonomia, na premissa em que deve-se tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, bem como se faz intrinsecamente vinculado ao parâmetro de dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a tributação deverá se pautar nas condições pessoais de cada contribuinte, evitando-se onerar demasiadamente um contribuinte desprovido de subsídios suficientes para suportar a tributação, e em contrapeso, prescindir de tributação contribuintes com plena capacidade contributiva.

Aduz, sabiamente, o professor Luciano Amaro que “onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água” (AMARO, 2005, p. 138).

Neste desenrolar, entende-se que a capacidade contributiva se encontra atrelada à capacidade econômica do contribuinte e, portanto, ao seu aferimento de proventos. Neste entender, segundo a cotação do dia 18/07/2018, um Bitcoin corresponde (para venda) a R\$ 28.461,00 + 10,35% (vinte e oito mil, quatrocentos e sessenta e um reais, mais dez, trinta e cinco por cento), averiguando-se, portanto, como indubitável a capacidade contributiva de quem transaciona valendo-se destes criptoativos, sem que haja qualquer interferência significativa na renda do contribuinte, que o privaria e aos seus dependentes de viver de maneira digna.

Nesta ocorrência, a hipótese acima mencionada corrobora com o entendimento da possibilidade de tributação do imposto de renda brasileiro das transações feitas com criptomoedas.

3.3 Impostos Reais e Impostos Pessoais

Os impostos pessoais referem-se às condições pessoais do contribuinte, as características subjetivas do sujeito passivo, como o Imposto de Renda, o qual é o alvo do presente estudo.

Os impostos reais, por sua vez, são concernentes as coisas, aos bens, sem se correlacionar com as características pessoais do sujeito passivo, são eles:

Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS), Imposto sobre Importação (II), Imposto sobre Exportação (IE), Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU), Imposto sobre a Propriedade de veículos Automotores (IPVA), Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), Imposto sobre Serviços (ISS), Imposto sobre Transmissão de Bens Inter Vivos (ITBI), entre outros. (SABBAG, 2014, p. 24).

3.4 A Incidência do Imposto de Renda nas Transações com Criptomoedas

O Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, encontra respaldo legal no artigo 153 da Constituição Federal, bem como nos artigos 43 a 45 do CTN, nos termos:

Art. 153. Compete à União instituir imposto sobre: [...]

III - renda e proventos de qualquer natureza.

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam. (BRASIL, 2018).

Em seguimento ao arrazoado no artigo exposto, é cediço que a instituição do Imposto de Renda é de competência da União e o contribuinte do referido imposto será a pessoa jurídica ou física, titular de renda ou proventos de qualquer natureza.

O fato gerador, por sua vez, trata-se da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, sendo esta última, toda adição não comportada no conceito de renda. Segundo Kiyoshi Harada:

A disponibilidade econômica consiste no acréscimo patrimonial decorrente de uma situação de fato, ocorrendo no instante em que se verifiquem as

circunstâncias materiais necessárias a que produza esse efeito, (art. 116, I, do CTN), ao passo que, a disponibilidade jurídica consiste no direito de usar, por qualquer forma, da renda e dos proventos definitivamente constituídos nos termos do direito aplicável (art. 116, II, do CTN). (HARADA, 2018, p. 37).

No que concerne ao conceito de renda, Hugo de Brito Machado declinou que:

Na expressão do Código, renda é sempre um produto, um resultado, quer do trabalho, quer do capital, quer da combinação desses dois fatores. Os demais acréscimos patrimoniais que não se comportem no conceito de renda são proventos. [...] Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo. [...] Quando afirmamos que o conceito de renda envolve acréscimo patrimonial, como o conceito de proventos também envolve acréscimo patrimonial, não queremos dizer que escape à tributação a renda consumida. O que não se admite é a tributação de algo que na verdade em momento algum ingressou no patrimônio, implicando incremento no valor líquido deste. Como acréscimo se há de entender o que foi auferido, menos parcelas que a lei, expressamente ou implicitamente, e sem violência a natureza das coisas, admite sejam diminuídas na determinação desse acréscimo. [...] A renda não se confunde com sua disponibilidade. Pode haver renda, mas esta não ser disponível para seu titular. O fato gerador do imposto de que se cuida não é a renda mas a aquisição da disponibilidade de renda, ou dos proventos de qualquer natureza. Assim, não basta, para ser devedor desse imposto, auferir renda ou proventos. É preciso que se tenha adquirido a disponibilidade, que não se configura pelo fato de ter o adquirente da renda ação para sua cobrança. Não basta ser credor da renda se esta não está disponível, e a disponibilidade pressupõe ausência de obstáculos jurídicos a serem resolvidos. (MACHADO, 2008, p. 338).

No que concerne as criptomoedas, embora não haja regularização no Brasil deste criptoativo, a Receita Federal já se manifestou no sentido de que os contribuintes devem constar na declaração do Imposto de Renda, como se fosse um bem qualquer, o que corrobora com o raciocínio desenvolvido acerca da classificação das criptomoedas como bens incorpóreos.

Testificando o exposto, alhures a Coordenação Geral de Tributação no exercício de 2017, referente ao ano calendário de 2016, foi elaborado

um livro contendo respostas para indagações formuladas por contribuintes e por servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), onde se respondera ao seguinte questionamento de número 447: “As moedas virtuais devem ser declaradas?”

Nesta oportunidade fora oferecida a seguinte refutação: “Sim. As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição”.

Desta feita, não restam dúvidas quanto à possibilidade de incidência do imposto de renda nas transações com criptomoedas.

4 Considerações finais

Em face do processo generalizado da globalização, do avanço desmesurado da tecnologia, bem como, do surgimento de formas de pagamento digitais totalmente descentralizadas por meio das criptomoedas, tornou-se incabível que o Direito Tributário se mantivesse alheio a todos esses avanços tecnológicos.

Vários especialistas reconhecem que, mesmo principiante em diversos países, a tributação do *Bitcoin* possui fundamento, ainda que em situações específicas. A dúvida, porém, era a mesma desde que a primeira transação em *Bitcoin* ocorreu, em janeiro de 2009: para fins práticos, ela é uma moeda? Ou uma aplicação financeira?

Baseando-se na necessidade exposta, o presente trabalho ostentou conceitos referentes às criptomoedas, tendo, inclusive, diferenciado-as das moedas eletrônicas, uma vez que aquelas se tratam de moedas digitais.

Ademais, fora exposta a sua classificação jurídica, respaldando-se em conceitos jurídicos, sendo inteirado de que o ativo em epígrafe trata-se de um bem incorpóreo, tendo em vista a sua existência abstrata e com valor econômico.

Desta feita, a partir da classificação do referido criptoativo como um bem incorpóreo, concluiu-se, por meio dos princípios e conceitos do Direito Tributário, a possibilidade da incidência do Imposto de Renda nas transações com criptomoedas.

Corroborando com este arrazoado, a Receita Federal solicita que seja declarada pelo contribuinte a quantidade de qualquer criptomoeda que possua. Apesar de não considerar as moedas de forma oficial, o fisco determina que a quantia deva ser descrita como outro ativo financeiro de maneira oficial, como “outros bens e direitos” no programa do IRPF. Neste caso, primeiramente, deve-se prestar atenção aos valores. Só é devido declarar como “outros bens” posses em criptomoedas cujo valor seja entre R\$ 1 mil e R\$ 35 mil. Montantes superiores a R\$ 35 mil devem recolher 15% de imposto sob o ganho de capital.

No entanto, no mundo ainda há controvérsias quanto à tributação das criptomoedas. Alguns países da Europa preservam o entendimento, mesmo com ressalvas, de tratar negócios dessa natureza como “moedas de cunho privado”. O entendimento dos advogados é o mesmo adotado, por exemplo, pelos Bancos Centrais do Japão e dos Estados Unidos: o *Internal Revenue Service (IRS)*, equivalente norte-americano da Receita Federal, já definiu o *Bitcoin* como uma propriedade em termos tributários em um comunicado de 2014. Apesar de a Receita Federal já ter definido o *Bitcoin* como um ativo financeiro, o Banco Central do Brasil, em um recente comunicado se limitou a afirmar que ainda não existe arcabouço legal para esta tecnologia.

Referências

ALMEIDA, Cleber LÚCIO de. **Direito Processual do Trabalho**. 5. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado nº 31.379, de 16 de novembro de 2017**. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das

denominadas moedas virtuais. Brasília, DF, 16 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&tipo=Comunicado&data=16/11/2017>>. Acesso: 25 set. 2018.

BENICIO, Alberto Ayres. CRUZ, Alessandro Rodrigues da. SILVA, Marlon Wagner Souza. **BITCOIN A MOEDA DIGITAL QUE SE TORNOU REALIDADE. Revista Científica da Unesc**, Crisciúma, v. 12, n. 14, p.1-8, jan. 2014.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil** dos Estados Unidos do Brasil. Ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília: Senado Federal. In: *Vade Mecum*. 10. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal. In: *Vade Mecum*. 10. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. Núcleo de Bibliotecas. **Manual para Elaboração e Apresentação dos Trabalhos Acadêmicos**: padrão Newton Paiva. Elaborado pelo Coordenadora Elma Aparecida de Oliveira: Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://www.newton-paiva.br/Conteudo/Default.aspx?cid=231>>. Acesso em 25 nov. 2011.

FAZENDA.GOV.BR: **Perguntas e Respostas**: Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017-perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf>> Acesso em: 15 abril 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, pp. 207-208, 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2018.

KNAPP, Georg F. **The State Theory of Money**. London: Macmillan & Company Limited, St. Martin's Street, 1924.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LtTr, 2013.

- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 29. ed. Imprensa. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MAGALHÃES, Allison Oliveira. **O princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição e a Violação de tal Princípio pelo Artigo 651, caput, da CLT**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3047, 4 nov. 2011.
- MARCONI, Maria de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOIA, G.H.V., HNRIQUES, M.A.A. **Avaliação da Segurança de Protocolos Criptográficos Usados em Moedas Virtuais**. Disponível em: <http://www.fee.unicamp.br/sites/default/files/departamentos/dca/artigos/a264vo_IESS.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.
- NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system**, 2008. Disponível em: <<http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, Retrieved>. Acesso em: 14 set. 2018.
- PORTAL DIGITAL. **Uma Introdução às Criptomoedas**. Disponível em: <<https://transformaodigital.com/introducao-criptomoedas/>> Acesso em: 15 jun. 2018.
- SABBAG, Eduardo. **Manual do Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SANTOS, Flávia Luisa Firmo. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1361>>. Acesso em: 22 out. 2018.
- SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2005.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**- 6. Ed.- São Paulo: LTr, 2003.
- SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1954, PP. 13 e 14; v. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TUTORIAL. **Como Declarar Bitcoins no Imposto de Renda.** Disponível em: <<https://www.webitcoin.com.br/tutorial-como-declarar-bitcoins-no-imposto-de-renda/>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ULRICH, Fernando, Ulrich. **Bitcoin: A Moeda na Era Digital**, 1. ed., São Paulo: Mises, 2014.

Capítulo 9

(In)compatibilidade entre os artigos 15 do Código de Processo Civil de 2015 e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho

Bruno Luiz Marques Rocha

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

O Processo do Trabalho surgiu como um meio para efetivar o acesso simples e célere à Justiça do Trabalho a fim de propiciar aos indivíduos integrantes da lide processual trabalhista a garantia de uma prestação jurisdicional satisfatória. De tal forma, havia uma grande preocupação dos juristas atuantes na área trabalhista acerca da possibilidade de aplicação do Processo Comum ao Processo do Trabalho, pois a independência deste poderia estar ameaçada caso aquele fosse aplicado de forma indistinta.

Sob o enfoque das características basilares do Processo do Trabalho, a aplicação plena do Código de Processo Civil de 1973 seria, no mínimo, incongruente com as premissas básicas daquele processo. Desse modo, pelo fato do Código de Processo Civil de 1973 ser baseado em relações igualitárias e com um exacerbado caráter patrimonialista e formalista, sua aplicação ao Processo do Trabalho deveria ser feita de maneira cuidadosa com o intuito de garantir os objetivos principiológicos processuais trabalhistas com a finalidade de evitar prejuízos à parte mais frágil da relação de trabalho.

Desta feita, tendo em vista sua Especialidade, a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 previu no artigo 769 a regulamentação necessária para a aplicabilidade do processo comum ao Processo do Trabalho. O referido artigo trouxe em seu teor a possibilidade de aplicação do processo comum apenas nos casos de omissão de norma trabalhista e desde que haja compatibilidade entre as normas dos referidos diplomas.

Sob a ótica de se garantir direitos aos trabalhadores de acordo com a sociedade contemporânea e com a finalidade de atribuir maior efetividade aos processos, houve a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse sentido:

A inserção dos direitos sociais no constitucionalismo pátrio foi significativamente um avanço na consolidação de um Estado Democrático de Direito, principalmente por parte da população que passou a ter seus direitos fundamentais reconhecidos, dentre os quais se destacam o direito à igualdade e o direito às condições favoráveis no âmbito do trabalho (BATTEZINI; REGINATO, 2016, p. 82).

Ainda, para ratificar e adequar os preceitos contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao processo comum, houve a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, sendo que o referido diploma rompeu com as bases puramente patrimonialistas e formais de seus antecessores, porque houve a inovação em seu texto normativo no que tange aos aspectos basilares de aplicação do processo tendo influência direta no Processo do Trabalho.

O Código de Processo Civil de 2015 foi influenciado diretamente pelo princípio da duração razoável do processo introduzido à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pela Emenda Constitucional número 45/2004. O referido princípio está positivado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, pelo fato da grande demanda social relativa à prestação jurisdicional satisfatória e efetiva, ao aplicador das normas cabe a devida interpretação em conformidade com o ordenamento jurídico, observando-se em uma de

suas vertentes o êxito das resoluções da lide com o alinhamento do Direito à sociedade contemporânea.

A duração razoável do processo está atrelada à efetividade processual, pois o processo moroso e burocrático não atende aos preceitos mínimos de garantia dos direitos sociais no Estado pátrio. O autor Eduardo Benedito de Olivera Zanella, no artigo publicado acerca do princípio em comento, refere-se de maneira ímpar sobre a importância da duração razoável do processo:

A demora na prestação jurisdicional causa às partes envolvidas ansiedade e prejuízos de ordem material a exigir a justa e adequada solução em tempo aceitável. A inclusão do referido inciso ao art. 50 da Constituição da República de 1988 explicitou importante direito fundamental dos cidadãos, uma vez que assegurou a garantia da "razoável duração do processo" no âmbito judicial e na esfera administrativa. Esta regra constitucional tem aplicação imediata no ordenamento jurídico nacional (ZANELLA, 2010, p. 219).

Com base na prestação jurisdicional satisfativa e em princípios processuais, o Código de Processo Civil de 2015 previu a possibilidade de sua aplicação ao Processo do Trabalho nos casos omissos de forma supletiva e subsidiária, conforme preceitua o artigo 15 do referido diploma legal. Neste íterim, preceitua Mauro Schiavi:

O fato do novo código se aplicar subsidiária e supletivamente (art. 15 do CPC) ao Processo Trabalhista não significa que seus dispositivos sejam aplicados, simplesmente, nas omissões da lei processual do trabalho, ou incompletude de suas disposições, mas somente quando forem compatíveis com sistema trabalhista e também propiciarem melhores resultados à jurisdição trabalhista (SCHIAVI, 2017, p. 157).

Além da possibilidade da aplicação do Código de Processo Civil de 2015 em casos omissos, é de suma importância apresentar possibilidades de aplicação além das habitualmente discutidas na doutrina. Desse modo, a Teoria da Incompatibilidade Aparente surge para aumentar a efetividade

do Processo do Trabalho com o atendimento aos princípios da duração razoável do processo e acesso à justiça.

A referida teoria implementa a possibilidade da aplicabilidade de uma norma mais efetiva ao caso concreto. Desse modo, preza-se pela efetividade do processo do trabalho com o devido atendimento aos anseios sociais presentes nos procedimentos aplicáveis ao processo. O princípio da efetividade consiste no cerne da atuação jurisdicional, pois a atuação dos servidores de maneira não efetiva possibilita que o processo não alcance o seu fim esperado.

Por fim, pelo fato do Código de Processo Civil de 2015 não prever expressamente a necessidade de compatibilidade entre as normas, o mesmo somente poderia ser aplicado nos casos de omissões? Por esse motivo, há manifesta incompatibilidade entre os artigos 15 do Código de Processo Civil de 2015 e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho?

2 (In)compatibilidade entre os artigos 15 do Código de Processo Civil de 2015 e artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho

Nos termos do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho só seria possível nos casos omissos e, também, se houvesse compatibilidade principiológica entre os diplomas legais referidos. Isto posto, resta esclarecer que o artigo supracitado trouxe consigo apenas uma referência vaga no que tange ao esclarecimento do que seja omissão legislativa: “Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título” (BRASIL, 1943, p. 276).

Neste diapasão, é imprescindível mencionar que há três diferentes tipos de omissões processuais amplamente discutidas na doutrina, sendo estas classificadas em normativas, ontológicas e axiológicas. Nos moldes da primeira, há o entendimento que não existe norma reguladora positivada aplicável ao caso concreto. Por outro lado, a omissão ontológica parte

do pressuposto da existência de norma, entretanto a referida lei encontra-se desatualizada com os anseios sociais contemporâneos. Por fim, a lacuna axiológica também parte do pressuposto da existência de norma, mas a sua aplicação é manifestamente prejudicial e, por consequência, há a violação aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como por exemplo, a vedação ao retrocesso social e a dignidade da pessoa humana.

As omissões oras citadas podem prejudicar o processo trabalhista e impossibilitar que os devidos procedimentos sejam tomados para a obtenção de um processo com duração razoável e efetivo. Deste modo, para que as referidas omissões sejam sanadas é necessário que os códigos processuais tenham o mínimo de compatibilidade principiológica entre si, a fim de viabilizar o atendimento jurisdicional satisfativo.

Há algum tempo, o entendimento da maioria dos processualistas trabalhistas era o de que a aplicação do Código de Processo Civil de 1973 não promoveria mudanças consideráveis para a duração razoável do processo trabalhista baseados amplamente no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, tendo em vista que não havia previsão legal em sentido contrário no diploma civil.

Naquela época a intenção do legislador, louvável por sinal, era de limitar a aplicação do Código de Processo Civil de 1973 ao Processo do Trabalho a fim de preservar a essência processual trabalhista, evitando, conseqüentemente, a morosidade e diversos prejuízos possíveis com a aplicação de um diploma legal que trate os integrantes do processo de forma igualitária. Entretanto, a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, é necessário interpretar o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho sob a perspectiva do artigo 15 daquele diploma, tendo em vista a profunda mudança principiológica baseada nos princípios da simplicidade e celeridade. O referido artigo do códex civil preceitua: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL, 2015, p. 348). Dito de outro modo, as referidas normas precisam ser interpretadas conjuntamente com a

finalidade de garantir maior efetividade a tutela jurisdicional acerca de questões trabalhistas sociais.

A promoção da aplicação dos artigos em comento deve ser feita de maneira que os princípios basilares do Estado democrático de direito e as interpretações baseadas nos ditames constitucionais sejam observadas com o intuito de preservar os diferentes ramos jurídicos, mas que fortaleça a unicidade jurídica pátria. O sistema jurídico pátrio é uno e os diferentes ramos do direito devem ser aplicados de maneira harmoniosa com a finalidade de atender os anseios sociais de uma sociedade que está em constante mudança. Assim, aplicar diferentes institutos apenas fortalece a ideia de que o Direito deve se moldar à sociedade e não o contrário.

Dessa forma, não há que se falar em incompatibilidade entre os artigos supracitados, pois a aplicação conjunta das referidas normas na sociedade contemporânea é plenamente plausível. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 deve ser interpretada não somente nos casos de omissão normativa, mas também sob o enfoque das lacunas ontológicas e axiológicas. No mesmo sentido, com a devida maestria, preceitua o Professor Carlos Henrique Bezerra Leite:

Dito de outro modo, a heterointegração dos dois subsistemas (processos civil e trabalhista) pressupõe o diálogo virtuoso do art. 769 da CLT e do art. 15 do NCCP, para permitir a aplicação subsidiária e supletiva do NCCP não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas, também, quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado (BEZERRA, 2016, P.143).

A doutrina conceituou os termos previstos no artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015 com o intuito de viabilizar a compatibilização com art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho. Isto posto, o autor Mauro Schiavi preceitua com sabedoria o seguinte:

a) SUPLETIVAMENTE: significa aplicar a CPC quando, apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa. Nesta situação, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar,

aperfeiçoando e propiciando maior efetividade e justiça ao processo do trabalho. Como exemplos: hipóteses de impedimento e suspeição do Juiz que são mais completas no CPC, mesmo estando disciplinadas na CLT (art. 802, da CLT); ónus da prova previsto no CPC, pois o art. 818 da CLT é muito enxuto e não resolve questões cruciais como as hipóteses de ausência de prova e prova dividida; o depoimento pessoal previsto no CPC, pois a CLT disciplina apenas o interrogatório (art. 848 da CLT), sendo os institutos afins e propiciam implementação do contraditório substancial no processo trabalhista, etc.;

b) SUBSIDIARIAMENTE: significa aplicar o CPC quando a CLT e as leis processuais trabalhistas extravagantes não disciplinarem determinado instituto processual. Exemplos: tutelas de urgência, ação rescisória, ordem preferencial de penhora, hipóteses legais de impenhorabilidade, etc. (SCHIAVI, 2017, p. 158/159).

Desse modo, a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho no caso concreto, deve observar, além de outros preceitos norteadores do direito processual, os princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade, a fim de escolher a norma mais benéfica aplicável à lide processual. De tal maneira, a observância a esses princípios deve ser feita pelo magistrado no momento da adequação da norma ao caso concreto, pois há a constante busca pela efetividade processual e a melhoria da prestação jurisdicional.

O entendimento consistente na aplicabilidade conjunta de diferentes diplomas normativos se baseia na ideia da completude do ordenamento jurídico. No Estado Democrático de Direito, os diferentes métodos interpretativos possuem acentuada relevância, tendo em vista os diversos princípios constitucionais que norteiam o direito na sociedade contemporânea. A prestação jurisdicional perpassa por interpretações oriundas dos jurisdicionados e a possível aplicação de cada entendimento deverá ser feita observando-se, principalmente, o princípio da efetividade.

Dessa forma, sob o fundamento do supraprincípio da dignidade da pessoa humana, a aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador garante efetividade processual acerca de seus direitos sociais. O referido princípio está interligado, na seara processual trabalhista, aos aspectos intrínsecos do trabalhador quanto ao momento da efetiva prestação

jurisdicional social. Ainda sob o aspecto da dignidade da pessoa humana, a Juíza Cinthia Maria da Fonseca Espada conceitua de forma brilhante o seu teor:

O significado de dignidade da pessoa humana está relacionado a uma construção de natureza moral, na qual se insere a ideia de que todo homem, independentemente de quaisquer circunstâncias (como capacidade mental, raça, credo, sexo, ou até mesmo a efetiva conduta digna que a pessoa possa ter) tem um valor intrínseco que lhe é próprio e não pode ser quantificado, nem ser objeto de renúncia (ESPADA, 2007, p. 186).

A partir da interpretação conjunta dos artigos 769 da Consolidação das Leis do Trabalho e 15 do Código de Processo Civil de 2015 e sob o prisma das lacunas ontológicas e axiológicas, com a aplicação da norma mais favorável, há a repressão daqueles que buscam infringir as garantias sociais constitucionais. De modo a ratificar o entendimento ora exposto, expõe Carlos Henrique Bezerra Leite:

Afinal, o nosso ordenamento jurídico guarda em seu patamar mais alto, como verdadeiras cláusulas de direito fundamental, o princípio do direito (norma) mais favorável à pessoa humana (CF, art. 5º, § 2º) e, em particular, o princípio do direito (norma) mais favorável ao cidadão- trabalhador (CF, art. 7º, caput), não havendo distinção constitucional entre normas que contemplam direito material e direito processual (BEZERRA, 2016, p. 149).

Ainda vale mencionar que a autonomia do Processo do Trabalho permanece intacta, de modo que a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 apenas busca aperfeiçoar suas normas com a sociedade atual. De modo parecido, sabiamente, preleciona Mauro Schiavi:

Não queremos defender a desconsideração do processo do trabalho, ou a sua extinção, até mesmo porque o Processo do Trabalho apresenta um procedimento simples, efetivo e que tem obtido resultados satisfatórios, mas sim aperfeiçoá-lo, para que continue efetivo e produzindo resultados satisfatórios (SCHIAVI, 2017, p. 171).

O simples fato da possibilidade do Código de Processo Civil de 2015 ser aplicado à Consolidação das Leis do Trabalho não retira a independência deste e não provoca manifesta contrariedade ao princípio do retrocesso social. Este princípio é uma garantia que a sociedade tem contra possíveis arbitrariedades do legislador que queira retirar direitos conquistados no decorrer dos anos. De tal forma, afirmar que a aplicabilidade do Código de Processo Civil de 2015 em detrimento da Consolidação das Leis do Trabalho viola o princípio em epígrafe é um tanto quanto inadequado. Ao contrário, os referidos diplomas, se aplicados de maneira harmoniosa, possibilitam a evolução processual e a consequente execução de seus institutos de maneira efetiva.

Em conformidade com o entendimento consolidado, cabe reiterar que não há conflito entre as normas ora estudadas, tendo em vista que é plenamente possível a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho no cenário democrático, sob o prisma dos princípios constitucionais. Nesse sentido, o Enunciado n. 66, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, trata do tema da seguinte forma:

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os arts. 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social. (SARAIVA, 2018).

A aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho deve observar os princípios constitucionais e processuais, tendo o juiz um papel fundamental nessa aplicabilidade da norma mais benéfica, sopesando os diferentes norteadores principiológicos a fim de garantir a efetiva tutela jurisdicional satisfativa. Ao propiciar a possibilidade de utilização do Código de Processo Civil de 2015 pelo magistrado do trabalho nos

molde do presente artigo, há a efetiva ratificação do princípio da segurança jurídica, pois a fundamentação de suas decisões deverá ser fundamentada além dos ditames previstos no artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho. De tal forma, pelo fato da lei ser de conhecimento geral, conforme artigo 3º da Lei de Introdução as Normas Brasileiras, a segurança jurídica resta evidenciada quanto à fundamentação pautada em preceitos contidos no Código de Processo Civil de 2015, observadas as devidas condições.

Desse modo, aplicar o Código de Processo Civil de 2015 nos casos de compatibilidade, omissão (sentido amplo), supletividade e subsidiariedade se torna uma tarefa que possibilita a mudança do Estado para um patamar jurisdicional-social contemporâneo, ou seja, há o atendimento aos preceitos constitucionais e processuais com a posterior evolução dos institutos previstos nos diplomas em epígrafe para adequá-los à sociedade.

3 Aplicabilidade do CPC em casos não omissos

A ideia de se aplicar o Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho nos casos de omissão legislativa, seja normativa, ontológica ou axiológica, é amplamente discutida e aceita na doutrina pátria. De tal forma, aplicar o Código de Processo Civil de 2015 se demonstra, por diversas vezes, uma medida necessária para o pleno prosseguimento do Processo Trabalhista. Desta feita, a aplicabilidade harmoniosa dos diplomas ora citados nos casos de omissão e compatibilidade (art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho) e, também, nas hipóteses de aplicação supletiva e subsidiária (art. 15 do Código de Processo Civil de 2015) é de suma importância para a garantia de direitos sociais.

Entretanto, no Direito do Trabalho, temos vários princípios específicos aplicáveis ao caso concreto com a finalidade de proceder ao garantismo social. O Estado social busca por meio de diretrizes legislativas proceder à aplicação de normas efetivas e benéficas à parte hipossuficiente na relação de trabalho a fim de manter o equilíbrio processual e material das partes.

Isto posto, há a possibilidade de aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho além dos casos supramencionados, desde que haja a observância ao princípio da norma mais benéfica.

De modo a compreender o alcance do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, há duas linhas de interpretação para delimitar ou abranger sua aplicação. A primeira é chamada de interpretação restritiva que apresenta a ideia de que só é possível aplicar o Código de Processo Civil de 2015 nos moldes do que está estritamente positivado no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, só é possível a aplicação do referido Código se houver omissão normativa, bem como compatibilidade. Por outro lado, há a interpretação evolutiva que se baseia na aplicação do Código de Processo Civil de 2015 em casos não omissos, mas que atribui maior efetividade ao processo. O autor Mauro Schiavi apresenta os conceitos das referidas linhas de interpretação com maestria:

Há duas vertentes de interpretação sobre o alcance do art. 769 da CLT. São elas:

- a) restritiva: somente é permitida a aplicação subsidiária das normas do Processo Civil quando houver omissão da legislação processual trabalhista. Desse modo, somente se admite a aplicação do CPC quando houver a chamada lacuna normativa. Essa vertente de entendimento sustenta a observância do princípio do devido processo legal, no sentido de não surpreender o jurisdicionado com outras regras processuais, bem como na necessidade de preservação do princípio da segurança jurídica. Argumenta que o processo deve dar segurança e previsibilidade ao jurisdicionado;
- b) evolutiva (também denominada sistemática ou ampliativa): permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho quando houver as lacunas ontológicas e axiológicas da legislação processual trabalhista. Além disso, defende a aplicação da legislação processual civil ao processo do trabalho quando houver maior efetividade da jurisdição trabalhista. Essa vertente tem suporte nos princípios constitucionais da efetividade, duração razoável do processo e acesso real e efetivo do trabalhador à Justiça do Trabalho, bem como no caráter instrumental do processo (SCHIAVI, 2017, p. 163).

Desse modo, alinhando-se com a interpretação evolutiva, mesmo que o Código de Processo Civil de 2015 seja aparentemente incompatível com o Processo do Trabalho, será possível usá-lo desde que tenha em seu escopo norma que possibilite maior efetividade ao processo do trabalho e benefício à parte hipossuficiente. O Código de Processo Civil de 2015 poderá ser usado nos casos mais benéficos ao trabalhador, tendo em vista que o referido diploma não é específico das relações trabalhistas e, por consequência, as normas mais benéficas serão pontuais, sem riscos à independência do Processo do Trabalho.

Em observância à completude do ordenamento jurídico brasileiro, preza-se, em regra, pela compatibilidade entre os diplomas legais para a aplicação de suas normas. Por outro lado, se observamos o princípio da norma mais favorável, torna-se imprescindível a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 em detrimento à Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo que aquela seja aparentemente incompatível com esta. Assim, de maneira a harmonizar os entendimentos expostos no presente artigo, aplicar-se-á o Código de Processo Civil de 2015 nos casos de incompatibilidade com a Consolidação das Leis do Trabalho, desde que haja a melhoria da efetividade quanto à condição material-processual do trabalhador. Nesse mesmo sentido, Mauro Schiavi preceitua com propriedade:

Assim como o Direito Material do Trabalho adota o princípio protetor, que tem como um dos seus vetores a regra da norma mais benéfica, o Direito Processual do Trabalho, por ter um acentuado grau protetivo, e por ser um direito, acima de tudo, instrumental, com maiores razões que o direito material, pode adotar o princípio da norma mais benéfica, e diante de duas regras processuais que possam ser aplicadas à mesma hipótese, escolher a mais efetiva, ainda que seja a do Direito Processual Civil e seja aparentemente contrária à CLT (SCHIAVI, 2017, p. 167).

Neste diapasão, reitera-se que não existe conflito entre os dispositivos ora estudados, devendo essas normas serem interpretadas de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e a sociedade contemporânea. É imprescindível que haja harmonia entre os diferentes diplomas processuais,

observadas as devidas peculiaridades, pois eles fazem parte da unicidade jurídica que se baseia na completude do ordenamento jurídico prezando pela coerência na aplicação das normas. Por isso, a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 nos casos incompatíveis, porém benéficos à parte hipossuficiente da relação trabalhista se demonstra em conformidade com os preceitos basilares do Estado democrático de direito, tendo os operadores do direito a tarefa de adequar a norma ao caso concreto.

A aplicabilidade de norma aparentemente contrária à Consolidação das Leis do Trabalho, porém benéfica ao trabalhador é enquadrada sob a ótica da Teoria da Incompatibilidade Aparente. A referida teoria tem por escopo viabilizar a efetividade do Processo do Trabalho, qual seja, obter o melhor resultado possível para o devido prosseguimento do processo e seu posterior arquivamento. De tal maneira, se mostra de suma importância conceituar a teoria em análise para o devido esclarecimento no âmbito processual trabalhista. Sendo assim, a Teoria da Incompatibilidade Aparente é aquela em que a norma aparentemente incompatível com o Processo Trabalhista seja aplicada neste se houver observância ao princípio da norma mais benéfica e, ainda, se a referida aplicação da norma garantir maior efetividade ao processo.

4 Considerações finais

No Estado Democrático de Direito se mostra cada vez mais importante apresentar diversas interpretações acerca de normas materiais e processuais com a finalidade de adequá-las aos diversos casos concretos e complexos existentes na sociedade. Desse modo, compatibilizar os diplomas processuais é de suma importância para a possibilidade de abstração do real sentido da norma em consonância com os princípios basilares do direito.

O presente artigo buscou apresentar a possibilidade da aplicabilidade dos artigos 15 do Código de Processo Civil de 2015 e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho de forma harmoniosa sob o enfoque de diferentes

omissões a fim de viabilizar uma interpretação que seja adequada aos anseios sociais, tendo em vista os princípios constitucionais-processuais e a completude do ordenamento jurídico. Por outro lado, também objetivou-se apresentar a Teoria da Incompatibilidade Aparente, qual seja a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 nos casos aparentemente incompatíveis com o Processo do Trabalho, porém benéficos ao hipossuficiente trabalhista.

A aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ao Direito Processual Trabalhista não descaracteriza sua autonomia, mas pelo contrário, reafirma sua independência com base na possibilidade de aplicação de outros dispositivos de maneira secundária ao processo em referência. Isto posto, o Processo do Trabalho, pelo fato de ter diversas lacunas (sentido amplo), necessita do complemento do processo comum.

Com o intuito de compatibilizar os entendimentos aqui expostos, a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 na seara processual trabalhista deverá ocorrer de maneira harmoniosa. Dessa forma, o Código de Processo Civil de 2015 apenas será aplicado se observar, primeiramente, a existência de omissão (normativa, ontológica ou axiológica) ou a lei processual trabalhista não for completa (aplicação supletiva) e, ainda, cumulativamente, se for compatível ou não houver a previsão de determinado instituto processual trabalhista (aplicação subsidiária). Entretanto, aplicar o referido regramento de forma sistêmica é um risco para a efetividade do Processo do Trabalho. A norma para ser aplicada de maneira efetiva precisa ter seu alcance abstrato concretizado de maneira plena, isto é, ser aplicada aos diferentes casos existentes de forma que a sua essencialidade seja evidenciada. Destarte, a Teoria da Incompatibilidade Aparente visa garantir a efetividade do Processo do Trabalho com a aplicação de normas aparentemente contrárias à Consolidação das Leis do Trabalho, mas que, se vistas em sua essência, possibilitam ao trabalhador alcançar o bem da vida de forma razoável. É imprescindível que o alcance da efetividade seja feito na exata medida dos direitos devidos ao trabalhador, conforme assinala o magistrado Jorge Luiz Souto Maior:

Assim, é preciso que se visualize o processo do trabalho como um instrumento voltado para a aplicação de um direito material que protege o trabalhador. Não se está querendo dizer com isso, obviamente, que o processo deva servir para conferir ao trabalhador um direito que ele não possua, mas que o processo deve ser eficiente para proporcionar ao trabalhador aquilo que é o seu direito (SOUTO MAIOR, 1999, p. 67).

A referida teoria surge para orientar os aplicadores do direito quando se depararem com institutos processuais distintos e aparentemente contrários. Desse modo, se observada a norma ilusoriamente contrária ao Processo do Trabalho com a aplicação das devidas adaptações principiológicas processuais trabalhistas, a efetividade poderá ser evidenciada e, conseqüentemente, a norma poderá ser aplicada de maneira que enalteça a condução do processo da forma mais efetiva e razoável possível.

As omissões sempre irão existir, tendo em vista que a legislação pátria não pode prever, mesmo que de maneira abstrata geral, todas as possibilidades de conflitos na sociedade. O estudo e discussão acerca das possibilidades de preenchimento das omissões existentes no direito pátrio se torna imprescindível para que o Direito possa se adequar à sociedade. Além da ampla aceitação do preenchimento das omissões normativas, ontológicas e axiológicas, é imprescindível mencionar que a efetividade processual é um dos maiores desafios no âmbito jurisdicional pátrio, modo pelo qual a aquiescência e aplicabilidade da Teoria da Incompatibilidade Aparente se torna um tanto quanto admissível no processo do trabalho.

Por fim, para adequar os institutos de maneira harmoniosa observando o supraprincípio da dignidade da pessoa humana e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é essencial que se observe os ditames no escopo dos artigos 15 do Código de Processo Civil de 2015 e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho e, posteriormente, se observada a incompatibilidade ilusória entre as normas, o operador do direito deverá se basear na efetividade que a norma mais benéfica poderá propiciar ao caso concreto. De toda forma, a Teoria da Incompatibilidade Aparente tem como premissa básica a garantia da tutela jurisdicional de maneira

satisfativa com observância aos preceitos básicos do Estado Social Democrático de Direito.

Referências

BATTEZINI, Andy Portella e REGINATO, Karla Cristine. A Crise dos Direitos Sociais: Uma Análise sob a Perspectiva da Reserva do Possível e da (i)legitimidade do Poder Judiciário. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Edição 30, p. 81-92. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?page_id=2961>. Acesso em: 28 maio 2018.

BEZERRA, Carlos Henrique. **CPC, Repercussões no Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMILO, Adélia Procópio; BONACCORSI, Amanda Helena Azeredo. O conflito de competência no Código de processo civil de 2015 e seus possíveis reflexos no processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 63, n. 95, p. 199-209, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/129811>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. **Manual para Elaboração e Apresentação dos Trabalhos Acadêmicos**: padrão Newton Paiva. Elaborado pelo Núcleo de Bibliotecas. Coordenadora Elma Aparecida de Oliveira: Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <https://www.newtonpaiva.br/system/file_centers/archives/000/000/175/original/manual_biblioteca_newton.pdf?1466508943>. Acesso em: 03 out. 2017.

CORRÊA, Antônio de Pádua Muniz. **Processo do trabalho**: força dominante versus NCPC, força auxiliar. São Paulo: LTr, 2017.

CUNHA NETO, Adhemar Prisco da. Aspectos da aplicação do processo comum ao processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 31, p. 145-165, jul./dez. 2007. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/105310>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. O princípio protetor do empregado e a dignidade da pessoa humana. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 30, p. 185-202, jan./jun. 2007. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/104315>>. Acesso em: 24 maio 2018.

FERNANDES, Suzidarly Ribeiro Teixeira. Aplicação subsidiária e supletiva do novo Código de processo civil ao processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, DF, v. 20, n. 1, p. 134-139, ago. 2016. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/99300>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HISSA FILHO, Hélio Barbosa. A aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC ao processo do trabalho e o artigo 796 da CLT. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, DF, v. 20, n. 1, p. 106-109, ago. 2016. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/99302>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, SP, v. 40, n. 157, p. 129-137, maio/jun. 2014. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/96210>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

MESSA, Élisson. **Processo do Trabalho para Concursos**. 4. ed. rev. e atual: Salvador: JusPodivm, 2017.

NOVAES, Maria Doralice. O artigo 15 do CPC/2015 e sua repercussão no ramo especializado do processo do trabalho. Article 15 of CPC/2015 and the repercussion regarding the specialized branch on labor procedure. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 61, n. 92, p. 203-211, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/103902>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PISTORI, Gerson Lacerda. A efetividade como um princípio orientador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 13, p. 42-52, out./dez. 2000. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/111633>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

RANGEL, Douglas Eros Pereira. Efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível: uma análise sob a ótica do neoconstitucionalismo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 52, n. 82, p. 87-102, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/74484>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI Aryanna. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI Aryanna; TONASSI, Rafael. **CLT Consolidação das Leis do Trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A efetividade do processo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 13, p. 34-41, out./dez. 2000. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/111632>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito processual do trabalho como instrumento de efetivação do direito material. **Revista do IGT Instituto Goiano de Direito do Trabalho**, p.67 - 67, 1999. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaiorm.com/justiccedilado-trabalho.html>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

ZANELLA, Eduardo Benedito de Oliveira. A razoável duração do processo e os meios que assegurem a celeridade: LXXVIII do art. 5. da Constituição da República. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 36, p. 211-237, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/104787>>. Acesso em: 30 maio 2018.

Capítulo 10

A (i)legalidade da condução coercitiva no direito brasileiro

Wesley Araújo Liberato

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

A condução coercitiva está inserida no ordenamento jurídico brasileiro no Código de Processo Penal, em seu artigo 260, que traz as situações em que seria cabível a utilização da medida. Esse instituto é anterior à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve um alargamento do rol de garantias do indivíduo que figura como acusado no processo criminal.

Atualmente, há dúvidas em relação à constitucionalidade da condução coercitiva nos exatos moldes da norma trazidos pelo artigo 260 do Código de Processo Penal, se este encontra-se alinhado com a nova sistemática jurídica vigente no Brasil, principalmente em relação aos limites a serem observados quando da condução forçada do imputado.

No presente trabalho busca-se esclarecer quanto a possibilidade da mentida em relação ao acusado que devidamente intimado para o interrogatório não comparece em juízo injustificadamente. Será realizado um estudo desde elementos históricos no primeiro capítulo, assim como do interrogatório no ordenamento jurídico, sua natureza jurídica que é de vital importância para se delinear os limites que podem atingir a condução forçada.

Em capítulo seguinte foi abordado a condução coercitiva e fatores relacionados à sua legalidade, para posteriormente trazer apontamentos doutrinários acerca do tema assim como o recente posicionamento da Supremo Tribunal Federal em relação ao instituto.

Prontamente, o estudo perpassa, em linhas gerais, pela excepcionalidade da medida, cabendo, de fato, em um número de casos menor que aqueles comumente trazidos pela legislação. Entretanto, para que o problema metodológico posto possa ser resolvido, torna-se necessário pesquisar, de forma individualizada, a possibilidade de utilização da condução coercitiva do acusado quando da produção das provas no processo penal, bem como os requisitos formais mínimos a serem respeitados pela decisão que a ordenar.

A grande questão, refere-se ao fato de que a Constituição Federal de 1988 não tratou especificamente da condução coercitiva, apenas aumentou o rol de garantias do acusado, sendo assim, uma análise crítica do instituto configura medida necessária para a correta aplicação do processo penal pátrio.

Com isso, para uma resposta quanto ao questionamento acerca da possibilidade de o juiz ordenar a condução forçada do acusado recalcitrante realiza-se ao longo do trabalho uma pesquisa jurídico-teórica, tomando-se por base ensinamentos de doutrinadores, a própria legislação pertinente e a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2 Apontamentos históricos sobre a condução coercitiva

A condução coercitiva remonta às ordenações Filipinas, em que os oficiais de justiça podiam conduzir as testemunhas e réus resistentes à força ou “debaixo de Vara”, termo utilizado à época. No direito português a Vara era o símbolo dos juízes ordinários e dos juízes de fora. Demonstrava a autoridade, determinava o Código Filipino que os juízes ordinários teriam varas vermelhas e os de fora varas brancas. O Código de Processo Criminal dos impérios, 1832 aduzia que as testemunhas que sem justo

motivo, tendo sido citadas, não comparecessem, seriam conduzidas de baixo de vara e sofreriam a pena de desobediência.

No século XX essa terminologia caiu em desuso no que se refere à condução forçada e passou a designar o local onde acontecem as funções judicantes, significando então a sala em que acontecem as audiências com o juiz.

Porém, o instituto da “**condução sob vara**” permaneceu no CÓDIGO DE PROCESSO PENAL de 1941, com a finalidade original, mas outra formulação. De fato, de acordo com o art. 218 do Código de Processo Penal: Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou **determinar seja conduzida por oficial de justiça**, que poderá solicitar o auxílio da força pública. (ARAS, 2013).

A condução coercitiva, então, evoluiu, e passou a ser estendida a toda e qualquer indivíduo notificado ou intimado, que permanecesse resistente ao comparecimento ao ato ou audiência designada pelo Ministério Público. A Lei Orgânica do MP permite a seus membros requisitarem a condução coercitiva.

Essa modalidade é a mais comum que permitem a condução forçada de vítimas, peritos, testemunhas e declarantes que não compareçam à audiência sem justo motivo. Em relação à pessoa do réu o instituto está previsto no artigo 260 do Código de Processo Penal, Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. (BRASIL, 1941). Outra espécie de condução coercitiva conhecida é a condução coercitiva autônoma, que deriva do poder geral de cautela dos magistrados.

A condução coercitiva **autônoma** - que não depende de prévia intimação da pessoa conduzida - pode ser decretada **pelo juiz criminal competente**, quando não cabível a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL), ou quando desnecessária ou excessiva a prisão temporária, sempre que for indispensável reter por algumas horas o suspeito, a vítima

ou uma testemunha, para obter elementos probatórios fundamentais para a elucidação da autoria e/ou da materialidade do fato tido como ilícito. (ARAS, 2013).

Nesse ponto encontra-se a polemica referente à condução coercitiva, e é o tipo mais moderno de se conduzir debaixo de vara, tendo em vista que a pessoa do acusado ou depoente não foi notificado ou intimado, mas ao contrário o ato traduz-se em surpresa. É cabível quando inadequadas ou desproporcionais a prisão preventiva ou a temporária. Destaca-se que uma vez expedido o mandado esse deve ser cumprido sem exposição pública do ofendido.

3 O interrogatório do réu no processo criminal

O interrogatório é fase em que o suposto autor do crime tem a oportunidade de se pronunciar na persecução penal, podendo assim relatar a sua versão dos fatos e querendo exercer a autodefesa. (TAVORA; ALENCAR, 2017). Nesse momento o interrogado poderá, além de apresentar os fatos como mencionado acima, indicar a provas que deseja produzir, confessar, delatar outros autores, apresentar teses que entenda viável à sua defesa e até valer-se do direito, constitucionalmente garantido, ao silêncio.

Acerca da natureza jurídica dessa fase da persecução penal a doutrina apresenta variadas posições, as quais passa-se a discorrer a seguir.

A) Interrogatório como meio de Prova: o Código de Processo Penal adota essa corrente que considera o interrogatório como meio de prova, tendo em vista que o inseriu no capítulo III do título VII destinado às provas em Espécie. (TAVORA, ALENCAR, 2017).

B) Interrogatório como meio de defesa: essa corrente embora não seja a adotada pelo Código, é a que mais cresce, visto que é possível ao acusado invocar o Direito ao silêncio sem que isso represente confissão, e sem nenhum prejuízo à culpabilidade. Outro fator que corrobora para com presente posicionamento é fato de que o interrogado poderá relatar, em

defesa própria, os fatos ocorridos à sua maneira, o que é considerado um mecanismo de autodefesa. Há na doutrina, estudiosos que aduzem ser direito do acusado, inclusive mentir para se eximir da imputação. Dentre os autores que defendem essa tese inclui-se: Ada Pellegrini, Scarance Fernandes, Gome Filho, Tourinho, Távora e Alencar. Partidários dessa corrente admitem que o interrogatório é de fonte de prova, mas não deve ser inserido como prova em espécie. Duas consequências resultam dessa corrente, primeira: ao ser considerado meio de defesa, o interrogatório se liga ao princípios constitucional correlato e impede reflexos do exercício do direito ao silêncio na culpabilidade, segundo evita-se a condução coercitiva, visto ser ilegal constranger alguém, mesmo que devidamente intimado, a produzir prova contra si, pois a ausência nada mais é que expressão do direito de autodefesa. (TAVORA; ALENCAR, 2017).

C) Interrogatório como Meio de Prova e Meio de Defesa: segundo defende essa corrente, o interrogatório tem natureza híbrida, mista. Justifica-se em razão das prerrogativas dispensadas ao interrogado, quais sejam direito de silenciar e o de apresentar duas versões acerca dos fatos – meios de defesa. Além disso ainda conta como meio de prova, uma vez que juiz, advogado e acusação farão perguntas com vistas a esclarecer os fatos. São defensores dessa corrente Mirabete, Denílson Feitosa Pacheco, além de ser entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. (TAVORA; ALENCAR, 2017).

D) Por fim a última corrente que entende o interrogatório como meio de defesa em primeiro lugar e subsidiariamente como meio de prova: aqui há uma gradação em relação ao enquadramento do interrogatório. Entende-se, logo, que o interrogatório é meio de defesa mas que em um segundo momento pode se apresentar como meio de prova. Defende essa posição Guilherme de Souza Nucci, aduz o referido autor que, uma vez tendo a Constituição assegurado ao Réu do direito ao silêncio, o interrogatório é meio de defesa, pois o primeiro impulso seria calar-se para defender-se já que disso não resulta nenhum prejuízo. Em segundo momento pode-se, segundo o mesmo autor, o interrogatório modelar-se

como meio de prova, caso o interrogado quebre o silêncio e resolva falar. Assim tudo o que disser poderá ser usado no processo como prova, podendo o juiz com base no depoimento condena-lo ou absolve-lo. (TAVORA; ALENCAR, 2017).

Em linguagem técnica, apenas se fala em interrogatório na fase processual, visto que o preso em flagrante ou o indiciado apenas prestam declarações perante a autoridade policial. Assim, o interrogatório acontece somente na presença de uma autoridade judicial, que nas palavras de Renato Brasileiro de Lima se define da seguinte forma:

Interrogatório judicial é o ato processual por meio do qual o juiz ouve o acusado sobre sua pessoa e sobre a imputação que lhe é feita. É a oportunidade que o acusado tem de se dirigir diretamente ao magistrado, quer para apresentar a versão da defesa acerca da imputação que recai sobre a sua pessoa, podendo, inclusive, indicar meios de prova, quer para confessar, ou até mesmo para permanecer em silêncio, fornecendo apenas elementos relativos a sua qualificação. Deve ser conduzido pelo magistrado de maneira neutra, imparcial, equilibrada e serena. Por consequência, por mais pueril que possa parecer a versão apresentada pelo acusado, o magistrado não pode confrontá-lo com veemência, sugerindo que sua versão seria inverossímil e falsa. Não é este o momento para a avaliação da prova produzida no curso da audiência una de instrução e julgamento. Na verdade, o interrogatório é o momento oportuno tão somente para que o acusado exerça o seu direito de autodefesa. Logo, se o magistrado se contrapor ao acusado em seu interrogatório judicial, por vezes qualificando-o de mentiroso, este verdadeiro prejulgamento do feito dará ensejo ao reconhecimento da nulidade absoluta do referido ato, seja em face de evidente constrangimento ao exercício da autodefesa, seja por conta da violação à garantia da imparcialidade. (LIMA, 2017, p. 953).

Em relação ao momento procedimental para a realização do interrogatório, antes da reforma processual, deveria ocorrer ao ser recebida a queixa ou a denúncia. Entretanto com a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, ocorreram modificações no Código de Processo Penal, seguindo o que já previa a Lei dos Juizados Especiais Criminais, o interrogatório passou a ser realizado ao final da instrução processual. (LIMA, 2017).

A lei mencionada alterou o artigo 400 do Código de Processo Penal, passando a prever que o interrogatório deve acontecer no máximo em 60 dias em uma audiência de instrução e julgamento, em que será oportunizado ao réu prestar suas declarações. Nesta mesma audiência serão inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, exatamente nessa ordem, ressalvado o disposto no art. 222 do Código de Processo Penal, bem como os esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (LIMA, 2017).

A realização do interrogatório não é uma mera liberalidade da autoridade judicial, mas antes uma obrigação, que deve ser realizada sob pena de nulidade nós temos do artigo 504, do Código de Processo Penal. Nulidade esse que ocorre em razão da supressão arbitrário do ato, que representa a retirada do direito de autodefesa do réu, o que frontalmente fere os princípios do Contraditório e da ampla defesa. Destaca-se em relação à nulidade; caso o réu devidamente intimado, que decidir não comparecer, frustrando assim o interrogatório, esse ato não será atingido pela nulidade. (TAVORA; ALENCAR, 2017). Em relação ao Tribunal do Júri o interrogatório também passa a ser realizado após a colheita de toda a prova oral, seja na primeira fase (Código de Processo Penal, art. 411, caput), seja no plenário do júri (Código de Processo Penal, art. 474, caput). (BRASIL, 2016).

3.1 Os Sistemas Processuais Penais

A origem dos institutos dizem muito a seu respeito. E para se entender a dinâmica adotada pelo atual Código de Processo Penal faz-se necessário um estudo dos sistemas processuais, retrocedendo à sua criação. Entretanto frisa-se que não há um sistema puro, todos sofrem influência de outros e assim um complementa o outro. Assim, a depender do princípio que irá orientar o Código de Processo Penal este pode assumir um caráter inquisitivo, acusatório e misto. Estrutura processual tem como

objetivo primordial evitar o arbítrio Estado, alinhando o processo aos preceitos Constitucionais.

3.1.1 Sistema Inquisitivo

A característica marcante desse sistema processual, reside no fato de que não há garantia de contraditório e ampla defesa. As funções estão concentradas em uma única figura - o juiz. Logo, o mesmo que acusa, é quem defende e por fim sentencia. (TAVORA, ALENCAR, 2017). Foi muito utilizado no Direito Canônico, no século XIII, tendo se propagado pela Europa, tendo sido utilizado em processos até o século XVIII. (LIMA, 2016).

Também conhecido como inquisitório, esse instituto é marcado pela mitigação de direitos e garantias individuais, sob o pretexto de proteção à coletividade (TAVORA, ALENCAR, 2017). Os defensores desse modelo, atualmente consubstanciado na teoria do Direito Penal do inimigo, justificam a pretensão punitiva do Estado com lastro na necessidade de não se permitir excessivas garantias sob pena de ver frustrada a eficácia processual.

Apresentando como pano de fundo a necessidade de garantir a segurança, a efetividade da prestação jurisdicional, nesse sistema o réu atua não como sujeito de direitos, mas como mero figurante, sujeitando-se a todas as decisões a seu respeito sem direito de defesa.

3.1.2 Sistema Acusatório

Esse é o sistema adotado no Brasil e tem origem no direito grego. Aqui tem-se o Ministério Público como titular da Ação Penal. A Constituição Federal de 1988 deixou clara a opção por esse sistema que tem como característica marcante a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, que são exercidas por indivíduos distintos. É também relevante frisar que nesse sistema o contraditório a ampla defesa e a publicidade dos atos são requisitos para a validade do processo. Além disso, o órgão

jugador deve ser imparcial e a forma de apreciação das provas segue o modelo de livre convencimento motivado. (TAVORA; ALENCAR, 2017). Assim, o Sistema Acusatório se distingue do Sistema Inquisitório pela forma em que é tratado o réu e demais sujeitos processuais, inclusive no que concerne à gestão das provas.

3.1.3 Sistema Misto ou Acusatório Formal

Esse sistema tem origem na revolução francesa, com a disseminação de movimentos político-sociais a partir do século XVIII, o sistema inquisitorial passa a sofrer alterações com as modificações napoleônicas, que instalou o sistema misto. Embora seja um modelo novo, ele traz elementos dos outros dois sistemas que surge com *Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808, em razão disso ficou também conhecido como sistema Francês

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade. (LIMA, 2017, p. 16).

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor doutrinadores e juristas entendiam que o sistema adotado por ele era misto. Na fase de inquérito policial aplicava-se o sistema inquisitorial, e após iniciado o processo aplicava-se o sistema acusatório. Com a Constituição Federal de 1988 que expressamente determinou que as funções de acusar, defender e julgar devem estar separadas, além de garantir amplamente o direito de ampla defesa e contraditório reverberando no princípio da não culpabilidade, reconhece-se que estamos sob o viés do sistema acusatório. (LIMA, 2017).

Ressalta-se, porém, que não se trata de sistema acusatório puro, levando-se em consideração que o Código de Processo Penal se inspira no

modelo italiano fascista. Assim, o Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz da atual Constituição brasileira.

3.2 Interrogatório após a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 de forma contrária ao Código de Processo Penal, elevou e garantiu princípios de proteção aos indivíduos. Sendo o marco do processo de redemocratização, fincou a posição de Estado democrático de direito. E mais, a Constituição Federal de 1988 fez ressurgir no país ideias voltadas à esfera social, que tiveram início nas revoluções do final do século XVIII, emergindo ideais de igualdade, liberdade e fraternidade contra um modelo de governo cujas bases eram mais rígidas. (FERNANDES, 2012).

Traz logo na parte inicial, um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais, que irão prevalecer em todo o texto Constitucional além de nortear a produção legislativa do País, embasado a atuação de todos os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Retornando ao conteúdo do Código de Processo Penal, nota-se que a Constituição tratou de garantir a proteção dos indivíduos frente ao poder do Estado. No artigo 5º, LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 2016), foi firmada a presunção de inocência, liquidando de vez com os preceitos de Manzini, penalista italiano, sobre a presunção de culpabilidade. Segundo essa teoria seria impossível existir uma Ação Penal contra uma pessoa inocente, visto que ninguém acusaria alguém livre de culpa, assim o réu já seria presumivelmente culpado. (OLIVEIRA, 2008).

O devido processo legal (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LIV), por sua vez, aparece como uma forma de igualar os dois lados da ação penal, buscando equilibrar os dois lados da balança ao diminuir a vantagem de um Estado que ao mesmo tempo em que investiga também acusa. (OLIVEIRA, 2008). A previsão Constitucional segundo a qual é obrigatória a motivação da decisão do juiz, (Constituição Federal de 1988, art. 93, IX),

tem como objetivo principal a facilitação da defesa do réu, tanto no que diz respeito à impugnação das decisões, quanto do controle externo sobre as mesmas.

Há vedação de provas obtidas por meios reconhecidamente ilícitos, de modo que agora o indivíduo recebe mais uma proteção contra a utilização desses meios de forma indiscriminada pelo Estado na busca da obtenção da verdade real, reafirmando o respeito às regras postas ao longo do processo.

Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988 o Ministério Público passou a ser órgão independente, com uma papel de suma importância que é defender a ordem jurídica, buscando a medida do justo, não cedendo a motivações de cunho político, agindo de forma imparcial, sem o antigo modelo de atuação em que o objetivo era condenar o Réu a qualquer custo. Dessa forma, foram introduzidas no sistema processual penal várias normas, posteriormente, que conflitaram com o Código de Processo Penal vigente. Com isso, vários artigos do Código de Processo Penal perderam a eficácia e vários outros tiveram que ser interpretados à luz da nova Constituição que se impunha.

3.2.2 Interrogatório sob a ótica do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988

O interrogatório do réu está alocado no Código de Processo Penal, na parte reservada às provas, e isso causa contradições doutrinárias acerca da sua natureza jurídica. Assim, por muito tempo foi considerado meio de prova, entretanto recente análise doutrinária passou a considera-lo como mais um meio de defesa do réu em relação às acusações que lhes são imputadas.

O interrogatório sempre foi considerado prova e o réu mero objeto do qual poderia se extrair a verdade que viria a elucidar o processo, hoje a interpretação é outra, houve modificação tanto no modo de realização quanto com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08, mas também a

teoria que embasava sua existência, como uma forma de interpretá-lo à luz do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988. (CAPEZ, 2009).

O teor do artigo constitucional especifica a ampla defesa, que se refere tanto à defesa técnica realizada por advogado, como também de um meio de defesa muito necessário que é o contraditório funcional, capaz de promover a igualdade entre as partes e a imparcialidade do juiz. (CAPEZ, 2009).

Em relação à autodefesa, pode-se dizer que ela é exercida pelo direito que o réu tem ao interrogatório. A autodefesa reveste-se de uma característica marcante que é disponibilidade, visto que o réu pode utilizá-la da forma que melhor lhe aprouver. Dessa forma pode tanto contar a sua versão dos fatos, ou silenciar, sem que isso seja prejudicial à sua defesa. O contrário disso poderá ser considerado cerceamento de defesa. Fernando Capez diferencia a autodefesa subdividindo-a em direito de audiência do direito de presença. No direito de audiência o acusado poderia influenciar na formação do convencimento do juiz por meio do seu interrogatório; já no direito de presença, ele teria o direito de estar presente a todo momento e posicionar-se perante qualquer prova produzida. O autor aduz que:

Ora, sendo o interrogatório o momento processual no qual, por excelência, o sujeito da defesa, o acusado, tem a possibilidade de materializar o seu direito de audiência, influenciando na formação da convicção do órgão jurisdicional através da narração dos fatos consoante a sua versão, torna-se evidente a natureza de meio de defesa do interrogatório. (CAPEZ, 2009, p. 351)

Dessa forma o réu deixa de ser um simples objeto e passa a ser sujeito de direitos. Assim o interrogatório deixa de ser unicamente meio de prova para ser uma forma de se garantir a ampla defesa do acusado. Resta demonstrado que nesse modelo assumido pelo interrogatório os princípios constitucionais e do modelo acusatório se mostram mais presentes do que nunca. Segundo Eugenio Pacelli, “trata-se, efetivamente, de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo.” (OLIVEIRA, 2011, p. 383).

Nesse sentido constata-se que ao realizar-se o interrogatório concilia-se os dois institutos: meios de prova, uma vez que ao ser ouvido em audiência o réu poderá trazer elementos que sirvam para o convencimento do juiz, não sendo a finalidade, assim como é garantido o direito de defesa. Eugenio Pacelli não enxerga como um problema o fato de se dar valoração probatória ao depoimento, mesmo sendo a finalidade principal proporcionar ao acusado o direito de defesa. (OLIVEIRA, 2011).

Para Lopes Jr, o interrogatório serviria como meio de exercício da autodefesa e do contraditório, destacando, entretanto que devem ser vistos à luz da presunção de inocência. Dessa forma, apresenta-se como meio pelo qual o acusado exerce o direito de se defender e mostrar a sua versão dos fatos frente às acusações que lhes são dirigidas, mas o autor vai além dessa percepção, para ele, o interrogatório típico da fase inquisitorial, feito em esfera policial, teria apenas uma função endoprocessual, emergindo como meio para justificar o início ou não do processo, dessa forma não teria qualquer valor como ato de prova. (LOPES JR., 2014).

O autor arremata dizendo que nos demais momentos processuais essa divisão é inútil, se o interrogatório seria um “meio de defesa” ou “meio de prova”, pois apesar dele acentuar a função do interrogatório como um meio de defesa, não exclui o fato dele acabar funcionando como meio de prova, já que ajuda a formar a convicção do juiz. (LOPES JR., 2014).

O Supremo Tribunal Federal em 2008 reconheceu o caráter do interrogatório como meio de defesa, aduzindo que após o advento da Lei nº 10.792/2003, esse passou a ser qualificado como ato de defesa do réu. Diz ainda que o réu além de não ser obrigado a responder a qualquer às perguntas que lhes são direcionadas pelo magistrado processante, não pode sofrer quaisquer restrições em sua esfera jurídica em virtude do exercício, legítimo do direito em se manter m silêncio. (STF, 2008, online). Essas mudanças de paradigma acabam influenciando o procedimento do interrogatório, mais especificamente, sobre a condução coercitiva, que iremos tratar mais adiante.

3.2.3 Interrogatório sob a ótica do art. 5, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988

No tópico anterior discorreu-se sobre o que Aury Lopes Jr., seria o que ele chamou de “defesa pessoal positiva”, segundo o autor trata-se de uma forma de conduzir o interrogatório voltado para a defesa, uma forma possível de o acusado valer-se da ampla defesa. No presente item será tratado de uma forma diversa da anterior, qual seja a “defesa pessoal negativa”, em que o acusado faz *jus* ao direito de permanecer em silêncio sem que disso resulte efeitos negativos ou incorra em qualquer punição pelo uso dessa prerrogativa. Trata-se, tal previsão constitucional de uma arma voltada a resguardar a liberdade do acusado, corroborando com a tese de que o interrogatório seria antes de qualquer coisa um meio de defesa do acusado. (LOPES JR., 2014).

O modelo em que a verdade deve ser alcançada a qualquer custo, ainda que em detrimento do princípio da Dignidade Humana, não se alinha com atual modelo constitucional garantista. Nesse modelo o julgador deve permanecer neutro, imparcial, sem induzir o réu a confessar nem provocar qualquer influência, ou pressão sobre o interrogando. Nesse sentido, como o interrogatório configura-se meio de defesa, ele não pode ser usado para compelir o réu a se auto incriminar.

A conclusão a que se chega em relação ao interrogatório é que pode ser utilizado pelo réu de forma positiva como estudado no tópico anterior ou pode de forma negativa, não estando compelido a participar ou colaborar com as investigações. Lopes Jr. leciona, citando Ferrajoli, que as consequências práticas da defesa negativa do réu seriam: a proibição da tortura espiritual, como a obrigação de dizer a verdade; o direito de silêncio, assim como a faculdade do imputado de faltar a verdade nas suas respostas; a proibição, pelo respeito à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência, não só de extrair a confissão, com violência, senão também de obtê-la mediante manipulações psíquicas através de

drogas ou outras práticas; a consequente negação do papel decisivo das confissões; e por fim, o direito do imputado de ser assistido por defensor no interrogatório, para impedir abuso ou quaisquer violações das garantias processuais. (LOPES JR., 2014).

3.2.4 Alterações promovidas pela Lei nº 11.719/2008

Dentre as leis elaborados com o intuito de adequar o Código de Processo Penal ao novo modelo instituído pela CF/88, destaca-se a Lei 11.719/2008. Embora o intuito quando da elaboração dessas leis fosse afastar o Código de Processo Penal Brasileiro do modelo inquisitório, ressalta-se que não foi possível tirar seu conteúdo autoritário e inquisitorial, exemplo disso é a gestão de provas feita pelo juiz, marcante característica do modelo inquisitorial e que permanece no nosso código mesmo após as modificações realizadas. O grande desafio atual é a compatibilização da Constituição Federal de 1988, que estabelece um modelo processual acusatório, com o modelo Processual Brasileiro revestido em sua maior parte de referências inquisitoriais. Há quem diga que o Código de Processo Penal é uma cópia mal reproduzida do *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (COUTINHO, 2016).

A partir da Lei nº 11.719 de 2008, que veio como um dos resultados do esforço necessário em adequar nosso código aos ditames que a CF/88 inaugurou com sua promulgação, modificou-se alguns procedimentos do interrogatório, dentre essas mudanças, destaca-se a audiência una, nos termos dos artigos 400 e 531 do Código de Processo Penal. Nessa audiência concentra-se atos instrutórios, incluindo interrogatório do réu ao final, resguardadas seu direito a entrevista reservada com seu defensor antes do interrogatório.

Essa alteração modificou substancialmente a ordem em que ocorre o interrogatório, antigamente, no processo ordinário e sumário, ele era o ato inaugural da instrução, acontecendo em audiência isolada, com

posteriores audiências para a oitiva das testemunhas. Após a mudança, todas as provas do processo são produzidas em um único ato. É factível que com essa mudança o objetivo é dar ao Processo Penal característica de procedimento acusatório e ainda mais dar ao interrogatório uma natureza jurídica de meio de defesa do Réu. Como o interrogatório acontecerá apenas no final o réu tem a benesse de falar após conhecer todos os dados da acusação, após ouvir o que todas as testemunhas disseram. Ademais disso, ainda pode se valer do direito de consultar, de forma reservada, seu advogado podendo discutir o teor de suas declarações e quais as melhores estratégias para a sua plena defesa.

Existem vantagens e desvantagens nessa ordem (ouvir o acusado antes ou depois da coleta dos depoimentos). Fornecer ao juiz a sua versão dos fatos, antes de colhidos os depoimentos das testemunhas, permite ao julgador, ao promover a inquirição, conduzir melhor as indagações, sob o ponto de vista da acusação, espelhado na denúncia ou queixa, bem como sob o prisma da auto-defesa, ofertado pelo próprio réu. Porém, quando é ouvido ao fim da colheita da prova, o acusado tem melhores condições de ciente do alegado pelas testemunhas de acusação, em especial, promover a sua autodefesa. Pode, inclusive, optar pelo silêncio, sentindo que a prova da acusação é frágil. (NUCCI, 2010, p. 775).

O Supremo Tribunal Federal quando julgou o HC nº 127.900, de relatoria do ministro Dias Toffoli, em que manifestou concordância com a alteração legislativa, afirmou a alteração do Código de Processo Penal como forma de conseguir dar maior efetividade ao contraditório e a ampla defesa, defendendo sua aplicação inclusive no processo penal militar:

De outra parte, reconheço a plausibilidade jurídica dos argumentos relativos à nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CÓDIGO DE PROCESSO PENALM, art. 302). Isso porque, o Superior Tribunal Militar ao assentar a inaplicabilidade do art. 400 do Código de Processo Penal (redação da Lei nº 11.719/08) ao procedimento especial da Justiça Militar, decidiu contrariamente ao entendimento jurisprudencial da Corte fixado no sentido de que: “a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada

pela Lei nº 11.719/2008, também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69” (STF, 2014, online).

Conclui-se assim, que a opção do Legislador foi em modificar o Código de Processo Penal para um modelo com contornos mais favoráveis ao Réu, reconhecendo seu direito ao contraditório e ampla defesa, além de reafirmar o entendimento do interrogatório como meio de defesa do acusado.

4 (I)legalidade da condução coercitiva

Conforme estudado anteriormente, a natureza jurídica do interrogatório não é mais considerada como sendo meio de prova, mas sim meio de defesa do réu e com isso ao que parece a condução coercitiva torna-se uma prática ultrapassada. Entretanto, do ponto de visto do eficientíssimo, sob a ótica de que para se alcançar um fim útil e para o bem da coletividade um certo atropelamento de direitos individuais é aceitável com vistas à preservação da paz social. O artigo 260 do Código de Processo Penal, inalterado desde a publicação do diploma, traz as seguintes regras em seu corpo:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável. (BRASIL, 1941)

Ressalta-se a importância da delimitação introduzida no corpo legal pelo próprio artigo, tem-se assim um guia que norteará toda a linha de argumentação a ser posteriormente elaborada. Denomina-se Acusado, segundo leciona Norberto Avena, a “pessoa que figura no polo passivo da relação processual penal, a quem é imputada a prática de uma infração

penal e em face de quem se busca seja realizada a pretensão punitiva do Estado”. (AVENA, 2012, p. 107).

O presente trabalho delimita-se ao estudo da condução coercitiva dos acusados, visto que o instituto poderia ser utilizado em outras figuras importantes para deslinde processual, com testemunhas por exemplo, em razão disso é importante frisar que o estudo limita-se aos acusados. A norma legal também é enfática ao determinar a necessidade de prévia intimação para que seja possível a aplicação de posterior condução forçada. Em relação ao mandado de condução, o parágrafo único detalha que este deverá, sempre que possível, guardar os mesmos elementos que o mandado de citação, conforme se lê:

- Art. 352. O mandado de citação indicará: I o nome do juiz;
- II o nome do querelante nas ações iniciadas por queixa;
- III o nome do réu, ou, se for desconhecido, os seus sinais característicos;
- IV a residência do réu, se for conhecida;
- V o fim para que seja feita a citação;
- VI o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer;
- VII a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz. (BRASIL, 1941)

Importante dizer ainda que o artigo 260 menciona um rol exemplificativo de casos que, em tese, seriam passível de determinação da condução coercitiva, trazendo como justificativa, ao final, que a norma se orienta no sentido de permitir que aqueles atos em que se entende imperiosa a presença do acusado possam ser devidamente realizados sem que eventual ausência seja causa de embaraço para o processo. (AVENA, 2012). Já que trata-se de rol meramente exemplificativo, conclui-se que o artigo em comento não esgota a possibilidade de atuação do magistrado. Conduto, nos casos expressos, algumas ponderações fazem-se necessárias.

A exemplo tem-se o reconhecimento, oportunidade em que vítimas e testemunhas, identificam o acusado ou terceiros, mas que também o acusado poderá identificar indivíduo envolvido nos fatos. Com isso tem-se que, se o acusado fora devidamente intimado para o reconhecimento e não

compareceu, e por ser esse ato de presença indispensável, o juiz poderia promover sua presença de maneira forçada. (AVENA, 2012).

Em outros atos, como interrogatório por exemplo, em que o acusado poderá valer-se do direito ao silêncio, a condução forçada perde o objeto, visto que se nada se extrair do acusado, e como se ausente estivesse. Para Aury Lopes Junior, a garantia inserta pelo princípio *nemo tenetur se detegere*. Determina que “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório”. (LOPES JR., 2015, p. 101). Detalhando o tema, ensina o autor que este princípio tem expressão máxima nos artigos 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, 186 do Código de Processo Penal e 8.2, letra g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (LOPES JR., 2015, p. 101).

Em relação à condução forçada do acusado, formalmente intimado, que não atende à determinação mandamental do juiz, poderia ter por justificativa, a necessidade lógica de presença do acusado para que seja reconhecido por quem deva reconhecê-lo, noutra giro, pelo fato de o ato de prova envolver, muitas vezes, indivíduos que não mantêm relação com o processo em andamento, sendo a manifestação da vontade do acusado um elemento essencial para que o magistrado delibere acerca da necessidade de repetição do ato ou, em face da recusa do imputado, resguardado pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, pode levar a conhecimento do órgão de acusação e demais interessados que o meio de prova pleiteado tornara-se inviável. (AVENA, 2012).

Dessa forma, se, intimado o acusado, este, de forma tempestiva, manifestar-se nos autos afirmando a recusa à colaboração do ato, não faria sentido, posteriormente determinar sua condução coercitiva. No caso do interrogatório, para Fernando da Costa Tourinho Filho, é ato processual “por meio do qual o Juiz ouve do pretense culpado esclarecimentos sobre a imputação que lhe é feita e, ao mesmo tempo, colhe dados importantes para o seu convencimento”. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 295). Como já

mencionado em páginas anteriores o interrogatório é de extrema importância para o sistema acusatório, o próprio Código de Processo Penal aduz ocorrer nulidade quando, presente o acusado, a ele não for oportunizado o interrogatório:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa; (BRASIL,1941)

Partindo do conteúdo inserido no Código de Processo Penal pelo artigo acima, tem-se que a nulidade configura obstáculo a ser superado no tramite processual, o próprio artigo ressalta que o interrogatório torna-se obrigatório para o réu que se apresenta ao juízo. Nessa linha de raciocínio, Tourinho Filho aduz que, por ser faculdade do exercício de defesa do acusado, sua ausência quando determinado o interrogatório não abre espaço à condução coercitiva. Pois o interrogatório nada mais é que meio de defesa do acusado.

Ausentando-se deliberadamente do interrogatório, cabe ao magistrado apenas fazer constar que o acusado optou por meio de defesa a ausência. Caso, oportunizado, este se recuse a participar, o julgador deverá constar a escolha como mera linha de defesa, sem que de tal situação decorra alguma consequência negativa ao acusado. Aury Lopes Jr. (2015) e Avena (2012) são enfáticos ao defenderem a facultatividade da presença do acusado assim como a realização de seu interrogatório.

Em se tratando do direito ao exercício de defesa pelo acusado, conclui-se que o imputado, quando intimado, para unicamente prestar interrogatório no processo penal, tem o direito a não comparecer, não podendo então ser conduzindo forçosamente, sem que dessa postura possa resultar quaisquer prejuízos processuais.

Sintetizando a argumentação trazida neste tópico, entende-se que a condução coercitiva apenas apresenta-se legal, quando há necessidade de reconhecimento, e desde que o acusado tenha sido devidamente intimado.

No que diz respeito ao interrogatório, ainda que previamente intimado, poderá o acusado livremente ausentar-se sem que de tal postura derive qualquer sanção por parte do magistrado, devendo interpreta-se a falta como exercício de defesa.

4.1 Garantismo x efficientismo

É obrigação do Estado a proteção dos direitos individuais, assim na prestação de seu dever penal há de se ter sempre em vistas essa garantia, uma vez que de nada adianta essa proteção se ela não se realiza de uma maneira efetiva, ampla e concreta. Segundo leciona Trois Neto: “a insuficiência dos meios para que a proteção penal de bens jurídicos possa se realizar ameaçaria os direitos fundamentais tanto quanto a violação direta de posições jurídicas das vítimas pelo próprio Estado”. (TROIS NETO, 2011, p. 60).

Um das linhas de pensamento desse modelo de efficientismo penal seria a busca pela verdade real, que por muitas vezes acaba por justificar algumas das mais cruéis violações aos direitos fundamentais do indivíduo. Por muito tempo, esse modo de desvendar os crimes mais parecia uma competição em que aquele que obtivesse a melhor prova, vencia-o. Nesse contexto o papel do juiz apresentava-se desvirtuado, visto que abrangia critérios aleatórios, o magistrado não estava preocupado em tomar conhecimento da verdade dos fatos, mas apenas apurar qual parte havia se saído melhor durante o processo. O vitorioso valia-se da verdade documentada o que nem sempre relacionava-se com a realidade ou com a justiça. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Após o iluminismo, modificou-se os paradigmas e procedimentos lógicos e racionais passaram a ter mais valor, então, a verdade formal abriu espaço para a verdade real. Assim, a prova passou a não mais ter um valor definido por lei, passou a ser então, um instrumento que ajudasse a formar a convicção do juiz, ou seja, caso ele não se convencesse do seu

fundamento, ela de nada valia. Conforme expressa Humberto Theodoro Junior:

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito. (THEODORO JUNIOR, 2016, online)

O direito à liberdade é um dos pilares do Estado democrático de direito, assim sendo nada mais justo que a condução do processo seja feita de forma a estabelecer a mais rigorosa adequação a cada objeto probatório do processo. O meio de honrar a justiça no processo, é através do princípio da busca pela verdade real que prevê que nenhum objeto probatório será excluído do processo, em outras palavras, não se pode limitar a produção de provas, a não ser que esta limitação conste expressamente do ordenamento legal. Assim, se a parte entender útil uma prova, deve ser admitidas *prima facie* pelo juiz, o que gera a necessidade de uma maior atenção para com seu dever de cautela ao indeferir qualquer prova.

Argumento comumente utilizado para motivar o uso e a extrapolação da condução coercitiva como medida cautelar é uma busca pela máxima eficiência no sistema penal. Ocorre que, o princípio da busca da verdade real não é absoluto e conflita de forma recorrente com outros direitos fundamentais dos indivíduos. Sempre que casos como esses ocorrerem, de uma colisão direta entre o eficientismo penal e o garantismo, deve-se sempre buscar a solução na proporcionalidade, onde não estejamos diante de excessos ou insuficiência. (TROIS NETO, 2011).

Para Trois Neto, é de suma importância analisar a condução coercitiva pelo ponto de vista do garantismo idealizado por Luiji Ferrajoli. Para o autor trata-se de sistema que teria por objeto a busca do equilíbrio ideal entre a limitação estatal frente às liberdades individuais, sem que isso provocasse uma ineficiência gerasse a impunidade de delitos. Dessa forma

tem-se que, em um sistema cujas características marcantes são garantista, a legitimidade da função punitiva do Estado resulta da necessidade de se proporcionar uma vida em liberdade e com dignidade. (TROIS NETO, 2011).

Com isso, a atuação do Estado passa a ser garantida com a proteção aos bens jurídicos contra intervenção de terceiros, e uma atuação negativa, como fruto do direito de defesa. Analisando especificamente última esfera, estamos diante de direitos fundamentais que se expressam numa não-atuação estatal, ou seja, num direito de defesa do indivíduo contra medidas que invadam sua esfera juridicamente protegida, na presente análise o direito de ir e vir. Não se pode admitir, assim, intervenções a direitos fundamentais sem a devida previsão legal, ressaltando-se ainda que a lei deve antes passar pelo crivo da proporcionalidade. Com isso, inicialmente busca-se analisar se o fim a que a medida restritiva busca alcançar é legítimo, e se vai contribuir positivamente para o objetivo almejado.

Outra ponderação importante, deve-se escolher a opção menos gravosa para o direito fundamental, dessa forma, se existe uma alternativa que cause um dano menor ao direito em questão, ela deve ser sempre priorizada como forma de diminuir o prejuízo ao direito atacado. A medida escolhida deve ser utilizada se em comparação com todas as outras possíveis gerar menos dano. Por último, tem-se que ter em mente que quanto maior a restrição ao direito fundamental, tanto maior tem que ser o ganho que se venha a obter com ela. Assim, deve-se primeiramente qualificar o prejuízo gerado ao direito em: leve, médio ou grave, em segundo lugar se verifica o ganho com essa restrição de direitos e se qualifica da mesma forma que no caso anterior e em seguida deve-se ponderar se o prejuízo sofrido justifica a medida. (TROIS NETO, 2011).

O direito penal é reconhecidamente o mais impõe limitações aos direitos fundamentais, justamente por isso, deve ser também o que busca maior adequação constitucional em suas decisões. Com isso, é inadmissível que restrições à direitos constitucionalmente protegidos sejam banalizadas em procedimentos desnecessários.

4.2 Posição doutrinária e posição do Supremo Tribunal Federal

De acordo com o art. 260 do Código de Processo Penal, em caso de não comparecimento injustificado do acusado ao interrogatório, esse poderá ser conduzido coercitivamente:

Art. 260: Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo a sua presença

Parágrafo único: O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável. (BRASIL, 1941).

A condução coercitiva é uma forma de impelir o acusado de comparecer ao seu interrogatório, entretanto faz-se necessário, nos termos da lei, que o réu se negue ao comparecimento do qual tenha sido previamente intimado. A doutrina majoritária entende pela não recepção do artigo colacionado acima, pela Constituição de 1988, uma vez que com o advento da nova constituição passa-se a entender pela desobrigação de comparecimento do acusado ao interrogatório, visto que esse momento se trata de meio de defesa. Esse é o entendimento de Eugenio Pacelli, Guilherme de Souza Nucci e Fernandes Tourinho, que defendem a revogação da primeira parte do artigo 260, tornando possível a condução coercitiva somente quando houver necessidade de qualificação. Tourinho, é mais enfático, pois, descreve que apenas em casos de dúvida do magistrado quanto a qualificação do acusado poderia esse fazer uso da condução coercitiva. Assim o doutrinador dispõe:

De observar, até, que o Juiz poderá mandar conduzi-lo a sua presença, conforme preceitua o art. 260 do Código de Processo Penal. E o que diz o texto legal. Mas, se o acusado tem o direito constitucional de permanecer calado, por obvio não se justifica sua condução coercitiva para que se proceda ao interrogatório. Parece mesmo que o art. 260 tinha razão de ser antes de a Constituição haver consagrado o direito ao silencio, para que o Juiz pudesse

valer-se das regras dos art. 186, última parte, e 198, ambos do Código de Processo Penal, na sua redação primitiva. Tendo tais normas caído no vazio, parece claro que, com elas, também desapareceu, no particular, a razão da condução coercitiva. É verdade que o art. 260 cuida também da necessidade da presença do acusado para um reconhecimento, acareação ou qualquer ato que sem ele não possa ser realizado. Quanto ao reconhecimento e acareação, sabe-se que o réu não está obrigado a fornecer provas contra si mesmo, e, desse modo, injustificável seria a condução coercitiva. Que outro ato exigiria a sua presença? A conciliação de que trata o art., 520 do Código de Processo Penal. A jurisprudência majoritária e no sentido de que se o querelado não atende a intimação para a audiência de conciliação, nem por isso deve o Juiz determinar sua condução coercitiva. Simplesmente há de se entender que ele não quer a conciliação, e o processo prossegue. (...). Todavia, se houver alguma dúvida quanto a sua identidade, e o Magistrado entender necessária sua presença, ai sim. Do contrário, não mais se justifica a condução coercitiva do acusado. Seu direito ao silêncio e inclusive o de não ser obrigado a fazer prova contra si mesmo tomaram espécie de texto morto a regra do art. 260. (FILHO, 2011, p. 300).

Tomando por base a teoria dos poderes implícitos, oriunda do direito comparado, especialmente das decisões dos casos *McCulloch vs. Maryland* e *Myers vs. Estados Unidos*, e levando-se em consideração que a Constituição outorga implicitamente os poderes necessários para o cumprimento dos deveres por ela estabelecidos. Dessa forma, por ser função da polícia civil apurar as infrações penais e ainda ser sua obrigação ouvir o ofendido e o acusado, a Constituição deve ofertar-lhe as ferramentas necessárias para ao cumprimento desse dever, qual seja, a própria condução coercitiva. (TROIS NETO, 2011).

Aury Lopes Jr. (2011), ao seu turno, acredita que a condução coercitiva é um instituto inadmissível no estágio democrático que alcançamos, aponta a inconstitucionalidade por violar a presunção de inocência e o direito ao silêncio. Como o acusado deixou de ser objeto processual, passando a ter garantido seus direitos processuais, sua presença física ou não durante o processo não pode ser encarada como desobediência passível de condução forçada.

Paulo Rangel adota posicionamento de vai de encontro ao restante da doutrina, reconhece o poder do magistrado em utilizar-se da ferramenta da condução coercitiva nos casos em que o acusado se recusar a comparecer ao interrogatório. Defende ainda, que em preservação do “devido processo legal”, autorizações concedidas pelo legislador seriam possíveis, vez que viabilizam a descoberta da verdade real do processo, em suas palavras:

Assim, embora se conheça o princípio de que não haverá pena sem processo (*nullapoena sine iudicio*), é a própria Constituição Federal (cf. art. 98, I) que permite ao legislador ordinário (Lei nº 9.099/95) estabelecer este procedimento, quer dizer: este é o devido processo legal nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Não há ofensa à Constituição Federal (art. 5º, LIV, c/c art. 98, I) (cf. item infra 4.10). Destarte, todos os outros princípios que serão abordados derivam deste em análise, pois não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei.

A condução coercitiva determinada pela autoridade judiciária, a busca e apreensão (arts. 240 e seguintes do Código de Processo Penal), bem como as medidas cautelares, visam a descoberta da verdade processual dos fatos, porém com respeito aos procedimentos delineados em lei. (RANGEL, 2011, p. 27).

A utilização da condução coercitiva na fase de inquérito policial é medida das mais controversas na doutrina e jurisprudência. Uma corrente acredita ser possível sua decretação pelo próprio Delegado de Polícia. Esse é ponto de vista de Álex Levi Bersan de Rezende, (2013) que defende ser a condução coercitiva instrumento de uso disponível pela autoridade policial, essa seria ferramenta eficaz para trazer à presença do delegado aquele que desatendeu intimação prévia para o comparecimento em sede policial com vistas a ser interrogado. Utilizada ainda de maneira a colher informações de maneira célere e com o fito de impedir que os suspeitos combinassem versões e prejudicassem as investigações.

O Supremo Tribunal Federal, em seu pleno, declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, nos termos do artigo

260 do Código de Processo Penal, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Essa foi a decisão proferida quando do julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O emprego da medida, segundo o entendimento majoritário, representa restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal.

Com essa decisão, o agente ou a autoridade que desobedecerem a medida poderão ser responsabilizados nos âmbitos disciplinar, civil e penal. As provas obtidas por meio do interrogatório ilegal deverão ser consideradas ilícitas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Ao anunciar o resultado do julgamento, a presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Carmen Lúcia, ressaltou ainda que a decisão do Tribunal não desconstitui interrogatórios realizados até a data do julgamento, mesmo que o investigado ou réu tenha sido coercitivamente conduzido para tal ato.

4.3 Condução coercitiva como forma de prisão?

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a prisão é o meio pelo qual o Estado se vale para exercer seu poder punitivo, assim a privação da liberdade, tolhe o direito de ir e vir do indivíduo, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Dessa forma, a prisão-pena advém da imposição de sentença condenatória, com trânsito em julgado. Já a prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio. (NUCCI, 2012).

Para o autor são possibilidades de prisão cautelar: prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de

pronúncia, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia. (NUCCI, 2012). Assim, como há a possibilidade do conduzido coercitivamente ser colocado em cela ou algemado, já configura uma forma de prisão, sendo possível somente mediante autorização do juiz. (NUCCI, 2014).

A condução coercitiva como uma forma de prisão se fundamenta principalmente na doutrina americana, que considera qualquer restrição ao direito de liberdade como uma afronta à Quarta Emenda. No Tocante à prisão cautelar, ressalta-se que ela seria uma forma excepcional de prisão, já que sempre deve prevalecer a presunção de inocência, expressa pelo art. 5º, LVII, Constituição Federal de 1988. Nas palavras de Nucci, toda a estrutura em que está fundada a Constituição, bem como os direitos e garantias do indivíduo expressos no Art. 5º apontam para um controle de legalidade absoluto desse tipo de prisão. (NUCCI, 2012).

Aury Lopes Jr. afirma que tal presunção acaba por impor dois deveres de tratamento: um na dimensão interna, onde o juiz deve determinar que a carga da prova seja inteiramente do acusador e que na dúvida a decisão finde sempre na inocência do réu, limitando o direito de efetuar as prisões cautelares, visto se tratar de pessoas que ainda não obtiveram qualquer condenação; outro na dimensão externa, protegendo o réu de uma publicidade abusiva que acabe por estigmatizar o indivíduo precocemente. (LOPES JR., 2014)

4.4 Condução coercitiva como medida cautelar autônoma?

Para a imposição de Medias Cautelares há de estar presente o *fumus commissi delicti*, prova do crime e indícios de autoria, outro ponto a justificar a medida cautelar seria o pericimento da possibilidade de se punir, bem como prejuízos para o bom andamento do processo. A partir da Lei nº 12.403/2011 reafirmou-se entendimentos na forma como se enxerga a

prisão. Restou então certo caráter excepcional, como medida que deve ser tomada mediante previsão legal e decisão motivada, saindo dos extremos entre prisão preventiva e liberdade provisória.

A doutrina considera que houve desvirtuamento na utilização das cautelares em relação à condução coercitiva. Atualmente a condução coercitiva é empregada como uma medida cautelar autônoma, e justifica-se tal medida sob o argumento de que dessa forma preservaria o Poder Geral de Cautela, e também como forma de se preservar o depoimento do investigado, ou seja, não como decorrência de um não comparecimento injustificado, mas para facilitar o trabalho da polícia. Nas palavras de Álex Levi Bersan de Rezende:

Ora, a mera intimação dos investigados para comparecimento na seara policial pode se mostrar medida inócua diante da possibilidade do não atendimento ou do posterior ocultamento. Tal medida é válida quando há elementos que indiquem a participação e colaboração de investigados com a organização criminosa desarticulada, principalmente daqueles que não exerçam função de liderança. (REZENDE, 2013, p.22).

A utilização da condução coercitiva visando a preservação o interrogatório como se este meio de prova fosse, e não meio de defesa, ao contrário da posição defendida e mais aceita, ao que parece não se justifica.

5 Considerações finais

O presente artigo tinha por objeto estudar a possibilidade de aplicação do instituto da Condução Coercitiva no caso de o acusado não comparecer ao interrogatório do qual fora devidamente intimado, analisou-se a medida frente as garantias processuais penais que orientam o ordenamento pátrio. Para tanto, teve como norte o estudo do artigo 260 do Código de Processo Penal, onde buscou-se melhor delimitar a aplicação do instituto na produção das provas típicas de processo penal, em especial o interrogatório (que não mais é tratado como meio de prova) e melhor

esclarecer os requisitos mínimos que deveriam ser observados quando da utilização da condução forçada do imputado.

A longo do trabalho, ficou evidente que o âmbito de aplicação da condução coercitiva do acusado é mais restrito que o das regras previstas na norma em comento. Cita-se como exemplo o interrogatório que, apesar da previsão legal, não comporta, atualmente, frente ao novo modelo constitucional a ordem para a presença forçada do acusado perante o juiz quando intimado apenas para tal ato, devendo-se interpretar a conduta como escolha de defesa pelo sujeito interessado.

Historicamente a condução coercitiva impunha ao acusado presença nos atos que o juiz julgasse necessário, com essa tratativa o réu era considerado mero objeto processual, sem que lhe fosse garantido o direito de não comparecimento imotivado. Tanto no interrogatório quanto na conciliação conforme artigo 520 do Código de Processo Penal, o não comparecimento ensejaria a condução forçada.

Há entretanto, situações em que, teoricamente, a utilização da condução coercitiva mostrou-se coerente, são os casos de realização de acareação, reconhecimento, identificação ou reconstituição do crime, também restou consignado que o acusado poderia, após levado à presença da autoridade competente, diz conduzido coercitivamente, recusar-se a contribuir com a produção probatória. O princípio do *nemo tenetur se detegere*. Outros elementos a serem observados foram a necessidade de prévia intimação do acusado, de forma a especificar e esclarecer os atos aos quais o sujeito seria chamado a participar, bem como a motivação da ordem que ordenasse a posterior condução forçada.

Foi visto também, se a condução coercitiva poderia ser entendida como forma de prisão, considerando que dela resultaria ainda que temporariamente restrição ao direito de ir e vir do acusado, além do uso de algemas durante o procedimento, Nucci entende ser a condução coercitiva uma forma de prisão. Além disso, outra questão que mereceu tratamento foi a possibilidade de enquadramento da condução coercitiva enquanto medida cautelar atípica, no âmbito de um possível poder geral

de cautela do julgador. Afastando tal entendimento, restou assinalado o necessário respeito à legalidade no que tange a utilização de medidas cautelares no processo penal.

Por fim merece destaque o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal que considerou não recepcionado pela nova ordem constitucional da primeira parte do artigo 260 do Código de Processo Penal, tendo em vista que hoje, o interrogatório é meio de defesa do réu e não mais meio de prova.

A conclusão a que se chega por meio do presente estudo é que, uma vez confrontado com as garantias constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, a condução coercitiva sofreu flagrante diminuição em seu âmbito de atuação, visto que certos atos que antes eram considerados de presença obrigatória hoje não mais o são e com isso não possibilitam ao julgador fazer uso da condução coercitiva do imputado, como ocorria com o interrogatório, por exemplo. É certo que em alguns atos a condução forçada ainda tem cabimento, entretanto, não tem por escopo forçar o sujeito a efetivamente contribuir com o ato para o qual foi conduzido, pode ainda o acusado manifestar-se sobre sua eventual não intenção em contribuir para a prova processual penal, o que tornaria a condução forçada insipiente.

No caso em comento, a questão foi levada à apreciação dos órgãos superiores do judiciário nacional, para que fosse dada interpretação sistemática ao instituto, entretanto entende-se que questões como a da condução coercitiva deveriam passar por enfrentamento legislativo do Congresso Nacional, visto que a judicialização de questões como essa levam o judiciário a extrapolar suas funções, a edição de uma nova lei que tratasse a condução do imputado de forma taxativa e que observasse os limites constitucionais impostos e acima detalhados seria a forma ideal tratar a questão.

Por fim, vale ressaltar que a condução coercitiva tem relevo ao longo de várias situações no processo penal, seja na fase de investigações ou no processo em si. Dessa forma, o presente artigo não esgota o tema, sendo

apenas um anúncio de futuras considerações a serem levantadas para a melhor adequação do instituto ao rol de garantias constitucionais previstas na seara penal.

Referências

ARAS, Vladimir; **Debaixo de vara**: a condução coercitiva como cautelar pessoal autônoma. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2013/07/16/a-conducao-coercitiva-como-cautelar-pessoal-autonoma/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematzado**. São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94.147**. Paciente: João Carlos Ferreira Lucas de Souza. Impetrante: Eduardo Corrêa Dias de Almeida. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 27 de maio de 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, nº 107, 12 de junho de 2008. Disponível em <<http://redir.SupremoTribunalFederal.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=533849>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 107.644-SP**. Paciente: Alessandro Rodrigues. Impetrante: René Fernando Gonçalves Moitas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 06 de setembro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, nº 200, 18 de outubro de 2011. Disponível em <<http://redir.SupremoTribunalFederal.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1520251>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>. Acesso em: 10 jun. 2018.

- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**, vol. III. 32. ed. Editora: Saraiva, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal**, 4. Ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2017.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MICHIGAN V. CHESTERNUT, **486 U.S. 567, 1988**. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/486/567.html>>. Acesso em: 9 jun. 2016.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo, Atlas, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Editora: Forense, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª Edição. Editora: Forense, Gen, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 2. ed. Editora: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Editora: Lumen Juris, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Editora: Lumen Juris, 2008.
- OREGON; MATHIASON, **U.S. Supreme Court**. 429 492, 1977. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/492/case.html>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

PELLEGRINI, Ada. **A reforma do Código de Processo Penal brasileiro: pontos de contato com o direito estrangeiro (Reforma Infraconstitucional, Processo Penal)**. São Paulo: RT, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011

REZENDE, Álex Levi Bersan de. **Condução coercitiva: controvérsia à luz do garantismo penal**. Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RSPC/article/download/258/224>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

TAVORA, N; ALENCAR, R.R. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)**. Disponível em: http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf. Acesso em: 10 jun. 2018

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.

Capítulo 11

A estruturação das normas de direito fundamental como sistema de valores na Constituição: a busca pela maior racionalidade nas decisões judiciais

Cristian Kiefer da Silva
Rafaela Oliveira Pontes
Gabriela de Freitas Madureira

1 Introdução

O presente trabalho busca realizar uma investigação profunda a respeito da sistemática estrutural das normas de direitos fundamentais como sistema de valores na Constituição. Para tanto, tem como enfoque analisar a colisão entre princípios proposta por Robert Alexy, que busca uma maior racionalização das decisões em casos de colisão entre direitos fundamentais. A relevância da temática se debruça na busca pela clareza conceitual das normas de direito fundamental, pois através desta tem-se elementos para se chegar à solução de conflitos de modo mais racional possível.

De acordo com Robert Alexy (2008), a teoria dos direitos fundamentais é uma aproximação do ideal teórico de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais. Para este autor, existem primariamente duas teorias dos direitos fundamentais, uma unipolar e outra combinada. Nesta medida, Robert Alexy explica que a insuficiência de ambas as teorias demonstra que uma teoria dos direitos fundamentais não pode manter-se na superficialidade de ideias básicas e que elaborar um modelo que supere as deficiências de ambas é tarefa de uma teoria integrativa.

Nessa perspectiva, busca-se uma teoria estrutural dos direitos fundamentais, pois “se não há clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e de suas normas, não é possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito” (ALEXY, 2008, p. 45). Contudo, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, ao buscar a estruturação das normas de direitos fundamentais, possui um caráter normativo-analítico, pois tem como ideia guia a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais.

Na atual concepção de Estado democrático de direito no qual os cidadãos são, simultaneamente, autores e destinatários da norma, limitar a atuação discricionária do magistrado, em especial nos casos de conflito de normas de direito fundamental, se faz relevante em busca dos verdadeiros interesses da sociedade. Não obstante, a busca pela clareza conceitual da estrutura das normas permite uma melhor avaliação dos métodos a serem utilizados nos casos entre conflitos de normas de direitos fundamentais.

2 Uma investigação a respeito do sistema constitucional das normas de direito fundamental

De fato, verifica-se que o conceito de norma de direito fundamental é mais amplo do que o conceito de direito fundamental em si, isso porque a alguns direitos tidos como fundamentais são atribuídas normas às quais não corresponde diretamente nenhum direito subjetivo. Portanto, segundo Robert Alexy (2008), direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam sempre dois lados da mesma moeda, muito embora tal distinção seja necessária. Preliminarmente, cumpre ressaltar que norma não é sinônimo de enunciado normativo, posto que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Nesse sentido, compreende-se que a norma é o significado do enunciado normativo.

Por assim dizer, as concepções doutrinárias mais conhecidas estabelecem que regras e princípios são duas espécies de norma independentes

entre si, com característica e modos de solução de conflito diversos. Ao analisar a estrutura das normas de direitos fundamentais, Robert Alexy (2008) considera a distinção entre regras e princípios a mais importante, pois é através dela que se institui um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Através dessa distinção, Robert Alexy busca critérios para a solução de conflitos entre normas de direitos fundamentais e o respectivo controle acerca da fundamentação racional do magistrado. De acordo com Alexy, tanto regras quanto princípios são normas, pois ambos podem ser formulador por expressões deonticas básicas de dever. Desse modo, direitos fundamentais podem ser assegurados sob a forma de princípios ou regras. Vários são os critérios de distinção entre regras e princípios, a saber:

Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. [...] Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” –, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípio e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento. (ALEXY, 2008, p. 88-89)

Como visto, Robert Alexy sustenta a tese de que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Princípios são, conforme este entendimento, mandamentos de otimização. Por outro lado, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Nesse contexto, as normas de direitos fundamentais prescritas sob a estrutura de princípios podem ser satisfeitas em graus variados, levando-se em conta as possibilidades fáticas e a colisão entre normas - possibilidade jurídica.

Nesse enfoque, as regras, por sua vez, são normas que sempre são satisfeitas ou não, impossibilitando uma satisfação em grau variado. E mais, as regras sofrem conflitos, pois a validade de uma implica na invalidade da outra, a não ser que seja adotada uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Como o conceito de validade jurídica, de acordo com Robert Alexy, não é graduável, ou uma regra é válida ou não é. Portanto, segundo o autor, regras independem da análise do caso concreto para sua aplicação em um determinado conflito, pois tal problema é solucionado mediante critérios de validade. Os princípios, no entanto, não sofrem conflito, mas colisões. No caso concreto um princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições, sem que um seja declarado inválido.

É inegável afirmar que, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p. 94). O que Robert Alexy procura demonstrar é que cada princípio é válido e aplicável num plano abstrato, no entanto, no caso concreto, ao ocorrer colisão entre princípios, um deles prevalece mediante aspectos que o tornam mais aplicável, pois causará menos danos às partes. Alguns doutrinadores sustentam um modelo puro de regras com o intuito de propiciar maior segurança jurídica e respeito ao conteúdo prescritivo das normas, em especial, àquelas relativas a direitos fundamentais. Para André Rufino do Vale:

As objeções ao modelo de regras são óbvias, pois, apesar de sua vantagem em proporcionar maior previsibilidade quanto ao conteúdo normativo vinculante dos direitos fundamentais, ele se mostra incapaz de compreender certas funções que as normas de direitos fundamentais desempenham na sistematização do ordenamento e no raciocínio jurídico. Esse modelo insiste na aplicação técnica e silogística das normas de direitos fundamentais, utilizando-se para tanto dos vetustos métodos da hermenêutica jurídica, desconhecendo que, na maioria dos casos, a ponderação é inevitável. (VALE, 2006, p. 143)

Em posição diametralmente oposta, outros doutrinadores buscam estabelecer um modelo puro de princípios, devido à forte carga axiológica

que as normas de direitos fundamentais asseguram, demonstrada pela constante presença de generalidade e abstração de tais normas. No entanto, como aponta André Rufino do Vale (2006), as teorias que identificam nessas normas uma estrutura de princípios acabam negando a existência de normas de direitos fundamentais que estabelecem determinações precisas e que, não se submetem a ponderações. Nesse contexto, o modelo misto de Robert Alexy - e também de outros doutrinadores - admite a existência de normas de direito fundamental sob a estrutura, ora de regras, ora de princípios. Com efeito, André Rufino do Vale tece considerações acerca de tal modelo:

O modelo regras/princípios de Alexy é vantajoso, em comparação com o modelo puro de regras e com o modelo puro de princípios, na medida em que compreende melhor a complexidade estrutural das normas de direitos fundamentais, estabelecendo, dessa forma, um modelo conciliador que abarca tanto regras como princípios. (VALE, 2006, p. 144).

Autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin realizam a denominada distinção forte entre regras e princípios. Na realidade, ou uma norma é classificada como princípio ou como regra, e não haveria possibilidade de atuação diversa da mesma norma em decorrência do contexto interpretativo. Nessa perspectiva, admite-se a normatividade dos princípios de forma difundida. Contudo, tal não era a compreensão no passado ou, como se verá a seguir, tal não era a nomenclatura utilizada em determinado momento histórico, muito embora a concepção de uma norma mais ampla (critério da generalidade) já fosse admitida.

Com claras razões, foi através do trabalho de Ronald Dworkin em “Levando os Direitos a Sério” que se elaborou um estudo mais aprofundado quanto à estrutura das normas, difundindo assim, a distinção entre regras e princípios e sua existência como espécies normativas. Diante de tais constatações, Ronald Dworkin engendra a sua tese a partir de uma crítica a Hart, que em sua obra “O Conceito de Direito” asseverou que o direito consiste em um conjunto de regras primárias e secundárias.

Cumprir destacar, de acordo com Alexandre Travessoni Gomes (2011), que o problema aqui vertido é muito mais terminológico do que conceitual.

De mais a mais, a tese de Ronald Dworkin pode ser dividida em duas: a primeira propugna que o direito é um conjunto de regras e princípios e que o sistema proposto pelos positivistas é composto apenas por regras. A segunda defende que os positivistas pregavam o poder discricionário do magistrado porque o direito seria um conjunto apenas de regras. Por outro lado, Alexandre Travessoni Gomes (2011) explica que a segunda tese é parcialmente correta em virtude da falsidade da primeira. Por sua vez, os positivistas preconizavam que o magistrado possuía discricionariedade justamente porque constataram que o direito se compõe de normas gerais. Ao contrário do que parece afirmar Ronald Dworkin, não é em decorrência do direito ser um sistema composto unicamente de regras que leva ao problema da discricionariedade do magistrado. O problema apresentado é em decorrência de regras mais gerais, o que Ronald Dworkin não enxerga como a denominação dos princípios sob o critério da generalidade.

Em verdade, os positivistas já constatavam a existência de normas mais gerais e normas menos gerais, entretanto, não produziram a diferenciação terminológica entre regras e princípios. Diante de tais constatações, segundo Alexandre Travessoni Gomes (2011), o equívoco de Ronald Dworkin reside em não perceber que as regras de textura aberta - terminologia empregada por Hart - são equivalentes ao conceito de princípio. Nessa ótica, o erro reside no fato de Ronald Dworkin defender que os positivistas pregavam o poder discricionário em virtude da ausência de princípios. Pelo contrário, as regras não dão poder discricionário ao magistrado, isto é, se o direito fosse um conjunto de regras - no sentido de Ronald Dworkin - os positivistas não poderiam defender que o direito confere discricionariedade ao magistrado devido ao fato de que determinada regra específica não confere discricionariedade ao magistrado.

Ora, Ronald Dworkin prendeu-se exacerbadamente ao termo princípio e esquivou-se do termo regras de textura aberta - proposto por Hart - que reflete a concepção de princípios sob um enfoque de generalidade.

Ronald Dworkin oferece outro critério para diferenciar princípios de regras. Trata-se do critério da colisão. Para este autor, princípios são regras que, quando entram em colisão comportam-se de forma diferente do modo que ocorre quando as regras colidem entre si. Supondo que o critério utilizado por Ronald Dworkin seja diferente do critério da generalidade da norma, a argumentação aqui vertida é insegura. Por outro lado, se o critério laborado por Ronald Dworkin não for diferente do critério clássico utilizado pelo positivismo, então este autor não descobriu um novo critério, mas conferiu nova roupagem a um critério já existente. Neste sentido, impõe-se verificar as duas hipóteses aqui delineadas.

Pois bem, constata-se na obra de Ronald Dworkin que os princípios se comportam de forma diferente, isto é, são normas *prima facie*, ou simplesmente, obrigam na medida do possível. Tratam-se de normas que não obrigam segundo o critério do tudo ou nada. Robert Alexy beneficia-se desse critério de Ronald Dworkin defendendo que havendo a colisão entre dois princípios resolve-se a colisão mantendo a validade de ambos os princípios, porém a aplicabilidade de um dos princípios não pressupõe a invalidade do outro. De modo diverso, ocorre na hipótese de colisão entre regras que se resolve no critério do tudo ou nada ou, no caso de colisão parcial, onde pode solucionar a colisão com uma cláusula de exceção.

É preciso reconhecer que devido ao grau elevado de generalidade dos princípios, não há como prever suas hipóteses de colisão, isto é, há infinitas possibilidades dos princípios se colidirem. Motivo pelo qual, não pode aplicar a cláusula de exceção na colisão entre princípios. Vale ressaltar, não há, pois, como prever a possibilidade de choque entre princípios para então instituir uma cláusula de exceção. Sob outro prisma, não se pode aplicar o critério do tudo ou nada aos princípios colidentes. Conforme assevera Alexandre Travessoni Gomes (2011), para que tal hipótese seja viável, seria necessário dois princípios plenamente opostos, como por exemplo: é livre a manifestação de pensamento e, é vedada a manifestação de pensamento. Tal exemplo aqui sinalizado é impossível, posto que em

determinado ordenamento jurídico não se admite a existência de princípio e anti-princípio.

Verifica-se, portanto, que o critério proposto por Ronald Dworkin, e aproveitado por Robert Alexy, não é muito diferente do critério utilizado pelos positivistas. Como visto anteriormente, o critério de generalidade da norma, como demonstra Alexandre Travessoni Gomes (2011), característica notadamente perceptível na obra de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Hart, não é uma descoberta dos positivistas, mas dos jusnaturalistas. Afinal, desde a antiga Grécia, posteriormente no período medieval, os filósofos já possuíam a noção de uma norma geral, uma lei máxima ou simplesmente na terminologia empregada por Santo Agostinho uma *lex aeterna* (lei eterna).

Nesse sentido, estas normas representam tão somente princípios ou regras gerais que posteriormente foram esposadas de alguma forma pelo positivismo jurídico. Ocorre que, as normas gerais foram positivadas pela teoria positivista. Contudo, pode-se sustentar que houve um rompimento, isto é, os positivistas adotaram princípios oriundos do direito natural, porém incumbiu a esta vertente jusfilosófica tratar com maior ênfase da norma específica - no sentido de norma positiva - enquanto a Escola jusnaturalista seguiu por tratar da norma geral - no sentido de princípios ou normas não codificadas.

É o caso, por exemplo, de Hart ao tratar das normas de textura aberta e as normas que não possuem textura aberta, isto é, são normas cujo grau de amplitude permite diversas interpretações. Sem dúvida, é o caso do clássico exemplo de Hart (1998, p. 155) onde um pai, antes de entrar na igreja fala ao seu filho: “todos os homens devem retirar o chapéu antes de entrar na igreja”. Nota-se no exemplo em comento o critério de generalidade da norma. Esta não determina se o chapéu deve ser retirado com a mão esquerda ou direita, nem tão pouco determina se o mesmo deve ser retirado por sinal de respeito e novamente recolocado na cabeça ou, se deve ser retirado e a pessoa deverá permanecer com o mesmo em suas

mãos. Caberá aqui, ao destinatário ou o intérprete da norma decidir o critério a ser adotado.

Desta forma, verifica-se que o grande feito de Ronald Dworkin reside numa nova teoria da interpretação, ou seja, este autor propiciou ao positivismo um método de solução para os denominados casos difíceis. Nessa acepção, até então, os princípios residiam em um verdadeiro problema para os positivistas em virtude do grau de generalidade que eles continham. Para Alexandre Travessoni Gomes (2011), Ronald Dworkin se aproveita da generalidade da linguagem e transforma o problema em solução, ou seja, o mérito da teoria da interpretação de Ronald Dworkin, apesar de não ser a mais adequada, reside em propiciar estudos posteriores acerca das teorias que versam sobre a colisão de princípios, como a de Robert Alexy.

2.1 O conflito de regras e a colisão entre princípios sob a perspectiva de Robert Alexy

Segundo Robert Alexy (2008), um conflito entre regras apenas pode ser solucionado mediante a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Ao contrário do que sustenta Dworkin, Alexy admite que “as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis” (ALEXY, 2008, p. 104). Observa-se, porém, que a introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Sob esse aspecto, as regras nem sempre possuem um caráter definitivo, posto que as razões para as cláusulas de exceção são incontáveis e também podem advir de princípios, que possuem caráter *prima facie*. No entanto, Robert Alexy defende que o caráter *prima facie* que as regras adquirem em razão da perda do caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios, pois:

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura

e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. (ALEXY, 2008, p. 105)

Desse modo, um conflito entre regras pode ser solucionado mediante a inserção de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma das regras. A colisão entre princípios, por sua vez, necessariamente depende da análise do caso concreto, pois um dos princípios deverá ceder conforme as condições específicas do caso. Por outro lado, a colisão deve ser resolvida por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, posto que princípios antagônicos não precedem uns aos outros no plano abstrato. Todavia, segundo Robert Alexy (2008), a solução para o embate entre princípios consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre eles, com base nas circunstâncias do caso concreto. A esse respeito, expõe Robert Alexy (2008) de forma matemática a lei de colisão, na qual há quatro possibilidades de decisão:

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$.
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$.
- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$.
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$.

Em tal contexto, P_1 e P_2 representam os princípios colidentes, ao passo que o símbolo \mathbf{P} é utilizado para demonstrar a relação de precedência de um em face do outro. Verifica-se, pois, que (1) e (2) são relações incondicionadas de precedência. Nos casos concretos, essa precedência não é, segundo Robert Alexy, usualmente admitida, pois nenhum princípio goza, em si mesmo, de precedência sobre outro. Desse modo, as condições do caso concreto sob as quais um princípio tem precedência em face do outro, são representadas pelo símbolo C . Nesse caso, C é o pressuposto do suporte fático de uma regra. Qual seja: “Se uma ação tal preenche C , então tal ação é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais”. Cumpre destacar que C desempenha um duplo papel na medida em que é a condição de preferência, bem como a regra que daí pode-se extrair. É o que ensina Robert Alexy:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. (ALEXY, 2008, p. 99).

Como se vê, essa lei de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios defendida por Robert Alexy, pois, segundo o autor, ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização. Vale observar o seguinte: a inexistência de relação absoluta de precedência, bem como a referência a ações e situações não quantificáveis.

3 Críticas à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Longe de esgotar qualquer pretensão a respeito da temática, muito embora seja bastante difundida e utilizada pelos tribunais, inclusive o Superior Tribunal pátrio, a teoria de Robert Alexy não é imune a críticas. Seja acerca de sua forte distinção entre regras e princípios, como também no que se refere ao sopesamento como um método de resolução de conflitos que envolvam direitos fundamentais. Pode-se dizer que a crítica mais notória à teoria de Robert Alexy se refere à possível perda da racionalidade nas decisões, uma possível subjetividade que aumentaria o poder discricionário do magistrado.

3.1 A crítica de Jürgen Habermas

A teoria do discurso racional proposta por Robert Alexy consiste em um aprimoramento da Teoria do Discurso Prático engendrada por Jürgen Habermas. Esta, por seu turno, remete ao criticismo racionalista proposto por Immanuel Kant. Habermas toma como base para a sua teoria a obra kantiana intitulada “Crítica da Razão Prática e Teoria do Direito”. Segundo Jürgen Habermas (1989, p. 04), o principal aspecto do direito é o fato de cada indivíduo poder fazer uso, em momentos diferenciados, da razão prática.

A teoria discursiva de Jürgen Habermas teve início na década de 1970 em um projeto de pesquisa intitulado “Pragmática Universal”, desenvolvido juntamente com Karl-Otto Apel. Os filósofos buscavam demonstrar que o critério de justificação encontrar-se-ia nos pressupostos comunicativos capazes de encetar a busca pelo acordo. No momento em que os indivíduos, enquanto seres racionais resolvem iniciar uma discussão, assumindo cada um uma posição de ouvinte e falante, há um comprometimento ético-procedimental recíproco que constitui elemento fundamental de toda ação comunicativa. É o que se apreende do artigo originalmente intitulado *Zum pragmatischen, ethischen und moralise hen gebrauch der praktischen vernunft*, em bom vernáculo, para o uso pragmático, ético e moral da razão prática, a saber:

[...] a razão prática volta-se para o arbítrio do sujeito que age segundo a racionalidade de fins, para a força de decisão do sujeito que se realiza autenticamente ou para a vontade livre do sujeito capaz de juízos morais, conforme seja usada sob os aspectos do adequado a fins, do bom ou do justo. [...] Para o empirismo, a razão prática resume-se a seu uso pragmático; com as palavras de Kant, ela reduz-se à utilização da atividade do entendimento segundo a racionalidade de fins. [...] Discursos pragmáticos, nos quais fundamentamos recomendações técnicas e estratégicas, têm uma certa afinidade com discursos empíricos. Eles servem para referir saber empírico às fixações de fim e às preferências hipotéticas, e valorar as consequências de decisões (informadas de modo incompleto) segundo máximas postas como fundamento. Recomendações técnicas ou estratégicas tiram sua validade do saber empírico no qual se apoiam. Sua validade é independente de se um receptor decide adotar as indicações para a ação. Discursos pragmáticos referem-se a contextos possíveis de aplicação. Eles estão em contato com a formação fática de vontade dos agentes apenas mediante suas fixações de fim e de suas preferências subjetivas. (HABERMAS, 1989, p. 09-10)

Como corolário, é preciso sublinhar que Jürgen Habermas aprimora a sua teoria ao publicar “Direito e Democracia: entre a facticidade e validade”. Nesta obra, ele tenta diferenciar princípio da moral e princípio do direito, o que distancia a sua linha de pensamento da tese apeliiana. Em linhas gerais, a teoria capitaneada por Jürgen Habermas busca

pressupostos contra-fáticos a partir de condições ideais de fala, situação ideal pressuposta nas sociedades democráticas em que cada indivíduo teria o direito de se manifestar sobre qualquer tema. Com efeito, a liberdade e a igualdade seria o elemento de amparo destes, uma vez que eles possuíam o direito de intervir nas discussões da esfera pública.

Em outros termos, a validade do direito positivo segundo Jürgen Habermas (1997, p. 50) seria, pois, determinada sob o prisma tautológico, isto é, somente vale como direito aquilo que obtém força de direito por meios juridicamente válidos, muito embora, o próprio direito apresente a possibilidade de derrogação. Inclusive, esta validade dar-se-ia através do grau de aceitabilidade da norma jurídica por parte da sociedade, ou seja, tratar-se-ia de uma validade fática estribada na autonomia e na equidade entre os cidadãos.

Note-se, porém, que a validade do direito na visão habermasiana tem como ponto basilar os princípios norteadores da democracia. Princípios estes que, possibilitam os cidadãos pleitearem direitos e exercerem suas obrigações. Este é sem dúvida o elemento que legitima as normas jurídicas, isto é, em uma sistemática jurídica, as normas não devem limitar-se somente a garantir o reconhecimento de direitos de determinados indivíduos pelos demais, mas a reciprocidade do reconhecimento; no sentido de uma liberdade equânime, onde a liberdade do arbítrio de determinado indivíduo possa manter-se com a de todos.

Sem dúvidas, a liberdade equânime preconizada por Jürgen Habermas em sua Teoria do Discurso Prático, baliza-se em valores morais, isto é, muito embora haja distinção entre o direito positivo e a moral não há de se negar a influência e a importância desta para aquele. Jürgen Habermas ressalta esta distinção e importância ao definir o direito e diferenciá-lo da moral:

[...] O direito não representa apenas uma forma de saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições

e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. E, dado que motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação, as proposições do direito adquirem uma eficácia direta para a ação, o que não acontece nos juízos morais. [...] (HABERMAS, 1997, p. 110-111).

Apenas reiterando, mediante tal definição pode-se classificar a teoria habermasiana como uma teoria da vinculação, ou seja, que admite relação entre direito e moral, muito embora como já ressaltado, ambos sejam distintos. No entanto, a moral, o direito, as instituições jurídicas e a teoria do agir comunicativo somente tornam-se possíveis dentro de uma categoria de indivíduos racionais, pois todos pertencem ao mundo inteligível. Desta feita, o direito e as ações jurídicas de um modo geral, formam um liame com as instituições do direito e a tradição jurídica, no sentido de interferir seja de forma direta ou indireta, no processo de interpretação das normas jurídicas. Desse modo, o direito é um elemento discursivo que atua na transformação não somente do próprio sistema normativo que o compõe, como sobretudo da sociedade, como bem leciona Jürgen Habermas:

[...] Do direito participam todas as comunicações que se orientam por ele, sendo que as regras do direito referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização. [...] Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação da comunicação entre sistema e o mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida. (HABERMAS, 1997, p. 112)

Compreende-se, segundo Jürgen Habermas, que o direito reside em um elemento do discurso prático e a sua validade lastreia-se em uma liberdade equânime. Cumpre indagar, porém, o seguinte: como Jürgen Habermas trabalha a ideia de conflitos normativos? Devido ao caráter contra-fático e universal da Teoria do Discurso Prático, Jürgen Habermas consegue justificar a teoria acerca dos princípios constitucionais não reduzindo-a a valores, pelo contrário, distinguindo os princípios

constitucionais dos valores através da prioridade do justo sobre o bem. Tal posição é denominada “distinção forte” entre princípios e valores.

A prioridade do justo sobre o bem, ideia também esposada por Ronald Dworkin, fundamenta-se sob dois aspectos: I) princípios da justiça aceitáveis por todos para regular a vida social e, II) valores defendidos pelos indivíduos e comunidades que compõem uma sociedade pluralista. Como dito, esta é a base da teoria dos princípios constitucionais habermasiana. Segundo Jürgen Habermas (1997, p. 316), princípios ou normas mais elevadas possuem caráter deontológico, enquanto valores possuem aspecto teleológico. A validade deontológica das normas tem caráter absoluto de uma obrigação incondicional e universal, isto é, aquilo que deve ser, pretende ser igualmente bom para todos, razão pela qual as normas são válidas ou inválidas.

No tocante a isso, as normas compõem um sistema válido, e em virtude disso, salienta Jürgen Habermas que elas “[...] não podem contradizer umas as outras, caso pretendam validade dentro do mesmo círculo de destinatários [...]” (HABERMAS, 1997, p. 317). Verifica-se que perante uma norma deve ser feito um juízo de valor sobre o que deve ser feito, ou seja, sobre a ação. Como supracitado, segundo Jürgen Habermas, não podem coexistir normas contraditórias pelo simples fato de que elas prescrevem determinada conduta. De modo diverso ocorre com os valores que, “determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor” (HABERMAS, 1997, p. 316). Neste sentido, esclarece Jürgen Habermas que:

[...] normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. (HABERMAS, 1997, p. 317)

Em face desta distinção entre normas e valores, Jürgen Habermas estabelece uma crítica conceitual, isto é, não se pode conceber como sinônimos princípios fundamentais e bens otimizáveis do direito - terminologia empregada por Robert Alexy. Para Jürgen Habermas (1997), Ronald Dworkin entende direitos fundamentais como princípios deontológicos e Robert Alexy os considera como bens otimizáveis do direito. Destarte, eles não estão se referindo a mesma coisa. Ora, segundo Jürgen Habermas, bens otimizáveis - entendidos no sentido de normas - regulam uma matéria no interesse simétrico de todos, porém no sentido de valores, expressam a identidade e a forma de vida particular de uma comunidade jurídica.

A rigor, Jürgen Habermas pretende demonstrar que os conflitos morais devem ser solucionados a partir de princípios constitucionais aceitáveis por todos os cidadãos e não por meros valores. Ora, se por um lado os princípios, devido à sua dimensão deontológica, não admitem a solução gradual como a categoria dos valores. Logo, os princípios não podem colidir, mas devem ser afastados no momento da sua aplicabilidade, ou seja, trata-se da utilização do método binário: ou o princípio é válido ou é inválido.

Com efeito, segundo Jürgen Habermas, torna-se inviável estabelecer uma hierarquia sólida de valores, como pretende Robert Alexy, a partir de jurisprudências extraídas da Corte Constitucional. Tal assertiva deve-se ao fato de que a própria hierarquia iria pressupor a imposição de uma ordem de valores, razão pela qual Jürgen Habermas distingue normas e valores e estabelece a referida crítica em face de Robert Alexy.

3.2 Críticas quanto à distinção entre regras e princípios

Como visto anteriormente, Robert Alexy realiza uma distinção forte entre regras e princípios no que tange às normas de direitos fundamentais, pois não admite que tais normas se comportem de determinado modo, ora como regra, ora como princípio, em decorrência do contexto de

interpretação. Juristas como Aulis Aarnio e Klaus Günther tecem críticas à distinção forte entre regras e princípios. Para tais autores a tese da distinção forte ignora a chamada “zona de penumbra”, na qual regras e princípios não podem ser claramente diferenciados não sendo possível, portanto, realizar uma distinção entre essas duas espécies normativas. Aulis Aarnio compreende que seja do ponto de vista linguístico, estrutural, da validade, ou do nível de posição das normas na argumentação jurídica, princípios não podem ser distinguidos das regras. Nesse sentido, disserta André Rufino do Vale:

A partir dessas análises, Aarnio considera que entre regras e princípios não existem diferenças qualitativas. A distinção só seria válida se a análise recaísse apenas sobre os limites extremos da escala entre regras e princípios (R, RP, PR, P), ou seja, tomando-se em consideração apenas as regras propriamente ditas (R) e os princípios propriamente ditos (P). Porém, como visto, existem regras que são ou atuam como princípios (RP) e princípios que são ou atuam como regras (PR). Essa zona intermediária faz com que não haja qualquer diferença na formulação linguística das normas, na estrutura normativa, no plano da validade e no papel que cada tipo de norma cumpre na argumentação jurídica. (VALE, 2006, p. 104).

Verifica-se que Aulis Aarnio contradiz a clássica distinção qualitativa promovida por Robert Alexy, não podendo, assim, separar as normas em regras e princípios. Klaus Günther, em posição semelhante à de Aulis Aarnio, defende que o modo de aplicação de uma norma não está vinculado à sua estrutura, como afirma Robert Alexy, mas “depende de circunstâncias especiais de uma determinada situação concreta” (VALE, 2006, p.105). Em resumo, para tais autores, uma concepção de normas funcionando como regras ou princípios seria advinda de “condições de conversação”, ou seja, fruto de uma interpretação, da análise da situação e não de sua estrutura normativa.

De fato, como afirma André Rufino do Vale (2006), a distinção forte encontra como forte obstáculo a constatação de que certas características estruturais e funcionais supostamente exclusivas das regras podem ser

achadas nos princípios, e vice-versa. Tais teorias são pautadas na tese da conformidade que é diametralmente oposta à distinção forte ou qualitativa entre regras e princípios. Essa tese defende que o sistema jurídico é formado por normas em um sentido genérico, não havendo distinção entre elas. Contudo, segundo André Rufino do Vale, tais teses também são defeituosas. No entanto, basicamente seriam três as falhas, quais sejam: I) realismo extremo ao tratar os enunciados normativos como meros tópicos, cujo conteúdo apenas pode ser decidido em face do caso concreto; II) o fato de que a estrutura de uma norma ainda pode estabelecer se esta terá um caráter de razão definitiva ou de *prima facie*; III) o fato de que há enunciados que não geram dúvida de seu significado normativo.

Acerca do tema, André Rufino do Vale (2006), considera que existem motivos para não se abandonar a distinção entre regras e princípios, muito embora seja preciso abandonar conceitos fortes para adoção de uma concepção mais maleável quanto ao papel que cada norma de direito fundamental exerce no caso concreto. Em linhas gerais, é a chamada “teoria da distinção dúctil das normas de direitos fundamentais”. Essa teoria defende que não existe uma diferença lógica entre regras e princípios, posto que uma mesma norma possa atuar como regra ou como princípio dependendo do contexto interpretativo. Nessa concepção, a norma de direito fundamental é dotada de uma estrutura flexível, capaz de classificar uma mesma norma como regra (R), regra que atua como princípio (RP), princípio (P) ou como princípio que atua como regra (PR). Segundo André Rufino do Vale (2006), conceituar uma norma de direito fundamental como regra ou princípio dependerá também da utilidade teórica ou prática que se queira emprestar à norma. Nesse sentido, é importante observar que:

Qualificar uma norma de direito fundamental como regra ou como princípio constitui um recurso utilizado pelo intérprete/aplicador para justificar o manuseio de certas técnicas de interpretação e de argumentação ou para fundamentar determinados usos teóricos ou dogmáticos da norma. (VALE, 2006, p. 147)

Ademais, essa teoria visa suprir as falhas das teorias da distinção forte e da tese da conformidade, ou seja: o desconhecimento da zona de penumbra, na distinção forte; e a desconsideração de haver uma zona de certeza semântica, na tese da conformidade.

4 Considerações finais

A partir das considerações brevemente tecidas nesse trabalho, é possível se chegar a algumas conclusões. A primeira delas consiste na concepção de que as normas de direitos fundamentais possuem uma estrutura complexa, impossibilitando de antemão que seja considerada uma norma como regra ou princípio, sem que se analise o âmbito jurídico e fático de aplicação da mesma.

Nesse contexto, conclui-se também que a distinção entre regras e princípios é necessária como um elemento norteador do papel que cada norma de direito fundamental exercerá no caso concreto. Porém, a preocupação com a estrutura das normas realizada por Robert Alexy não é, de modo algum, irrelevante para os conflitos entre normas de direitos fundamentais, pois possibilita um exercício racional por parte do julgador.

Nesse sentido, adota-se a posição de que uma distinção forte entre princípios e valores, como a estabelecida por Jürgen Habermas, não pode prosperar. Ambos funcionam como razão justificadora de uma decisão que apenas se distinguiriam pelo caráter axiológico de um em detrimento do caráter deontológico de outro. Compreende-se, pois, que por não ser possível afastar o caráter axiológico dos princípios e seu papel de otimização conforme os interesses da sociedade, princípios e valores não são idênticos, mas também não são fortemente dissociáveis entre si.

Por fim, muito embora a teoria dos princípios de Robert Alexy seja alvo de acusações de propiciar maior insegurança e discricionariedade. Compreende-se aqui que, ao contrário, o grande mérito de seus estudos consiste na busca pela maior racionalidade nas decisões judiciais. Isso se

torna claro na lei da colisão que, por ter sua aplicação ligada ao procedimento da proporcionalidade, estabelece que a fundamentação da decisão percorra todos os passos de adequação, necessidade e proporcionalidade (sopesamento) para justificar a decisão mais correta no âmbito dos direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros 5^a ed. 2006

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni. **Norma Jurídica e Hermenêutica**. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=orZsrv_WMoU>. Acesso em: 10 jan. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-40141989000300002&lang=pt>. Acesso em: 20 março 2016.

HART, Herbert L. A. **El Concepto de Derecho**. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Pierrot, 1998.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. Dissertação (Mestrado) Universidade de Brasília, Programa de Pós Graduação em Direito, Brasília, 2006.

Capítulo 12

A construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional: a necessidade de percepção da antinomia existente entre facticidade e validade

Cristian Kiefer da Silva

Alessandra Mara de Freitas Silva

Anne Vieira Teodorak Pego

1 Introdução

No presente trabalho será apresentado os contornos do conceito da identidade do sujeito constitucional, com o intuito de situar a discussão tanto em relação à sua problemática quanto ao seu potencial teórico e prático. Nesse sentido, necessário se faz abordar os detalhes do conceito então discutido, passando à exposição e à análise de seu processo de constituição e constante modificação, a qual perpassa pela utilização pertinente da filosofia hegeliana e da teoria psicanalítica de Lacan, para explicar o papel e a posição da identidade constitucional a partir da ideia da negação da identidade do sujeito, tanto em seu aspecto de fundamento da ordem constitucional, quanto em seu potencial discursivo.

O autor procura fundamentar a construção da identidade do sujeito constitucional a partir de uma ética pluralista, de forma que a legitimidade de uma determinada ordem constitucional depende, a partir da presente ótica, do comprometimento dos discursos sobre a identidade constitucional com os pressupostos éticos de superação do abismo entre o “eu” e o

“outro”, que evitam o colapso do direito em mera política, impedindo a completa arbitrariedade e subjetividade interpretativas.

Desse modo, pretende-se compreender em que medida os discursos constitucionais necessariamente se vinculam a uma construção possível da identidade constitucional, bem como podem estabelecer reconstruções viáveis dessa mesma identidade, visando ora a justificação de uma situação vigente, ora a crítica dessa mesma situação, a partir de um ideal contrafático oriundo de uma possibilidade de interpretação reconstrutiva da identidade constitucional.

2 Uma construção à luz do conceito do sujeito e da identidade constitucionais

Michel Rosenfeld inicia a sua reflexão sobre a identidade do sujeito constitucional com a seguinte afirmação: “A identidade do sujeito constitucional (*constitucional subject*) é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos.” (ROSENFELD, 2003 p.17). O conceito de identidade do sujeito constitucional compõe-se, na verdade, de dois conceitos correlatos.

O primeiro deles é o de sujeito constitucional, que se refere tanto aos elaboradores da Constituição, quanto àqueles que estão sujeitos às suas proposições. O segundo refere-se à matéria constitucional (*subject matter*), aos próprios elementos que constituem uma dada identidade constitucional. Além das dúvidas relativas sobre quem e o que compõem a identidade do sujeito constitucional, a identidade constitucional é problemática também por tender a se alterar com a passagem do tempo, e se encontrar usualmente entrelaçada com outras identidades culturais da comunidade política, nas quais se mesclam aspectos étnicos, culturais, religiosos, linguísticos, etc. Assim:

Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o

próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar as linhas de continuidade. (ROSENFELD, 2003 p.17-18).

A identidade constitucional é igualmente problemática em sua relação com um determinado texto constitucional escrito. Toda constituição escrita é necessariamente incompleta e aberta a múltiplas interpretações possíveis e plausíveis, muitas vezes conflitantes entre si. Do mesmo modo, um dado texto constitucional jamais será capaz de contemplar todos os temas pertinentes às questões oriundas tanto do constitucionalismo quanto da própria Constituição, tornando a apreensão da identidade constitucional uma tarefa sempre carente de complementação, e, portanto, sempre necessariamente aberta à interpretação¹.

A identidade constitucional também se encontra muitas vezes em conflito com as várias outras identidades nacionais relevantes, integrantes da tradição de um determinado país ou povo; em decorrência do pluralismo que caracteriza o constitucionalismo moderno, a identidade constitucional necessariamente opõe-se a várias dessas identidades, justamente para que nenhuma delas adquira uma posição dominante na comunidade e suprima ou oprima outras identidades relevantes.

Entretanto, a identidade constitucional não pode se definir apenas de forma negativa, abstratamente, em oposição a outras identidades, sob pena de se tornar um conceito vazio e inútil. Direitos fundamentais importantes tais como a liberdade de expressão ou o direito à vida pouco significam abstratamente – tais direitos só adquirem significado e

¹ Rosenfeld cita, como mais um aspecto da problemática relação entre a identidade constitucional e o texto constitucional, a questão atinente às emendas constitucionais. Questiona-se em que medida a ampla utilização de emendas constitucionais não significaria de fato uma quebra de continuidade entre uma dada identidade constitucional e uma nova identidade constitucional em construção, fulcrada nas emendas constitucionais. Cita-se, como exemplo, a Hungria, em que quase toda a Constituição foi alterada por meio de emendas durante a transição do socialismo para o capitalismo. No caso brasileiro, apesar de se considerar que o problema das emendas constitucionais em relação à manutenção de uma identidade constitucional carece de estudos mais profundos, optou-se por entender que há uma linha de continuidade entre a identidade constitucional surgida em 1988 e as várias emendas subsequentes decorrentes da prática democrática nacional (ROSENFELD, 2003).

importância quando confrontados com identidades culturais e nacionais que lhes confirmam conteúdo e sentido. Desse modo:

A identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável. (...) Assim é que a questão-chave passa a ser a de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico. (ROSENFELD, 2001, p.22-23).

Logo, a identidade constitucional constitui-se, em princípio, a partir da oposição entre ela e outras identidades culturais, e também em decorrência da incorporação de elementos de outras identidades culturais que contribuam para dar sentido e significado à própria identidade constitucional. Entretanto, a identidade constitucional jamais poderá ser completamente determinada. Desse modo, apesar de se poder considerar que de fato existe uma identidade constitucional inerente a cada comunidade política comprometida com o constitucionalismo, essa identidade só pode ser apreendida parcialmente, em fragmentos consubstanciados em suas muitas possíveis construções e reconstruções realizadas nos discursos dos intérpretes constitucionais (note-se que a expressão “intérprete constitucional” (refere-se, presentemente, a qualquer membro da comunidade política).

Podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão. (ROSENFELD, 2003, p.23).

Percebe-se que a matéria e o sujeito constitucionais, de acordo com as formulações apresentadas, são difíceis de definir, sendo muito mais simples determinar o que eles não são do que o que eles efetivamente são. É justamente a partir dessa ideia que Rosenfeld desenvolve sua tese: a identidade constitucional deve ser considerada antes uma ausência, um vazio, do que uma presença efetiva que legitime a ordem constitucional. Pelo contrário, o potencial legitimador da ordem constitucional decorre da perene necessidade de se reconstruir e se reinterpretar a identidade constitucional, devido à sua eterna incompletude e indeterminação.

Dessa forma, tanto o sujeito quanto a matéria constitucional são sempre incompletos porque jamais poderão ser exaustivamente delineados e definidos. A identidade constitucional, para poder exercer seu papel de fundamento último da ordem constitucional, deve estar sempre aberta a novas interpretações, a novas possibilidades de construção e reconstrução de seu sentido e consequências. E, portanto, a identidade constitucional, assim como toda interpretação jurídica, deve permanecer sempre aberta ao crivo da comunidade de intérpretes constitucionais, ou seja, de todos os cidadãos.

É necessário compreender, entretanto, que o conceito da identidade constitucional não é totalmente abstrato e desprovido de sentido *a priori*. Pelo contrário, o conceito da identidade constitucional, aparentemente destituído de conteúdo ético definível, está firmemente embasado na ideia de superação da distância existente entre o “eu” e o “outro”. Do mesmo modo, a perene carência de interpretação da identidade constitucional vincula-se diretamente ao método de compreensão dos textos e escrituras constante da filosofia desconstrutivista anteriormente apresentada. Antes de se compreender, entretanto, em que medida a desconstrução interfere na identidade constitucional, faz-se necessário analisar o processo de formação da identidade do sujeito constitucional.

3 A formação da identidade do sujeito constitucional

O relato teórico sobre a formação da identidade do sujeito constitucional elabora-se, inicialmente, a partir da questão do sujeito – que só pode surgir em decorrência do confronto com o “outro”. Se a interação humana não é percebida como uma sempre presente separação entre o “eu” e o “outro”, o problema relativo ao sujeito carece de efetivo significado. Justamente por isso as ordens políticas pré-modernas e pré-constitucionais eram capazes de evitar a oposição entre o “eu” e o “outro”, uma vez que nelas prevaleciam visões de mundo unificadas pela ética, religião e direito, que não só e auto-amparavam e justificavam, como também eram compartilhadas por todos os membros da comunidade política. O constitucionalismo moderno, entretanto, devido ao seu compromisso com o pluralismo, não pode ignorar o conflito entre o “eu” e o “outro”:

Em um nível, o eu (self) constitucional pluralista se enfrenta com o seu outro que é a tradição que mantinha integrada a ordem sociopolítica pré-moderna. Pode-se referir a esse outro como o “outro externo”. Em outro nível, o pluralismo constitucional requer que um grupo que se constitua em um eu (self) coletivo reconheça grupos similarmente posicionados como outros *selves*, e/ou que cada eu individual (*individual self*) trate os demais indivíduos como outros eu, como outras pessoas (*selves*). Em contraste com o outro externo, este último, precisamente por integrar a comunidade política constitucional (*constitucional polity*), pode ser denominado “outro interno”. (ROSENFELD, 2003, p.30).

O conflito entre o “eu” e o “outro” decorre da separação entre o sujeito e o objeto² - o sujeito, guiado pelo seu desejo subjetivo, persegue os objetos em busca de satisfação. Os objetos, entretanto, satisfazem o desejo apenas momentaneamente, de modo que, uma vez alcançados os objetos perseguidos, o desejo invariavelmente volta-se para novos objetos. Eventualmente o sujeito compreende que os objetos são incapazes de satisfazer

² Tais reflexões baseiam-se na obra de Hegel. Rosenfeld utiliza-se de HEGEL, G.W.F. *Phenomenology of spirit*. [trad.: A.V. Miller]. New York: Oxford University Press, 1977.

o desejo e descobre que, para se perpetuar e satisfazer o desejo ao longo do tempo, deve voltar-se para outros sujeitos. Logo, é o desejo que conduz o sujeito à busca pelo “outro”.

Relato semelhante é estabelecido pela teoria psicanalítica³. O sujeito busca a realização do desejo nos objetos, mas, diante da impossibilidade de satisfação, sente a necessidade de ajustamento, que se realiza por meio da renúncia aos objetos. Ou, dito de outra forma, a existência de objetos proibidos ou inalcançáveis, mediatizada pelo ego da psicanálise, impele à necessidade de reconhecimento do outro, que se realiza por meio da internalização dos comandos do superego. A relação entre sujeito e objeto por ora analisada revela que o sujeito é essencialmente carente:

Primeiramente, na medida em que o sujeito precisa de objetos, ele é caracterizado por uma carência no sentido de ser incompleto. Em segundo lugar, o sujeito ainda não reconhecido (pelo outro sujeito) é uma carência no sentido de não ser nada senão a negação de seus objetos, ou seja, a sua característica definidora é o sujeito enquanto não sendo nenhum dos objetos de seu desejo. Assim, ao se separar do objeto, o sujeito surge como consciência da carência e da incompletude. (ROSENFELD, 2003, p.31).

Logo, é a experiência da carência, da incompletude e da irrealização do desejo que possibilita que a questão do sujeito seja percebida pelo próprio sujeito – que se volta para o outro em busca de reconhecimento. A compreensão de que os objetos do desejo são incapazes de efetivamente satisfazerem o desejo permite ao sujeito conceber a sua identidade como predicável em relação ao reconhecimento dos outros.

Entretanto, de acordo com a dialética hegeliana, e a partir da análise relativa à relação existente entre Senhor e Escravo, a mera compreensão de que a satisfação do desejo só se realiza por meio do reconhecimento oriundo dos outros sujeitos não produz necessariamente o reconhecimento recíproco entre iguais. De acordo com Hegel, o Senhor é aquele que

³ Rosenfeld recorre, nesse ponto, principalmente a Freud. Ver FREUD, Sigmund. *Civilization and its discontents*. [trad.: James Strachey]. W.W. Norton & Co., 1961.

supera o medo da morte, e o Escravo, aquele que permanece constrangido pelo medo da morte.

O Senhor, visando se tornar o “eu” reconhecido, impõe ao Escravo que ele o reconheça; o Escravo, temeroso por sua vida, aceita a imposição – desse modo, o Escravo abre mão de sua identidade para preservar a própria vida, enquanto o Senhor reforça a sua própria identidade obrigando o Escravo a cumprir suas ordens.

O movimento dialético, porém, termina por realizar uma inversão de posições. Uma vez que as necessidades do Senhor só são satisfeitas pelo trabalho do Escravo, o próprio Senhor torna-se dependente, de modo que a identidade do eu reconhecido deve se conformar ao trabalho do eu que reconhece.

Já o Escravo, por meio de seu trabalho, ainda que submetido às ordens do Senhor, acaba por adquirir um sentido próprio de identidade, na medida em que o toma por seu e torna-se consciente de sua maestria e habilidade sobre o dado natural. Logo, ao menos em relação à configuração da identidade, o Escravo transforma-se em Senhor, e o Senhor, em Escravo. A ideia de que o movimento do “eu” para configurar sua identidade conduz à sujeição ao “outro” é igualmente utilizada por Lacan.

Segundo a análise de Lacan, a compreensão inicial da criança da identidade como sujeito envolve um duplo processo de alienação ou de sujeição ao outro. Impulsionada por seu fracasso em se assimilar completa ou plenamente ao objeto de seu desejo, a criança sem experiência, com uma carência, se esforça por preencher esse sentimento de vazio pela aquisição de uma identidade como sujeito – uma identidade estável para se opor ao movimento centrífugo do desejo ilimitado de séries infinitas de objetos que resistem à incorporação suficiente. Para adquirir uma identidade como sujeito, a criança, no entanto, deve abandonar o mundo dos objetos e entrar na ordem simbólica da linguagem. Somente pela mediação da linguagem a criança pode esperar afirmar sua identidade como sujeito. (ROSENFELD, 2003, p. 32-33).

Entretanto, a linguagem, configurada pelas regras que sistematizam a comunicação, é imposta externamente à criança, alienando-a, uma vez que a possibilidade de aquisição da própria identidade depende da

submissão a um código imposto pelos outros. Da mesma forma, em suas tentativas de desenvolver um modo de ser particular no universo simbólico da linguagem, a criança adquire um primeiro sentido de sua identidade a partir do reconhecimento de seu nome. O nome, porém, é igualmente imposto de fora, pois, além de ter sido definido pelos seus pais, são os outros que primeiramente se dirigem à criança por meio de seu nome. Logo, ambas as experiências iniciais de aquisição da identidade pela criança são alienantes.

“Em outros termos, a primeira experiência articulável da identidade como sujeito de alguém é alienante, na medida em que ela consiste na autoidentificação com um nome escolhido por outrem e na aquiescência em se deixar identificar como um símbolo no discurso do outro” (ROSENFELD, 2003, p.34).

Percebe-se que as narrativas de Hegel e Lacan, tendo em vista os objetivos da teoria de Rosenfeld ao contemplar suas obras, apresentam conclusões consideravelmente semelhantes: o sujeito decorre da carência, e requer a mediação pelo reconhecimento dos outros em sua tentativa de adquirir a própria identidade – igualmente, a confiança inicial do sujeito em sua identidade (que se ampara na tentativa de defini-la por meio da incorporação dos objetos) revela-se alienante, pois resulta necessariamente na sujeição do sujeito ao outro.

À primeira vista, o sujeito constitucional pode parecer fundamentalmente distinto de seus correlatos Hegeliano e Lacaniano. Ele pode parecer no controle da situação, em especial se emerge como a consequência de uma revolução, ao ter arruinado o outro anti-revolucionário e ao ainda não ter enfrentado o outro das futuras gerações, ou seja, pelo menos em seu estágio inicial. Enquanto detentor do poder constituinte, o sujeito constitucional parece se encontrar em condições de impor sua vontade, ou para dizer com Ulrich Preuss, de “criar um mundo político *ex nihilo*”. Daí, longe de surgir como uma carência ou como alienado, o sujeito constitucional aparentemente molda uma nova ordem política à sua própria imagem, a partir de uma posição de absoluto domínio, colocado muito acima dos remanescentes em ebulição das tradições deitadas fora descartadas, pela revolução. (ROSENFELD, 2003, p.34).

Um olhar mais cuidadoso, entretanto, revela que a posição de sujeito constitucional não é tão absoluta quanto parece, mas depende de muitos dos elementos constantes da ordem política pré-revolucionária. Uma vez que, na vida política, de fato inexistiu criação *ex nihilo*, a diferenciação total entre a ordem política pré-revolucionária e a ordem política pós-revolucionária não só é impossível como também indesejável. Logo, elementos e tradições pré-revolucionárias são “transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional” (ROSENFELD, 2003, p.35). Desse modo, em boa medida, é justamente o passado que se desejava repudiar que determina parte do conteúdo constitucional elaborado pelos constituintes revolucionários. Conclui-se que o constitucionalismo não se constrói por meio da imposição irrestrita da vontade revolucionária que simplesmente eliminaria ou desconsideraria o “outro” pré-revolucionário.

Por outro lado, uma vez que o constitucionalismo moderno inclui, dentre seus requisitos, o pluralismo social, torna-se necessário que a identidade forjada pelos constituintes vá além da subjetividade de seus autores, de modo a levar os “outros” em adequada consideração. “Assim, do ponto de vista dos constituintes, a identidade do sujeito constitucional surge como um vazio, uma ausência (*lack*), gerado pela distância que separa a auto-imagem própria dos constituintes daquela da comunidade política constitucional pluralista.” (ROSENFELD, 2003, p. 36). A elaboração de uma constituição escrita, nesse sentido, pode ser interpretada como a tentativa de preencher o vazio da identidade constitucional por meio da busca pelo outro, mediante o estabelecimento de uma identidade comum com fulcro em um texto constitucional compartilhado.

Entretanto, as linguagens do “eu” e do “outro” são inadequadas para expressar a identidade comum que se pretende compartilhada por ambos. O discurso constitucional emerge como uma linguagem externa (similarmente à situação da criança lacaniana que precisa se submeter à linguagem de seus pais para adquirir sua própria identidade), e, portanto,

alienante dos membros da comunidade política constitucional que, necessariamente, precisam utilizá-la. Segundo Rosenfeld:

O constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação da *rule of law*, ou seja, do Estado de Direito, e a proteção dos direitos fundamentais. Consoante essas exigências, os revolucionários vitoriosos que assumem o papel de constituintes devem reforçar sua pretensão de ocupar o lugar do legítimo sujeito constitucional ao renunciarem a um significativo montante de poder, se submetendo às prescrições do Direito e ao se limitarem em face dos interesses fundamentais de outros. Há, é claro, muitos modos distintos mediante os quais os constituintes podem cumprir as condições para o surgimento do legítimo sujeito constitucional, mas todos eles envolvem a alienação de poder e a construção de uma auto-identidade dependente da vontade e da auto-imagem do outro. (ROSENFELD, 2003, p. 36-37)

O sujeito constitucional, portanto, deriva do encontro do “eu” com o “outro”, realizado sempre na ausência, no vazio, e de forma alienante. Sua posição exige que ele deixe de lado sua própria identidade por meio do discurso constitucional, que se converte em linguagem comum e compartilhada que une o “eu” constitucional e os vários “outros” sociais em uma comunidade política constitucionalmente estruturada. O discurso constitucional constrói-se, fundamentalmente, com base em um texto constitucional escrito, que só pode ser apreendido em seu contexto próprio, tendo em vista suas inerentes restrições normativas e factuais.

Mas, como todo texto depende necessariamente de seu contexto, e, conforme visto anteriormente, é aberto a múltiplas possibilidades de interpretação e finalidades, e, no infindável processo de escritura e reescritura, muda seu sentido ao longo do tempo, o sujeito constitucional depende do discurso constitucional para poder criar e recriar sua própria identidade. “Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível”. (ROSENFELD, 2003, p.40).

4 Construções e reconstruções da identidade do sujeito constitucional

Somente por meio da construção intersubjetiva do discurso constitucional que ele pode adquirir sua identidade. Uma vez que a identidade do sujeito constitucional deve harmonizar os interesses e aspirações dos vários “eus” e “outros” da comunidade política, deve-se evitar a sua personificação precisa e determinada. Em verdade, ele é formado pelos constituintes originários, pelos intérpretes constitucionais, por aqueles que se encontram sujeitos ao texto constitucional, pelos membros da comunidade política pertencentes aos diversos grupos sociais, sem, no entanto, reduzir-se a nenhum de seus componentes. Desse modo:

O sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais. A expressão plena da auto-identidade constitucional (*constitutional self-identity*) só é concebível mediante um exercício imaginário que envolve uma extrema compressão de todas as épocas e uma simultânea apreensão de todas as variáveis interpretativas possíveis, combinadas com a habilidade de destilar, condensar tudo isso em uma narrativa coerente e confiável. Em resumo, a auto-identidade constitucional, no entanto, só pode ser articulada pouco a pouco por um sujeito parcial que deve construí-la a partir de fragmentos díspares que precisam ser projetados em um passado e em um futuro incertos. E, ainda, para que essa construção não seja vista como meramente arbitrária, ela deve ser suplementada por uma reconstrução. Como veremos, a construção não nos possibilita mais do que um vislumbre da identidade constitucional, e, assim, a função da reconstrução é transformar esse vislumbre em uma imagem definida. (ROSENFELD, 2003, p. 40-41).

De acordo com Rosenfeld, a compreensão da relação entre a construção e a reconstrução da identidade constitucional depende da percepção da antinomia existente entre facticidade e validade, ou seja, entre fatos e normas, entre o real e o ideal. Duas são as principais consequências dessa antinomia para a identidade constitucional. A primeira delas relaciona-se com a justaposição entre as normas constitucionais e os fatos sócio-políticos e históricos: a partir de relevantes fatos históricos diversos, a aplicação

de uma mesma norma constitucional pode conduzir a resultados diferentes e igualmente legítimos; similarmente, condições fáticas distintas podem produzir significados e sentidos distintos para uma mesma norma constitucional.

A segunda consiste no conflito entre um dado texto constitucional vigente e os requisitos normativos do constitucionalismo: na medida em que cada constituição só pode incorporar uma gama limitada de prescrições normativas, tal conflito pode ser compreendido como o confronto entre a facticidade de um texto constitucional e as normas que estabelecem o ideal de uma democracia constitucional; ou ainda, pode ser interpretado como o desajuste entre as normas promovidas por uma constituição e as normas inerentes ao constitucionalismo. Nesse sentido Rosenfeld:

A antinomia entre o real e o ideal figura descaradamente na determinação da auto-identidade do sujeito constitucional como uma conseqüência das limitações e deficiências inerentes à efetiva posição historicamente situada desse sujeito. A realidade do sujeito constitucional, enquanto perpassada pela carência (*lack*) e incompletude, é sempre por demais empobrecida, enfraquecida para gerar uma auto-identidade viável capaz de fornecer um fundamento consistente, coerente, para a ordem constitucional. Assim, se levarmos em conta que da perspectiva fragmentada e limitada de um juiz constitucional singular, por exemplo, que, na melhor das hipóteses, tem um acesso parcial e incompleto à realidade empírica do constituinte e a mais pávida e fugidia intuição da realidade das gerações futuras, parece ser absolutamente impossível desenvolver um quadro coerente da auto-identidade constitucional com base exclusivamente no que lhe é empírica e historicamente acessível. (ROSENFELD, 2003, p. 42-43).

Logo, uma identidade constitucional viável requer que o real seja complementado pelo ideal, por meio de um exercício de imaginação contrafactual apto a acrescentar sentido e valor ao factual, ao real. O ideal, entretanto, além de suplementar o real, muitas vezes pode contradizê-lo, revelando as antinomias inerentes a qualquer ordem constitucional. Assim, construção e reconstrução exercem a tarefa de harmonizar as

antinomias entre os fatos e “contrafatos”, o que acontece ao erguerem pontes entre o real e o ideal (ROSENFELD, 2003).

O mérito de uma teoria que lança mão da construção e da reconstrução para trabalhar as antinomias entre o real e o ideal depende do grau de lógica e de persuasão com que essa teoria compara o factual e a imaginação contrafactual. Desse modo, toda tentativa reconstrutiva de comparação entre o real e o ideal será baseada em uma das seguintes finalidades: quando o ideal é concebido como suplementação do real, a reconstrução busca formular uma fundamentação normativa para o *status quo*; por outro lado, quando o ideal é apresentado em contradição com o real, a reconstrução procura fornecer uma crítica das instituições vigentes na comunidade política.

Percebe-se, nessa linha, que a construção se vincula essencialmente à apreensão do real, ou seja, à apresentação do quadro político-institucional vigente de uma dada identidade constitucional. Já a reconstrução volta-se para a imaginação contrafactual, em busca de um vislumbre ideal que possibilite ou a justificação ou a crítica de uma situação vigente na comunidade política (e de sua correspondente construção da identidade constitucional). Logo, toda reconstrução tem como base uma construção da identidade constitucional, e ora visa sua justificação, ora visa sua própria crítica, ou ainda a crítica de outras possibilidades de construção da identidade constitucional. Assim:

Construção e reconstrução representam dois momentos distintos da investigação em curso que objetiva alcançar uma melhor apreensão da incompleta e sempre em desenvolvimento auto-identidade do sujeito constitucional. A tomada de decisão constitucional sempre se dá sob condições que excluem a possibilidade de determinação plena, o que torna a construção necessária. De fato, a tomada de decisão constitucional envolve a construção já que as questões constitucionais sempre requerem escolhas entre duas ou mais alternativas plausíveis. Todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e assim, por isso mesmo, requerem justificação. A reconstrução fornece os meios para se realizar a tarefa de justificação e torna possível a defesa convincente ou a

condenação das construções associadas ao processo da tomada de decisão constitucional. (ROSENFELD, 2003. p.44-46)

Argumentando de outro modo, toda tomada de decisão constitucional, necessariamente interpretativa, acrescenta novos elementos ao quadro da identidade constitucional. A reconstrução tem por função harmonizar os novos elementos com os elementos anteriormente presentes na identidade constitucional; ou, na medida em que os novos elementos abalam e quebram as harmonias entre os elementos anteriores, a reconstrução deve formular um novo quadro harmônico, inteligível e convincente, que recombine todos os elementos envolvidos. Rosenfeld (2003) salienta que essa harmonização ou recombinação não pode ser alcançada apenas tendo como base em uma realidade fragmentária com que ela se defronta e, assim, requer o exercício dessa imaginação contrafactual.

Evidentemente, não é todo exercício de imaginação contrafactual que resulta em uma reconstrução plausível e razoável da identidade constitucional. Por exemplo, tanto uma interpretação contrafactual que procurasse justificar o *status quo* a qualquer custo, como uma outra que estabelecesse um padrão ideal inalcançável, à luz da qual todas as práticas vigentes soariam ilegítimas, não seriam úteis nem aproveitáveis nos exercícios de construção e reconstrução. Nesse sentido: “parece recomendável submetermos a reconstrução, à medida que ela diz respeito à descoberta da identidade do sujeito constitucional aos limites normativos inerentes ao constitucionalismo.” (ROSENFELD, 2003, p.47). O compromisso com o pluralismo, com o princípio do governo limitado, a adoção do Estado de Direito (*rule of law*), e a proteção dos direitos fundamentais são limites que, além de apontarem para o mútuo reconhecimento entre o “eu” e o “outro”, situam ambos no mesmo grau de dignidade e respeito. Além disso, o exercício de reconstrução, quando limitado pelos princípios decorrentes do constitucionalismo, serve igualmente como critério de avaliação da legitimidade das normas constitucionais efetivamente vigentes. Ademais, o exercício de reconstrução pode ser suplementado pelo conceito de integridade formulado pelo próprio Rosenfeld:

Além de requerer a observância às restrições do constitucionalismo, a reconstrução contrafactual pode ser reforçada suplementarmente pela integridade sob a condição da plausibilidade lógica, avaliada nos termos das circunstâncias prevalecentes. Essa última condição, inspirada no conceito hegeliano do sujeito que se desenvolve em uma série de diferentes estágios, exige uma reconstrução contextualmente fundada apta a apreender as tensões e contradições efetivas encontradas no interior das relações políticas e sociais prevalecentes. Em cada estágio do seu desenvolvimento histórico, o sujeito constitucional enfrenta determinadas contradições que o motivam a buscar coerência mediante o emprego da imaginação contrafactual. Assim, a reconstrução parece mais útil se ela apontar para uma solução plausível das contradições prevalecentes ao elaborar um quadro contrafactual que não exceda o horizonte de possibilidades delimitado pelas condições materiais existentes. Em suma, do ponto de vista da identidade do sujeito constitucional, a legitimidade da reconstrução depende da adoção das normas incorporadas no constitucionalismo, vinculada ao respeito aos limites impostos pelo relevante horizonte das possibilidades. (ROSENFELD, 2003, p. 48).

Nesse sentido, a integridade funciona, para a identidade do sujeito constitucional, como vínculo com o contexto sócio-político da comunidade. A necessidade de plausibilidade e razoabilidade no exercício reconstrutivo exige que a reconstrução respeite os limites materiais impostos pelo contexto da identidade constitucional analisada, de modo que a reconstrução nem estabeleça padrões contrafactuais virtualmente inalcançáveis, nem justifique o *status quo* indiferente aos problemas e às contradições constantes do momento histórico específico de uma dada identidade constitucional. É apenas desse modo que o exercício reconstrutivo pode estabelecer uma ponte efetiva entre o ideal e o real, sem sacrificar nenhum dos dois às exigências e limites constantes de um e outro.

5 Considerações finais

O processo de desenvolvimento do sujeito constitucional, que se origina da busca do “eu” pelo “outro”, visando o estabelecimento de sua auto-identidade, deriva diretamente da ética e da ontologia presentes na

desconstrução, que igualmente propõe a procura pela superação da distância entre o “eu” e o “outro” como requisito fundamental constante de qualquer exercício interpretativo.

A conclusão a que se pode chegar depois desta análise dos capítulos preliminares da obra de Rosenfeld é que a identidade constitucional não se resume à mera atividade política, ou seja, os processos de construção e reconstrução da identidade constitucional, bem como o desenvolvimento lógico da auto-identidade do sujeito constitucional, devem se pautar por critérios jurídicos, ou melhor, por critérios oriundos do constitucionalismo, e não por considerações derivadas de preocupações políticas, econômicas, etc., que não tenham sido anteriormente filtradas pela própria identidade constitucional e ajustadas aos seus termos.

Toda construção da identidade é uma reescritura da identidade constitucional, parcial e incompleta, sempre aberta a novas possibilidades de interpretação. Ademais, toda reconstrução é uma reescritura da construção que tem por base, construção que, nesse contexto, funciona como escritura para a reescritura que é a reconstrução. Dessa forma, a identidade constitucional se projeta temporalmente, de forma vertical, e se projeta discursivamente, de forma horizontal (por se tratar de um mesmo momento histórico).

Esta construção se dá necessariamente pelo discurso jurídico, mormente o discurso jurisdicional, na medida em que a identidade do sujeito constitucional, por ser evasiva, prene de vacuidade, deve ser reconstruída a cada momento de modo a legitimar a Constituição dentro dos parâmetros do constitucionalismo, donde surge, no entender de Rosenfeld, uma tensão entre Constituição (enquanto texto) e o direito constitucional (valores político-morais a serem implementados), tendo como paradigma o governo limitado (*check and balances*), os direitos fundamentais e o Estado de Direito.

Referências

FREUD, Sigmund. **Civilization and its discontents**. [trad.: James Strachey]. W.W. Norton & Co., 1961.

HEGEL, G.W.F. **Phenomenology of spirit**. [trad.: A.V. Miller]. New York: Oxford University Press, 1977.

KELSEN, Hans. **Il Primato del Parlamento**. Coordenação de Carmelo Geraci e prólogo de Paolo Petta. Milão: Giuffrè, 1982.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução coordenada por Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Aurelino. **História Constitucional do Brasil**. Prefácio de Luiz Octavio Gallotti. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**, Trad. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel (org). **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspective**. Durham and London: Duke University Press, 1994.

SCHMITT, Carl. **Théologie Politique: 1922, 1969**. Tradução de Jean-Louis Schlegel. Paris: Gallimard, 1988.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala e epílogo de Manuel García Pelayo. Madri: Editora Revista de Derecho Privado, 1927.

Capítulo 13

Ministério público à luz da Constituição Federal de 1988: instituição transformadora, papel de *custos societatis* e a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em projetos sociais

Anne Vieira Teodorak Pego

Cristian Kiefer da Silva

Alessandra Mara de Freitas Silva

1 Introdução

Com advento da Constituição cidadã, o Ministério Público passou a ser reconhecido como uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da CRFB/88). Por isso, o corpo ministerial não pode ser visto meramente como fiscal da lei (*custos legis*), eis que exerce o papel de verdadeiro *custos societatis*, na medida em que possui a atribuição de tutelar os direitos fundamentais da sociedade, além do próprio Direito (*custos iuris*).

Atualmente, o Ministério Público brasileiro passa por uma fase de intenso embate com os poderes Executivo e Legislativo, motivado principalmente pela “Operação Lava Jato”, que já alcançou resultados expressivos no combate à corrupção. Nessa operação e nas outras que são realizadas no país, o Ministério Público vem efetivando as suas atribuições constitucionalmente firmadas na Carta Magna de 1988, contudo, a

máquina pública eivada de corrupção, corporativismo, má gestão de recursos e de anos de impunidade tenta a todo custo impedir a atuação ministerial para construção do país nos moldes de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Tanto é assim que, em 30 de novembro de 2016, a Câmara dos Deputados em uma votação na “calada da noite” e se aproveitando de um período de comoção nacional - acidente aéreo com o time da Chapecoense ocorreu em 28 de novembro de 2016-, retirou seis propostas do Ministério Público Federal, desconfigurando o pacote anticorrupção, bem como aprovaram uma emenda que prevê casos de responsabilização de juízes e membros do Ministério Público por crimes de abuso de autoridade (BRASIL, 2018). Não é certo que o projeto chegará a ser aprovado, mas tal articulação legislativa consubstancia uma nítida tentativa de intimidação ministerial.

É nesse cenário de completo desrespeito com a população que o Ministério Público atua como defensor do Direito (*custos iuris*) e da sociedade (*custos societatis*), de modo abandonar a visão reducionista de fiscal da lei (*custos legis*), pois a instituição, em todas as unidades da federação busca alternativas para que sejam respeitadas os direitos e garantias fundamentais fixados constitucionalmente.

Portanto com base nesse “novo” Ministério Público (reinventado após a Constituição de 1988), que tenta consolidar o seu papel resolutivo na sociedade democrática brasileira, o estudo analisará a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) em projetos sociais, iniciativa que visa atender ao comando constitucional atribuído à instituição ministerial e fortalecer a ação preventiva na solução de litígios.

A atuação do Ministério Público mineiro junto aos projetos sociais foi uma das estratégias encontradas para prevenir demandas judiciais e evitar prejuízos sociais, de modo a concretizar o seu papel resolutivo. Nessa toada, o objetivo desses projetos é promover a transformação da realidade social dos envolvidos, eliminando ou solucionando problemas, além de tutelar os direitos ou interesses sociais e individuais indisponíveis, a partir

de um conjunto integrado de atividades com a comunidade e da articulação interinstitucional.

O desafio é árduo e gradativo, mas importantes iniciativas como a criação da Cimos (Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais) e o fomento a projetos sociais como a “Rua do Respeito”, já sinalizam mudanças e resultados positivos, aproximando Ministério Público mineiro do posto de transformador da realidade social.

2 Ministério público

2.1 Etimologia, nomenclatura e considerações iniciais

O ato inaugural do uso da expressão "Ministério Público" não é exato, tendo sido formado ao longo do tempo por vários povos. Com isso, por ser decorrente de um processo histórico complexo, é forçoso cunhar um sentido universal e pertinente para todos os países, tendo cada uma sua própria composição.

Há quem afirme que o “Ministério Público” teve início na França (século XVIII), considerando que os seus procuradores atuavam em prol do interesse público, pois agiam em defesa dos interesses do rei e da Coroa (ZENKNER, 2006, p. 65). Em Roma, “Ministério Público”, era um termo genérico utilizado nos textos clássicos para designar todos os que praticavam alguma espécie de função pública, após, a partir do direito francês medieval passou fazer referência a uma instituição específica - a experiência francesa influenciou os países de origem latina, em que a expressão é usual (MAZZILLI, 2000, p. 35).

O vocábulo “Ministério” deriva do latim *ministerium*, *minister*, que significa de “ofício do servo, função de servir, mister ou trabalho” (MOREIRA, 2009, p. 8), e “Público” corresponde aquilo que pertence à plebe, ao povo e, por consequência, a todos, indistintamente. Logo, etimologicamente e em uma análise restrita, pode-se afirmar que o membro do Ministério Público é o “*servo de todos*”.

Por outro lado, o termo *parquet*, bastante utilizado no Brasil como referência à instituição ministerial, corresponde a um substantivo masculino de origem francesa. A respeito do verbete *parquet*, Emerson Garcia explica que "no uso comum, indica o ajuntamento de tábuas (lâminas de *parquet*) que forma o chão de certos cômodos de uma habitação ou mesmo o ajuntamento de chapas que integram plataforma ou constituem o chão do compartimento de um navio" (GARCIA, 2008, p.7).

Acrescenta o autor que "a transposição do vocábulo para o meio jurídico deve-se ao fato de os representantes do Ministério Público (*agent durai*), em sua origem, postularem aos juízes de pé, sobre o assoalho: daí a distinção entre *magistrature debut* (de pé) e *magistrature assise* (sentada)". Dessa forma, o uso do tablado revela um aumento de poder dos procuradores do rei, eis que lhes foi permitido falar em igualdade em relação aos juízes (ALVES; ZENKNER, 2009, p. 18).

Outro termo associado ao Ministério Público é *Ombudsman*, tanto que por vezes a instituição ministerial é referida como *Ombudsman* do povo. De origem sueca, a referida palavra significa representante do cidadão, ouvidor-geral, ou função pública destinada a solucionar problemas e reclamações da população. Interessante destacar, que o *Ombudsman* deu origem a criação de diversas ouvidorias de atendimento ao cidadão no Brasil, que no âmbito do Ministério Público possuem um papel fundamental no recebimento de informações e investigação de denúncias.

2.2 Contexto histórico

Conforme dito, a origem histórica do Ministério Público é complexa, bem como longe de ser um consenso doutrinário. Costumeiramente, os *Éforos de Esparta* são citados como precursores da instituição, eis que eram acusadores e exerciam a função moderadora entre o poder real e o senado (LIMA, 2016, p. 25-26).

Outros estudiosos, como o jurista Marcelo Pedroso Goulart, apontam que no Egito Antigo, os *Magiaí* (procuradores do rei) teriam atribuições

embrionárias da atual formação ministerial (GOULART, 1998, p. 70-74). Esse grupo egípcio possuía atuação no âmbito da repressão penal com a finalidade de “castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, formalizar acusações e participar das instruções probatórias na busca da verdade, bem como na esfera civil, para defender determinadas pessoas, como órfãos e viúvas” (MAZZILLI, 1991, p. 01-02).

Ademais, existem indícios do Ministério Público a partir dos *Thesmo-tetis* na Grécia Antiga, dos *Advocatus Fisci* e dos *Caesaris* na Roma Antiga. Na Idade Média, são apontados como antecedentes do *parquet* os *Saions* germânicos, os *Bailos* e *Senescais*, todos com o dever de proteger o senhor feudal. Ainda nesse período temos os *Gastaldi* do direito longobardo, os *Advogatori di Comum* de Veneza, os *Gemeiner Anklager* da Alemanha (responsáveis pela acusação quando o particular permanecia inerte) e os *Vindex Religions* do direito canônico (MAZZILLI, 1991, p. 01-02).

Apesar das divergências acerca da gênese, os pesquisadores concordam que as influências ministeriais mais recentes são francesas, notadamente, na *Ordenance* de 25/03/1302, de Felipe “o Belo” e nas *Ordenances* de 28/12/1335, de 20/07/1367 e de 22/11/1371, pois deram aos *procurateurs* competências semelhantes com as atribuições dos promotores de justiça da atualidade. No primeiro momento essas ordenanças estabeleciam que os procuradores do rei deveriam atuar somente na defesa dos interesses da Coroa, vedando o patrocínio de outros interesses não reais (MAZZILLI, 2000, p. 38-39).

Depois da Revolução Francesa, foram conferidas maiores garantias ao Ministério Público, mas se manteve a ligação institucional com o Poder Executivo, ficando responsável por fiscalizar leis, julgados e até mesmo realizar acusação criminal (apesar do breve período). Sobre a experiência francesa, Marcelo Pedroso Goulart e Mania Anaides do Vale Siqueira Soube, respectivamente, afirmam que:

A legislação que deu forma às inovações institucionais também regulou o Ministério Público, definindo-o como agente do Poder Executivo perante os tribunais na fiscalização das leis e dos julgados, garantindo-lhe a

independência em relação ao Parlamento e ao Judiciário. A acusação criminal, entendida como emancipação da soberania popular, foi desvinculada da atuação do Ministério Público e destinada a um agente eleito pelo povo. Posteriormente, o Ministério Público voltou a reunir as funções que tradicionalmente lhe couberam, inclusive de acusador público (GOULART, 1998, p. 74).

A Constituição Francesa de 1791 pulverizou a iniciativa de ação penal, porém, com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 e a Lei de 20 de abril de 1810, foi o Ministério reorganizado. Durante as invasões napoleônicas foi o modelo de Ministério Público disseminado pelo mundo (SOUB, 2006, p. 17).

Na vertente italiana, o Ministério Público integra o poder judiciário, sendo que uma parcela é dedicada a judicatura e outra dedicada ao exercício de atividades ministeriais típicas, como ajuizamento da ação penal e de outras iniciativas. Já nos Estados Unidos, que adota a *Common Law*, o Ministério Público possui caráter político, tendo em vista que o país segue o princípio da oportunidade da ação penal, que confere ao *parquet* discricionariedade para tipificar os crimes, bem como negociar com o acusado, firmando acordos (LIMA, 2016, p. 27). Após esse breve percurso histórico sobre o Ministério Público, foi possível delinear alguns contornos da entidade, que apresenta feições distintas e particularidades inerentes ao contexto social-político em que esteja inserido.

2.3 Ministério Público no Brasil

O Ministério Público Brasileiro teve sua origem mais próxima na legislação lusitana. Isto se deve, principalmente, pelo fato do Brasil ter sido colônia portuguesa por séculos (modelo metrópole e colônia). Não obstante as citadas influências, o Brasil apresenta uma formação ministerial peculiar se comparado com outras nações.

Em 1239, no reino de D. Afonso III - antes mesmo das Ordenanças francesas (marco considerado como o primeiro registro do Ministério Público semelhante ao atual) -, existia o procurador da coroa (cargo

permanente), que tinha a atribuição de peticionar nos tribunais civis na defesa dos interesses reais. As Ordenações Afonsinas de 1447, apresentava traços do Ministério Público, por fazer referência aos “Procuradores dos Nossos Feitos”. Título VIII, Livro I. (GARCIA, 2008, p. 27).

Posteriormente, em 1521, as Ordenações Manuelinas (Livro I), além de manter os “Procuradores dos Nossos Feitos” em seu texto, trouxe pela primeira vez no ordenamento a expressão “Promotor de Justiça” (em português arcaico - “Promotor de Justiça da Casa de Sopriçam”). Esses promotores eram competentes para presenciar todas as investigações criminais, realizadas por escrivães, além de poderem requerer prisões e solturas, formular acusações, fiscalizar o cumprimento e execução das leis. A partir de 1603, as Ordenações Filipinas (Livro 1), não apresentaram grandes inovações na área ministerial, mas basicamente organizou um título próprio que para cuidar do “Procurador dos feitos da Coroa” (XII), do “Procurador dos Feitos da Fazenda” (XIII), do “Promotor de Justiça da Casa de Suplicação” (XV) e do “Promotor de Justiça da Casa do Porto” (XLIII).

Todas essas Ordenações lusitanas acabaram repercutindo no ordenamento brasileiro notadamente, no período que o Brasil se tornou Reino Unido de Portugal e Algarves. Durante todo o período em que, como colônia ou vice-reino, fomos administrados politicamente pelo Império Português, evidentemente a nós se aplicava a legislação editada pela metrópole, de modo que de 1500 e até mesmo após a declaração da independência, em 1822, por ausência de edição de normas nacionais³⁸, as Ordenações retro mencionadas foram aplicadas de forma sucessiva na parte do território em que hoje se situa a República Federativa do Brasil e que era então dominada por Portugal e, por um breve período, de 1580 a 1640, pela Espanha, quando houve a unificação dos dois reinos (GARCIA, 2008, p. 27) .

Com independência do Brasil, a primeira Constituição brasileira de 1824, foi omissa em relação ao Ministério Público. Entretanto, o Código de Processo Criminal de 1832, “sistematizou o Ministério Público, consolidando-o como acusador criminal” (GARCIA, 2008, p. 77), mas sem nenhuma garantia, pois o promotor de justiça era uma extensão do Executivo (*longa manus*), sendo um cargo de livre nomeação e exoneração

(pelo imperador ou pelos presidentes das províncias). Nessa época as funções ministeriais eram restritas ao campo penal, embora o Aviso de 16 de janeiro de 1838 tenha conferido ao *parquet* a atribuição de *custos legis*.

[...] o Ministério Público desempenhou o papel de defensor dos interesses da Coroa e da Administração e, paulatinamente, ao acompanhar o desenvolvimento do processo social de aberturas de espaços democráticos de participação, foi ganhando autonomia, para, afinal, cumprir exclusivamente seu papel de defensor do povo (GARCIA, 2008, p. 95).

As Constituições de 1937 e 1967, marcadas pelo excessivo autoritarismo e supressão de direitos, limitaram a atuação do Ministério Público e provocaram significativo retrocesso a autonomia institucional. Com isso, nesses períodos, as atividades do *parquet* estavam bastantes atreladas ao Poder Executivo, fato que infelizmente aproximava a instituição de sua formação originária. Somente com a Constituição de 1988, que criou a Advocacia Geral da União, houve a transferência dos interesses do poder público.

Do mesmo modo, nas Cartas democráticas o cenário era parecido, haja vista que ao mesmo tempo em que o Ministério Público deveria atender às vontades executivas era permitido proteger determinados direitos sociais. O problema dessas atribuições dicotômicas, em que ora se representava a União e ora cuidava dos interesses do povo, era que em situações de contraposição entre ambos existia um vazio legislativo.

Ao longo do século XX, o Ministério Público experimentou modestas evoluções legislativas, responsáveis por alargamento de suas competências, que foram além da representação estatal e da promoção da persecução penal. Inicialmente, a partir de normas infraconstitucionais, percebeu-se a necessidade do Ministério Público tutelar direitos essenciais e que não poderiam ser disponibilizados, ou ainda, direitos cuja titularidade não seria passível de fracionamento por estarem difundidos entre a coletividade.

Nessa toada, o Ministério Público sutilmente foi transformado em defensor dos interesses indisponíveis da sociedade, afastando-se cada vez

mais da função de representante estatal. Por exemplo, tivemos a criação da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente e permitiu ao Ministério Público a possibilidade de propor ação civil pública na defesa do meio ambiente (art. 14, §1º); da Lei 7.347/85, que autorizou o Ministério Público instaurar inquérito civil (art. 8º, §1º) e promover ações judiciais com a finalidade de proteger interesses difusos e coletivos (art. 5º, inciso I); e no contexto pós Constituição de 1988 importante citar a Lei 7.853/89, que instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência a disciplinou atuação do Ministério Público (art. 3º); Lei 8.069/90 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente; da Lei 8.078/90, que editou o Código de Defesa do Consumidor; da Lei 8.439/92, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa; da Lei 10.741/03, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso; entre outras.

A Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais é a Lei 8.625/93, e a lei que rege os Ministérios Públicos da União é a Lei Complementar 75/93, sendo que ambas consolidaram e expandiram as conquistas presentes na Lei Complementar 40/81.

Recentemente, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) houve a ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional. A nova sistemática processual civil no Brasil adequou o Ministério Público ao Estado Democrático de Direito iniciado com a Constituição Federativa de 1988, pois o Código de Processo Civil de 1973 foi criado na ditadura militar. Tanto é assim, que o art. 176, da Lei 13.105/2015 (NCPC) confirmou o *parquet* como defensor da ordem jurídica (*custos iuris*).

3 A consagração promovida pela Carta Magna de 1988 do modelo Ministério Público como *custos societatis* e fiscal da ordem jurídica.

A Carta Magna de 1988 no art. 127 ao art. 130, apresenta o Ministério Público como função essencial à justiça, delineando direitos e garantias dos seus membros, além de estabelecer obrigações.

De tal modo, o constituinte originário ao mesmo tempo em que estabeleceu um múnus constitucional de grande relevância social, conferiu aos órgãos de execução ministerial garantias funcionais, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. Não se trata de uma compensação, mas de uma segurança para que ocorra o pleno exercício das funções institucionais.

A mesma intenção ocorreu ao serem fixadas vedações constitucionais do art. 128, inciso II, da Constituição Federativa de 1988. Outrossim, o art. 128, consigna que o Ministério Público no Brasil abrange o Ministério Público da União, que engloba o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e o Ministério Público do Estado, que compreende os 27 (vinte e sete) Estados da federação.

Entre os artigos da Constituição, o art. 127 é considerado o mais importante no tema, por inaugurar a abordagem do Ministério Público e definir em linhas gerais o seu significado no ordenamento jurídico pátrio. Conforme estabelecido pelo constituinte, o Ministério Público é uma instituição. Nesse ponto, apesar de não ter personalidade jurídica, a entidade é dotada de legitimidade para ajuizar medidas administrativas e judiciais.

Ressalte-se, a importância do Ministério Público conferida pelo legislador é tamanha que a instituição integra o núcleo imodificável da Carta Magna. Ora, a expressão “instituição permanente”, contida no art. 127, deixa claro que a vedação de qualquer modificação tendente a eliminar ou restringir a área de atuação do Ministério Público, eis que deixaria de ser permanente. Para Hugo Nigro Mazzilli: “ao afirmar seu caráter permanente, o poder constituinte originário vetou, implicitamente, que o poder constituinte derivado suprimisse ou deformasse a Instituição ministerial, pois caso contrário, haveria forma indireta de burlar o princípio” (MAZZILLI, 2007, p. 10).

Sobre o termo “essencial”, entende-se que o “Parquet é um dos atores fundamentais na administração da justiça, sendo detentor de

prerrogativas e permissões legais aptas a viabilizar a sua participação nos processos de sua atribuição” (PINHO, 2016, p. 120).

Já em relação a expressão completa “essencial à função jurisdicional do Estado”, segundo o autor Hugo Nigro Mazzili, além de ser insuficiente possui dupla incoerência:

[...] diz menos do que deveria (o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na fiscalização de fundações e prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extrajudiciais, na direção de inquérito civil, no atendimento ao público, nas funções de ombudsman) e ao mesmo tempo, paradoxalmente, diz mais do que deveria (pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, e sim, normalmente, apenas naqueles em que haja algum interesse indisponível, ou, pelo menos transindividual, de caráter social, ligado à qualidade de uma das partes ou à natureza da lide). (MAZZILLI, 2007).

Em que pese as críticas acerca da redação do art. 127, a partir desse dispositivo que fazemos o enquadramento do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos iuris*), sendo que a instituição pode atuar como “órgão agente” (Ministério Público como parte atuando na promoção da ação) ou como “órgão interveniente” (Ministério Público como *custos legis* em uma ação proposta por outrem). Atualmente, é impossível dissociar a participação ministerial somente como parte, pois “todas as vezes em que o Ministério Público atuar como órgão agente, ele estará atrelado à sua função fiscalizadora, até mesmo por obediência ao objetivo precípua que lhe é atribuído pelo art. 127, caput, da Constituição Federal” (PINHO, 2016, p. 121).

Nessa toada, a defesa da ordem jurídica é uma atribuição mais ampla do que ser mero *custos legis*, vez que não possui similaridade com a lei, mas, com o Direito. Isto é, incumbe ao Ministério Público nacional, tutelar a ordem jurídica, a partir da análise de todos os atos estatais, de modo a tomar medidas para impedir abusos ou ilegalidades, em conformidade com as restrições constitucionais e do Direito.

Desse modo, com o advento da Constituição Cidadã, o Ministério Público não pode ser visto apenas como fiscal da lei, eis que exerce o papel de verdadeiro *custos societatis*, na medida em que possui a atribuição de tutelar os direitos fundamentais da sociedade, além do próprio Direito (*custos juris*). Para o jurista Gregório Assagra:

Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). A instituição assumiu a de fiscal dos direitos fundamentais da sociedade (*custos societatis*) e, precipuamente, o papel de guardião do próprio direito (*custos juris*) (ALMEIDA, 2016, p. 151-152).

Sobre essa função de *custos societatis*, cumpre esclarecer que o Ministério Público tem sua intervenção restrita a questões que envolvam direitos indisponíveis ou de elevada relevância social que demonstrem a existência de interesse público. Oportuno colacionar os entendimentos abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

1. A intervenção do Ministério Público, fundamentada na qualidade da parte dotada de capacidade civil, deve envolver direitos indisponíveis ou de tamanha relevância social que evidenciem a existência de interesse público no feito. (Nesse sentido: AgRg no REsp 565.084/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24.8.2009, DJe 14.9.2009) (...). (REsp 1249050/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011) – (BRASIL, STJ, 2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.I – O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, quando presente evidente relevo

social. II – Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 637802 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 23-11-2016 PUBLIC 24-11-2016) – (BRASIL, STF, 2016).

Nesse sentido, os interesses que não apresentam evidente relevância social não entrariam no rol de atuação, limitação que não retira papel de destaque na coletividade, mas pelo contrário, assegura a proteção dos direitos sociais mais indispensáveis ao interesse público.

Portanto, a “restrição” da legitimidade do Ministério Público, que vem sendo adotada pelos Tribunais Superiores é positiva, pois ratifica o estabelecido no art. 127, da Constituição Federativa de 1988, além de confirmar a instituição como amoldada para garantir os interesses, não mais do Estado ou de uma sociedade meramente, mas de uma complexa coletividade democrática. Dentro dessa nova perspectiva são verificados desafios e exigências, com a finalidade enfatizar os novos rumos traçados pela instituição frente à expansão e ao aprofundamento do princípio democrático.

3.1 Ministério Público Demandista e Ministério Público Resolutivo

Antes de adentrar na abordagem do presente tópico, faz-se mister considerar que o papel do Ministério Público no contexto do Estado Democrático de Direito é de presentante e não de representante como, por vezes, equivocadamente, é utilizado. Essa diferenciação é essencial para entender o sentido conferido à instituição, notadamente, a partir da Constituição de 1988, pois considerar o Ministério Público representante é reduzir o seu poder na sociedade.

A representação, pressupõe-se sempre dois sujeitos. Já na apresentação, temos uma conexão entre o sujeito e seu órgão (inexiste relação entre dois sujeitos), isto é, apresentação é uma relação orgânica, entre o sujeito e o seu órgão. Com efeito, o correto é dizer que o promotor de justiça ou o procurador da república são presentantes do Ministério Público, pois

quando atuam são a própria instituição agindo na defesa dos interesses da coletividade. Assim, o Ministério Público é um ente despersonalizado com vocação para atuar por todos. Ultrapassada a referida confusão terminológica, os modelos de Ministério Público demandista e Ministério Público resolutivo foram criados pelo jurista e membro do Ministério Público de São Paulo, Marcelo Pedroso Goulart. Nas palavras do idealizador dos dois arquétipos jurídicos-institucionais:

Dentro do perfil institucional consagrado na Constituição de 1988, pode-se trabalhar dois modelos de Ministério Público: Ministério Público demandista e o Ministério Público resolutivo.

No primeiro modelo - Ministério Público demandista -, o membro do Ministério Público tem como horizonte a atuação perante o Poder Judiciário. É um mero agente processual. [...]

Esse Ministério Público demandista é o que hoje prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania no mundo globalizado. Ao invés de um Ministério Público demandista, faz-se necessário um Ministério Público resolutivo, que leve às últimas consequências o princípio da autonomia funcional". (GOULART, 1998, p. 119-123).

Além de especialista na temática de Teoria Geral do Ministério Público, o professor Marcelo Pedroso Goulart desenvolveu os modelos a partir da sua experiência como promotor de justiça no Estado de São Paulo, oportunidade em que presenciou na prática diversas mazelas sociais e verificou a ineficiência do modelo demandista do Ministério Público no Brasil, defendendo, por isso, uma atuação mais efetiva das atribuições conferidas no art. 127, da Constituição Federativa de 1988. O professor assevera, ainda, que "O Promotor da Constituição de 1988 é um agente da vontade política transformadora, com um conhecimento transdisciplinar. Apenas o jurídico não é suficiente" (GOULART, 2013, p.37).

Nessa toada, Gregório Assagra de Almeida e Elaine Martins Parise entendem que "O Ministério Público resolutivo é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social" (ALMEIDA; PARISE, 2013, p. 262). Podemos afirmar que o Ministério Público demandista é repressivo. É atuação do

membro meramente como agente processual atuando perante o Poder Judiciário, que visa solucionar as mazelas sociais a partir de decisões judiciais.

Lado outro, no modelo resolutivo é baseado na atuação preventiva, evitando o surgimento de problemas sociais que poderia vir a reprimir. Assim, o *parquet* no exercício do modelo resolutivo atua como agente de transformação social, permitindo um trabalho mais dinâmico e interativo com a sociedade, ou seja, identifica e tenta solucionar ou promover a resolução dos fenômenos prévios às demandas judiciais.

3.2 A necessidade de reorganização espacial do Ministério Público

É possível assegurar que modelo resolutivo é mais positivo para a efetivação dos direitos difusos e coletivos, cuja atuação repressiva (modelo demandista) já restou fracassada. Todavia, o viés demandista do Ministério Público presente na Constituição e na legislação infraconstitucional, impõe limites para a construção de uma instituição unicamente resolutiva e afastada do litígio judicial. Ou seja, no contexto normativo brasileiro é impossível abandonar por completo o caráter demandista do Ministério Público, mas nada impede o alargamento da atuação resolutiva. Conforme defende João Gaspar Rodrigues:

Este perfil resolutivo não se desliga do passado, não o nega, mas tende a ir adiante, atento às novas necessidades sociais e às circunstâncias históricas que apontam para um futuro certo. E fortalece-se com a perspectiva sombria de que o Ministério Público precisa assumir uma identidade própria sob pena de ficar, eternamente, orbitando o Judiciário (condicionando a eficiência de suas funções ao maquinário roto ou emperrado da justiça), **ou pior ainda, à deriva no *mare magnum* das instituições públicas sem rumo definido, sem um programa de ação, sem um projeto identitário** (RODRIGUES, 2015, p. 5).

O supracitado autor sustenta que a criação de um plano de ação ou uma estratégia identitária do Ministério Público é fundamental para evitar o risco da instituição ficar presa no demandismo, deixando de ter uma

atuação proativa. Ora, apesar da importância desses mecanismos, a atual organização espacial do Ministério Público possui patologias, que colocam em risco a confiabilidade e legitimidade institucionais.

Sobre o assunto, Marcelo Pedroso Goulart¹² afirma que a organização dos Ministério Públicos em comarcas (escala única) acarreta uma série de problemas, quais sejam: cumulatividade, generalidade, isolacionismo, fragmentação institucional e demandismo, que geram resultados negativos como a perda da efetividade (ineficiência e ineficácia), além da quebra da expectativa social (perda da confiabilidade e da legitimidade do Ministério Público) (GOULART, 2016, p. 32-35).

A reorganização espacial do Ministério Público coloca-se no cenário das reformas estruturais como resposta a ser dada às perdas de efetividade. É preciso estabelecer novos arranjos espaciais multidimensionais que permitam mais eficiência e eficácia. Nesse sentido, reorganizar significa definir novas unidades de atuação permanente (Promotorias de Justiça) em diferentes escalas e variados recortes. Parte-se da escala padrão - a comarca - para escalas ampliadas (macro e mesorregionalização) e reduzidas (microrregionalização). [...] **O bom desempenho das Promotorias de Justiça depende da forma como o Ministério Público se organiza no espaço.** É inegável, pois o caráter estratégico da organização espacial, cujos **arranjos devem ser feitos de acordo com critérios de divisão** que proporcionem, às unidades de atuação, condições para o cumprimento eficiente e eficaz da missão institucional (GOULART, 2016, p. 32-35).

Destarte, para evitar tais problemas, uma possível solução estaria no estabelecimento de planos e estratégias de atuação que permitissem a reorganização de múltiplas escalas de âmbitos estadual (macrorregião), regional (mesorregionalização), local (comarca) e distrital (microrregião).

Além disso, o arranjo deve ser realizado a partir de critérios de divisão como, por exemplo, físico-ambiental (influências do meio natural); político-administrativo exógeno (modo de organização dos Poderes Públicos para implementação de suas políticas públicas sociais), socioeconômico (índices de desenvolvimento humano), tópico-temáticos (temas pontuais relevantes), complexidade temática (assuntos que

demandam conhecimento transdisciplinar) e complexidade espacial (conjunto de temas complexos em um mesmo espaço). E, conforme a complexidade da questão, tais critérios podem ser aplicados conjuntamente, semelhante com a atuação ministerial no rompimento das barragens da Samarco em Mariana/MG, que organizou uma força-tarefa. Vejamos alguns resultados:

A força-tarefa instituída para atuar no rompimento da barragem de Fundão, no município de Mariana, em Minas Gerais, foi prorrogada por mais três meses. Instituída em novembro de 2015, a FT composta por oito procuradores da República dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo deve concluir os trabalhos no final de junho, conforme a Portaria 211/2016, assinada pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot. **Em três meses de atuação, os integrantes da força-tarefa do Rio Doce ajuizaram nove ações e instauraram cerca de dez procedimentos extrajudiciais para apurar responsabilidades no caso, além de ter expedido várias recomendações ao Poder Público e às empresas.** (PGR, 2018).

Infelizmente, nem todas as tentativas de atuação por múltiplas escalas implantadas (Grupos de Atuação Especial, Redes de Atuação Integrada e Promotorias Comunitárias), tiveram sucesso satisfatório, seja pela fraqueza das iniciativas, pela provisoriedade e instabilidade das unidades regionalizadas ou pela utilização de um sistema fundado na designação de promotores de justiça por Procuradores-Gerais (gera enfraquecimento institucional por afetar o princípio do promotor natural e a independência funcional).

Para evitar novos insucessos, Marcelo Pedroso Goulart sugere que o rearranjo espacial, deve ser aplicado a partir “da criação de unidades de atuação permanente multidimensionais, cujos recortes espaciais tenham por objetivo o aumento da efetividade institucional” e conforme “o regime jurídico-constitucional do Ministério Público, qual seja, o de uma instituição não hierarquizada, informada, entre outros, pelos princípios do promotor natural e da independência funcional” (GOULART, 2016, p. 41-42).

Conclui o ilustre jurista que, a crise do Ministério Público pode ser superada com a reorganização espacial da instituição, desde que sejam levados em conta a ocorrência de mudanças nos planos político, estrutural e cultural, somatório que permitirá uma modernização ministerial. Logo, sinteticamente, temos que a reorganização espacial consubstancia o eixo norteador da atualização institucional e a base para novas práticas (GOULART, 2016, p. 41-42).

3.3 A atuação resolutiva

Hodiernamente no Brasil, são exemplos de ação resolutiva: o inquérito civil e demais procedimentos investigatórios a cargo do Ministério Público; a recomendação, os termos de compromisso de ajustamento de condutas e as audiências públicas (MACÊDO, 2007, p. 117-120).

Em que pese as vantagens e desvantagens dos dois modelos, certo é que, deve ser analisado a melhor alternativa no caso concreto, pois a atuação demandista ou resolutiva não se anulam (podendo, inclusive, ser complementares). Dependendo da situação, é totalmente possível termos “uma atuação resolutiva num contexto demandista e jurisdicionalizado, a exemplo de um acordo firmado no seio de uma ação coletiva” (MACÊDO, 2014, p. 44).

Nessa toada, o art. 129, §2º, da Constituição Federativa de 1988, que determinou aos membros do Ministério Público, salvo autorização do chefe da instituição, residir na comarca da respectiva lotação, demonstra a preocupação da instituição em aproximar os integrantes da carreira da realidade social em que atuam.

Com efeito, de fato não existe um modo único de atuação, mas as estratégias resolutivas são ferramentas essenciais, por fixar diretrizes e serem fundadas no papel constitucional do Ministério Público, que prima pela atuação transformadora e proativa dos seus membros. Por isso, é que o presente artigo irá destacar a análise da Resolução Conjunta n. 02/2013, que permitiu a participação inovadora da instituição em projetos sociais

4 A atuação do Ministério Público do estado de Minas Gerais em projetos sociais

Conforme determinado no art. 127, da Carta Magna, o Ministério Público possui o dever funcional de resguardar os interesses sociais. Tais direitos (ou interesses) estão elencados no art. 6º, do Texto Constitucional, sendo reconhecidos: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a à infância, inclusive, a assistência aos desabrigados. De acordo com os ensinamentos do ilustre jurista português Jorge Miranda:

[...] por meio dos direitos sociais, se objetiva atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, a qual apenas pode ser alcançada com a superação das desigualdades e não por meio de igualdade sem liberdade [...] - (MIRANDA, 1992, p. 200).

Seguindo essa diretriz constitucional, desde 2009, o Ministério Público mineiro busca ampliar a sua interferência em zonas de vulnerabilidade sociais, apoiando projetos de combate à desigualdade social. E, para auxiliar a concretização desse objetivo, no mesmo ano foi criada a Cimos (Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais). Em linhas gerais, a Cimos funciona como um órgão auxiliar do MPMG (estando vinculada à Procuradoria-Geral de Justiça) e tem o escopo de proporcionar o diálogo entre os promotores de justiça, instituições públicas e a sociedade civil organizada, de modo a assegurar a integração da sociedade nas políticas públicas e na instituição ministerial.

Não se pode deixar de citar a experiência do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) na Bacia do Rio São Francisco, em especial, promovida pela Coordenadoria Regional das Promotorias de Meio Ambiente da Bacia do Rio Verde Grande, que viabilizou a formalização e permitiu a institucionalização da atuação dos membros do MPMG, por

meio da organização e parceria para instauração de projetos sociais, vistos como mecanismos de transformação.

Além disso, com o apoio de instituições de ensino, o MPMG identificou na Bacia do Rio São Francisco (área complexa e multifacetada) diversos problemas que iam desde a precariedade da estrutura local, conflitos hídricos, ausência de participação popular, inexistência programas de pesquisa e extensão universitária, fragilidade no trato ambiental, a deficiência na relação entre órgãos de comando e de controle, até a desconfiança dos ribeirinhos sobre o projeto de revitalização da Bacia:

A conclusão de que a atuação tradicional do Ministério Público naquela região, marcada pela desigualdade social, baixos índices de desenvolvimento humano IDH, baixa participação social e completa desconfiança dos sujeitos locais em relação ao Estado, decorrente de políticas equivocadas que levaram à destruição de rios, centenas de nascentes e veredas, os oásis do sertão, não seria suficiente para alcançar os desideratos constitucionais, notadamente a eficácia social do Direito Fundamental ao Desenvolvimento Sustentável. (PROPS, 2018).

Em face desse cenário, o Ministério Público mineiro reconheceu que sua atuação tradicional era ineficaz e nem de longe atendia os seus deveres constitucionalmente fixados. Por isso, de maneira a tentar concretizar a eficácia social do Desenvolvimento Sustentável, buscou-se outras vias de trabalho, como o NIEANM (Núcleo Interinstitucional de Estudos e Ações Ambientais do Norte de Minas), que aproximou instituições de ensino ao MPMG e fortaleceu a integração local na região.

O NIEANM alcançou diversos resultados positivos, sendo, por isso, paulatinamente expandido no Estado e, em decorrência dos projetos socioambientais criados a partir do núcleo, a Procuradoria Geral de Justiça de Minas Gerais, juntamente com a Corregedoria Geral, editou a Resolução conjunta n. 3/2011, institucionalizando o que convencionou-se chamar de PROPS – Procedimento para Implementação e Promoção de Projetos Sociais, como instrumento de atuação Ministerial.

Com a criação do PROPS, o MPMG regulamentou a sua participação em projetos sociais, ampliando o rol de instrumentos disponíveis para concretizar o seu papel resolutivo e de transformador na sociedade. Tanto é assim, que consta nas considerações da Resolução conjunta nº 2, de 11 de Julho de 2013 que “[...] pela adoção da cláusula aberta prevista no §2º do art. 5º da CF/88, o que impõe uma atuação criativa do Ministério Público no plano jurisdicional e no extrajurisdicional, assumindo, nessa segunda dimensão, verdadeira função resolutiva [...]”. Outro ponto de grande importância na Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 11 de julho de 2013, foi a definição de projeto social, em seu art. 1º:

Art. 1º O Projeto Social objetiva, por meio de um conjunto integrado de atividades e da articulação interinstitucional, transformar uma parcela da realidade, reduzindo, eliminando ou solucionando um problema e/ou promovendo a tutela dos direitos ou interesses tuteláveis pelo Ministério Público, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil e da legislação aplicável. (RESOLUÇÃO CJ 02, 2013).

Desse modo, o MPMG deixou claro que os projetos sociais foram enquadrados como uma estratégia de execução de algumas das suas funções constitucionais. Sendo que tal tática de defesa social só se mostrou cabível diante da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais, que permite uma interpretação flexível do seu rol para atender as necessidades dos direitos materiais e, via de consequência autorizou a utilização de projetos sociais na condição de legítimos mecanismos de atuação social do Ministério Público.

Em 2013, a aprovação da Resolução conjunta n. 02/2013 revogou as disposições em sentido contrário presentes na Resolução conjunta n. 03/2011. Com isso, a mais recente resolução sobre o tema projeto sociais, alterou no plano do MPMG alguns procedimentos do PROPS, além de outras providências.

A Resolução conjunta n. 02/2013, deu seguimento a estratégia conferida aos membros do Ministério Público mineiro de utilizar os projetos sociais como instrumentos de atuação, de modo a tentar efetivar o seus

papeis resolutivo e transformador, por meio de um modelo de atuação cooperativa entre vários setores da sociedade. Nessa linha, o trabalho institucional por projetos sociais atende substancialmente o papel do “novo” Ministério Público, em que o *parquet* deve repensar a sua forma de atuar no dia a dia:

O Promotor/Procurador deve estar capacitado para intermediar conflitos, conhecendo técnicas de negociação e conciliação, **visando incrementar sua atuação extrajudicial**, mediante a celebração de um número maior de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC’s) ou similares (remissões do ECA, propostas de transação penal, intervenção em TAC’s de outros legitimados, etc.). (JATAHY, 2010, p. 11).

Diante do citado papel, interessante perceber a importância da Cimos para a sociedade mineira, eis que fomenta parcerias e cooperações para efetivar direitos sociais, com base em um viés de transformação social e, principalmente pelo empoderamento da população atendida. Para tanto, a Cimos age por “Audiências Públicas; mobilização e articulação comunitárias; Procedimentos para Implementação e Promoção de Projetos Sociais (PROPS); recomendações ministeriais; mediação; palestras, eventos, reuniões; estudos, pesquisas e reflexões” (CIMOS, 2018).

Atualmente, em Minas Gerais existem 7 (sete) Coordenadorias Regionais da Cimos - a Coordenadoria Regional de Inclusão e Mobilização Sociais da Central (CIMOS-CE), a Coordenadoria Regional de Inclusão e Mobilização Sociais do Vale do Rio Doce (CIMOS-VRD), a Coordenadoria Regional de Inclusão e Mobilização Sociais do Noroeste de Minas (CIMOS-NOR), a Coordenadoria Regional de Inclusão e Mobilização Sociais do Norte de Minas (CIMOS-NORTE), a Coordenadoria Regional de Inclusão e Mobilização Sociais do Vale do São Francisco (CIMOS-VSF), a Coordenadoria Regional de Inclusão e Mobilização Sociais do Vale do Jequitinhonha (CIMOS-VJE) e a Coordenadoria Regional de Inclusão e Mobilização Sociais do Vale do Mucuri (CIMOS-VMU) -, 2 (dois) programas de apoio a projetos - Programa de Apoio a Projetos da Central (PROAP- CENTRAL) e o Programa de Apoio a Projetos do Norte de Minas (PROAP- Norte de

Minas) -, trabalhos de mobilização como o REASA e a Mobilização Comunitária no Vale do Mucuri, implementação de projetos sociais pelo PROPS como, por exemplo, o Projeto 10Envolver, o Projeto Reciclando Oportunidades, o MP itinerante, o Projeto Cidade e Alteridade, Rua do Respeito, além de outros (CIMOS, 2018).

4.1 Projeto Rua do Respeito: mobilização social para a promoção dos Direitos Sociais das Pessoas em Situação de Rua em Minas Gerais

Para entender como ocorre na prática a participação do MPMG em projetos sociais, utilizamos como parâmetro de análise o “Projeto Rua do Respeito”. Cumpre esclarecer que não existe um projeto social mais importante que outro, mas a escolha se justifica pela quantidade de direitos e garantias fundamentais tolhidos às pessoas em situação de rua. Não é novidade que a urbanização juntamente com a falta de oportunidades são fatores preponderantes para a fixação de indivíduos pelas ruas das cidades (problema que não se restringe aos grandes centros). Para agravar, a maioria das pessoas em situação de rua sofre com problemas familiares, fome, doenças, desemprego, preconceito, drogas e principalmente alcoolismo. O Projeto “Rua do Respeito” possui como objetivo geral:

Realizar ações de mobilização, articulação e integração de esforços entre a sociedade civil, iniciativa privada, e instituições e órgãos públicos para a promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais da população em situação de rua em consonância com as diretrizes do Decreto Federal 7053/2009 e Lei Estadual 20.846/13, com o intuito de fomentar a implementação de projetos de inclusão social de pessoas em situação de rua em Minas Gerais. (LIMA, 2015, p. 270-272).

No trabalho de intervenção acerca do Projeto “Rua do Respeito”, o Promotor Paulo Cesar Vicente De Lima, revela 4 (quatro) eixos basilares: 1º - divulgação e esclarecimento do fenômeno das pessoas em situação de rua; 2º - rua dos direitos (eixo baseado na promoção de atividades para o acesso aos serviços básicos de cidadania pelas pessoas em situação de rua

e realização do projeto piloto); 3º - responsabilidade social (eixo visa a identificação de potenciais parceiros e fomentos para o projeto) 4º - institucional. Todos os eixos possuem importância essencial para que o Projeto “Rua do Respeito” alcance os seus objetivos e consiga realizar os direitos e garantias assegurados na Carta de 1988. Apesar disso, no presente estudo, o 4º eixo merece destaque, notadamente, por ter como diretriz a efetivação do acesso à justiça. Vejamos:

EIXO 4: Institucional

- 15) **Efetivar o acesso à Justiça** e aos prédios do MPMG e TJMG.
- 16) **Criar estratégias para a priorização aos processos e procedimentos** que tenham por objeto a efetivação dos direitos sociais das pessoas em situação de rua;
- 17) **Capacitar** juízes, promotores e servidores acerca do tema das pessoas em situação de rua;
- 18) **Realizar projeto piloto de acesso ao prédio do fórum de Belo Horizonte** pelas pessoas em situação de rua;
- 19) Realizar 07 audiências públicas em municípios do interior de Minas Gerais onde haja a ocorrência do fenômeno social das pessoas em situação de rua. (LIMA, 2015, p. 267).

Nesse 4º eixo, importante destacar que o projeto se aproxima das três ondas renovatórias propostas - especificadamente a terceira onda - pelo jurista italiano Mauro Cappelletti, eis que as ondas revelam, em síntese, um conjunto proposto a efetivar o acesso à justiça dentro do sistema jurídico brasileiro. Em linhas gerais, a terceira onda aponta para soluções que envolve

[...] **o enfoque de acesso à justiça, buscando uma concepção mais ampla de acesso à justiça e a superação do chamado “obstáculo processual”**. Diante da constatação da ineficiência dos instrumentos já utilizados e das dificuldades relacionadas com o processo ordinário contencioso, defende-se a adoção de métodos alternativos que não restritas ao ordenamento processual. Hodiernamente, em diversos países estão sendo aplicadas modalidades alternativas de composição de conflitos como a mediação, a conciliação informal e a arbitragem, entre outros. (PEGO; SOARES JÚNIOR, 2016, p. 23).

Desse modo, considerando que o morador ou pessoa em situação de rua vive em condições de completa indignidade, circunstância que reflete o descaso e ineficiência do Estado em cumprir as determinações constitucionais. Isto é, a oferta dos direitos sociais de 2ª (segunda) geração pelo Estado é precária. De tal modo, na justificativa de implantação do Projeto “Rua do Respeito” foi defendido que apesar das políticas (nacional e estaduais) direcionadas aos “moradores de rua” não serem expressas na Carta Magna, é frágil sua importância para consolidação dos direitos fundamentais constitucionais, tendo em vista que um dos seus alvos é ofertar o mínimo essencial a toda população brasileira, inclusive aos que vivem nas ruas (LIMA, 2015, p. 267).

Por fim, destaca-se que conforme o Planejamento Estratégico de 2010/2023 (Resolução PGJ 70 de 13 de setembro de 2013), o MPMG sagrou como missão da instituição “Promover a Justiça, servir a sociedade e defender a democracia” e como visão “Ser instituição acessível a população, independente, integrada, reconhecida por sua transparência e atuação eficaz na transformação da realidade social”.

E, em relação ao relacionamento externo, enaltece a necessidade de “Aprimorar o acesso da Sociedade ao Ministério Público”, “Fomentar e Fiscalizar a adoção de políticas públicas para melhoria dos indicadores e para a transformação da realidade social” e “Aprimorar a interlocução com os demais órgãos e instituições (LIMA, 2015, p. 269-270). Contudo, apesar da temática das pessoas em situação de rua não ter sido expresso no Plano Geral de Atuação de 2014/2015, certo é que os o projeto Rua do Respeito está completamente alinhados com o planejamento e atribuição funcional do Ministério Público Mineiro.

5 Considerações finais

Não restam dúvidas que a Constituição Cidadã permitiu a estruturação de um “novo” Ministério Público no Brasil, marcado pela defesa permanente da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

sociais e individuais indisponíveis. Isto é, o Ministério Público recebeu o múnus constitucional de atuar como “*custos societatis*” e “*custos iuris*”.

Conforme restou demonstrado, a atuação ministerial deve primar pela conciliação dos seus papéis demandista e resolutivo, atrelados a uma reorganização espacial eficaz da instituição na sociedade. Isto é, a via necessária para tentar cumprir com eficácia as determinações conferidas pelo constituinte no art. 127, da Carta Magna, além de outros assentamentos legais.

É notório que, o Ministério Público desempenha uma função de grande relevância social, como a sua atuação na área penal e de defesa de direitos essenciais a partir da propositura de Ações Cíveis Públicas (por exemplo, no âmbito cível, ambiental e consumerista). Entretanto, a instituição necessita reforçar o seu viés resolutivo, agindo proativamente, evitando lides desnecessárias, ou, o agravamento de problemas locais. Nesse ponto é fundamental que o *parquet* esteja próximo de sua área atuação e seja sensível aos anseios da população.

Diante disso, iniciativas como a do MPMG sinalizam para o desenvolvimento da atuação resolutiva, considerando que a instituição mineira possui importantes trabalhos extrajudiciais e fomenta projetos sociais no Estado de Minas Gerais (Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 11 de julho de 2013). O trabalho do Ministério Público é inovador e totalmente compatível com os desígnios constitucionais, pois objetiva firmar cooperações e parcerias que garantam, ampliem e efetivem os direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva de transformação social pelo empoderamento.

Ante ao exposto, espera-se que a proposta desafiadora do MPMG proporcione inúmeros ganhos sociais. Para tanto, é essencial o aprimoramento e expansão da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (Cimos) e de projetos como a “Rua do Respeito”, que já conseguem beneficiar parcelas da população negligenciadas pelo poder público e que necessitam da proteção do Ministério Público.

Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público na ampliação de sua legitimidade social**. In: CHAVES, Cristiano et al (Coords.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. **Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito**. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, Jarbas; ALVARENGA, Samuel. **Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público**. In: MPMG jurídico, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano I, n. 5, abril/maio/jun. de 2006.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. **Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito**. MPMG jurídico, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano I, n. 1, set. de 2005.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público: Lei 8.625/1993 (Coleção Leis Especiais para Concursos)**. Salvador: Juspodivm, vol. 14, 2016, p. 23.
- BARROS, José Ourismar. LIMA, Paulo César Vicente de. **O Ministério Público do Povir: a experiência da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais do Ministério Público de Minas Gerais**. In: GOULART, Marcelo Pedroso; ESSADO, Tiago Cintra; CHOUKR, Fauzi Hassan; OLIVEIRA, Willian Terra de (Orgs.). *Ministério Público: pensamento crítico e práticas transformadoras*. Belo Horizonte: D´Placido, 2016.
- BRASIL. **Câmara aprova projeto que cria medidas de combate à corrupção**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/520371-CAMARA-APROVAPROJETO-QUE-CRIA-MEDIDAS-DE-COMBATE-A-CORRUPCAO.html>>. Acesso em: 10 dez. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1249050/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, Dje 29/06/2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Federal**. RE637802 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgado Em 11/11/2016, Processo Eletrônico Dje-250 23-11-2016 Public 24/11/2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. GARCIA, Emerson. Ministério Público, organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CIMOS. **Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Social**. Disponível em: <<http://cimos.blog.br/a-cimos/>>. Acesso em 12 out. 2018.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 3. ed., rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. Leme: LED, 1998.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público: Por uma nova espacialidade**. In: GOULART, Marcelo Pedroso; ESSADO, Tiago Cintra; CHOUKR, Fauzi Hassan; OLIVEIRA, Willian Terra de (Orgs.). Ministério Público: pensamento crítico e práticas transformadoras. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 41-42.

JATAHY, Carlos Roberto de C. **20 anos de Constituição: o novo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Paulo Cesar Vicente de. **Projeto Rua do Respeito: mobilização social para a promoção dos Direitos Sociais das Pessoas em Situação de Rua em Minas Gerais**. Revista Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Vol. 8, Ano 2015.

MACÊDO, Marcus Paul o Queiroz. **Da inexistência de limitação, no polo passivo, ao poder de recomendar do Ministério Público**. In: VII Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. AMMP, Tiradentes, 21 a 23 ele março de 2007. Caderno de Teses, p. 117-120.

- MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. Ogrizio, Anderson de Castro. **Manual do Promotor de Justiça: teoria e prática**. In. Coleção Manuais das Carreiras: teoria e prática. LÉPORE, Paulo (Coord). Salvador: Juspodivm, 2014.
- MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. **O Ministério Público e o inquérito civil: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 3. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Resolução Conjunta PGJ CGMP, nº 2, de 11 de julho de 2013**. Altera a regulamentação, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, dos procedimentos para a instauração, promoção e implemenção de projetos sociais – PROPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://ws.mpmg.mp.br/biblio/informa/300818947.htm> Acesso em: 05 out. 2018.
- MIRANDA. Marcos Paulo de Souza. **A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais**. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSELVALD, Néson (Coord.). Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais – sua dimensão individual e social**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - CDCC, n. 1, 1992.
- MOREIRA, Jairo Cruz. **A intervenção do Ministério Público no processo civil à luz da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- PEGO, Anne Vieira Teodorak; SOARES JÚNIOR, Luiz Antônio; e outros. **O acesso à justiça face ao sistema jurídico da common law, da civil law e dos direitos socialistas: uma análise dos aspectos de seu exercício; da questão da cidadania; de seus obstáculos e das possíveis soluções**. Núcleo Acadêmico de Pesquisa (NAP), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2016.

PELLEGINI, Ada; ASSAGRA, Gregório; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de; IENNACO, Rodrigo. **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

PGR. **Força-tarefa que atua no rompimento da barragem de Fundão é prorrogada por três meses**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/forca-tarefa-que-atua-no-rompimento-da-barragem-de-fundao-e-prorrogada-por-tres-meses>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Benardina de. **O Ministério Público e o Papel de Fiscal da Ordem Jurídica no CPC/2015**. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2016.

PROPS. **Primórdios**: experiência da atuação ministerial na Bacia do Rio São Francisco em Minas Gerais. Disponível em: <<http://cimos.blog.br/projetos-sociais/props/>>. Acesso em: 12 out. 2018.

RODRIGUES, João Gaspar. **Lineamentos sobre a nova dinâmica resolutiva do Ministério Público**. Revista Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, vol. 8, 2015, p. 5.

SOUB, Maria Anaides do Vale Siqueira. **O Ministério Público na Jurisdição Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SOUZA, Caio Vinícius Sousa e. Neoconstitucionalismo e Ministério Público como agente transformador. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4154, 15 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33773>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZENKENER, Marcelo. **Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade: revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público Brasileiro**. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSELVALD, Néson (Coord.). Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Capítulo 14

Paternidade socioafetiva: obrigação alimentar com responsabilidade solidária

Sther Rocha Araújo Alexandre

Hugo Rios Bretas

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

De acordo com Maria Berenice Dias (2015), a situação conjugal dos pais importava na classificação dos filhos, que se dividiam em legítimos, ilegítimos e legitimados. No Código Civil de 1916, o filho que era constituído fora do casamento sofria a punição de não ser reconhecido, acarretando a exclusão dos direitos. A família deixou de ser tratada como um caráter econômico, baseando-se no afeto e companheirismo. Como consequência, a paternidade passou a ser fundada no amor.

Reflexo dessas mudanças, como preceitua Maria Berenice Dias (2015): “Todas essas mudanças se refletem na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo, etc.”

Como se vê, com as mudanças do conceito familiar e de paternidade surge então a paternidade socioafetiva que é construído um laço de amor, familiar entre pai e filho decorrente do cotidiano. Esse laço não pode ser desfeito, ou seja, não se pode simplesmente o pai desconsiderar o filho afetivo. Contudo, de acordo com Maria Berenice Dias (2015), “filiação é um

conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direitos e deveres.”

A filiação é um direito de personalidade, e não se conflita a paternidade biológica e afetiva. Na medida em que ambos apresentam similar posicionamento jurídico. Pois ocupam o mesmo polo na seara familiar, são parentes de primeiro grau, um na seara consanguínea e outro na seara socioafetiva.

Como preceitua o art.1694 do Código Civil de 2002, a relação de paternidade gera obrigação alimentar. Já que inicialmente há acepção normativa entre paternidade socioafetiva e biológica, cabe a aplicação da obrigação alimentar quando há vínculo de afeto entre pai e filho.

Assim questiona-se se há paternidade socioafetiva os sujeitos da relação têm obrigação alimentar entre si? Através de tal questionamento, o presente trabalho se desdobra em 7 capítulos. Aos quais consistem em compreender a obrigação alimentar, estudar a responsabilidade solidária e subsidiária, entender o vínculo afetivo, compreender o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e analisar a paternidade socioafetiva.

2 Princípios atrelados ao direito de família

Esse capítulo será utilizado para conceituar princípios do Direito de Família que merecem a devida apreciação para o desenvolvimento do tema. Os princípios podem ser reputados núcleos, bases de pensamentos capazes de estruturar toda uma ciência. Os princípios são pilares que individualizam a ciência do Direito. Todavia, não se confundem com princípios gerais do direito, apesar da similitude, posto que os princípios gerais do direito conforme Venosa, citado por Brêtas (2015), representam o pensamento mais alto da cultura jurídica universal.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é mencionado como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1 do inciso III da

Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e para Hugo Bretas (2011) deve ser associado ao Direito de Personalidade do indivíduo, que tem como uma de suas características a estrutura física e intelectual do sujeito.

Conforme Magalhães (2012, p.154) todo ser humano é digno dos direitos fundamentais, demonstra-se que o princípio da igualdade advém do princípio da dignidade humana e norteia como devem ser aplicados os demais princípios, ou seja, de que forma serão interpretados e aplicados os direitos.

A pessoa só por ser humano já é titular de direitos, não sendo escolhido por sua etnia, religião. A dignidade é um atributo de todos que devem ser respeitados pelos seus semelhantes e o Estado conforme Marmelstein (2016, p.16). A relação parental é essencial para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, já que influencia no seu caráter, na sua harmonia com a sociedade (Almeida, 2013).

É de notório entendimento que para a garantia do Direito de Personalidade é necessário o tratamento do indivíduo de forma digna, e de acordo com Nelson Rosenvald (2017, p.702) na seara alimentar há a aplicação da dignidade da pessoa humana, já que o alimentando não poderá receber valor mínimo a sua sobrevivência e ao alimentante deverá ser observado a sua possibilidade econômico-financeira, sem haver superioridade e inferioridade entre ambos.

2.2 Princípio da Autonomia

Conforme Leal (2014) a autonomia da vontade é a expressão livre da vontade

do indivíduo e demonstra a sua capacidade de autodeterminação que é o direito da pessoa decidir o rumo de sua vida e assim desenvolver sua personalidade, por esse motivo que o princípio da autonomia tem ligação com a dignidade da pessoa humana. Pois, tais decisões envolvem a escolha de religião, trabalho, vida afetiva entre outros e diz respeito a autonomia privada que é aquela que não sofre interferências externas.

Já a pública está ligada ao plano político relacionado a igualdade da capacidade dos indivíduos para participar do processo democrático. Para isso acontecer é necessário que a pessoa receba o mínimo existencial, ora o sujeito deve ter suprida suas necessidades psíquicas e físicas. Conclui-se que tanto a autonomia privada e pública são de extrema importância para o desenvolvimento da pessoa humana e para que o indivíduo possa exercer com igualdade a sua autonomia da vontade.

De acordo com Pablo Stolze (2016, p.397) a autonomia da vontade pode ser expressa pelo consensualismo quando vista pelo plano da bilateralidade do contrato e o consentimento é o encontro das vontades livres e contrapostas. Sofrendo limitações em razão da lei que é a maior manifestação do poder do Estado e o seu objetivo é proteger o bem geral. Da moral, tratando do âmbito subjetivo em razão da ética-valorativa e por fim da ordem pública que trata da segurança jurídica devendo prevalecer em casos da ausência de normas imperativas. Essas limitações não significam a aniquilação da autonomia privada, o objetivo é a não caracterização de abuso da manifestação de um indivíduo.

2.3 Princípio da Igualdade Jurídica dos Filhos

O § 6º do artigo 227 da CF/88 (BRASIL, 1988) explicita a isonomia de tratamento entre os filhos sejam eles biológicos ou adotivos. E é de merecimento destaque à seguinte menção: “[...] proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Através deste, podemos extrair a essência do Princípio da Igualdade entre os filhos, pois não poderá haver quaisquer discriminação em razão de sua origem se biológica ou afetiva, como menciona Nelson Rosenvald (2017, p. 111) e Hugo Bretas (2011, p.8) compartilha do mesmo pensamento ao dizer que esse tratamento não pode ser diferenciado em razão patrimonial, pessoal. Conclui-se que a igualdade entre os filhos é medida da dignidade da pessoa humana.

Em razão de alimentos, Maria Berenice Dias (2017, p.74) expõe que para ser aplicado tal princípio os alimentos prestados aos filhos devem ter, em princípio, o mesmo valor.

2.4 Princípio da Multiplicidade Familiar

A família era baseada no casamento, uma relação baseada no patrimônio e com finalidade de reprodução. Mas o conceito de família sofreu mutações ao longo do tempo e o Direito de Família é formado por conjunto de normas que visam direcionar, amparar a pluralidade de famílias, ou seja, deve acompanhar a mudança relacionada a sociedade. Já que o conceito de família atualmente é definido como estrutura socioafetiva, assumindo uma concepção múltipla, plural e pode ser baseada com um ou mais indivíduos que possuem a ligação de traços biológicos ou sociopsicoafetivos, conforme Rosenvald (2017, p.76).

O Supremo Tribunal Federal proferiu o entendimento da formação de família além do conceito tradicional advinda do casamento entre homem e mulher, fazendo a interpretação adequada com o conceito moderno de família, formado por outros meios diferentes do casamento civil. No acórdão é relatado que seja aplicada a isonomia entre casais heteroafetivos e homoafetivos, devido a não distinção da origem da família e como foi constituída. Contudo conclui-se que uma distinção entre uma entidade familiar advinda do vínculo biológico e do afetivo, se manifesta contrária a ADI 4277 do Supremo Tribunal Federal, pois não há uma análise ortodoxa da definição familiar:

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou

proverbal significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

5- DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

Para definir o que é família é necessário enxergar de forma que acolha os mais diversos arranjos familiares que tenha elo de afetividade. Pois de acordo com Maria Berenice Dias (2015, p.130) o modelo de família é fundado em outros pilares, que são os da repersonalização, afetividade, pluralidade e eudemonismo.

A família poliafetiva é quando sob o mesmo teto vive um relacionamento de afeto conjugal entre mais de duas pessoas. Já a monoparental é

baseada no vínculo de um dos genitores com o filho, ou seja, quando tem a presença somente de um dos pais. A parental é a convivência entre parentes ou pessoas na mesma residência, como o exemplo de duas irmãs que resolvem habitar em um mesmo local. A pluriparental é definida pela multiplicidade de vínculos, conforme Dias (2015, p.138) e Rosenvald (2017, p.77) quando mais de duas pessoas desenvolvem as funções parentais se forma a multiparentalidade, acarretando o dever de prestar alimentos. Finalmente, a família eudemonista é a felicidade, o amor reconhecido no afeto, pois essa é a única definição eficaz do conceito de família, conforme Dias (2015, p. 140).

3 O direito aos alimentos na esfera do direito

Para conceituar alimentos, basta ler a frase de Orlando Gomes “alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”. Os alimentos são necessários para que aquele sujeito viva com dignidade, não limitando ao ponto de vista físico, devemos ampliar para o âmbito educacional, cultural, lazer, etc.

Há distinção entre obrigação e dever alimentar, conforme Dias (2017, p.26). Obrigação de prestar alimentos é uma presunção absoluta da necessidade, é o dever de sustento do pai com o filho. Devendo ser mensurado para que o alimentando tenha uma vida compatível com sua condição social, principalmente para garantir sua educação, conforme artigo 1694 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). Mas, deve também ser balanceado para que não prejudique o sustento do devedor, como estabelece o artigo 1.695 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). Compreende-se que o valor dos alimentos será estabelecido conforme a necessidade do credor e a possibilidade do devedor.

Já o dever de prestar alimentos possui presunção relativa, ou seja, deverá ser comprovada a necessidade do credor e sua compatibilidade da possibilidade de o réu prestar os alimentos. A origem é do dever de mútua assistência entre cônjuges ou companheiros e solidariedade familiar existente entre parentes em linha reta e colateral.

3.1 Características Futuras e Inalienáveis

Ao que diz respeito a característica inalienável dos alimentos o Código Civil de 2002 trouxe em seu artigo 1700 (BRASIL, 2002) a seguinte redação: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art.1694.” O referente texto legal se refere quanto a transmissão da obrigação alimentar aos herdeiros do devedor, que não se distinguem em legítimos ou testamentários. Mas, esse artigo gerou muitas controvérsias, merecendo análise doutrinária.

Para Nelson Rosenvald (2017, p.713), a redação do referente artigo diz respeito a prestações vencidas e não pagas que serão transmitidas aos herdeiros, ou seja, faz referência a dívida e como se sabe a dívida do espólio não pode atingir o patrimônio dos herdeiros, conforme artigo 1.792 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). Mais uma razão para confirmar que o artigo discutido trata de alimentos vencidos e não pagos e não de alimentos vincendos. Outro argumento é que se houver a interpretação se tratando de alimentos vincendos, aquele que é herdeiro do alimentante, estaria recebendo além dos limites devidos legalmente, gerando desequilíbrio na divisão da herança e ferindo o princípio da divisão igualitária dos quinhões. Além de que a natureza jurídica dos alimentos é personalíssima.

O Supremo Tribunal da Justiça aplicou a interpretação adequada do artigo 1700 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002):

Observado que os alimentos pagos pelo de cujus à recorrida, ex-companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. Fica ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada. (STJ, Ac. 2ª Seção, Resp. 1.354.693/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 26.11.14, DJe 20.2.1).

O acórdão proferido pelo Supremo Tribunal da Justiça reafirma a tese defendida acima consoante a dúvida relativa a alienabilidade ou inalienabilidade dos alimentos, concluindo que são inalienáveis. Pois, somente

serão repassados ao espólio os débitos não pagos pelo devedor no limite do patrimônio deixado pelo falecido. Se o patrimônio do espólio não é suficiente para adimplir os débitos alimentares, esses não podem atingir o patrimônio dos herdeiros, então conclui-se que os alimentos são intransmissíveis seja de débitos vencidos ou vincendos.

Em relação a futuridade dos alimentos, esses dizem respeito à manutenção futura, não podendo ser exigida em relação ao passado. Já que quem o recebe já foi recebido de algum modo os alimentos necessários. O desconto das parcelas vencidas e vincendas de alimentos na folha de pagamento daquele que tem o dever de prestar os alimentos é uma demonstração clara de que são devidos em relação ao presente e ao futuro. Mas, isso não quer dizer que há o impedimento da execução em relação a parcelas não pagas pelo devedor de alimentos, claro que respeitando o prazo prescricional de dois anos, conforme o artigo 206 parágrafo 2º do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

3.2 Civis X Naturais

Os alimentos podem ser classificados como naturais que são *necessarium vitae*, ou seja, são devidos para manter a subsistência, atender o necessário para manutenção física do beneficiário, não está preocupado com a cultura, lazer, etc., por isso pode ser chamado de alimento necessário. E a discussão acerca dos alimentos mínimos se mostrou nos últimos tempos mitigadas, na medida em que estes são devidos quando estiver diante da culpa pelo divórcio. Ora, a discussão pela culpa do divórcio se mostra aparentemente inócua conforme Rosenthal (2014).

Também há a classificação dos alimentos civis que são *necessarium personae*, ou seja, é devido para manter o padrão social do beneficiário, já que está preocupado com o padrão intelectual, cultural e ainda com sua sobrevivência.

Para concluir é de grande importância ressaltar Maria Berenice Dias (2017, p.31) que todos os beneficiários de alimentos, como filhos, cônjuges/companheiros merecem alimentos civis independente da origem da

obrigação. Ao filho deve garantir que se viva de forma digna para o desenvolvimento da criança atendido ao padrão social que àquele pai pode proporcionar para seu descendente.

3.3 Responsabilidade Subsidiária X Solidária

O conceito de responsabilidade solidária encontra expresso no Código Civil de 2002 em seu artigo 264:

Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. Conclui-se que quando diz respeito a solidariedade tratando-se de credor ou devedor não há benefício de ordem, todos que ocupam o mesmo polo serão responsáveis igualmente. (BRASIL, 2002).

Já a responsabilidade subsidiária, está no parágrafo 2º do artigo 28 do Código do Consumidor (BRASIL,1990), § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

Para melhor entendimento é necessário o significado de subsidiária, conforme o dicionário da língua portuguesa é o mesmo que acessória, secundária é aquilo que auxilia, ajuda, socorre. Aqui há benefício de ordem, os credores ou devedores se encontram em uma relação vertical, pois quando não consegue atingir o objetivo com o principal vai-se ao subsidiário.

3.4 Legitimados a proporem a ação de alimentos

Os legitimados para a propositura da ação de alimentos se dividem em: Legitimado Ativo: o credor será o titular do crédito alimentar. Mas, quando o credor for incapaz, terá um representante legal seja por tutor, curador ou por procuração no caso do assistido. Quando se fala de guarda é daquele que possui a guarda de fato e não a guarda legal, para exercer a legitimidade na propositura da ação de alimentos. No caso do

nascituro, a legitimidade será da gestante. Mas não é possível cumular com alimentos gravídicos, ou seja, ao requerer a ação de alimentos deve-se escolher entre os gravídicos ou em favor do nascituro, como preleciona o artigo 6 da Lei de Alimentos Gravídico, 11.804/2008 (BRASIL, 2008). Se o filho atingir a maioridade no curso da ação a legitimidade continua sendo do representante da demanda. O Ministério Público também possui legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos.

De acordo com Maria Berenice Dias (2017, p. 158), é tendente do credor ser titular da ação quando atingida sua maioridade para a busca do direito reconhecido, pois o réu não cumpriu com a obrigação alimentar ao decorrer de um período, Dias completa, existe solidariedade na obrigação dos pais. Se somente um a cumpre, tem até direito de sub-rogação no crédito e também de prosseguir com a ação. O entendimento extraído da citação é que o período em que o réu não cumpriu com a obrigação alimentar, o outro responsável da criança a sustentou para a garantia de sua subsistência, do seu desenvolvimento que envolvem despesas como escola, lazer e alimentação.

Então a parte que adimpliu com os débitos do outro responsável tem direito a pleitear em juízo a devolução dos valores gastos ou até em prosseguir com a ação de alimentos. Ao se tratar de guarda por terceiro, de acordo com o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente da Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990), o guardião tem a obrigação de prestar assistência àquela criança ou adolescente sob sua guarda, mesmo que seja junto com os pais. Pois, o poder familiar não será suspenso nem extinto por causa da transferência de guarda, conforme § 4º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.036/90 (BRASIL, 1990). Legitimado Passivo: Há várias pessoas que podem ocupar o polo passivo, só que deve respeitar a mesma ordem de preferência do direito de sucessões encontrada no artigo 1829 do Código Civil de 2002:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da

separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Maria Berenice Dias (2017, p.159) traz classificações de devedor de alimentos existentes na doutrina, um deles são os obrigados primários, que se entende pelos ascendentes, pais, avós e bisavós. Já na ação de alimentos decorrente do casamento o primário será o cônjuge ou companheiro. Outro dos devedores são os obrigados secundários, que só irão responder pela dívida caso não haja possibilidade de os primários adimplirem. Enfim, os secundários são os descendentes e os colaterais, lembrando que os parentes de grau mais próximo são convocados primeiro.

4 Paternidade

4.1 Conceito:

Analizando pelo aspecto jurídico, de acordo com Rosenthal:

A filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou aqueles que acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. É o elo entre pai e filho, é sentir interiormente e exteriorizar o sentimento de cuidado, amor para atingir o objetivo de realização do desenvolvimento humano de um indivíduo. (ROSENTHAL, 2017, p. 565).

Silvio Rodrigues, traz seu entendimento sobre paternidade (2000, p.297), "relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, ligando uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado." Não há diferenciação de qual critério a relação de parentesco se

formou, pois, sendo vínculo afetivo ou biológico irmão ocupar a mesma seara familiar.

O conceito de paternidade pode advir de duas palavras simples e de fácil entendimento advindas de Maria Berenice Dias (2017, p.78): o genitor é aquele que gera, já o pai é o que cria, cuida e se preocupa. Conforme Fujita (2011, p.10) filiação consiste em deveres de prover educação, sustento e preparar o indivíduo para a sociedade.

4.2 Espécies

A relação paterno-filial pode advir de várias formas, pode vir por critério legal, biológico ou afetivo. O direito brasileiro adotou a lógica do “*pater is est*” que é a presunção de que os filhos nascidos de uma relação de pessoas casadas, presume-se que o pai é o marido da mulher casada. Já que pessoas casadas mantêm relação sexual e entre eles há fidelidade, conforme Rosenvald (2017, p. 587). A presunção “*pater is est*” se dará pelo critério legal, ou seja, há várias formas de presunção da paternidade estabelecidas nos incisos do artigo 1597 do Código Civil de 2002:

Art.1.597 Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

Os incisos I e II se darão em razão da presunção do filho ser daquelas pessoas que se encontram em uma relação conjugal, pois irá se analisar o aspecto sexual, já que duas pessoas que se uniram pelo amor e com a finalidade de constituir família, presume-se a pratica sexual na relação. E na

leitura da lei se compreende que há marco temporal para o estabelecimento da presunção de paternidade, o início sendo os cento e oitenta dias após a convivência conjugal e não da celebração do casamento e o fim se dá após a dissolução conjugal, quando referente a extinção do casamento, se conta da separação de fato.

Rosenvald (2017, p.593) adverte que essa presunção é relativa, podendo ser provado o contrário, por meio do critério biológico, como o exame de DNA, que prevalece sobre o critério legal. E ainda traz em um tópico de seu livro que, na ação negatória de paternidade, deve-se tomar cuidado com o lapso temporal de sua propositura, pois se há prova de que não há vínculo genético a paternidade pode ser declarada mediante a vínculo afetivo, levando à improcedência do pedido negatório.

Importante, mencionar que os mesmos critérios estabelecidos no artigo 1.597 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) valem para a união estável, de acordo com orientação de jurisprudência superior:

Em homenagem ao Texto Constitucional (art. 226, § 3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferem ao instituto da união estável a natureza da entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável (STJ, Ac. unân., 3ª T., Resp. 1.194.059/SP, rel. Min Massami Uyeda, j. 6.11.12, Dje 14.11.12).

A jurisprudência acima, traz a analogia entre casamento e união estável na aplicação dos critérios estabelecidos na lei que regulamenta o casamento. Não podendo haver qualquer distinção entre esses dois institutos. Então, o que for mencionado sobre o casamento aplica-se a união estável.

No inciso III, a fecundação homóloga se dá pelo material genético do casal, mas para isso deve haver o consentimento dos dois, quando se trata de falecido, mesmo que não tenha deixado expresso autorizando o uso do material genético, considera-se lícito. Pois, o consentimento se deu no momento em que foi colhido para o uso com a finalidade de gerar um filho.

No inciso IV, os embriões excedentários podem ser compreendidos como aqueles que “sobraram” da fertilização anterior, e esses não podem

ser simplesmente descartados, jogados ao lixo. Esses deverão ser guardados durante o período de três anos, assim o casal decidindo nesse lapso temporal se irão usá-los ou não, se for usado se presume a paternidade. Se não usado será destinado para pesquisas médicas. Caso o casamento venha a ser extinto, seja até por separação de fato no lapso temporal de três anos, Rosenvald (2017, p.600) defende a tese de que deve haver autorização expressa do marido para a utilização do embrião para que assim seja evitada a má-fé e o Enunciado 107 da Jornada de Direito Civil diz que só será aplicado esse artigo se houver autorização expressa dos ex-cônjuges, podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação dos embriões.

No inciso V a inseminação heteróloga é aquela utilizada com material de terceiro, devendo haver anuência expressa e escrita, podendo ser revogada até o início do procedimento da inseminação artificial, a paternidade será daquele que deu a anuência para a realização do procedimento em seu cônjuge ou companheiro. Caso não ocorra a anuência, aquele que não a concedeu deverá, de acordo com Rolf Madaleno (2008, p.393), imediatamente propor uma ação negatória de paternidade genética, antes de formar o vínculo de uma paternidade afetiva.

No critério biológico será caracterizada a paternidade pelo resultado do exame de DNA, que irá dizer qual a origem biológica e se a parte recusa a se submeter ao exame, de acordo com o Supremo Tribunal da Justiça na súmula 301: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.” Não sendo essa presunção absoluta, pois se dizer respeito a filiação socioafetiva, depende das circunstâncias, será relativa ao caso concreto.

Rosenvald (2017, p.609) pontua, o critério biológico também deve prevalecer quando não há vínculo afetivo formado, apesar da existência de registro civil de nascimento. Conforme Rosenvald (2017, p. 610) o critério afetivo é aquele em que a paternidade é constituída através de um vínculo afetivo, onde há a reciprocidade do afeto de pai e filho, perante a sociedade e é expressada essa posição ocupada em suas vidas. Podendo ser criado

esse vínculo decorrente da adoção judicial, o chamado “filho de criação”, o reconhecimento de filho de outra pessoa, seja por meio judicial ou voluntário e outras hipóteses. Conforme Rosenvald (2017, p. 609) o critério de afeto só pode ser usado para declarar o vínculo parental, jamais para negá-lo.

Enunciado 108 da Jornada de Direito Civil: “no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.”

O referido enunciado pronuncia referente a filiação socioafetiva, ou seja, confirma o reconhecimento dessa espécie de paternidade e sua igualdade com a biológica quando usada a palavra “também” no enunciado da Jornada de Direito Civil. Enunciado 256: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.” O enunciado pronuncia a respeito da parentalidade socioafetiva configurar uma modalidade de parentesco civil, ou seja, não há diferenciação na posição de parentesco ocupada quando se fala do critério biológico e socioafetivo.

5 A possibilidade da responsabilidade alimentar solidária entre pais biológicos e socioafetivos

O artigo 227 § 6º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) traz que não pode haver tratamento diferenciado entre filhos, ou seja, deve haver tratamento igualitário, independente se a filiação foi decorrente do casamento, biológica, afetiva entre outras. Contudo, sabe-se que a paternidade acarreta deveres, seja eles de cuidado, alimentos, etc. Já está mais que firmado o entendimento que a paternidade pode advir da relação afetiva, e de acordo com Nelson Rosenvald seja qual for o método escolhido para se ter um filho, “não haverá qualquer diferenciação no tratamento jurídico e patrimonial do filho” (ROSENVALD, 2017, p. 614). Além disso, Nelson Rosenvald mencionou: “determinada a filiação com base na afetividade, o filho terá direito a alimentos e à herança (bem como todos os

demais efeitos, como guarda, visitas [...] do seu pai - que é o afetivo” (ROSENVALD, 2017, p. 14).

A filiação consiste na relação entre pessoas que possuem relação de parentesco consanguíneo de primeiro grau devido os critérios de paternidade, seja biológico ou afetivo, conforme Fujita (2011, p.11). E independente do critério estabelecido da paternidade, o pai afetivo ou biológico ocupam o primeiro grau de parentesco consanguíneo ou afetivo. Até porque não pode haver tratamento diferenciado conforme o princípio da igualdade.

A obrigação alimentar decorre da paternidade pois, esse detém o poder familiar e somente se esse não der conta de atender totalmente a obrigação é que serão chamados a concorrer o parente de grau imediato, ou seja, o mais próximo. No caso, seria os avós a serem chamados, nomeamos de responsabilidade subsidiária, somente se não for possível o principal responsável de adimplir com a obrigação é que se chamará aquele que também será responsável.

Compreendido o parágrafo anterior, chega ao argumento de que a responsabilidade alimentar entre pais biológicos e afetivos é solidária, pois trata-se de forma discriminatória dizer que ocupam graus diferentes, e que a responsabilidade será subsidiária. Pois não há como escolher qual pai terá o dever de cuidados, educação, alimentos mais importantes que o outro, será o biológico ou afetivo? Escolhendo essa responsabilidade em subsidiária estaríamos indo contra a Constituição e contra a multiparentalidade ou pluriparentalidade, que “é a possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai / mãe simultaneamente, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos em um tempo só”, de acordo com Rosensvald (2017, p.616).

Nelson Rosensvald ainda completa “de acordo com a teoria da pluriparentalidade, a existência de um vínculo de filiação socioafetivo não poderia eliminar a possibilidade de concomitante filiação biológica” (ROSENVALD, 2017, p. 17). Senão estaríamos indo contra até o Supremo Tribunal Federal:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 898.060/SC, Repercussão geral 622, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.9.16).

O entendimento do Superior Tribunal Federal é que pelo fato de haver a paternidade afetiva não implica em desconhecer a paternidade biológica, pois o princípio da multiplicidade familiar baseia-se na possibilidade de um indivíduo ter mais de um pai. Não se quebra o vínculo paterno existente de uma relação paternal socioafetiva devido a existência do biológico.

Para finalizar, Maria Berenice Dias pontua em seu livro específico sobre Alimentos: “o reconhecimento da existência da filiação socioafetiva autoriza a imposição do dever de prestar alimentos, sem afastar a responsabilidade alimentar do genitor biológico ou registral” (DIAS, 2017). “Quando mais de duas pessoas desempenham as funções parentais, é reconhecida a multiparentalidade, o que gera a obrigação de todos pagarem alimentos.” (DIAS, 2017).

6 Análise jurisprudencial

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - DIREITO SUCESSÓRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO/PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM - RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA - VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO MORAL OU PATRIMONIAL - ASSEGURAÇÃO DOS DIREITOS HEREDITÁRIOS DECORRENTES DA EVENTUAL COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE FILIAÇÃO - REGRA GERAL: RESERVA DO QUINHÃO HEREDITÁRIO - EXCEÇÃO: MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL NA FORMA DE PARTILHA DE BENS - RESPEITO À ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. De acordo com a legislação civil, a filiação socioafetiva constitui uma das modalidades de parentesco civil (artigo 1.583, do CC/02), sendo vedado qualquer tipo discriminação decorrente desta relação (artigo 1.582, do CC/02), sejam eles de caráter moral ou patrimonial. Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a paternidade engloba diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de

filiação (REsp 1618230/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017). Em regra, a determinação de reserva de quinhão se mostra medida suficientemente apta a resguardar os interesses dos pretensos herdeiros até a resolução definitiva da ação na qual se discute o reconhecimento do estado de filiação (§2º, do artigo 628, do CPC/15). Nas hipóteses em que, excepcionalmente, o reconhecimento da filiação socioafetiva implicar, por força da ordem de vocação hereditária (artigo 1.829, do CC/02), substancial modificação na forma da partilha dos bens, é recomendada a suspensão do inventário em curso (alínea "a", do inciso V, do artigo 313, do CPC/15). No caso, com o eventual acolhimento da pretensão deduzida pelo pretense filho socioafetivo, a ordem de vocação hereditária será substancialmente alterada, irradiando efeitos sobre o desfecho patrimonial do inventário, já que o autor da herança o teria como único herdeiro (inciso I, do artigo 1.829, do CC/02), o que autoriza a suspensão do processo de inventário. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.339648-9/002, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/04/0018, publicação da súmula em 13/04/2018).

A decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, demonstra que o reconhecimento da paternidade socioafetiva reflete nos efeitos jurídicos na sucessão, assim alterando a ordem da vocação hereditária definida em lei. E ainda veda qualquer tipo de discriminação tanto moral como patrimonial, a presente jurisprudência confirma os entendimentos que em razão dos alimentos não poderá haver diferenciação entre pais biológicos e socioafetivos, pois esses se igualam, destacando o princípio da igualdade.

É mencionado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que a paternidade engloba várias responsabilidades, seja moral ou patrimonial. Assim o filho afetivo fazendo jus aos direitos hereditários, o mesmo entendimento pode ser aplicado em relação aos alimentos.

7 Considerações finais

No capítulo 1 foi introduzido o respectivo assunto abordado no presente trabalho e mencionados os estudos necessários para a compreensão do tema apresentado. Já no capítulo 2 foram estudados os princípios cabíveis ao presente tema e concluímos o impacto indissociável da dignidade

da pessoa humana neste discurso em virtude de sua centralidade no ordenamento jurídico brasileiro artigo 1 inciso III do diploma constitucional. É notável sua importância para o norteamento da interpretação e aplicação dos demais princípios.

O assunto abordado no capítulo 3 sobre alimentos mostra que os alimentos devidos ao alimentante são os civis, pois este preocupa em suprir as necessidades importantes para o desenvolvimento da pessoa humana, como educação, cultura, lazer, entre outros. Ainda preceitua sobre a inexistência de benefício de ordem na responsabilidade solidária, pois àqueles que ocupam o mesmo polo são responsáveis igualmente, ou seja, pais (biológico e socioafetivo) ocupam a mesma seara parental então não há que se estruturar ordem entre eles quanto suas responsabilidades.

No capítulo 4 é estudado as espécies de paternidade existentes e mesmo diante da variedade de origem da relação de pais e filhos, conclui-se que independente de onde nasceu a relação a responsabilidade paterna não se diferencia.

O capítulo 5 aborda sobre a possibilidade da responsabilidade alimentar solidária entre pais biológicos e socioafetivos, trazendo o entendimento que foi adquirido mediante o estudo tratado no presente tema e chegando à conclusão que há responsabilidade solidária na prestação de alimentos entre pais afetivos e biológicos. Não fazendo menção a qualquer distinção entre eles. Para finalizar, no capítulo final foi consagrada a jurisprudência que veda a discriminação moral ou patrimonial da relação afetiva.

Referências

ALMEIDA, Priscila Araújo de. **Efeitos da paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico Brasileiro**. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100235437/artigo-efeitos-da-paternidade-socioafetiva-no-ordenamento-juridico-brasileiro-por-priscilla-araujo-de-almeida>> Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRETAS Hugo Rios. **Reflexões temáticas centrais acerca do direito de família**. Belo Horizonte: Novas Edições Acadêmicas, 2011

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. **Manual para Elaboração e Apresentação dos Trabalhos Acadêmicos**: padrão Newton Paiva. Elaborado pelo Núcleo de Bibliotecas. Coordenadora Elma Aparecida de Oliveira: Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://www.newtonpaiva.br/Conteúdo/Default.aspx?cid=231>>. Acesso em: 10 out. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos**: direito, ação, eficácia e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**: famílias. Salvador: JusPodivm, 2017.

FUJITA, Jorge Siguemitsu. **Filiação**. 2. São Paulo Atlas 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**, v. 1 parte geral 19 São Paulo Saraiva 2016.

GERAIS, T. de Justiça de Minas. **Acórdão Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcor dao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=355&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=socioafetiva&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao prof. zeno veloso**. Rio de Janeiro: Método, 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2000.

Capítulo 15

Aplicação da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro: um método racional de solução de conflitos?

Gabriela Santos Cecotti da Fonseca

Cristian Kiefer da Silva

Alessandra Mara de Freitas Silva

1 Introdução

Em meio aos noticiários, número de processos judiciais e superlotação carcerária, é possível notar a falência do sistema retributivo penal. Diante disso, é preciso ter a humildade de reconhecer que mudanças são necessárias, e para isso, deve-se buscar meios adequados de soluções de conflitos, sendo a justiça restaurativa um meio válido e eficaz.

Partindo dessa realidade, a presente pesquisa busca mostrar a eficácia da justiça restaurativa aplicada em crimes de violência doméstica, na tentativa de dar respostas aos anseios da vítima e da sociedade, bem como integrar o opressor no meio social, sem carregar as mesmas atitudes e sem crucificá-lo.

Primordialmente, foram expostos princípios que regem o Direito Penal e, detalhadamente, os princípios que norteiam a justiça restaurativa, bem como a sua origem e evolução histórica, quando chegou ao Brasil e como está sendo sua estruturação no sistema brasileiro.

Em oposição ao atual sistema penal, que visa apenas punição do agressor e que não dá importância a sua recuperação enquanto possuidor

da dignidade humana, a justiça restaurativa busca responsabilizá-lo e trazê-lo novamente ao seio social. Opera de um modo em que as partes participam do processo resolutivo, pontuando seus anseios e apontando suas insatisfações, para só assim chegar a um consenso e acordo.

Não obstante, foi destacado também a falência do direito retributivo ante aos crimes arrolados na lei nº 11.340/06, demonstrando que o mero encarceramento como forma de resposta ao agressor é insuficiente e fragilizada, tendo em vista se tratar de crimes praticados em meio às relações domésticas e que na maioria dos casos, as relações permanecem, mas o mal causado perdura.

2 Justiça restaurativa

“A Justiça restaurativa é uma bússola e não um mapa”.

Howard Zehr

2.1 Conceito de Justiça Restaurativa

Pois bem, até a oportuna ocasião o conceito objetivo de justiça restaurativa está sendo concebido, há inúmeras abordagens para entendimento deste tema. Tendo como progenitor o pesquisador e psicólogo Albert Eglash na década de 1950.

Alvino Augusto de Sá e Sérgio Salomão Shecaira, citado por Edgar Hrycylo Bianchini, colocam que o tratamento desenvolvido utilizava o auxílio de um supervisor e pautava-se na tentativa de o infrator buscar formas de pedir e alcançar o perdão de sua vítima, de tal modo a tentar atingir a “redenção” daqueles que haviam sido atingidos. Posteriormente, esses infratores auxiliaram outros criminosos a tomar a mesma atitude de busca do perdão. Seu trabalho de pesquisa foi publicado com título “*Beyond Restitution: creative restitution*” em 1977 (BIANCHINI, 2012, p.88).

A Justiça Restaurativa não alcançou uma nomenclatura fixa, sendo designada de Justiça Reparadora, Justiça Conciliadora e Justiça Reintegradora. A pesquisadora Mylène Jaccoud, entende como justiça restaurativa

“uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando a corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito” (MYLÈNE JACCOUD, 2005).

Embora o termo “justiça restaurativa” abarque uma ampla gama de programas e práticas, no seu cerne ela é um conjunto de princípios, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas. Salienta-se o sociólogo Zehr (2012), em última análise, a justiça restaurativa oferece uma estrutura alternativa para pensar as ofensas.

No Projeto nº 99/2005, transformado no Projeto de Lei nº 7006/2006, em seu artigo 2º, regulamenta como Justiça Restaurativa:

Art. 2º o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa (BRASIL, 2005).

Por consequência, justiça restaurativa é um novo modelo de Justiça que tem a pretensão de sanar a “ferida” causada pelo crime, tanto na vítima, ofensor e sociedade, através da restauração, restabelecimento e ressocialização de todos os afetados direta e indiretamente.

2.2 Contexto histórico da Justiça Restaurativa

O marco inicial da Justiça Restaurativa deu-se nos Estados Unidos da América no fim do século XIX e retomada a sua aplicação na década de 1970. E, em 1994 contava com 123 programas sendo aplicados neste país. Em 1976, passou a ocorrer na Europa, e foi fundado no Canadá, o Centro de Justiça Restaurativa Comunitária de Victoria (BIANCHINI, 2012, p. 100). Na década de 1980 conquistou Austrália, Reino Unido e Nova Zelândia. Posteriormente, destacou-se a Nova Zelândia como o país que a Justiça

Restaurativa ganhou forças, principalmente com a promulgação da “Lei sobre Crianças, Jovens e suas Famílias”, no ano de 1989.

A Justiça Restaurativa é de suma importância para os neozelandeses maoris para resolução de conflitos, pois valoriza a influência da família na educação do jovem. A primeira discussão de cunho internacional a respeito do tema foi em 1990, pela OTAN, para verificar a abrangência da Justiça Restaurativa no âmbito mundial e contou com a participação de Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá, Escócia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Inglaterra, Itália, Noruega e Turquia, expondo projetos e trabalhos. Na América do Sul, a Colômbia foi a pioneira a inserir o programa no âmbito criminal em seu país e promulgou, em 1991, em sua Constituição Política, o artigo 250, inciso VIII

Art. 250. [...] VIII – Solicitar ante el juez del conocimiento las, medidas necesarias para la reparación integral a las víctimas. Igualmente, velar por la protección de las víctimas, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal. La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa (COLÔMBIA, 1991).

Mais tarde introduziu um livro sobre o tema no Código de Processo Penal de 2004, e definiu Justiça Restaurativa em seu artigo 518 e seguintes:

Artículo 518. Definiciones. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad (COLÔMBIA, 2004).

Em 1997, foi realizada a primeira Conferência Internacional de Justiça Restaurativa Juvenil, na Bélgica. Por conseguinte, aconteceram outras baseadas em projetos-pilotos de Justiça Restaurativa na Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos, Grã-Bretanha e África do Sul. A Universidade de

Buenos Aires criou projetos de mediação juntamente com o Ministério Nacional de Justiça da Argentina para solucionar conflitos.

A Justiça Restaurativa ganhou a União Europeia no início dos anos 2000, com a implantação da Rede Europeia de Pontos de Contatos Nacionais para a Justiça Restaurativa. A ONU também publicou Resoluções do Conselho Econômico e Social onde conceituou Justiça Restaurativa. Somente no ano de 2007, que houve a inserção em Portugal da Justiça Restaurativa no judiciário, através da lei 21/2007, com esclarecimento do processo de mediação em seu artigo 4º

Artigo 4º Processo de Mediação

1 - A mediação é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social.

2 - O arguido e o ofendido podem, em qualquer momento, revogar o seu consentimento para a participação na mediação.

3 - Quando se revista de utilidade para a boa resolução do conflito podem ser chamados a intervir na mediação outros interessados, nomeadamente eventuais responsáveis civis e lesados.

4 - O disposto no nº 2 é aplicável, com as necessárias adaptações, à participação na mediação de eventuais responsáveis civis e lesados.

5 - O teor das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em processo (PORTUGAL, 2007).

Em 2011, Paraguai implantou a Justiça Restaurativa através de um termo de cooperação com a AJURIS e a Escola Superior da Magistratura.

2.3 Início da Justiça Restaurativa no Brasil

No Brasil, em 2002, a cidade de Porto de Alegre/RS aplicou a Justiça Restaurativa na 3ª vara Cível do Juizado da Infância e Juventude. Nesse sentido, em 2004, fundou-se o Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa na Escola AJURIS. E, no ano seguinte, as cidades de Brasília, São Caetano

do Sul, São Paulo e Porto Alegre receberam o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, criado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e o Ministério da Justiça.

Em 2007, foi fundado o Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa-IBJR em São Paulo, para estudo, pesquisa e divulgação da Justiça Restaurativa. Tem sua aplicação também no Distrito Federal, utilizado em crimes de pequeno e médio potencial ofensivo e casos de violência doméstica, bem como nos estados da Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e Santa Catarina.

O Protocolo firmado em agosto de 2014 articulou 20 instituições federais, agências da ONU e ONGs para desencadear um movimento nacional objetivando a difusão da Justiça Restaurativa. A campanha está organizada em quatro estágios: divulgação, mobilização institucional interna, mobilização institucional externa e estímulo às implementações de Justiça Restaurativa (BRASIL, 2014).

3 Princípios do direito penal na aplicação da justiça restaurativa

Além de normas, a Justiça restaurativa é também regida por princípios, assim como quaisquer outras áreas do Direito. São os seguintes princípios: voluntariedade, consensualidade, confidencialidade, celeridade, urbanidade, adaptabilidade e imparcialidade.

3.1 Princípio da Humanidade

Esse princípio assegura a proteção do ofensor contra penas severas que possa vir a ferir a dignidade humana. Prisma pela vítima como o centro da lide, fazendo com que esta ajude na resolução do conflito para suplantar e recuperar o ocorrido.

Por meio dele, viabiliza que a pena punitiva não seja o principal meio utilizado para repreender o ofensor pela infração cometida, mas aplicada os meios que realmente recupere, restaure e ressocialize. Acerca de tal princípio Rogério Greco dispõe

A racionalidade da pena implica que tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa. Isso não significa, de modo algum, questionar o caráter retributivo, timbre real e inegável da pena (GRECO, 2008, p.83).

Ney Moura Teles, em citação de Edgar Hrycylo Bianchini, afirma que “a própria pena privativa de liberdade é um mal, não resolve coisa alguma, ao contrário, traz enormes prejuízos para a sociedade. O caminho é outro, a criação de novas modalidades de sanções penais, com a abolição da própria pena de prisão” (BIANCHINI, 2012, p.113), através do princípio da Dignidade Humana que harmoniza a sociedade com tratamento adequado para ofensor e vítima, retomando-os ao seu cotidiano sem o mal causado pelo deslize de algumas das partes.

3.2 Princípio da Intervenção Mínima

O Direito Penal, por meio da Justiça Restaurativa, deve pautar sua atuação a *ultima ratio*, isto é, aos bens mais importantes e às agressões mais graves (BIANCHINI, 2012, p. 114). O princípio da Intervenção Mínima tem primazia por resoluções alternativas de conflito em face da privação da liberdade do ser humano, tendo em vista que a oportunidade de ressocialização, recuperação e restauração não dispõe de tanta eficácia.

3.3 Princípio da Adequação Social

Diante de um delito, poderá corroborar a aplicação da Justiça Restaurativa, todavia, deverá ter anuência das partes envolvidas na lide e passar por análise do judiciário. Tal princípio é um dos pilares para implementação da Justiça Restaurativa (Bianchini, p.115, 2012), afeiçoa a tratativa dos envolvidos no problema instaurado aos valores sociais.

3.4 Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade

A carta de Araçatuba, elaborada no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, destacou tal princípio colocando na “balança da Justiça” a consequência do dano causado tanto à vítima quanto ao ofensor, equiparando necessidades e possibilidades de resolução por ambas as partes. A responsabilidade do entabulamento do conflito fica a cargo das partes, portanto a proporcionalidade não é igualitária, por ser elemento subjetivo.

4 Princípios da justiça restaurativa

A Justiça Restaurativa tem como requisito basilar o envolvimento da vítima, ofensor e sociedade para remediar o dano causado pelo delito.

4.1 Princípio da Voluntariedade

O encorajamento à participação deve ser realizado com o objetivo de restaurar as relações, e não como meio de coerção, para que as partes superem receios infundados (BIANCHINI, 2012, p. 119). A forma de sanção a qualquer tipo de infração é imposta pelo Estado. Para a aplicação do método da Justiça Restaurativa, as partes devem participar de livre espontânea vontade, para que o objetivo seja alcançado e não fira o princípio em discussão.

Este princípio, ainda, é uma forma alternativa para que as partes demonstrem as suas vontades, principalmente por parte da vítima, tendo em vista que esta sofreu a lesão e ainda fica um resquício do mal sofrido em sua vida.

Mas não se deve isolar o infrator, responsabilizando-o pelo dano causado, e sim, deve ajudá-lo a recuperar também o próprio dano que causou à vítima. Em contrapartida, o Estado aplica sanção retributiva ao ofensor pela infração cometida, mas que, em maior parte dos casos, a ressocialização não é alcançada e o mal causado à vítima e à sociedade, não são sanados.

Sobre este princípio a carta de Araçatuba dispôs que as partes terão “plena informação sobre as práticas restaurativas anteriormente à participação e aos procedimentos em que se envolverão os participantes.” (BRASIL, 2005).

4.2 Princípio da Consensualidade

O princípio da Consensualidade depende do princípio da Voluntariedade, pois se as partes não quiserem participar do método de aplicação da Justiça Restaurativa, não terão a resignação de ideias para tratar da lide, pois a solução vem a partir da consensualidade.

A aceitação do ofendido para participar de algum método em que se aplica a Justiça Restaurativa não incorre na sua confissão a respeito da infração, incorre a responsabilização da reparação do mal causado à vítima. A Colômbia inseriu no Código de Processo Penal de 2004, o artigo 519, inciso III e IV:

Artículo 519. Reglas Generales. Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas:

- 3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.*
- 4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. (COLÔMBIA, 2004).*

Por mais que haja umnexo entre a Justiça Restaurativa com a Justiça Retributiva, os processos não se confundem. Sendo assim, é necessário elucidar ao ofensor o procedimento da Justiça Restaurativa e saber da sua vontade em participar de algum método da Justiça Restaurativa, com a ressalva de que sua aceitação não incorre em confissão da infração.

A partir desse princípio os acordos celebrados entre vítima e ofensor possui maior eficácia, pois parte da vontade das partes e nada os será infundido.

4.3 Princípios da confidencialidade

Francisco Amado Ferreira, em citação de Edgar Hrycylo Bianchini, declara que “é importante que se valorize a confiança e a fé negocial entre as partes, tranquilizando-se quanto à possibilidade de uma eventual utilização das suas declarações em outras sedes (BIANCHINI, 2012, p.128).

O Conselho Econômico e Social da ONU, na Resolução 2002/12, entende que “as discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser confidenciais e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional” (ONU, 2002). Pelo fato de a Justiça Restaurativa trabalhar o foro íntimo das partes para que haja a “cura” do mal causado pela infração, é necessário sigilo no que for esclarecido por eles, não os expondo.

4.4 Princípios da Celeridade

Os procedimentos utilizados na Justiça Restaurativa são céleres em relação aos procedimentos do judiciário, por ser informal e não possuir tantos ritos a serem seguidos.

Contudo, os procedimentos adotados na Justiça Restaurativa não tem tempo determinado de duração, podendo ser prolongado, pois não tem uma fórmula a ser seguida para todos os casos, pois cada um tem sua peculiaridade.

Para que os procedimentos não percam seus efeitos, é de suma importância estipular prazos para as partes, podendo despende muito tempo para um caso e tornar improdutivo quanto à solução que almeja.

4.5 Princípios da Urbanidade

A Carta de Araçatuba discorreu também discorreu sobre o tal princípio “considerando o respeito mútuo, a garantia da dignidade, o relacionamento equânime e não hierárquico” (BRASIL, 2005).

Para a aplicação de métodos da Justiça Restaurativa são impostas regras para que as partes cumpram durante o procedimento, para que não haja desrespeito entre elas e a situação não fique mais tensa.

O respeito é um princípio basilar do ser humano, isto ajuda a edificar a boa relação entre as pessoas, evoluindo-os a cada instante e cooperando-os com a sociedade.

4.6 Princípio da Adaptabilidade

Para Bianchini (2012) a “adaptabilidade é a adequação do caso ao melhor procedimento, isto é, a escolha do *modus operandi* em conformidade às particularidades da lide e das partes”.

Cada caso requer um método a ser aplicado e cada um dos métodos tem benefícios e impropriedade às partes. Busca uma maior cautela na escolha deste método para que não seja um trabalho em vão, para que não desvirtue a eficácia da Justiça Restaurativa.

É uma “via de mão dupla” o procedimento a ser desenvolvido entre as partes, uma vez que para se chegar a um acordo ambos terão que curvar-se em alguma questão.

Os métodos são aplicados de acordo com os objetivos, “o modo de compreender as diferenças entre as várias abordagens restaurativas é examinar seus objetivos, que podem ser separados por três categorias” (ZEHR; HOWARD, 2012, p.63), são elas: programas alternativos, programas terapêuticos e programas de transição.

Os métodos a serem aplicados “embora semelhantes em linhas gerais, os modelos de prática restaurativa diferem quanto ao número e tipo de participantes e, em alguns casos, quanto ao estilo de facilitação” (ZEHR; HOWARD, 2012, p.58).

4.7 Princípio da Imparcialidade

O princípio da imparcialidade é aplicado em qualquer âmbito do judiciário, não podendo ser diferente à aplicação da Justiça Restaurativa. O

intermediador não pode, em momento algum, favorecer ou despendar para um lado, é um dos principais requisitos para que o procedimento tenha eficácia. É ele que tem as rédeas do procedimento, todavia não é permitido, obviamente, o abuso e seu poder para obter qualquer resultado.

A Justiça Restaurativa busca auxiliar a todos e não apenas a uma das partes envolvidas em detrimento das demais. Algumas atitudes são fundamentais, como por exemplo, um procedimento importante durante uma etapa prévia do procedimento restaurativo seria a mudança da roupa do infrator que, muitas vezes, encontra-se com o uniforme prisional. Esse pequeno detalhe permite trazer de volta um pouco da individualidade do condenado, impedindo o desenvolvimento de julgamentos prévios diante da imagem relativamente idêntica a dos muitos encarcerados (BIANCHINI, 2012, p. 133).

Entre as partes não pode haver a vitimização, pois é o momento para restabelecer a vida íntima e social destas. Também não pode haver imposição de um sobre o outro, para não ferir o princípio da urbanidade, almejando o respeito e o equilíbrio para obter eficácia do procedimento. A Resolução 2002/12, do Conselho Econômico e Social da ONU, pondera sobre objetivo de tal princípio:

Reconhecendo que a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores,

III - Operação dos Programas Restaurativos

18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacita-las a encontrar a solução cabível entre elas (ONU, 2002).

É através da imparcialidade que intermediador controla os ânimos das partes, ajuda na construção do acordo e avalia a possibilidade de cumprimento para que aquele caso não seja apenas menos um problema a ser resolvido pelo judiciário, mas um problema dissolvido da vida das partes.

5 Aplicação da justiça restaurativa

A Justiça Restaurativa tem como foco a retificação do mal causado à vítima, ofensor e comunidade, ao contrário da Justiça Retributiva que tem como foco o cumprimento das leis, a punição do ofensor e nenhum amparo à vítima. Tem como meta ofertar a reparação, recuperação e ressocialização de todos os envolvidos.

A partir daí, acentua as obrigações que o ofensor vai ter para com a vítima e sociedade, responsabilizando-o. Incita o agressor a vislumbrar a consequência de suas ações, a reparar o dano, na busca de freá-lo quanto a esse comportamento.

Entretanto necessita que as partes participem do procedimento e contribuam para as decisões que serão tomadas para que todos tenham seus prejuízos sanados e atinjam a justiça esperada e merecida por todos.

O trauma é uma experiência central, não apenas para as vítimas, mas também para muitos ofensores. Inúmeros episódios de violência podem ser, na realidade, uma reconstituição de traumas vivenciados anteriormente, aos quais não foi possível reagir de modo adequado no passado. A sociedade tende a reagir infligindo mais traumas na forma de penas privativas de liberdade. Embora a realidade traumática não possa ser usada como desculpa para o crime, ela deve ser compreendida e tratada. (ZEHR; HOWARD, 2012, p. 43).

O procedimento surge com a voluntariedade e consensualidade das partes, a partir do momento em que um destes for comprimido, perde o sentido e a eficácia de todo o procedimento. O que se busca é uma forma natural, uma forma verdadeira para resolução do conflito.

Os envolvidos no procedimento, em primeiro momento, devem entender o objetivo da Justiça Restaurativa e sua aplicação. Em consequência a responsabilização das partes e o diálogo para o entendimento do motivo do ocorrido, para somente, após tudo e todos serem colocados em seus lugares, ser realizado um acordo, por intermédio de um facilitador.

O procedimento segue em seu tempo a cada caso, o facilitador tem que buscar as causas e possíveis reparações dos traumas. Cada tópico

deixado de lado, poderá incorrer em descumprimento do acordo, dando chances às partes de cometerem o mesmo erro.

A justiça restaurativa tem diversos meios a serem aplicados, devendo ser analisado o que melhor se enquadrar para cada caso. Os mais utilizados são: conciliação, mediação, reuniões ou círculos restaurativos.

No Brasil, a aplicação da Justiça Restaurativa foi implantada nos Juizados Especiais Criminais em crimes de ações penais públicas e ações penais privadas. O promotor de justiça oferta ao ofensor a transação penal que achar adequada, tendo como opção a prestação pecuniária, a prestação de serviço à comunidade ou a frequência em grupos que trabalham o tipo de infração cometida.

Em citação de Cristian Kiefer e Thaís Cabral Pavani, no artigo “Justiça Restaurativa e Juizado Especial Criminal: um diálogo necessário”, tem-se o objetivo da criação dos Juizados Especiais:

O Juizado Especial Criminal, como órgão do aparato do Poder Judiciário, surgiu das transformações do sistema de justiça em prol de maior celeridade e eficiência no enfrentamento da conflituosidade social. Desde a sua implantação, este órgão, tinha como razão justificadora de sua instituição, a superação da insuficiência dos mecanismos de controle estatal diante da crescente litigiosidade e violência na sociedade brasileira (KIEFER; PAVANI, 2012).

A lei 9099/95, lei dos Juizados Especiais, dispõe em seu artigo 7º que “os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência” (BRASIL, 1995).

Os conciliadores e juízes leigos, nas audiências preliminares, devem ser preparados para transmitirem às partes o funcionamento de todo o procedimento, para que estas entendam o seu motivo de estar ali e o rumo que aquele encontro poderá tomar. Ressaltando para as partes que não são obrigadas a participarem e a fazerem algum acordo contra suas vontades, para que o objetivo não seja dissipado.

Sobre a aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil, Bianchini dispõe que “a Justiça Restaurativa somente foi implementada no sistema judicial

em pequena escala, o que absolutamente não sugere que não poderá adentrar no ordenamento jurídico em sede nacional muito em breve” (BIANCHINI, 2012, p. 174).

Ainda, Bianchini destacou que “o pioneiro a implantar a Justiça Restaurativa no Brasil foi o juiz Asiel Henrique de Sousa e em uma entrevista ao Conselho Nacional de Justiça, o juiz expôs que no Brasil tem trabalhado ainda, na maioria das vezes, com os crimes mais leves, porque ainda não tem uma estrutura apropriada para os crimes mais graves (BIANCHINI, p.114, 2012)

A finalidade da Justiça restaurativa, como já dito, é a ressocialização, recuperação e restauração das partes, não tem o intuito de deduzir a reincidência. Com objetivo, ainda, de responsabilizar o infrator pelo seu ato e o fazer compreender que aquilo é prejudicial tanto para ele quanto para os demais. É uma constante busca para o equilíbrio social.

Maior parte das infrações cometidas tem como sanção para seus infratores a pena privativa de liberdade, com o objetivo de apenas puni-los ao retirá-los do meio social e dar a resposta à sociedade quanto aquele problema.

Conforme o princípio da celeridade, a Justiça Restaurativa é informal e menos custos ao Estado, desafogando o judiciário em relação aos processos e encarceramentos e contribui, com maior eficácia, quanto ao encarcerado, em relação ao seu retorno para o meio social.

6 A aplicação da justiça restaurativa em casos de desistência da ação em face dos crimes de violência doméstica

Em razão da evolução social e a constante luta do movimento feminista, a batalha travada contra a violência doméstica está cada vez mais consistente. As mulheres ganharam mais espaço e atenção na sociedade. A ideia de que o homem tem o domínio sobre o lar e a companheira, está em ruínas. Cada vez mais os lares são comandados por “Helenas de Troia”, ou quando existente a figura de ambos os sexos, não há papéis fixos. Os

direitos e deveres femininos estão em equidade com os do sexo masculino, e, intensificou a intolerância extrema em relação aos crimes de violência doméstica, seja física, psicológica, moral, patrimonial ou sexual. O sociólogo Bourdier destacou essa evolução:

O questionamento das evidências caminha *pari passu* com as profundas transformações por que passou a condição feminina, sobretudo nas categorias sociais mais favorecidas: é o caso, por exemplo, do aumento do acesso ao ensino médio secundário e superior, ao trabalho assalariado e, com isso, à esfera pública; é também o distanciamento em relação às tarefas domésticas e às funções de reprodução (relacionado com o progresso e o uso generalizado de técnicas anticonceptivas e à redução de tamanho das famílias); é, sobretudo, o adiamento da idade do casamento e da procriação, a abreviação da interrupção da atividade profissional por ocasião do nascimento de um filho, e também a elevação dos percentuais de divórcio e queda dos percentuais de casamento. (BOURDIER, 2005, p. 107)

Não obstante a tanta inovação, a violência doméstica é realidade para muitas e essa cultura machista ainda está introduzida no âmbito familiar. A violência doméstica ocorre entre entes vinculados pelo convívio familiar, em que a vítima está ou esteve dependente do ofensor materialmente, psicologicamente e afetivamente. Por essa razão far-se-á necessário dialogar com as partes para compreender os motivos das agressões e voltar a atenção ao rompimento dessa dependência para que se resolva o conflito. Nesse diapasão Zehr afirma que:

Aquilo que a vítima vivencia com a experiência de justiça é algo que tem muitas dimensões (...). As vítimas precisam ter certeza de que o que lhes aconteceu é errado, injusto e imerecido. Precisam de oportunidades de falar a verdade sobre o que lhes aconteceu, inclusive seu sofrimento. Necessitam ser ouvidas e receber confirmação. Profissionais que trabalham com mulheres vítimas de violência doméstica sintetizam as necessidades delas usando termos como “dizer a verdade”, “romper o silêncio”, “tornar público” e “deixar de minimizar” (ZEHR, 2010, p. 27-28)

Quando o relacionamento entre o ofensor e ofendido chega a tal ponto, entende-se que a situação é insustentável de conviver, perigosa e

tóxica, não só para os protagonistas da relação, bem como para os que estão ao redor. Exige um zelo maior da sociedade e providências devem ser tomadas para que mal maior não aconteça.

Os conflitos gerados são de relações prolongadas, sejam estas ligadas por vínculo afetivo ou de parentesco consanguíneo. A intermediação do judiciário de forma ríspida a esse tipo de caso não soluciona o real dano causado, podendo até intensificar o problema. A agressão sofrida por uma das partes é somente a ponta do *iceberg*, que em muitos casos se resultam em maiores atrocidades.

No Brasil, esse tema ganhou forças com a lei 11.340/06, intitulada Lei Maria da Penha, em homenagem a uma mulher que por duas vezes sofreu tentativa de homicídio pelo seu companheiro e que somente foi punido após 19 anos das práticas dos crimes, depois da vítima recorrer à Comissão dos Direitos Humanos, que condenou o Brasil a normatizar sobre a prevenção e repressão da violência doméstica contra mulher de acordo com convenções internacionais em que era signatário.

A lei nº 11.340/06 não criou tipos penais, apenas especializou os existentes, excluiu benefícios despenalizadores (art. 41), alterou as penas (art. 44), incluiu majorante (art. 44) e agravante (art.43), bem como acrescentou possibilidade de prisão preventiva (art. 20 e 42), por exemplo.

A Lei Maria da Penha não tem uma eficácia efetiva para resolução de conflitos domésticos, por ter a resolução na base da justiça retributiva, sendo a repressão a solucionadora do problema. Tem como exemplo, a medida protetiva que afasta o agressor do ambiente familiar, na tentativa de imunizar a vítima do risco, voltando toda a atenção para ela, com o judiciário posicionando somente ao seu lado e que na maioria das vezes é descumprida e resulta em crime de maior gravidade em relação ao crime que deu causa a medida protetiva.

A violência doméstica e familiar despende de maior atenção, por ser um âmbito mais complexo para a justiça retributiva, sendo esta incapaz de solucionar conflitos. Tal medida não promove variação no comportamento do agressor, não contribui a evolução social.

A justiça restaurativa trata com mais precaução de tal crime, na busca constante da resolução do conflito subjacente, deferindo o interesse de cada conflito.

Em relação a aplicação da justiça restaurativa, Zehr expõe que “a violência doméstica é provavelmente a área de aplicação mais problemática e, nesse caso, aconselho grande cautela [...] Sem as devidas salvaguardas, os modelos de Justiça Restaurativa que hoje praticamos podem ser perigosos se utilizados em casos de violência doméstica.” (ZEHR; HOWARD, 2012, p.21 e 50).

Os procedimentos de práticas restaurativas nos crimes de violência doméstica incentivam que as mulheres busquem ajuda a esse método, afim de expor seu sentimento em relação a tal situação, participando da resolução, não ficando somente com a vitimização.

Em caso de conflito violento a justiça restaurativa atua juntamente com o judiciário, não podendo deixar o decorrer do processo somente para a vítima, mas sua vontade ser levada em consideração.

Em casos de violência doméstica, os advogados das vítimas mostram grande preocupação em relação ao perigo de um encontro entre a vítima e ofensor. Trata-se de uma preocupação legítima em face de um grande perigo desse encontro se transformar em ocasião perpetue o padrão de violência, ou um processo sem o devido monitoramento por pessoas treinadas para lidar com a violência doméstica. Alguns dirão que nesses casos um encontro nunca é a estratégia apropriada. Outros, inclusive, algumas vítimas da violência doméstica sustentam que os encontros são importantes e poderoso, se forem feitos dentro de condições adequadas e com as devidas salvaguardas (ZEHR,2012, p.51).

Mesmo a vítima e ofensor aceitando a participarem do processo de Justiça Restaurativa, é aconselhável que ela seja ouvida apartada do ofensor se achar mais confortável, para que o encontro não seja mais tenso. Todavia se esta não comparecer ao encontro, subjetivamente entende-se que a vítima não quer prosseguir com o procedimento por algum fator, seja por medo ou motivos pessoais “a justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós” (ZEHR, 2010. p. 191).

A resistência ante a justiça restaurativa para solucionar casos de violência doméstica é reportada por alguns grupos pontuais de movimentos feministas e outras pessoas que alegam que essa prática trata esses atos e as vítimas a quem do que é necessário. Que o poder punitivo é mais satisfatório ao retribuir o crime praticado retirando o agressor da sociedade e incluindo ao cárcere.

Pois bem, pensar dessa forma bate de frente a vários casos em que o agressor praticou atos não só a uma mulher, mas com várias, e muitos deles carrega essas atitudes como ações naturais, que se tornam rotineiras e não cessa com a medida protetiva imposta ou com pena aplicada como meio intimidatório.

Por esse ponto, nasce a necessidade de estudar e tratar o comportamento do agressor, sua personalidade e sua experiência de vida, que na maioria das vezes carrega um passado que vivenciou violências e fora passada como atitudes comuns.

Ademais, evidencia-se a incipiência das críticas feministas, haja vista que, longe de tomar a violência doméstica por crime de menor gravidade, a justiça restaurativa reconhece a profundidade dessa relação de violação, propalando que esta não pode ser objeto da apreciação de uma instância distante, meramente penalizadora e descompromissada com a satisfação e reparação de danos e conferindo tal poder de apreciação do conflito para as partes e todos aqueles que se sintam direta ou indiretamente atingidos por este. (BREVES, 2015, p.38)

Apesar de a justiça restaurativa ir contra a muitas diretrizes do sistema punitivo, não a descarta por completo. Não se opõe a ação estatal tradicional, mas por vezes a completa se a decisão for das partes. A partir da reunião das partes, da escuta de ambos e da convicção de cada um é que o ofensor terá conhecimento do mal ocasionado e sofrido, bem como a reprovação social dos seus atos perante a sociedade. A aplicação do método restaurativo levará, além da responsabilização e o incentivo para a transfiguração de atitude e consciência do reflexo dos atos do agressor.

6.1 Desistência da Ação à luz da Lei Maria da Penha

A corrente adotada pela Constituição Federal de 1988, no direito penal, é a corrente punitivista, onde o infrator cumpre penas mais rigorosas para garantir a segurança social e suporte a consequência do ato praticado. O resultado pode ser visto pela grande população carcerária no Brasil, que quase dobrou de 2006 a 2016, passando de 361.400 presos para 726.700 presos, conforme dados do INFOPEN. (MARTINS, 2015).

A edição da lei ora estudada, preocupou-se além da punição do agressor, de proteger a mulher nos demais âmbitos judiciais, em repará-las os danos morais estéticos, patrimoniais, bem como no amparo ao direito familiar e das sucessões.

Sem titubeações, a materialidade da referida lei preponderou a mulher sob o machismo, protegendo das impunidades histórica que fora considerada costumeira e aceitável perante à sociedade brasileira durante séculos. Por tais motivos, a lei Maria da Penha é tão severa e repressiva, mas não o suficiente para pôr fim aos conflitos domésticos.

Dispõe o direito penal brasileiro a faculdade de desistência da ação em crimes de ações penais públicas condicionadas à representação, até o oferecimento da denúncia, conforme artigo 25 do Código de Processo Penal Brasileiro e artigo 102 do Código Penal Brasileiro. Já nos crimes sob a égide da lei 11.340/06, a desistência da ação é possível, todavia com procedimentos peculiares a serem cumpridos. Necessita-se de uma audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e, perante o juiz, ouvir o Ministério Público.

O fato da opção pela desistência da ação, não é condicionado a solução do conflito, muitas vezes é opção em não fomentar a ira do agressor. E, para aquelas que não deram prosseguimento, não há um amparo jurídico e social para continuarem a convivência social com o agressor, tendo em vista que a maioria delas não interrompe sua relação. Já as que interrompem, não tem suporte suficiente para recuperação do mal sofrido, nem mesmo um apoio para seguirem em frente:

Um exemplo brasileiro de tentativa de implementação de práticas mediadoras foi o Núcleo de Mediação de Conflitos instalado no novo complexo policial do Centro de Atendimento a Grupos Vulneráveis, em Aracaju, Sergipe. O núcleo de mediação surgiu da iniciativa de delegados então recém-empossados que manifestaram interesse e empenho de incorporarem discussões sobre direitos humanos às suas práticas como profissionais e cidadãos.

A equipe de mediadores, formada pela Delegada Titular da Delegacia da Mulher, pela delegada Coordenadora do Centro de Atendimento a Grupos Vulneráveis, por dois Bacharéis em Direito e por uma assistente social propunha uma prática baseada no diálogo como base da administração dos conflitos e se colocava como “interlocutora dos problemas da comunidade e formadora de novas atitudes e opiniões”. (NOBRE, 2008).

Segundo Nobre (2008), “o projeto de mediação gerou uma maior preocupação com a qualidade do atendimento e com um maior acolhimento às mulheres. Outro dado interessante é que a demanda, consistente nas queixas, aumentou vertiginosamente, acarretando uma sobrecarga no trabalho das delegacias. Além disso, alguns agressores passaram a prestar serviços na DEAM, como medida de cumprimento de penas alternativas, após julgamento e condenação. Por fim, um dos dados primordiais que confirmam a conquista dos objetivos das práticas mediadoras foi a diminuição dos casos reincidentes. Contudo, com a chegada da lei Maria da Penha, o projeto foi interrompido:

O que, de fato, se verificou com a edição da Lei Maria da Penha não foi o decréscimo dos índices de violência contra a mulher. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, avaliou o impacto da lei sobre a mortalidade das mulheres por agressões perpetradas por parceiros íntimos. Comparando-se os períodos anteriores e posteriores à vigência da lei, constatou-se que não houve impacto, ou seja, não houve redução dos índices de mortalidade. (HÖFELMANN, 2019).

Resta claro que a Justiça Restaurativa possui uma grande eficácia diante da Justiça Repressora. E, que, além da aplicação da mediação ou conciliação, é necessário um amparo para as partes que pactuaram

perante um facilitador, para que o resultado mais importante seja alcançado, o reparo interno das partes.

Para Nobre (2008), “não basta mediar o conflito, mas fazer do aparelho policial uma porta de entrada para outros serviços na área da saúde, assistência social, profissionalização, entre outros”. Trazendo à baila novamente a essência da justiça restaurativa, não basta corrigir o transgressor, mas tem que tratar o conflito e a vítima como um todo, para que a sociedade entre em harmonia e a dignidade humana não passe de um anseio, mas que seja uma realidade.

É possível concluir que o direito retributivo não cumpre com sua finalidade, mas fomenta uma sociedade cruel e não opta pela bem estar do ser humano, mas o coloca como um objeto, que se não seguida as regras por ele ditada, é descartado do meio social, ato que colide com o princípio da dignidade humana.

7 Considerações finais

A justiça retributiva está em declínio à medida que a sociedade expande e evolui, pois junto dela a criminalidade também se expandiu. A sanção é unicamente a imposição de pena, não sendo eficaz na recuperação do ofensor, propiciando para que este tenha reincidência e não reinserção social. A justiça restaurativa busca a solução de tal conflito ao colocar as partes para tentarem juntas chegarem a um acordo sendo um meio alternativo no auxílio do judiciário.

Apesar de ser claro na Lei Maria da Penha a opção pelo modelo retributivo na resolução das infrações, a Justiça Restaurativa pode quebrar barreiras do conflito continuado, ao mesmo tempo responsabilizando o ofensor, bem como recuperando-o. Como demonstrado durante o discorrer do artigo, não houve redução da criminalidade com a promulgação da lei 11.340/06. Os números aumentaram e a cada dia tem um mesmo crime sendo cometido, alvejando novas vítimas, ou até mesmo massacrando as que já provaram dessa crueldade.

Faz-se necessário compreender e aceitar que o sistema punitivo não é, e não será o meio mais adequada para fazer com que o autor do crime pague pelo ato cruel cometido e retorne à sociedade como um cidadão de bem. Está escancarado a todos que a carceragem é escola do crime e não recupera o ser humano das amarras da criminalidade. Meios adequados precisam ser utilizados, mesmo que em conjunto com o cárcere, mas a recuperação da dignidade humana da vítima, em primeiro lugar e do agressor tem que ser restabelecida.

Os métodos aplicados na justiça restaurativa coadunam com o anseio social pela busca justiça e da ressocialização, bem como traz a resolução do problema mal resolvido numa relação. Uma boa aplicação do método, com profissionais capacitados que conseguem consumir a prática numa relação inflamada pela violência, traz a oportunidade da vítima ter voz e ser ouvida, bem como o agressor ser colocado em seu devido lugar, arcar com as consequências de um ato prejudicial e ter a oportunidade de se tornar uma pessoa de bem.

Referências

- ARAÇATUBA. **Redação elaborada por integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa**. Carta de Araçatuba: Princípios de Justiça Restaurativa, 2005.
- BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um Desafio à Práxis Jurídica**. São Paulo: Servanda, 2012.
- BOURDIER, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- BREVES, Luísa Monteiro. **Justiça Restaurativa e Violência de Gênero, 2015**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133890/TCC%20-%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20e%20Viol%C3%Aancia%20de%20G%C3%AAnero.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais, lei 9.099/95**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 11 jun. 2015.

BRASIL Protocolo de Cooperação Interinstitucional. Disponível em: <<http://www.tdh-brasil.org/biblioteca/32-biblioteca-old/285-protocolo-de-cooperacao-interinstitucional-justica-restaurativa-no-ceara>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

COLÔMBIA. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2008/09/codigo-de-processo-penal-da-colombia.html>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

COLÔMBIA. **Constituição Política da República**. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>>. Acesso em: 6 jun. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2008.

HÖFELMANN, Doroteia Aparecida. **Violência contra a mulher**: feminicídios no Brasil. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2015.

JACCOULD, Mylène. Princípios, Tendências E Procedimentos Que Cercam A Justiça Restaurativa. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa**: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA>. Acesso em: 18 maio 2015.

JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **Anuário da Justiça**. Disponível em: http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_189.pdf. Acesso em: 18 maio 2015.

JUSTIÇA. **Direção Geral da Política**. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/lei-n-21-2007-de-12-de>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

MARTINS, Helena. **A população carcerária quase dobrou em dez anos**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/populacao-carceraria-quase-dobrou-em-dez-anos>>. Acesso em: 18 mai.2015.

NOBRE, Maria Teresa e César Barreira. **Controle social e mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222008000200007>. Acesso em: 18 mai.2015.

ONU. **Resolução 2002/12 da ONU - Princípios Básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal.** <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.

PORTUGAL. **Lei 21/2007.** Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/639130/details/maximized>>. Acesso em 24 jun. 2015.

SILVA, Cristian Kiefer da e Thaís Cabral Pavani. **Justiça Restaurativa e Juizado Especial Criminal:** um diálogo necessário. Belo Horizonte, 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes:** um novo foco sobre o Crime e a Justiça. São Paulo: Palas Athenas, 2010.

Capítulo 16

Novas perspectivas sobre o direito ambiental e o desenvolvimento sustentável: a ponderação de controvérsias a respeito da responsabilização da pessoa jurídica em casos de crimes ambientais

Cristian Kiefer da Silva

Rafaela Oliveira Pontes

1 Introdução

Desde os primórdios das civilizações até os dias atuais, o meio ambiente sempre foi um assunto que possuiu e possui uma considerável importância. Antes, podia-se falar que isso ocorria em virtude da necessidade do homem transformar a natureza para obtenção de bens necessários à sua sobrevivência. Hoje, porém, o enfoque alterou. Preocupa-se demasiadamente com um planeta sustentável, em busca da preservação ambiental, conseqüentemente, uma melhor qualidade de vida futura.

Como consequência, surgiu o direito penal com suas medidas severas e punitivas, para tentar evitar, cada vez mais, a degradação ambiental. O Direito Penal não se preocupa tão somente em punir aquele que infringe a legislação, protegendo bens jurídicos tutelados pelo Estado. Ele não pode funcionar apenas como *ultima ratio*, ou seja, um último recurso. Deve-se, antes que a sanção seja imposta e aplicada, fazer com que o infrator em potencial saiba das conseqüências que irá sofrer com a prática do ato

lesivo. Desta forma, este ramo do Direito passa a exercer uma função ético-social.

No presente estudo há uma ponderação das controvérsias da responsabilização da pessoa jurídica. E para esclarecimento dessa questão é válido ressaltar as abordagens do conflito dessa responsabilização ser fundamentado na responsabilidade individual baseada na culpa ou na responsabilidade social; ter conhecimento do conceito de Pessoa Jurídica; inferir que as atividades lesivas ao meio ambiente praticadas também pelas pessoas jurídicas podem sujeitá-las à sanções penais e administrativas; analisar as doutrinas contrárias à responsabilização penal de pessoas jurídicas pela prática de crimes; e ter o embasamento das teorias consideradas Favorável e Contrária.

Além do supracitado, o presente artigo trará à tona, também, os temas regulamentados pela Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que objetiva sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Dando atenção especial à inovação que a lei nº 9.605/98 trouxe a possibilidade de se punir aquela pessoa jurídica que praticar crime ambiental.

2 Evolução histórica do direito ambiental no mundo

O direito ambiental é “a ciência jurídica responsável pelo estudo, análise, discussões em torno dos problemas e questões ambientais e sua relação com o ser humano, tendo como objetivo a proteção do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida” (SIRVINSKAS, 2002, p. 23). O meio ambiente sempre foi um assunto muito em voga na história das civilizações. Isso porque o homem, desde sempre, possui a necessidade de transformar o ambiente em que vive. Porém, atualmente, esse tema vem ocupando um considerável espaço na mídia em virtude da busca constante de um planeta cada vez mais sustentável.

Para produzir os bens necessários à sua sobrevivência, o homem continuamente recorreu à natureza, transformando-a. Essas constantes

mudanças acabaram gerando novas relações jurídicas, em decorrência de divergentes conflitos de interesses. Isso explica a presença de normatizações ambientais desde antigas civilizações com o objetivo de preservar o equilíbrio social. Segundo Pereira (1950), em uma das primeiras dinastias chinesas, a Chow, século IX a.C., o imperador determinava que as florestas fossem conservadas. Ele afirma, também, que em outras dinastias sucedidas pela Chow, o reflorestamento de áreas desmatadas e a criação de estações experimentais foram fatos que obtiveram relevância.

Vale ressaltar que no século V a.C., na Lei das XII Tábuas, já continham disposições que protegiam o direito de uso das terras. Na tábua sexta, referente ao direito de propriedade e da posse, tem-se o seguinte:

As terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse, as coisas móveis depois de um ano. Que a madeira utilizada para a construção de uma casa, ou para amparar videira, não seja retirada só porque o proprietário a reivindica; mas aquele que utilizou a madeira que não lhe pertencia, seja condenado a pagar o dobro do valor; e se a madeira é destacada da construção ou do vinhedo, que seja permitido ao proprietário reivindicá-la (SEGURADO, 2002).

Faz-se necessário o destaque a essa legislação por ser um importante componente histórico do direito. Visto que foi o primeiro documento legal escrito do Direito Romano, dando base e fundamentação para diversos sistemas jurídicos ocidentais.

Na Grécia, no século IV a.C., as florestas eram tidas como reguladoras do ciclo da água e capazes de proteger o solo contra erosões. Em Roma, eram considerados inimigos por Cícero aqueles que destruíam as florestas da Macedônia. Ressaltando assim, leis de proteção à natureza. No império indiano de Asoka, século III a.C., foram promulgados decretos de proteção aos animais terrestres, peixes e florestas.

Anos mais tarde, a devastação ambiental na Europa estava crescendo a índices exagerados, o que obrigou a criação de leis rigorosas para preservação de ambientes ecológicos. Como exemplo, podemos enfatizar o que citou Gimpel (1997) em seu livro. Ele destaca que no século XIII, em

Douai, no norte da França, estava ocorrendo uma imensa escassez de madeira, o que conseqüentemente gerou uma inflação no preço desse produto. Logo, quando os parentes das pessoas pobres morriam, os caixões eram alugados, para que depois do funeral os mesmos fossem devolvidos.

Em virtude dessa devastação desenfreada, segundo Acot (1990), no século XIV, criaram leis proibindo serrarias hidráulicas em uma das antigas províncias da França: Delfinado. Além disso, surgiram determinações para a proteção de florestas na Inglaterra.

Esse mesmo problema de escassez da madeira atingiu a França do século XVII, no qual Jean-Baptiste Colbert, que na época era ministro do Estado e da economia do rei Luís XIV, promulgou o decreto das Águas e Florestas.

Já no século XX, com o aparecimento da bomba atômica, que o homem viu a necessidade da criação de algo mais rigoroso para a proteção do meio ambiente, visto essa imensa possibilidade de transformação da atmosfera. Então, em 1948, foi criada a União Internacional para Conservação da Natureza.

Concluindo, não podemos deixar de citar a assinatura do Protocolo de Quioto em 2002, em Joanesburgo. Os países que assinaram esse tratado se comprometeram a reduzir a emissão de gases que agravam o efeito estufa, sendo considerados os principais causadores do aquecimento global.

3 Evolução histórica do direito ambiental no Brasil

As preocupações com o meio ambiente é algo que sempre esteve presente nos períodos políticos que o Brasil vivenciou e vivencia. Porém, necessária se faz uma análise cronológica do surgimento de normatizações ambientais.

Na primeira década do descobrimento do Brasil, a legislação que vigorava em Portugal eram as *Ordenações Afonsinas*¹. Nessa coletânea, por ordenação do rei D. Afonso IV, foi tipificado como crime de injúria ao rei o corte de árvores frutíferas.

Em 1521, nas *Ordenações Manuelinas*², era proibido a comercialização das colmeias sem que as abelhas fossem preservadas, bem como a caça de animais com instrumentos cruéis. O corte de árvores frutíferas que fossem avaliadas acima de 30 cruzados foi também tipificado, sob pena de degredo para o Brasil.

Já nas *Ordenações Filipinas*³ foi proibido jogar nas águas quaisquer objetos que matassem os animais que ali viviam ou que sujassem os rios. Em relação às árvores frutíferas, o crime continuou sendo tipificado, tendo como pena o desterro definitivo para o Brasil.

Em 1830, no primeiro Código Criminal, foi tipificado o corte ilegal de madeira. Na Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850⁴, de acordo com o seu artigo segundo, eram punidos aqueles que ocupassem o solo com o intuito de desmatá-lo:

Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes de prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes. (BRASIL, 1850).

¹ As Ordenações Afonsinas são uma coletânea de leis promulgadas, como primeira compilação oficial do século XV, durante o reinado de Dom Afonso V. Várias vezes as Cortes tinham pedido a D. João I a organização de uma coletânea em que se coordenasse e atualizasse o direito vigente, para a boa fé e fácil administração na justiça. Para levar a cabo essa obra designou D. Duarte o doutor Rui Fernandes, que acabaria o trabalho em 1446 em Arruda.

² Ficaram conhecidas com o nome de “Ordenações Manuelinas” as duas coletâneas de preceitos jurídicos elaboradas, num sistema de cinco livros, a partir de 1505, na corte de D. Manuel I, sob a direção do Doutor Rui Boto, chanceler-mor do reino.

³ Esta compilação jurídica resultou da reforma do código manuelino, como consequência do domínio castelhano, tendo sido mais tarde confirmada por D. João IV. Mais uma vez se fez sentir a necessidade de novas ordenações que representassem a expressão coordenada do direito vigente. A obra ficou pronta ainda no tempo de Filipe I, que a sancionou em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar, após a sua impressão em 1603, quando já reinava Filipe II.

⁴ BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do império. Secretaria de Estado dos Negócios do Império, Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1850.

No período republicano, como destaca Juracy, algumas medidas foram tomadas em relação a questões ambientais:

No início da República, podemos destacar medidas importantes no campo ecológico. Assim logo no ano de 1895, o Brasil foi signatário do convênio das Egretes, celebrado em Paris, o qual foi responsável pela preservação de milhares de garças que povoavam rios e lagos da Amazônia. Ainda no campo internacional fomos signatários de outros convênios, em 1902, cuja finalidade era proteger as aves úteis a agricultura. Em 1911, por força do Decreto n° 8.843 de 26 de junho, demos um significativo passo em matéria ambiental. Foi criada a primeira reserva florestal do Brasil, situado no antigo Território do Acre. (JURACY, 2009)

Nessa fase, o direito ambiental apresentou três períodos bem determinados. De 1889 a 1981, houve o período de evolução do direito ambiental. De 1981 a 1988, ocorreu a sua consolidação. Já a partir de 1988, houve o aperfeiçoamento de tal ramo do direito.

Contudo, na própria constituição de 1891, apenas o inciso 29 do artigo 34⁵, diz respeito a legislar sobre minas e terras. No Código Civil de 1916⁶ há uma referência ao assunto nos artigos 554 e 555, mas mesmo assim fazendo menção ao direito de propriedade.

As constituições republicanas subseqüentes de 1937, 1946 e 1967, continuaram possuindo referências e proteções a questões ambientais. Mas foi apenas na constituição de 1988, que o direito ambiental passou a ter um tratamento diferenciado, possuindo um capítulo próprio neste conjunto de leis. Assim, aumentou-se a proteção e as leis tornaram-se mais severas.

⁵ BRASIL. Constituição República Federativa do Brasil de 1891. Disponível <www.planalto.gov.br>. Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 29 - Legislar sobre terras e minas de propriedade da União.

⁶ BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Art. 554 - O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. Art. 555. - O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

Juntamente com uma proteção efetiva foram surgindo novas leis e decretos. Em 1999, surgiu o Decreto n° 3179/99⁷, Lei de Crimes Ambientais. Em 2000, a Lei n° 9985/00⁸, definiu normas para a criação, implantação e gestão de unidades de conservação. Houveram também: a medida provisória n° 2186-16⁹, de 2001; a Lei de Biossegurança n° 11105¹⁰, de 2005; a Lei de Gestão de Florestas Públicas n° 11284¹¹, de 2006; e a Lei n° 11.952¹², de 2009.

4 Reflexões sobre os princípios de direito ambiental

Os problemas ambientais hoje enfrentados possuem emergência tanto de caráter nacional, quanto internacional. Essas dificuldades encaradas pelas sociedades exigem uma reposta imediata do Direito. Vários tratados e protocolos vêm sendo assinados com o objetivo de tentar solucionar o problema. A comunidade internacional busca, cada vez mais,

⁷ BRASIL. Decreto n.º. 3179, de 21 de setembro de 1999. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de setembro de 1999.

⁸ BRASIL. Lei n.º 9985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de julho de 2000.

⁹ BRASIL. Medida Provisória n.º 2186-16, de 23 de agosto de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de agosto de 2001.

¹⁰ BRASIL. Lei n.º 11105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de março de 2005.

¹¹ BRASIL. Lei n.º 11284, de 02 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 de março de 2006.

¹² BRASIL. Lei n.º 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de junho de 2009.

diferentes ações para que tais problemas globais sejam resolvidos a partir da sua base iniciadora.

Porém, muito mais que todos esses tratados, existe um esforço considerável da comunidade internacional para a criação de princípios gerais do direito ambiental. Como afirmam NARDY, SAMPAIO e WOLD (2003), espera-se que esses princípios sejam implantados pelos Estados, sejam em legislações domésticas ou em sua aplicabilidade pelos tribunais. Antes de introduzir o assunto no direito ambiental, necessário se faz uma definição do que são princípios no direito. Segundo Wladimir Flávio Luiz Braga:

Na seara específica da Teoria Geral do Direito, os PRINCÍPIOS GERAIS são enunciados normativos - de valor muitas vezes universal - que orientam a compreensão do ordenamento jurídico no tocante à elaboração, aplicação, integração, alteração (derrogação) ou supressão (ab-rogação) das normas. Representam o núcleo do sistema legal. São, pois, as ideias de justiça, liberdade, igualdade, democracia, dignidade, etc., que serviram, servem e poderão continuar servindo de alicerce para o edifício do Direito, em permanente construção. (BRAGA, 2011).

Dessa forma, segue uma análise dos princípios contidos na Constituição Federal de 1988, como forma de efetivação da preocupação com o meio ambiente equilibrado.

5 Princípios de direito ambiental na Constituição Federal de 1988

A Constituição, como lei fundamental do Estado, possui em seu capítulo VI, artigo 225, os princípios dirigentes do direito ambiental¹³. Em seu caput, há uma proteção explícita ao ambiente ecologicamente equilibrado:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 10^a. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

Conclui-se, então, ser este um direito fundamental. Desta forma, será desenvolvido mais adiante alguns princípios indispensáveis para o estudo do direito ambiental.

5.1 Princípio da Prevenção

Este princípio é tido como um dos mais importantes no direito ambiental. Já que, muitas vezes, não é possível recuperar um dano causado ao ecossistema. Sendo a prevenção um preceito fundamental nesse âmbito do Direito. A própria palavra prevenção já nos remete ao significado deste princípio. Uma vez que os danos ambientais na maioria das vezes são ir-reparáveis e irreversíveis. Desta forma, procura-se antecipar as ações para evitar futuras ofensivas ao meio ambiente. Na Constituição Federal de 1988, este princípio encontra-se explícito no artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV, quando diz ser necessário um estudo prévio do impacto ambiental:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. (BRASIL, 1988).

Portanto, a aplicabilidade de tal princípio é indispensável para que certas atividades humanas que possa degradar o ambiente sejam evitadas.

5.2 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

Na constituição de 1988, o princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se no caput do artigo 225. Da mesma forma, este princípio já estava implícito no artigo quarto da Lei nº 6.938/81¹⁴:

A política nacional do meio ambiente visara à compatibilização econômica social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. (BRASIL, 1988).

¹⁴ BRASIL. Lei n.º 6938, 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de agosto de 1981.

Esta terminologia empregada para caracterizar tal princípio, surgiu em 1972, na Conferência Mundial do Meio Ambiente, realizada em Estocolmo. Neste princípio procura-se manter um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico social e a preservação do meio ambiente. Desta forma, busca-se manter a forma na qual o homem explora o meio ambiente, porém atingindo um patamar sustentável. Ou seja, as atuais necessidades do homem devem ser atendidas, contudo, sem haver o comprometimento do ambiente para as futuras gerações.

5.3 Princípio do Poluidor-Pagador

Podemos introduzir dizendo que o princípio do poluidor pagador é uma política microeconômica que visa corrigir uma falha de mercado. O ar não possui uma taxação, em virtude disso, a atmosfera vinha sendo poluída excessivamente. Isso porque, o uso indiscriminado de gases estufa, acabou gerando um aquecimento generalizado da terra. Porém, não podemos entender que para poluir só é necessário o pagamento. Ao contrário, este princípio busca evitar a ocorrência de danos ambientais e se, caso já ocorrido o dano, repará-lo. Neste momento, vale ressaltar o que bem escreveu Fiorillo:

[...] num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos do meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação. (FIORILLO, 2006, p. 40).

Posto isso, observa-se que a previsão constitucional deste princípio se encontra no parágrafo terceiro do artigo 225. Determinando, assim, a aplicação de alguns aspectos da responsabilidade civil aos danos ambientais.

5.4 Princípio da Participação

A Constituição, em seu artigo 225, caput, dividiu a responsabilidade entre o poder público e a sociedade civil de proteger do meio ambiente. É neste princípio em que há um envolvimento de diversos segmentos da sociedade objetivando um mesmo fim.

Por se fazer necessária a participação de diversos tipos de pessoas, importante seria que todos tivessem acesso à informação e a educação ambiental. Uma vez que, para participar é preciso conhecer os mecanismos de ação, a fim de garantir a tutela do todo ecossistema.

5.5 Princípio da Ubiquidade

Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Este princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra etc. tiver que ser criada e desenvolvida. Isso porque, na medida em que possui como ponto cardinal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida, tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, enfim, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado (FIORILLO, 2006, p. 45).

Portanto, o princípio da ubiquidade visa a proteção efetiva do meio ambiente, preservando a saúde e a qualidade de vida. É necessário o seu estudo antes da prática de qualquer atividade.

6 Crime: aspectos conceituais

O homem é um ser racional, social e sociável por excelência, pois, a sua sobrevivência somente é possível no âmbito social. Em decorrência deste convívio, surgem inúmeros conflitos que atentam contra a moral, a integridade física, ao patrimônio e até mesmo contra a vida dos indivíduos

que compõem a sociedade. Razão pela qual, Émile Durkheim sustenta que o crime é um fato social normal e comum a toda e qualquer sociedade (DURKHEIM, 2003, p. 41-42). Trata-se de um fato social normal, pois, a ocorrência de um crime pressupõe a ocorrência de um injusto, isto é, um fato que fere a integridade física, moral ou patrimonial de outrem e isto somente ocorre através do ser humano que possui a capacidade de raciocinar, planejar e determinar-se de acordo com o fato típico. Como corolário, torna-se um fato comum a toda e qualquer sociedade civilizada.

Neste ínterim, erige o Direito Penal, criado pelo homem e para o homem este ramo do Direito não se ocupa somente em punir com extremo rigor as mazelas humanas, mas, sobretudo em prevenir a prática de novos delitos e utilizar a sanção como uma forma de educar o delinquente para que este não venha reincidir no caminho obscuro do crime. Daí porque, Hans Welzel afirma que o Direito Penal exerce uma função ético-social. Hodiernamente, esta função torna-se tenaz em razão dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito representados no diploma constitucional vigente (WELZEL, 1956, p. 1-6).

Afirmar-se-á que uma das mais destacadas características do Direito Penal é o seu caráter de fragmentariedade. Com efeito, cumpre esclarecer que constitui objeto de perquirição deste ramo do Direito tão somente uma restrita parte dos atos ilícitos existentes, muito embora seja inquestionável a presença de uma multiplicidade de atos ilícitos na ordem jurídica. O Direito Penal abarca apenas os atos que realizam uma ofensa de forma mais gravosa aos bens jurídicos, objeto de proteção deste ramo do Direito, vale dizer, aos bens jurídicos considerados como essenciais para a vivência e convivência entre os homens na sociedade. Por conseguinte, equivalem as infrações de ordem penal a um diminuto fragmento retirado da larga escala de atos considerados como ilícitos.

Registre-se que não há entre os doutrinadores nacionais ou internacionais uma univocidade acerca do conceito de crime. O Código Penal vigente é omissivo no que concerne à conceituação deste, incumbindo à doutrina a árdua missão de o fazer. Esta, assim o faz com base na definição de

ilícito penal que, por seu turno alicerça-se em três elementos, quais sejam: 1) O aspecto externo: concentrando-se no aspecto externo, isto é, puramente nominal do fato, alcança-se uma aceção formal; 2) O conteúdo do fato punível: perquirindo o conteúdo do fato punível obtém-se uma definição material ou substancial do crime e; 3) As características ou aspectos do crime: estudando tais conceitos obtém-se um conceito formal, porém analítico, do crime. Advém daí, a assertiva de Júlio Fabbrini Mirabete para quem o conceito de crime é essencialmente jurídico (MIRABETE, 2007, p. 81-84).

Como corolário, os conceitos analíticos de crime têm sido os eleitos da classe dos magistrados brasileiros, vez que concentram um grande debate doutrinário em torno da caracterização do crime, ora como fato típico, antijurídico (corrente capitaneada por René Ariel Dotti, Fernando Capez, Luiz Flávio Gomes E Júlio Fabbrini Mirabete), ora como fato típico, antijurídico e culpável (corrente liderada por Heleno Cláudio Fragoso, Cezar Roberto Bittencourt E Francisco De Assis Toledo). Vale dizer, definições distintas para o mesmo instituto.

Sob o prisma material, crime é toda ação ou omissão consciente, voluntária e dirigida a uma finalidade que cria um risco juridicamente proibido e relevante a bens considerados essenciais para a paz e o convívio em sociedade. Sob o aspecto formal, crime é a conduta proibida por lei, com ameaça de pena, seja ela prisão ou alternativa. Estribados na concepção analítica do crime onde verifica-se os elementos constitutivos do crime sob a ótica do Direito positivo, pode-se sustentar que o crime consiste em uma ação típica e antijurídica onde a punibilidade consiste na consequência de uma possível transgressão da norma penal. Trata-se de uma ação típica, pois a conduta do agente preencheu todos os ditames proibitivos do tipo penal, conseqüentemente, o *ius puniendi* estatal exercerá a punibilidade. O Estado assim o fará em razão de que as normas penais resguardam bens jurídicos e a punição vem em virtude da lesão a estes bens.

6.1 Tipo, tipicidade, dolo e culpa: aspectos distintivos

Uma vez que a conduta criminosa reside em uma ação típica, resta-nos distinguir tipo e tipicidade penal. E a *posteriori*, os aspectos conceituais existentes entre o dolo e a culpa.

No que concerne ao âmago do tipo penal, à sua gênese, nota-se tanto na doutrina nacional quanto na internacional que não há grandes disparidades em relação à sua conceituação, o mesmo aplica-se à conceituação de dolo e culpa onde a doutrina mostra-se pacificada.

Segundo os ensinamentos de Eugênio Raúl Zaffaroni, tipo penal consiste em um “[...] instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)” (ZAFFARONI, 1996, p. 167). Na mesma esteira, Hans Welzel chama-nos a atenção para o caráter de fragmentariedade que possuem as normas penais, isto é, o tipo é o conjunto dos elementos do fato punível insculpidos na lei penal. Desta forma, o tipo penal seria uma figura puramente conceitual, a saber:

Todo delito es un acontecimiento individual-temporal. Pero el tipo legal abarca todos los delitos individuales de la misma clase. Por tanto, debe prescindir conceptualmente de las características puramente individuales de los delitos reales; debe ser "abstracto". Todo tipo jurídico es una generalización de casos individuales posibles. Estas generalizaciones pueden tener distintos grados. [...] Para la generalización hay dos reglas de lógica: cuanto mayor es la generalización, tanto más comprensivo y sin lagunas es el tipo, pero también tanto más difuso y falto de contenido, y, sobre todo, tanto menos apropiado para una aplicación homogénea del derecho. Inversamente: cuanto menor es la generalización, tanto más real y plástico es el tipo, pero también tanto más limitado y con lagunas [...] (WELZEL, 1956, p. 59-60).

Com fulcro na definição de Welzel podemos sustentar que cada tipo penal possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, ou seja, quando observamos no Código Penal brasileiro em seu artigo 250 o seguinte preceito: “Causar incêndio, expondo a perigo a vida,

a integridade física ou o patrimônio de outrem. Pena: Reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”; temos um exemplo de tipo penal com características próprias que podem ser verificadas no núcleo do tipo, no bem jurídico tutelado e na consequência de uma possível transgressão do tipo penal, isto é, a pena varia entre os tipos penais em razão da proporcionalidade das penas. Quanto mais importante ou essencial for o bem tutelado, maior será a pena imputada.

A norma penal como já dito alhures, não se ocupa somente em punir, mas também em prevenir a prática de novos crimes em razão do seu caráter coercitivo. Outrossim, a coerção muitas vezes não é o suficiente para evitar a ocorrência de condutas típicas, estas, vale ressaltar, ocorrem por diversos fatores de diversas formas possíveis. Neste diapasão, erige-se a tipicidade penal que consiste unicamente em um juízo de valor realizado sobre o fato típico e o tipo penal, isto é, consiste na verificação da ocorrência da conduta típica. Com o intuito de reforçar nosso entendimento acerca do tema, convém trazer a lume o posicionamento de Eugênio Raúl Zaffaroni para quem “el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio” (ZAFFARONI, 1996, p. 172).

Entrementes, na ocorrência do juízo de tipicidade devem-se levar em consideração diversos elementos dentre os quais verificam-se a existência do dolo ou da culpa. Aquele, consiste na intenção ou simplesmente na vontade do agente em praticar determinado ato. Ao cogitarmos em crime doloso, devemos ter em mente a realização de um comportamento humano intencionalmente dirigido para a realização de uma lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico. O agente ao cometer um crime doloso, possui o conhecimento julgado necessário para prever os efeitos de sua conduta, isto é, trata-se de uma pessoa responsável pelos seus atos que projeta e executa determinado ato com determinado fim. *A contrario sensu*, a culpa segundo Nelson Hungria consiste em um ato voluntário,

advindo de imperícia, imprudência ou negligência cujo efeito torna-se lesivo ao Direito de outrem (HUNGRIA, 1992, p. 114). Ao contrário do dolo, verifica-se a culpa sob dois aspectos: consciente e inconsciente.

A culpa consciente consiste no ato em que o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de determinado resultado superveniente, e assim age, na convicção de que este não ocorrerá, isto é, trata-se da culpa com previsão, onde o agente deixando de observar o que era obrigado, prevê um resultado, mas confia convictamente que este não se verifique. Já a modalidade inconsciente, muito embora o resultado seja previsível, o agente não prevê o resultado. Tal assertiva, verifica-se na ocorrência da negligência, imperícia ou imprudência onde não há o nexos psicológico entre o agente e o resultado de sua conduta.

6.2 A importância da aplicabilidade dos princípios constitucionais-penais no contexto ambiental

No que tange aos princípios gerais do Direito, podem estes, serem considerados como fonte supletiva subsidiária, uma vez que se verifica a expressa permissão normativa para a referida utilização em diversos diplomas nacionais. Por seu turno, tais princípios, entendidos sob o aspecto conceitual, verificam-se como autênticas verdades fundantes, conceitos basilares tidos como verdadeiros dentro da sistemática jurídica, ou em melhor desdobramento, proposições-ideias informadoras da compreensão do fenômeno jurídico.

Neste *desideratum*, preleciona com percuciência Fernando Capez que os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e o justo emprego das normas penais, não se podendo cogitar em uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores (CAPEZ, 2008, p. 114). Desta forma, poder-se-á denominar princípios gerais do Direito Penal os comumente denominados princípios fundamentais de garantia do cidadão, ou seja, os princípios fundamentais de Direito Penal são aqueles arraigados às ideologias de um

Estado Social e Democrático de Direito. A totalidade de tais princípios firmam-se como garantia do cidadão brasileiro contra o *ius puniendi* estatal, isto é, os princípios constitucionais penais limitam a atuação do Estado em matéria penal coibindo autoritarismos e quaisquer tipos de arbitrariedades.

A Constituição Federal vigente traz ao longo do seu artigo 5º os princípios institutivos do Direito Penal. O primeiro e, talvez o mais importante deles seja o princípio da legalidade ou da reserva legal. Segundo o preceito constitucional insculpido no artigo 5º, XXXIX e XL “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”, isto é, nenhum fato poderá ser considerado crime sem que haja uma lei emanada de órgãos legítimos que assim o estabeleça, do mesmo modo, não poderá ser imputada determinada pena a um agente, sem que haja a devida previsão legal. A legalidade atua como uma limitação do *ius puniendi* estatal, excluindo toda possibilidade de arbitrariedade e excesso do poder punitivo. Neste sentido, pontifica Francisco De Assis Toledo que o princípio a *quaestio*:

Funda-se na ideia de que há direitos inerentes à pessoa humana que não são nem precisam serem outorgados pelo Estado. Sendo assim, e como não se pode negar ao Estado o poder de estabelecer certas limitações ou proibições, o que não estiver proibido está permitido (*permissitur quod non prohibetur*). Daí a necessidade de editarem-se proibições casuísticas, na esfera penal, o que, segundo o princípio em exame, compete exclusivamente à lei (TOLEDO, 2002, p. 22).

Aprofundando na reflexão ora proposta, a legalidade que se revela na máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, pode ser desdobrado em quatro princípios, quais sejam: I) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; II) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; III) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* e IV) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

O primeiro princípio exige lei anterior, isto é, deve-se primeiro existir o fato para que, posteriormente venha existir a lei penal, desta forma, é

vedada a existência de lei que seja prejudicial ao réu, ou seja, não pode existir lei penal retroativa que agrave a punibilidade. O segundo princípio veda a aplicabilidade do direito consuetudinário à punibilidade, salvo em casos em que o a aplicabilidade do costume for *pro reu* e este possuir característica de direito vigente, ou seja, o costume deve ser do conhecimento e aceite de todo o corpo social. A lei estrita, por conseguinte, veda a aplicabilidade da norma penal *in mala partem* por analogia, destarte, não impede a aplicabilidade *in bonam partem*. Corroborando com o posicionamento aqui vertido, Francisco De Assis Toledo preceitua que:

As restrições feitas à analogia não se aplicam por inteiro à denominada interpretação extensiva, ou analógica, embora esta apresente problemas semelhantes. Na interpretação extensiva amplia-se o espectro de incidência da norma legal de modo a situar sob o seu alcance os fatos que, numa interpretação restritiva (procedimento oposto), ficariam fora desse alcance. Não se trata, aqui, de analogia, visto que a ampliação referida está contida *in potentia* nas palavras, mais ou menos abrangentes, da própria lei. [...] (TOLEDO, 2002, p. 27).

Por derradeiro, a reserva legal impõe a existência de leis penais precisas, certas, que revelem de forma cristalina a conduta proibida. Trata-se da máxima aproximação ao princípio da taxatividade da norma penal que estabelece a precisão do texto normativo-penal, ou seja, para que o Direito Penal exerça a sua função ético-social que é repreender, educar e acima de tudo prevenir o crime. É necessário que as normas que o compõem sejam acessíveis à todas as classes sociais. Do ponto de vista penal, o dogma do conhecimento presumido é apenas uma ficção jurídica, pois é necessário que todo indivíduo compreenda o texto penal, vale dizer, o entendimento do texto jurídico-penal deve ser acessível às pessoas mais leigas que se tem conhecimento, e não somente de uma restrita classe social; tal assertiva justifica-se em virtude do objeto do Direito Penal que é tutelar os bens jurídicos de maior importância.

O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, preconiza que o Direito Penal deverá ser utilizado como a última instância de imposição de

sanções, ou seja, as normas penais deverão ser invocadas quando os demais ramos do Direito não forem capazes de tutelar os bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Daí porque o Direito Penal, estudado e aplicado sob a conjuntura do Estado Democrático de Direito deverá ser observado como a *ultima ratio legis*, vale dizer, o Direito Penal assume uma feição subsidiária que se justifica na própria característica deste ramo do Direito que é o alto teor de coerção. Reforçando o posicionamento aqui vertido, Francisco Muñoz Conde propala que o princípio da subsidiariedade deverá ser aplicado no Direito Penal quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico prevista nos demais ramos do direito (MUÑOZ CONDE, 1960, p. 60).

Por seu turno, erige-se o princípio da culpabilidade que pode ser também compreendido na máxima *nullum crimen sine culpa*. A culpabilidade é um fenômeno relacionado à ação, uma característica intrínseca desta no qual imputa-se a alguém a autoria de determinado crime fazendo-o responder por este. Desta forma, a culpabilidade poderá ser associada à punibilidade, ou seja, *punitur quia peccatum est* (pune-se o que é crime). Tal assertiva, nos remete à percepção de Santo Tomás de Aquino em sua obra *Summa Theologiae* para quem *puniri non est malum, sed fieri poena dignum* (o mal não é ser castigado, mas ser merecedor do castigo) o que traduz o sentimento de reprovabilidade de todo o corpo social em relação a determinadas condutas praticadas por alguns indivíduos que compõem esta mesma sociedade.

Consagrado no artigo 5º, XL da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal, o princípio da irretroatividade da lei penal encontra-se conexo ao princípio da reserva legal. Tal princípio preconiza que a lei penal não poderá retroagir salvo nas hipóteses em que for beneficiar o réu. Outrossim, cumpre não olvidar que o princípio em epígrafe aplica-se somente em relação à lei mais severa.

A Constituição estabelece também, em seu artigo 5º, XLV a personalidade da pena, isto é, nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Tal princípio revela uma inquestionável vitória do Direito Penal

contemporâneo, na direção de um Direito Penal Garantista, inviabilizando a hipótese de terceiros - indiferentes ao Processo Penal porque inocentes - absolutamente estranhos ao fato criminoso, terem a possibilidade de serem alvo de uma responsabilidade penal.

6.3 A tutela jurídico-penal dada ao meio ambiente: aspectos constitucionais e infraconstitucionais

O Direito Ambiental consiste em um ramo do Direito Positivo que tem por objeto a tutela de todos os elementos que compõem a sociedade, isto é, necessários ao desenvolvimento digno e sustentável do ser humano. Desta forma, este ramo do Direito não se exaure somente na proteção do sistema ecológico, mas alcança a seara biológica, ecológica e cultural; pois envolve a relação entre homem, sociedade e natureza. Visto sob esta perspectiva, o Direito Ambiental alcança a seara cultural, é o que deixa transparecer o legislador ordinário ao estabelecer no artigo 225 da Constituição que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Ao trazer insculpido em seu corpo o preceito que o meio ambiente constitui um direito de todos, o legislador ordinário equiparou os brasileiros natos, naturalizados e os estrangeiros residentes no país a fim de que estes possam gozar de um bem comum, isto é, um bem essencial a uma vida digna e de qualidade. No referido artigo, extrai-se também, o exercício da cidadania através do direito-dever que a coletividade e o Poder Público possuem de zelar pela preservação do meio ambiente. Neste diapasão, não podemos excluir do conceito de coletividade a pessoa jurídica, assim como a responsabilidade que recai sobre esta pelos atos praticados no âmbito social. Corroborando com o posicionamento aqui vertido, e com o intuito de demonstrar a amplitude dada à expressão “meio ambiente” por parte do legislador, impõe-se destacar a Lei n° 6.938/81 em seu artigo 3º, inciso

I que define meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Por outro lado, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada por parte do magistrado se este entender que a personalidade cause óbice a um possível ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente. Tal entendimento, encontra amparo no Código de Defesa do Consumidor em seu preciso artigo 28. Com efeito, a Lei nº 9.605/98 disciplina sanções penais e administrativas a fim de coibir condutas que atentem contra o meio ambiente. Desta forma, o instrumento que torna efetiva tais sanções penais é a ação penal pública incondicionada movida pelo representante do Ministério Público.

As sanções administrativas, por seu turno, consistem em ações ou omissões que violem ou atentem contra toda e qualquer forma jurídica de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente; é o que dispõe o artigo 70 da referida Lei. Neste caso, compete aos funcionários dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente tomarem todas as medidas julgadas necessárias a fim de assegurar a observância do artigo 72 que versa sobre as sanções administrativas.

Em suma, muito embora a Constituição estabeleça mecanismos genéricos que protejam o meio ambiente e, a existência de leis que por vezes demonstram-se insuficientes devido a amplitude da questão. Há de se ressaltar que a complexidade, isto é, o grande problema que gira em torno da efetividade da norma penal-ambiental reside, sobretudo, nas forças de coercitividade aliado à questão cultural.

A exemplo do que intenta-se asseverar, podemos elencar a fiscalização contra o desmatamento do cerrado ou até mesmo da floresta amazônica, ou sejam, devido à grande extensão territorial aliado ao número insuficiente de fiscais, esta prática termina comprometida. A melhor solução para prevenir danos ao meio ambiente, seja na área urbana ou não, é a conscientização da coletividade, isto é, consiste na noção que todos

devem ter de que meio ambiente é um bem comum essencial à consolidação de uma vida digna e saudável.

7 Ponderação das controvérsias a respeito da responsabilização da pessoa jurídica em casos de crimes ambientais

Em se tratando da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, desenvolvendo a ideia de uma responsabilidade objetiva em relação aos danos ao meio ambiente, estamos no contexto de uma maior conscientização da sociedade relacionada a importância de uma harmonia entre a natureza, o desenvolvimento econômico e as formas de penalizar a pessoa jurídica que cometer crimes, de qualquer espécie, contra o meio ambiente.

Para esclarecimento dessa espécie de responsabilidade penal é importante abranger o conceito da pessoa Jurídica, que são entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como pessoas, sujeitos de direitos e deveres, também conhecidas como pessoas morais. É importante ressaltar para esclarecer os termos do assunto em questão que a pessoa jurídica tem personalidade própria, não se confundindo com a dos sócios; tem existência própria, que independe da vida de seus criadores; pode haver a desconsideração da personalidade jurídica; e a principal característica para o entendimento da responsabilidade penal nesse caso é o fato da pessoa jurídica poder ser sujeito ativo ou passivo de delitos, como assinala FIÚZA (2010).

É fatídico que sendo um tema bem atual há controvérsias sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito, sendo o conflito entre a responsabilidade de tal ente ser fundamentada na responsabilidade individual baseada na culpa ou no âmbito da responsabilidade social.

A penalização da pessoa jurídica se encontra no ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição de 1988 e entrando no âmbito da responsabilidade da pessoa jurídica no caso de crimes ambientais, a Carta é bem clara ao referir que as atividades lesivas ao meio ambiente praticadas

também pelas pessoas jurídicas podem sujeitá-las à sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados e também é enfática e específica na Lei nº 9.605/98.

Doutrinas contrárias à responsabilização penal de pessoas jurídicas pela prática de crimes argumentam que este ente não possui a capacidade de praticar atos e não entram no âmbito da culpabilidade, sendo assim não podem ser responsabilizados, gerando uma maior dificuldade em puni-los e aplicar penas para que estes atos não sejam recorrentes.

A base da doutrina contrária está no princípio da personalidade das penas e no princípio da individualidade da responsabilidade criminal, não podendo as penas e a responsabilidade ultrapassar o âmbito do autor, que cometeu materialmente o fato delituoso, dificultando a responsabilização da coletividade de uma pessoa jurídica, com seus vários integrantes. E sendo os conceitos admitidos pelo Direito Penal serem relacionados a atos praticados pela pessoa humana.

Relacionando as controvérsias sobre esse tema é possível inferir que em se tratando do meio ambiente é de extrema importância a tutela de seus interesses, diretamente ligados ao direito à vida. Assim as doutrinas opositoras e os juristas não tem legitimidade para interferir na aplicação da Lei dos Crimes ambientais que está de conformidade com a Constituição Federal do Brasil.

É importante abranger nessa discussão as teorias consideradas Favorável e Contrária. A teoria Favorável, também denominada da Realidade ou Organista vê a pessoa jurídica como um ser real, inferindo que a vontade da pessoa não é o somatório de vontades dos seus componentes, essa pessoa jurídica possui vontade própria e tem sua responsabilidade relacionada à responsabilidade social; é dotada de existência real, porém uma existência distinta das pessoas físicas, sua existência é exclusivamente no ordenamento jurídico para a realização de fenômenos jurídicos.

A teoria Contrária nega que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente pelos seus atos, podendo responder apenas na esfera civil, administrativa e tributária e não legítima que a Constituição Federal

em seu art. 225 parágrafo terceiro tenha reconhecido as sanções penais às pessoas jurídicas, e afirma a responsabilidade ser uma responsabilidade individual baseada na culpa.

Essa teoria argumenta que só o ser humano pode realizar ações delituosas a partir do pressuposto que só as pessoas físicas apresentam vontade própria e capacidade para produzir tais atos, diferentemente das pessoas físicas, as pessoas jurídicas não apresentam uma vontade individual. Outro fator que fortalece essa argumentação está na definição de crime adotada pelo Direito Penal, com a abrangência desse conceito como fato típico, ilícito e culpável, que está diretamente relacionada à ação e as variações da culpabilidade, que não estão no âmbito da pessoa jurídica.

Assim, essa teoria contrária prevê a pessoa jurídica como uma parte artificial sem vontade e capacidade para agir de forma ilícita. Sendo os entes coletivos desprovidos de vontade real, não podem promover atividades ilícitas e conseqüentemente serem penalizados.

8 Sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente

Sancionada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em 12 de fevereiro de 1998, a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) objetiva sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A citada lei procura atender, além das regras que alicerçam o direito penal e penal constitucional, as peculiaridades criadas pelo direito penal ambiental constitucional.

Com efeito, além de apontar a possibilidade de aplicação de sanções penais para as pessoas físicas, prática tradicional do Direito Penal (art. 2º), projetou importante hipótese no sentido de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas (art.3º), sejam elas de direito público ou de direito privado, inclusive com a aplicação do instituto da “desconsideração da pessoa jurídica” (art.4º), instituto autorizador para que determinado órgão investido de poder, por força constitucional, possa num dado caso concreto não considerar os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade evidentemente com

a finalidade de atingir e vincular aquele que efetivamente teria cometido o crime ambiental: a pessoa humana (FIORILLO, 2006, p. 422).

Diante do exposto, nota-se que um dos grandes méritos, senão o maior deles, da Lei nº 9.605/98 foi a possibilidade de se penalizar pessoas jurídicas, que são, na maioria das vezes, os maiores degradadores do meio ambiente.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a qualidade do meio ambiente.

Art. 24 A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a pratica de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional (BRASIL, 2009).

Além deste há outros significativos avanços, que visam a proteção ambiental, presentes na referida Lei, como a consolidação de normas penais ambientais, a possibilidade da forma culposa e a adequação das penas à gravidade dos fatos. Encontram-se no capítulo V os crimes contra o meio ambiente, dentre eles: crimes contra fauna, contra a flora, contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, contra a administração ambiental e crimes de poluição. A aplicação de penalidades a pessoas jurídicas está prevista no artigo 21, e aquelas que infringirem esta lei estão sujeitas às penas de multa, penas restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade.

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente as pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade (BRASIL, 2009).

A Lei nº 9.605/98 traz penas alternativas autônomas, além da pena de prisão e multa. Empresas e pessoas condenadas por crime ecológico podem ser perdoadas se restaurarem o bem atingido ou consertarem os estragos. Do montante da reparação do dano pode ser deduzida a pena pecuniária estabelecida pelo juiz para pagamento à vítima, levando sempre em consideração tanto as atenuantes, quanto as majorantes.

8.1 Pena de Multa

A pena de multa, também conhecida como pena pecuniária, é uma sanção penal que consiste na imposição ao condenado da obrigação de pagar ao fundo penitenciário determinada quantia em dinheiro, calculada na forma de dias-multa, atingindo o patrimônio do condenado.

Ainda neste contexto, é mister que todas as vezes que o magistrado estiver fazendo a aplicação da pena de multa, seja ela isolada, cumulada ou alternativamente aplicada, deve seguir os limites legais, ou seja, a expressão “multa” deve ser entendida como sendo de 10 a 360 dias-multas. Assim dispõe o artigo 49 do Código Penal.

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (BRASIL, 2009).

A pena pecuniária atribuída à pessoa jurídica não diferencia daquela atribuída à pessoa física e no caso de crime ambiental, para aplicação deste tipo de punição, deve-se considerar o artigo 18 da Lei nº 9.605/98. Este estabelece que a multa possa ser aumentada até o triplo se o juiz considerar necessário para manter o caráter punitivo da pena, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida pela pessoa jurídica.

8.2 Pena Restritiva de Direitos

Penas restritivas de direitos, artigo 43 e seguintes do Código Penal Brasileiro, são autônomas (e não acessórias) e substitutivas (não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade); também não podem ser suspensas nem substituídas por multa, aplicadas posteriormente às penas privativas de liberdade, desde que presentes os requisitos legais para tanto. As penas restritivas de direito foram paulatinamente introduzidas como uma alternativa à prisão. Seu campo de atuação foi significativamente ampliado pela Lei nº 9.714/98.

O artigo 22 da Lei de Crimes Ambientais garante que as penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: suspensão total ou parcial de atividades (quando estas estiverem desobedecendo às disposições legais relativas à proteção ambiental); interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade (quando funcionando sem autorização, em desacordo com a concedida ou violando disposição legal) e, por fim a proibição de contratar com o poder Público, ou dele obter subvenções ou doações por um período de até 10 anos.

8.3 Prestação de Serviços à Comunidade

A prestação de serviços à comunidade consiste na realização de atividades gratuitas a instituições que atende a comunidade em geral ou entidades públicas como: ONG`s, orfanatos, creches, parques, escolas, hospitais, Defensorias Públicas, Fóruns entre outros. Desenvolve-se em

média de 7 horas semanais, não podendo prejudicar o prestador de serviços no seu horário habitual de trabalho e/ou atividades.

No tocante à legislação ambiental, a prestação de serviços à comunidade por parte da pessoa jurídica criminosa pode vir como custeio de projetos e programas ambientais; execução de obras de recuperação e áreas degradadas; manutenção de espaços públicos, contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (artigo 23, Lei nº 9.505/98).

9 Considerações finais

Diante do exposto, pode-se concluir, que a crescente preocupação com o meio ambiente gerou algumas consequências positivas. Os ordenamentos jurídicos mundiais foram, a cada dia, aumentando a sua efetiva proteção legal. A criação de tratados, acordos, organizações e protocolos vieram pra reforçar essa ideia. Garantindo, desta forma, um ambiente ecologicamente equilibrado.

Relacionando o meio ambiente aos mecanismos que os protege na Constituição Federal, observa-se que essas normas se mostram insuficientes em decorrência da complexidade e importância dessa questão. Sendo que o grande problema que gira em torno da efetividade da norma penal-ambiental está nas forças de coercitividade aliadas à questão cultural. Conclui-se, desse impasse, que a melhor solução para prevenir danos ao meio ambiente, seja na área urbana ou não, é a conscientização da coletividade, isto é, consiste na noção que todos devem ter de que meio ambiente é um bem comum e essencial à consolidação de uma vida digna e saudável; aliado à melhor elaboração de normas protetivas do meio ambiente em nosso ordenamento jurídico.

Com isso, pode ser concluído que as formas de penalizar a pessoa jurídica que cometer crimes, de qualquer espécie, contra o meio ambiente estão em meados de uma grande discussão sobre a forma de penalizar a pessoa jurídica, que tem personalidade própria e não se confunde com a dos sócios. A Constituição prevê que as atividades lesivas ao meio

ambiente praticadas pelas pessoas jurídicas podem sujeitá-las a sanções penais e administrativas e por outro lado doutrinas contrárias argumentam que este ente não possui a capacidade de praticar atos e não entram no âmbito da culpabilidade, sendo assim não podem ser responsabilizados. Através desse questionamento é mais ponderável inferir que as doutrinas oposicionistas e os juristas não tem legitimidade para interferir na aplicação da Lei dos Crimes ambientais que está em conformidade com a Constituição Federal do Brasil, e, assim, a pessoa jurídica pode sim ser penalmente punida nos crimes contra o meio ambiente.

Portanto, diante do presente trabalho, é válido considerar que um dos grandes méritos, e que na verdade trata-se de um avanço para o Direito Ambiental brasileiro, é a prerrogativa presente na Lei Nº 9.605/98 a respeito da possibilidade de se penalizar pessoas jurídicas, tendo em vista que estas têm um maior poder de degradação.

Referências

- ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. **Princípios Gerais do Direito**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Artigos/%5CArquivos%5CArtigos%5C14%5CPrincipiosGeraisDireito.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2011.
- BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do império. Secretaria de Estado dos Negócios do Império, Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1850. Acesso em: 17 jul. 2011.
- BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Art. 554 - O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o

habitam. Art. 555. - O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 29 - Legislar sobre terras e minas de propriedade da União. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10^a. ed. São Paulo: Rideel, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999**. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de setembro de 1999. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 6.938, 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de agosto de 1981. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de julho de 2000. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de março de 2005. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de

12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 de março de 2006. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009.** Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de junho de 2009. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 agosto de 2001.** Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de agosto de 2001. Acesso em: 17 jul. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal. Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Edna Cardozo. **Manual de Crimes Ambientais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIAS, Telden Queiroz. **Evolução histórica da legislação ambiental.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3845>. Acesso em: 14 de julho de 2011.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais.** Brasil 1988-2004. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revista06/Discente/04.pdf>> Acesso em: 12 de julho de 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** Editora Saraiva, 2006.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo.** 14. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Tomo II. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, I v.

LEI das XII tábuas. Disponível em: <<http://www.api.adm.br/direito/TABUAS.htm>>. Acesso em 02 de junho de 2011.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental no Brasil**. Editora Oliveira Mendes, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1960.

MEIRA, José de Castro. **Direito Ambiental**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/141/Direito_Ambiental.pdf?sequence=1>. Acesso em 13 de julho de 2011.

ORDENAÇÕES Afonsinas. Disponível em: <http://Ordena%C3%A7%C3%B5es_Afonsinas>. Acesso em 07 de julho de 2011.

ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <http://Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas>. Acesso em 07 de junho de 2011.

ORDENAÇÕES Manuelinas. Disponível em: <http://www.fl.ul.pt/biblioteca/biblioteca_digital/docs/res222.pdf> Acesso em 07 de julho de 2011.

PEREIRA, Osny Duarte. **Direito Florestal Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1950. Editora Brosioi.

PRADO, Luís Régis. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6317/Responsabilidade_Penal_da_Pessoa_Juridica>. Acesso em: 17 jul. 2011.

SAKAE, Lúcia Reiko. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/04.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2011.

SEGURADO, Milton Duarte. **Introdução ao Direito Romano**. Editora Jurídica Mizuno, 2002.

SIRVINSKAS, Luiz Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 1ª edição, São Paulo. Saraiva, 2002.

SMANIO Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5713/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1996.

Capítulo 17

Perdão: como utilizar o perdoar apaziguando as relações das pessoas naturais e jurídicas

*Iara Alves Etti Fróes
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

Este trabalho pretende tratar sobre o texto “Há algo realmente imperdoável?” do Prof. Dr. Jean-Christophe Merle, onde é feita uma análise de como o perdoar pode ser a estrutura para que se constitua um diálogo entre as partes com o intuito de avançar na resolução de conflitos de interesse. Através do texto do ilustre Professor, será possível desenvolver uma resposta que acalente a angústia subjacente às demandas processuais.

Tratar-se-á primeiramente do texto escrito pelo autor e, logo após, será feita uma análise de como o perdão é tido no Estado democrático de direito brasileiro, para só assim, ser possível fazer um paralelo entre a legislação do ordenamento jurídico pátrio e o texto do autor.

Notadamente, objetiva-se um paralelo entre o perdão-ação com princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, é importante frisar que o perdão como ação é: confissão de culpa, remorso e novas máximas que regem o comportamento do infrator, ou seja, que o malfeitor aja de acordo com o que se espera de alguém arrependido pelo seu ato e que através dessa ação possa criar algo novo, positivo ao mundo em que está inserido.

2 Há algo realmente imperdoável? Jean Christophe Merle

Primordialmente, ao se tratar do perdão, a primeira consideração que Jean-Christophe Merle faz é sobre o senso comum, pautando sua análise em que haveria ofensas graves que não poderiam ser perdoadas apenas pela pessoa ofendida poder decidir-se sobre ela. De tal modo, demonstra em seu texto que tal pensamento não poderia coadunar com a realidade, demonstrando que o perdão está submetido a condições normativas e regras da ética social.

Porém, investiga o perdão como sendo objeto de intuição objetiva, ou seja, o perdão será investigado em uma camada exterior à subjetividade do ofendido e do agressor. E assim, embora considere que o perdão ocorra na vítima e no agressor de forma coordenada, entende também que pode ser um fenômeno unilateral e que tal ação independe da vontade subjetiva do agente, mas para que se possa ser perdoado de maneira unilateral, o ofensor deve agir de maneira que demonstre através de suas ações que deva ser perdoado.

Esclarece, contudo, que para a vítima o perdão consistiria no desaparecimento justificado do ressentimento e do desejo de vingança, e que para o autor da ofensa deveria ser o desaparecimento também justificado, tanto do sentimento negativo - o sentimento contra ele mesmo - quanto do sentimento positivo (ação) de que há um dever de expiar.

Em verdade, advém de seu texto, que seriam essas as subjetividades que ambos estariam lidando, mas que apesar da existência das mesmas, ambos terão que coexistir no mundo e muitas vezes até pela imposição da proximidade em que ambos geograficamente vivem. E por conta disso, não seria possível o distanciamento, pois existem situações em que não será possível quebrar-se o elo que os une, até porque, nem toda vez a ofensa é passível de prisão, no sentido de punição estatal e distanciamento do indivíduo ofensor do convívio social. Ainda assim, um dia, o ofensor voltará a viver livre, retornando ao convívio social, reencontrando-se com o ofendido.

De fato, Jean-Christophe Merle questiona se tal subjetividade seria a maneira correta de se pensar o perdão, já que para ele existiria uma percepção subjetiva e uma intuição objetiva da ética social. Na concepção clássica do perdão trabalhada por Vladimir Jankélévitch e Robert Spaemann, a condição da vítima ocupa posição essencial e é ela considerada moralmente superior ao agressor, cabendo a ele pedir perdão, o que não necessariamente será aceito por ela.

Ademais, Jean-Christophe Merle rebate cada argumento desta posição clássica, opondo-se a eles conforme segue nos quatro pontos:

- 1) Há uma intuição moral a qual não se pode perdoar rápido demais e que se deve colocar requisitos que sejam pesados para os malfeitores suportarem. Para Jean-Christophe Merle, tal ideia não pode coadunar com a realidade em que os seres humanos vivem, demonstrando que psicólogos opõem a esta posição tradicional, visando uma posição mais simétrica por entenderem que o perdão também é bom para a vítima, que pode sentir necessidade dele. Por outro lado, eles defendem a ideia *tit for tat*, de Robert Axelrod, que é a atuação de forma cooperativa num jogo: se a pessoa atua de forma cooperativa num primeiro ato, a próxima deverá atuar da mesma forma, se não atuar de forma cooperativa no primeiro, a outra poderá atuar da forma que quiser, mas se esta pessoa voltar a atuar de forma cooperativa deverá aquela retornar a atuar de forma também cooperativa. Enfim, numa perspectiva psicológica, os benefícios da vingança são menores do que a liberação dessa energia, e assim, deixam fluir os benefícios da cooperação.
- 2) O perdão resulta de um processo de três etapas. Na primeira o ofendido processará o trauma em que passou, entendendo a sua dimensão subjetiva em que ficará com raiva ou ressentido; na segunda etapa desenvolverá uma empatia em que tenta se colocar na posição do ofensor; e na terceira etapa, é que ocorreria o perdão da forma como se imagina subjetivamente.
- 3) No processo do perdão, autor e vítima são colocados no mesmo nível, quando se entende que ambos são seres humanos e que a posição de vítima não é situação peculiar do ofendido, que provavelmente já ofendeu a outro ou a si mesmo e que, por isso, também tem que ser perdoado. Neste ponto, Jean-Christophe Merle afirma que em Kant “é um dever de virtude não só abster-se de retribuir a inimizade do outro com o ódio da mera vingança, mas também não apelar para a justiça do mundo por vingança, em parte porque um ser humano tem culpa suficiente para si próprio para ter muita necessidade de perdão” (FRANCO, 2011, pg.97);

- 4) O perdão fornece à vítima uma utilidade que não está ligada ao prazer de fazer sofrer o culpado, ao contrário do senso comum, não exclui nem o ressentimento, nem a vingança, mas se limita ao papel deles. O perdão reestabelece a cooperação. Mesmo os autores que acreditam no direito do ressentimento por considerarem-no como autodefesa e amor próprio, como Jean Hampton e Jeffrey Murphy que não o consideram de forma absoluta. Para eles seria um impedimento para que o ofensor prejudique novamente a vítima, como se fosse um cuidado natural. Assim, também Kant estabelece esta mesma forma de pensar, na doutrina da virtude, diferenciando o perdão da “mera tolerância diante dos erros”. E por isso, segundo ele, as mães argentinas das vítimas da ditadura em 1970 teriam razão em não estarem satisfeitas com a simples afirmação de arrependimento dos infratores e com a anistia dada a eles, exigindo um julgamento penal àqueles que torturaram seus filhos. Assim, como no *Apartheid*, na África do Sul, que também teve criticada a forma como se deu o perdão. Porém, Jean-Christophe Merle salienta que no caso do *Apartheid*, Desmond Tutu defende que ali foi tomada uma decisão de “política real”, na qual, se não existisse, acontecendo de outro modo, levaria a uma guerra civil, e que sem ela, não se teria conseguido a “estabilidade”.

Ainda assim, o autor defende a ideia de que no processo do perdão, entre agente e vítima, tem-se a forma cognitiva, pressupondo que ambos saibam quais passos que deve o agente primeiramente fazer para que se alcance o perdão. Todos os demais pontos defensáveis sobre a impossibilidade do perdão seriam subjetivos e que por isso reforçariam a ideia do absolutismo da vítima, passando então a desconstituir a imperdoabilidade.

Os pontos cognitivos são: O pagamento da dívida com a vítima através de alguma mudança do malfeitor ou através de alguma compensação a ela. Se fosse simples assim, um terceiro poderia fazê-lo, sendo que para o perdão seria necessário também que o ofensor agisse para consegui-lo e ao mesmo tempo, havendo a obrigatoriedade de uma compensação, poderia impossibilitar que um ofensor extremamente arrependido, se não estivesse em condições para efetuar o ressarcimento, recebesse o perdão.

Ter-se-ia a ideia de que com o ressarcimento seria como se o ato tivesse sido desfeito. Tem-se, pois, que perdão não é o desfazimento e esquecimento do ato e sim a supressão da culpa interna do ofensor. Como

Nietzsche propôs, no ato, a ação errada é imputada ao agente, não sendo o agente reduzido simplesmente a essa ação.

De forma sumária, na obtenção do perdão, o que deve ser exigido é: a confissão de culpa, remorso e novas máximas direcionadas a ações melhores que regem o comportamento do infrator. Deve-se lembrar que é próprio do ser humano o pecado e o comportamento contrário ao desejável, e nesta visão, todos são passíveis de acometer-se contra alguém.

Em alguns casos, o processo de perdão exige mais esforços da vítima que do agente. Há quem defenda que, deveria haver um arrependimento totalmente sincero por parte do ofensor, mas por não ser possível aferir isso, afinal, não se poder chegar ao íntimo do ser humano, tal pensamento impediria qualquer tipo de perdão. E se fosse levada ao extremo tal propositura, seria a mesma impeditiva para que os seres humanos se relacionassem uns com os outros por gerar uma desconfiança universal impeditiva de qualquer relação sincera, inclusive do perdão.

O sociólogo George Simmel identifica o perdão com a reconciliação. Para Jean-Christophe Merle, não há a necessidade de ambos ocorrerem, pois para haver uma reconciliação é necessário o perdão, mas o contrário não é necessariamente correspondente. Ele destaca os crimes de abusos sexuais que, na maioria das vezes, não há retorno ao convívio, mas não sendo por si só um impeditivo para que não se promova o perdão.

Pois bem, o ressentimento e o desejo de vingança podem ser substituídos quando a vítima puder perceber o bem que o agente possa estar fazendo a outras pessoas. E a confusão que pode ser gerada pela inexistência do perdão em casos particulares. O não querer/conseguir perdoar com o fato de não poder perdoar. O perdoar sem a vontade subjetiva, pode ser entendido como um princípio. Jean-Christophe Merle relembra o posicionamento de Martin Luther King, asseverando que o perdão pode levar tempo.

Por outro lado, Jean-Christophe Merle não confunde o perdão com a possibilidade de esquecimento do ocorrido, e por isso, defende que mesmo a vítima tendo morrido há a possibilidade de que se faça o perdão. E critica

àqueles que confundem o perdão como princípio com o perdão subjetivo, como Hanna Arendt, pois retiram do ofensor a possibilidade de arrependimento e de agir determinado a ele, o que poderia retirar um grande feito, um bem posterior para toda a sociedade. E assim, pode-se também perdoar o ofensor que venha a óbito.

Em tese, como sentimento social, Jean-Christophe Merle afirma que se tende a pensar que o malfeitor deva sofrer chacota pública e que deva carregar a vergonha no meio social por toda sua vida. Nota-se, porém, que a maioria da sociedade ainda prefere que um ofensor viva e expie sua culpa através do arrependimento a que morra através do suicídio.

Nesse sentido, uma pergunta remanesce: qual o interesse em se afirmar a imperdoabilidade? Essa é uma pergunta que o autor tenta responder num capítulo de seu artigo. Ora, para Jean-Christophe Merle resta claro que interessa ao ofendido, por se tornar uma vítima reafirmada todas as vezes que se referir ao ofensor. O ofendido mantém-se uma superioridade moral eterna quanto ao ofensor.

Todavia, os seres humanos tendem a pensar que determinados crimes sejam imperdoáveis, como por exemplo, o infanticídio, genocídios, atentados terroristas e tortura em série. Tais atos colocam os agentes deslocados do centro de uma pessoa comum, como se eles nunca tivessem feito nenhum ato bom e fossem a personificação de todo o mau da sociedade, e retira deles facilmente o seu caráter humano, quanto maior a atrocidade que tenham realizado, maior sua descaracterização.

Tem-se, pois, que algumas vezes, o agressor é colocado em uma desvantagem moral perante a vítima, alimentada muitas vezes pelo sentimento de culpa e vergonha do seu ato. Segundo Jean-Christophe Merle, a vergonha é contrária à ação pertinente do remorso, pois agir através da vergonha ensejaria a negação da ação, a dissimulação do ato, a violação futura e a mentira.

Muitas vezes o ofensor pede perdão à vítima, o que responde a uma das condições predeterminadas para obter o perdão, mas sua ação torna-se contraditória por ele mesmo não haver se perdoado ainda pelo ato que

praticou. Outro problema que Jean-Christophe Merle vê neste sentimento, de se sentir ainda culpado, arrependido e negando a si mesmo o próprio perdão é o fato de agir de determinada maneira que extrapola o dever estrito, ou seja, o agente quer tanto comprovar o mérito que faz mais do que lhe é possível fazer, muitas vezes, prejudicando a si mesmo, em busca do mérito por assim agir.

Da mesma forma, Jean-Christophe Merle destaca que mesmo que o agente não consiga um resultado satisfatório, como esperado por ele e pelos outros, mesmo assim, sendo qual for o resultado que se obtenha, o que realmente importa é o esforço que despendeu para consegui-lo. E também destaca a importância que a pessoa através da sua própria capacidade faça mais do que a ofensa, mas menos do que realmente poderia ter efetivamente feito, assim, ela estará agindo contraditoriamente à vontade que emanou em fazer para demonstrar o arrependimento e pedir perdão. E por fim, o mero sofrimento pela ação que praticou, não interessa ao perdão.

Com isto, Jean-Christophe Merle conclui que o ato de auto-perdão, tanto no sentido específico de um indivíduo querer perdoar a si mesmo, quanto no sentido de uma sociedade em geral, ou até mesmo a própria humanidade se auto-perdoar só traz um benefício o de que o ofensor - e aqui engloba todos os seres humanos, individualmente ou coletivamente, que vez ou outra praticarão uma ação que resulte em um prejuízo a outro - tenha em mente que se possa restituir na própria sociedade, após ter efetivamente atuado em conformidade com as ações que demonstram o seu arrependimento e mudança de atitude.

3 O perdão no direito brasileiro

Pretende-se aqui descrever como a legislação brasileira prescreve o perdão.

3.1 O perdão na Constituição da República de 1988: da anistia, da graça e do indulto

A Constituição Federal de 1988 traz três tipos de perdão em seu texto: a anistia, a graça e o indulto, sendo elas formas extintivas de punibilidade. A anistia é prevista na Constituição da República de 1988 em seu artigo 21, inciso XVII e no artigo 48, inciso VIII, que dizem que é da competência da União e atribuição do Congresso Nacional concedê-la.

Conforme o artigo 187 da Lei de Execução Penal, quando for concedida a anistia, o Juiz pode de ofício, a requerimento da parte ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarar extinta a punibilidade. A anistia pode-se dar a qualquer tempo, retrocedendo ao fato que gerou a denúncia ou processo. Até mesmo depois de condenado, o réu poderá se beneficiar dela.

Ensina Rogério Greco que pela anistia o Estado renuncia a seu direito de punição de infrações penais que geralmente se procede à anistia para crimes políticos, mas não há impedimento legal que se conceda a anistia também para crimes comuns.

No Brasil, a maior anistia concedida foi a que se seguiu pela lei nº 6.683 de 1979, que entre o período de 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 anistiou os crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Rogério Greco cita Giuseppe Maggioro:

[...] uma das mais antigas formas de extinção da pretensão punitiva é a indulgência do príncipe, que se expressa em três instituições: a anistia, o indulto e a graça. A *indulgentia principis* se justifica como uma medida equitativa endereçada a suavizar a aspereza da justiça (*supplementum iustitiae*) quando particulares circunstâncias políticas, econômicas e sociais, fariam esse rigor aberrante e iníquo. Desse modo, atua como um ótimo meio de pacificação social, depois de períodos turbulentos que transtornam a vida nacional e são ocasião inevitável de delitos”. (GRECO, 2014, p. 715).

Por outro lado, a graça é entendida como o indulto particular, que é previsto no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal. Veja-se que o indulto é concedido de maneira coletiva a fatos determinados pelo Chefe do Poder Executivo. Desta forma, o indulto tem sido normalmente concedido pelo Presidente da República no final do ano, incluindo os beneficiários em razão da pena cominada, o que se exige certos requisitos subjetivos, como primariedade e objetivos como cumprimento de parte da pena e exclusão de autores de certos tipos de crime. Como não se pode concedê-lo nos crimes hediondos e curiosamente, como ensina Rogério Greco, a Lei nº 9.455/97 omitiu-se com relação ao indulto como impedimento. Ela impede a graça e a anistia.

Na Constituição Federal de 1988 se tem opções políticas de como se perdoar crimes que sejam do desejo estatal, no indulto e na graça tem-se a pretensão de haver ao menos um bom comportamento dos beneficiados, no sentido de serem primários e de terem cumprido parte da pena; na anistia já se deixa brechas para serem feitas decisões meramente políticas, o que enseja por vez uma sensação de impunidade aos infratores do crime, como o sentimento social que vigora hoje sobre a anistia da ditadura militar.

3.2 O Código Penal e o perdão

O artigo 106 do Código Penal estabelece o poder do perdão do ofendido em crimes que se procede mediante queixa podendo ser processual,

extraprocessual, expresso e tácito. O perdão oferecido por um dos ofendidos não vincula aos outros, mas se perdoar um dos ofensores, estenderá a todos os outros ofensores. E caberá ao ofensor aceitar ou não o perdão.

O perdão judicial só será possível em crimes especificados na legislação. Conforme Súmula 18 do STJ, a natureza jurídica da sentença de perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório. Segundo Damásio de Jesus constitui um direito subjetivo de liberdade.

Não é um favor concedido pelo Juiz (ocorre se presentes as circunstâncias prescritas no tipo). Ensina ele que o “pode” prescrito em legislações perdeu a simples faculdade judicial, no sentido de poder, sem fundamentação, aplicar ou não o privilégio. É importante citar aqui o exemplo do pai ou da mãe que esquecem o filho no carro, ou o atropelam ao sair de garagem, negligenciando o dever de cuidado, mas que a própria morte do filho já é a maior punição a eles imposta, sendo desnecessária uma pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, ensina Rogério Greco que a Lei nº 9.807/99, que trata sobre a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, traz inovação com uma nova concessão de perdão judicial em caso de concurso de pessoas, embora para ele o artigo 13 tenha sido feito com a ideia motriz de aplicação ao delito de extorsão mediante sequestro.

Art. 13 – Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - A identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
- II - A localização da vítima com sua integridade física preservada;
- III - A recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único: A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. (BRASIL, 2016).

Tem-se ainda o artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 que permite o perdão judicial em casos de colaboração premiada na lei de organização criminosa:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - A identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - A prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2016).

Assim, conforme tais artigos e lições, depreende-se que ao aplicar os institutos de perdão criminal no Brasil, já se tem uma aproximação de um perdão-ação, que mesmo que com ações ainda incipientes, parece corresponder aos requisitos propostos por Jean-Christophe Merle, relembrando-se quais são: confissão de culpa, remorso e novas máximas direcionadas à ações melhores que regem o comportamento do infrator, devendo despertar assim um sentimento social de que houve a punição ou que seria a mesma desarrazoada, tendo-se em vista a própria dor e arrependimento do ofendido.

3.3 O perdão no Direito Civil

No Direito Civil tem-se a remissão como forma de perdão tradicional de dívida, e está descrita a partir do artigo 385 ao 388 do Código Civil. É uma das maneiras que extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiros e no caso das ações civis, a remissão concedida a um dos codevedores extingue a dívida na parte a ele correspondente. Não aproveita aos demais.

Mas poder-se-ia utilizar do perdão-ação subjacente ao texto de maneiras várias no direito civil brasileiro, como em casos de família, ação de alimentos, divórcio, casos de interdição, de brigas por inventários, enfim, de toda e qualquer ação que seja embasada por problemas que perpassam ao trato humano que foi gerado pela rejeição de uma das partes (ou de ambas), ou de prejuízo que sofreu e que se viu obrigada a ingressar ao Judiciário para ter seu direito garantido ou declarado.

Os próprios advogados das partes ao atuarem tendo conhecimento dessa forma de proceder, podem demonstrar à parte que defendem que uma composição seja a melhor saída e tentar objetivar o sentimento que ensejam e que levam ações a perdurar por anos.

4 Considerações finais

Segundo Kant, o Estado deveria aplicar punições mais lenientes, mesmo contra a lei, mas de acordo com um decreto de perdão. Para uma teoria preventiva, essas punições mais lenientes não são exceções ao Direito Penal, mas parte dele, porque ele tem como propósito único fazer valer o Estado de Direito tão rápido e sustentavelmente quanto possível. Já que não há perigo de o criminoso contra a humanidade voltar ao poder, o risco de que ele pratique novamente o crime é muito mais baixo do que nos casos de quase todos os crimes ordinários

Não esquecendo sua importância histórica, com o perdão-ação, se encerra a discussão, abrindo assim o horizonte para a continuação. E assim, o mais importante que está inserido no texto de Jean-Christophe Merle é

a possibilidade de abrir um diálogo para ambos, ofensor e ofendido, prosseguirem com sua vida e com sua história de vida.

Em verdade, o direito é o espaço em que se deve restringir a forma sensiente do ser humano e entendê-lo em sua forma racional, em que se deve ter o espaço de uma ética compartilhada comprometida com a paz social. Devem-se submeter os sentimentos à razão, compreender que se deve desprender da vingança e mesquinharia e promover um estado emocional que conduza ao perdão e melhoramento de práticas para um crescimento social.

Pode ser que a chave para o início do diálogo seja o perdão, entendido como sendo: confissão de culpa, remorso e novas máximas que regem o comportamento do infrator, ou seja, que o malfeitor aja de acordo com o que se espera de alguém arrependido pelo seu ato e que através destas ações possa criar algo novo, positivo ao mundo em que está inserido.

Por trás de tal texto, tem-se a ideia de que a sensação de discricionariedade das vontades deve ser mitigada ao se deparar com a vinculação do agir direcionado a boa vontade em compreender e se relacionar com o outro. O ordenamento brasileiro já propõe a boa-fé objetiva em seu Código Civil, Lei nº 10.406/02, agora o Novo Código De Processo Civil, Lei nº 13.105/15, traz artigos que cada vez mais ressaltam esse posicionamento, assim deve-se entender que é de vontade do legislador pátrio a cooperação das partes visando ações que gerem entendimento.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Senado, 2016.

BRASIL. Decreto- Lei nº 2.848/40. **Código Penal**. Brasília, DF: Senado, 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869/73. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210/84. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF: Senado, 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406/ 02. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105/15. **Novo Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado.

ERNST, Jonathan. **Reaproximação EUA e Cuba**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/eua-e-cuba-retomam-relacoes-diplomaticas-veja-o-que-ja-mudou,91a47edd71de3790937a3f98cd124325w583RCRD.html>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

FOLHA. **Estupro em Dubai graça ou indulto**. Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/blog/category/perdao%20judicial76058cbob8>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16ª Edição. Impetus: Rio de Janeiro, 2015.

JUS BRASIL. **ONU critica perdão a torturadores**. Disponível em: <<http://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/2171373/onu-critica-perdao-a-torturadores>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

KANT, Immanuel. **Metaphysics of Morals, Doctrine of Rights**, Section 43-section 62. In *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History*. Edited by Pauline Kleingeld. Translated by David L. Colclasure. New Haven: Yale University Press, 2006., VI,334, Mary Gregor 475.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 1995.

MERLE, Jean- Cristophe. **Há algo realmente imperdoável?** Trad. Lívia Franco, Belo Horizonte: Revista de Direito Milton Campos, 2011, 93-108 p.

MOURA, Rafael Moraes. **Dilma perdoa dívida de países africanos**. 21 de julho de 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,perdao-as-dividas-de-paises-africanos-soma-us-717-mi-imp-,1055694>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

PRADO, Antônio Costa; ORTIZ, Elaine. **Vítima do Nazismo Perdoa seu Algoz**. Istoé independente online. 30 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/assuntos/semana/detalhe/416240_VITIMA+DO+NAZISMO+PERDOA+O+SEU+ALGOZ+O+QUE+NAO+SIGNIFICA+ABSOLVE+LO>. Acesso em: 15 jun. 2016.

Capítulo 18

A vedação do *sursis* nos graves crimes contra a hierarquia e a disciplina militar: análise sob à luz da Constituição Federal de 1988

Lorena Hermenegildo de Oliveira

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

O Direito Penal Militar possui assento nos princípios da hierarquia e da disciplina, importantes instrumentos de coesão psicológica da tropa, bens jurídicos estes tutelados desde as primeiras legislações no mundo.

No Brasil, especialmente no ano de 1969, durante o conhecido Regime Militar, o Código Penal Militar foi promulgado com diversos avanços da ciência criminal, inclusive com a possibilidade de aplicação do *sursis* em crimes com penas privativas de liberdade cominadas em até dois anos, com vistas ao desencarceramento e à ressocialização do militar. Contudo, diante das constantes revoltas dos militares nos quartéis em desfavor à rigorosidade excessiva do regime, a vedação do *sursis* foi aplicada para os considerados graves crimes contra a hierarquia e a disciplina militar, elencados no artigo 88, II, do Código Penal Militar.

A partir da Constituição Federal de 1988, todavia, este dispositivo legal não fora analisado formalmente acerca de sua recepção pela nova ordem democrática, instaurando insegurança jurídica no que tange a temática em razão da diversidade na doutrina e nos órgãos julgadores.

Posto isto, a pesquisa propõe-se a analisar os contornos constitucionais desta disposição legal, a fim de se responder ao questionamento acerca de sua consonância com os valores e princípios democráticos, bem como suas consequências, lançando luz sobre a temática.

A metodologia utilizada foi a indutiva, seguindo-se uma linha crítico-metodológica, por meio da análise de materiais bibliográficos, para se alcançar a melhor solução jurídica para o problema apresentado, sem, contudo, se afastar da criticidade dos autores.

Os marcos teóricos eleitos para se basear este trabalho se encontram, especialmente, nas concepções de Fernando Antônio Nogueira Galvão Rocha, de Adriano Alves Marreiros, de Guilherme Rocha e de Ricardo Freitas, na medida em que se baseiam na interpretação constitucional para dizer o direito no caso concreto, sempre atento à dignidade da pessoa humana e a finalidade da ciência penal militar.

2 A hierarquia e a disciplina como bases do Direito Penal Militar

O Direito Penal Militar, na lição de Von Liszt¹, surgiu com a criação dos exércitos permanentes, sendo os Artigos de Guerra e de Cavalaria sua primeira expressão legislativa, promulgados em 1508 por Maximiliano I, na Alemanha.

Contudo, foi na Era do Imperador Napoleão Bonaparte que o Direito Penal Militar adquire expressividade jurídica para manutenção da ordem nas tropas, já que, segundo o Imperador, “a disciplina é a primeira

¹ Von-Liszt, sobre a história do direito penal militar: Entretanto só no curso do presente século foi que os Estados da Alemanha quase em sua totalidade sentiram a necessidade de codificar o seu direito militar. Baseando-se no art. 61 da Constituição federal da Alemanha do Norte., a ordenança de 29 de Dezembro de 1867 introduziu o direito penal militar vigente na Prússia, e especialmente o C. p. mil. prussiano de 3 de Abril de 1845, em todo o território federal, compreendidos Baden e Hesse, mas excluído o reino da Saxonia. Assim ao tempo da fundação do Império da Alemanha coexistiam os seguintes cod. militares, em parte, muito divergentes entre si: 1.º o cod. prussiano de 1845; 2.º o saxônio de 14 de novembro de 1858, 8.º o bávaro de 29 de abril de 1869; 4.º o wurtemberguense de 20 de julho de 1818. Fez-se logo sentir a necessidade de uma regulamentação uniforme e correspondente à mudança das relações; a unificação do direito penal civil ainda mais imperiosa a tornou. Não tardou que os esforços empregados dessem o resultado desejado O C. p. mil, da Alemanha de 20 de junho de 1872 (introduzido na Alsacia-Lorena pela lei de 8 de julho de 1872) começou a vigorar no 1.º de outubro do mesmo anno.

qualidade do soldado; o valor é apenas a segunda” (LOUREIRO NETO, 2010, p. 7).

A máxima Napoleônica tem assento no fortalecimento do espírito militar, de modo a tornar a necessidade de respeito às normas disciplinares uma virtude coletiva, evitando o desencorajamento dos soldados diante da pressão do inimigo e garantindo o êxito da missão.

Para que as forças armadas possam cumprir a sua função de segurança interna e externa do país, é necessária uma disciplina para este fim. Assim, há necessidade de imediata aceitação das ordens superiores, base do ordenamento militar em uma cadeia de dependência, desde o general ao soldado. Desta forma, frente às (in)previsíveis situações de combate que o soldado pode enfrentar ao desempenhar a sua função é que se toma imprescindível uma disciplina militar diferenciada dos civis e conseqüente cadeia de dependência hierárquica no comando e acatamento das ordens. (GIULIANI, 2006, p. 86)

Além disso, observa-se a importância da disciplina e da hierarquia para estabilidade de toda a sociedade, sobretudo se considerado que, diante dos treinamentos táticos e do regular acesso armamentista, senão fossem estes princípios impostos aos militares, a probabilidade de surgimento de revoltas dentro das instituições seria maior, acarretando em severos riscos à ordem constitucional, como se abstrai da lição doutrinária

Crisólito de Gusmão, tratando da disciplina, estabelece o seu paralelismo e conclui que a mesma tem por sanção jurídica – o direito militar e, como escopo, a estabilização e conservação e, além do mais, a tática e a organização das forças militares. Assim, surge este organismo vivo – o Exército, que não é uma organização passivamente obediente, feita e trabalhada pelo temor e pela punição. (MADUREIRA, p.334)

No Brasil, esse rigor atribuído ao exercício militar adquiriu preponderância no Código Penal Militar de 1969 que, revelando as concepções do histórico Regime Militar, instituiu sanções mais duras para os crimes praticados contra a hierarquia e a disciplina militar, observados até os dias atuais.

Lado outro, inegáveis são as inovações trazidas pelo referido Códex, a exemplo da exclusão da culpabilidade pela inexistência de conduta diversa, caracterizada como uma modalidade especial do estado de necessidade, eis que, no Código Penal Militar, adotou-se a concepção causalista neoclássica², em que o elemento subjetivo é analisado na culpabilidade, e não na tipicidade da conduta, como adotado pela teoria finalista do Código Penal Comum.

Igualmente inovador para a época foi a instituição da suspensão condicional da pena como medida de política criminal, inaplicável, contudo, a todos os crimes, conforme se abstrai no item 9 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar (BRASIL, 1969):

Embora não seja aplicável em casos que atingem gravemente a ordem e a disciplina militares, a sua aceitação no novo Código se fazia urgente. Ao caráter repressivo da pena imputa-se acrescentar o princípio utilitário da recuperação do criminoso, sem, todavia, lhe executar a pena. Este princípio da recuperação já era, aliás, reconhecido no direito vigente, através de instituto do livramento condicional. O *sursis*, agora adotado no Projeto, longe de ferir o princípio de disciplina, essencial às Forças Armadas, virá estimulá-lo, pela obrigação da conduta exemplar do beneficiado pelo referido instituto.

A ressalva estabelecida no Código possui razão de ser: o receio de novamente enfrentar uma subversão à ordem na Instituição, como a mobilização política de subalternos em 1935, fruto de uma conspiração comunista no país, pela qual as Forças Armadas não permitiriam tolerar.

A memória oficial da Intentona, portanto, identifica o principal inimigo como duplamente interno, na nação e no Exército. Ele é o oposto de si, isto é, do militar ideal. Esse maniqueísmo adquire uma acuidade particular no interior do próprio Exército e contribui para explicar a violência dos conflitos intramilitares entre 1961 e 1964, bem como a profundidade do expurgo interno nas Forças Armadas após o golpe. O que os militares golpistas perseguem tem um nome, que eles repetem à exaustão: a “subversão da hierarquia”. A palavra

² A respeito da nova excludente, o item 5 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar assim dispõe: “à vida militar, sempre obediente aos princípios da hierarquia e disciplina, muitas vezes se defronta com situações em que não se pode exigir do agente conduta diversa da que ele exerceu”. (BRASIL, 1969)

“subversão” tem aqui um duplo sentido: a derrubada da ordem interna na instituição militar e a desestabilização ou destruição da ordem política e social. Essa ambiguidade reflete a imbricação do imaginário militar hierárquico, que exige a obediência e a ausência de mobilização política dos subalternos, e a obsessão de uma mobilização das classes populares, forçosamente “subversiva”, no conjunto da sociedade. (CHIRIO, 2012, P. 32.)

Neste sentido, observa-se o recrudescimento do Código Penal Militar como instrumento intimidatório dos subalternos, utilizando-se do fundamento da Caserna – respeito à disciplina e à hierarquia – para limitar a manifestação de divergências de concepções e de anseios dentro da própria instituição, já que a oposição ao Regime Ditatorial também se fazia presente nos quartéis, como bem destaca o autor:

A imposição desse tipo de regime não se desenrola de maneira consensual. Vários autores apontaram que a ditadura militar brasileira não elaborou um sistema de legitimação coerente nem definiu claramente onde residia a soberania política.¹ A persistência de uma vida política sob o regime militar está intimamente ligada a essa ambiguidade simbólica: os atores em conflito têm à sua disposição um amplo repertório de justificativas para sua participação política, das quais podem lançar mão ao sabor dos desafios. Aliás, os atores raramente recorrem a um discurso de legitimação único e imutável ao longo do tempo. Com efeito, os oficiais partilham um imaginário comum, em que a valorização da hierarquia convive com a do “revolucionário” e o desprezo pela política, ainda que com um certo reconhecimento do sistema partidário. Nesse sentido, os jovens militares que se rebelam contra a hegemonia dos generais não revelam a sobrevivência de um ideal de “soldado cidadão” e de ação política individual num Exército formatado pelo apolitismo, dito “profissional”, e pelo estrito respeito da hierarquia e da disciplina. Da mesma forma, o grupo “castelista” não é o único a defender um “regime presidencial militar” contra a politização das Forças Armadas e contra um “regime dos generais”, que seria o monopólio de outra facção. (CHIRIO, 2012, p.203)

Tais princípios, contudo, mantêm-se inertes até os dias atuais, eis que a Constituição Federal de 1988, nos artigos 42 e 142³, institucionalizou a

³ Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (BRASIL, 1988);

hierarquia e a disciplina como bases não só das Forças Armadas, como também das Forças Auxiliares – as Polícias Militares e o Corpo de Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal.

Destarte, a “ordenação da autoridade” e a “rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos e disposições que fundamentam o organismo militar” (art. 14, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.880/1980) foram recepcionados pela Constituição Cidadã, como uma obrigação não apenas de todos os servidores públicos de manterem obediência à hierarquia, mas especialmente aos militares, como observado desde a criação do Direito Castrense⁴.

2.1 Crimes contra a hierarquia e a disciplina militar

Recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o Código Penal Militar de 1969, no seu Título II, trata dos crimes contra a autoridade e a disciplina militar, iniciando pelo crime de motim (artigo 149) até o crime de amotinamento (artigo 182), em que se observa diversas tipificações penais voltadas para a coibição de posturas inadequadas dos militares dentro da própria instituição.

Dentre esses, os crimes considerados mais graves contra a hierarquia e a disciplina pela legislação castrense (artigo 88, II, CPM) são os de aliciação para motim ou revolta (artigo 154), violência contra superior ou militar de serviço (artigos 157 e 158), desrespeito a superior (artigo 160), desrespeito a símbolo nacional (artigo 161), despojamento desprezível (artigo 162), recusa de obediência (artigo 163), oposição a ordem de sentinela

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer deles, da lei e da ordem. (BRASIL, 1988).

⁴ A respeito da rigorosidade exigida para a hierarquia e a disciplina, leciona Ythalo Frota Loureiro: “Não obstante, segundo Martins, “se em regra basta ao servidor público civil o rigoroso cumprimento de seus misteres, do servidor público militar espera-se um “plus”. Assim, além do estrito cumprimento de seus deveres há que o servidor refletir uma adesão psicológica ao ideário militar, ou uma vocação para a vida castrense (...)” (1996: 24). Isto significa dizer que os membros das instituições militares, desde de seu ingresso e até mesmo na inatividade, participam ativamente do *espírito de corpo militar*, ou seja, do cumprimento irrestrito dos deveres éticos e dos valores militares, de maneira que, inclusive a vida privada do militar fica condicionada ao cumprimento destes deveres.

(artigo 164), reunião ilícita (artigo 165) e publicação indevida (artigo 166), os quais se passa a analisar criticamente.

O crime de aliciação para motim ou revolta (artigo 154, CPM) consiste no recrutamento de militar para a prática dos crimes de motim, de revolta, de organização de grupo para a prática de violência, de omissão de lealdade militar ou de conspiração, ou seja, todos os crimes contra a hierarquia militar que ameacem a coesão psicológica da tropa e predisõem os militares à prática de atos de indisciplina⁵.

O rigor deste tipo penal, portanto, advém da necessidade de se punir com maior severidade o mentor dos atos disciplinares, aquele que seduziu, aliciou e recrutou os outros militares, razão pela qual, embora o crime de motim seja um exemplo de concurso de pessoas necessário, observa-se a exceção legislativa feita ao “cabeça”, punido com maior rigor em relação aos demais.

Noutro giro, o crime de violência contra superior (art. 157, CPM) pune o contato corporal alvitoso de um subordinado em detrimento do seu superior, independentemente de causar-lhe lesões, eis que o tutelado neste tipo penal não é propriamente a integridade física do comandante, mas sim o respeito hierárquico intrínseco ao exercício da atividade militar.

Nas palavras de Loureiro Neto (2010, p. 113), a violência contra superior, empregada através de instrumentos físicos ou do contato físico direto, corresponderia à contravenção penal de “vias de fato”, constante no artigo 21 da Lei nº 3.688/41, no entanto, torna-se necessário esmiuçar uma ressalva quanto a este entendimento.

Com a devida vênia ao ilustre Professor, e sem a intenção de esgotar o assunto ora tratado, a contravenção penal de vias de fato caracteriza-se como um tipo penal subsidiário, com vistas à proteção da incolumidade pessoal, aplicado quando não se configurar o delito de lesão corporal

⁵ No direito francês a aliciação denomina-se *embauchage*. L'*embaucheur* é o recrutador ardiloso com a função de convencer militares a passar-se para o inimigo. Daí a natureza do crime de *embauchage*. No direito italiano, o crime é de *arruolamenti illeciti*, e a razão da sanção penal consiste na defesa militar, pois no caso estaria aumentando o efetivo da força inimiga. (LOUREIRO NETO, 2010, p. 112).

proveniente da violência física empregada contra a pessoa⁶ (GONÇALVES, 2016, p. 159).

Neste sentido, seria um equívoco considerar o crime de violência contra superior um delito subsidiário, uma vez que o bem jurídico tutelado não é diretamente a incolumidade pessoal do superior, mas como dito alhures, pretende-se conferir proteção e eficácia ao sistema hierárquico disciplinar das instituições militares.

Inclusive, o parágrafo 3º do artigo 157, CPM, é claro ao dizer “se da violência resulta lesão corporal, aplica-se, além da pena da violência, a do crime contra a pessoa”, afastando, com excelência, a interpretação de possível consunção do crime de violência contra superior pelo crime de lesão corporal do Código Castrense.

Outrossim, a violência física ocorrida entre militares da mesma graduação ou do mesmo posto, sem lesão corporal como resultado, teria como enquadramento o artigo 21 da Lei nº 3.688/41, diante da ausência legislativa neste sentido.

Sem embargo, em se tratando de militar na função de sentinela, de vigia ou de plantão⁷, assim como de oficial de dia, de serviço ou de quarto, ainda que seja empregada violência física por outro militar do mesmo posto ou graduação, configurar-se-á o crime de violência contra militar em serviço (artigo 158, CPM), uma vez que tais funções são consideradas de extrema importância para a organização militar, considerados, na dicção do artigo 24 do CPM como militar superior⁸.

Na sequência, o crime de desrespeito a superior, consubstanciado na manifestação de palavras, de gestos e de escritos de cunho desrespeitoso,

⁶ As vias de fato constituem contravenção subsidiária, pois só se configuram se a violência não for meio de execução de algum crime. O próprio art. 21 prevê para as vias de fato penas de quinze dias a três meses, ou multa, se o fato não constitui crime. Trata-se de hipótese de subsidiariedade expressa ou explícita, pois consta do próprio texto legal. Assim, eventuais vias de fato empregadas para a prática de roubo, extorsão, estupro, ficam absorvidas.

⁷ A respeito da importância do militar da sentinela, destaca-se o artigo 220 do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais do Exército (2003, p. 72): “A sentinela é, por todos os títulos, respeitável e inviolável, sendo, por lei, punido com severidade quem atentar contra a sua autoridade; por isso e pela responsabilidade que lhe incumbe, o soldado investido de tão nobre função portar-se-á com zelo, serenidade e energia, próprios à autoridade que lhe foi atribuída.”

⁸ Art. 24. O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar.

de menosprezo, ou de crítica exacerbada, com a intenção de desmerecer a autoridade do superior hierárquico.

Ainda, observa-se que para o tipo penal ser configurado, o desrespeito a superior deve ocorrer diante de outros militares, e desde que o fato não constitua crime mais grave, como bem observa o Ministro José Barroso Filho do Superior Tribunal Militar no julgamento da Apelação nº 19-82.2015.7.10.0010/CE:

Segundo se extrai do Código Penal Castrense, a conduta criminosa do inferior contra superior contém diversos graus, ou como degraus de uma escada, que, na ordem de subida, encontramos o desrespeito no primeiro degrau, seguindo-se a insubordinação, o desacato, a violência física sem arma e com arma, a violência de que resultem ou não lesões corporais e, no último degrau, a violência que resulta em morte do superior. (BRASIL. STM, Apelação nº 19-82.2015.7.10.0010/CE, 2015, p.8)

O crime de desrespeito a símbolo nacional (artigo 161, CPM), tem como elementar o militar que pratica, diante da tropa ou em lugar sujeito à administração militar, ato desrespeitoso ao símbolo nacional, tendo-se como o objetivo invocar o amor e o respeito à nação por parte dos militares, como se abstrai:

Essa afronta à disciplina, quando feita por meio do ultraje a um Símbolo Nacional, extremamente cultuado no ambiente de caserna, ganha reprovação, tanto que mereceu especial atenção do Código Penal Militar, e nem poderia ser diferente, pois seria impossível garantir, por exemplo, a defesa territorial do Brasil se não se incutisse e exacerbasse o valor do patriotismo. (NEVES; STREIFINGER, 2014, p. 839).

Nota-se que o tipo penal restringiu as circunstâncias de sua ocorrência, quais sejam, diante da tropa e em lugar sujeito à administração militar, significando que, o militar que desfere insultos ou afrontas a símbolos

nacionais⁹ em sua residência ou em outro local privado, ainda que na presença de outros militares, não pratica o referido tipo penal¹⁰.

O crime de despojamento desprezível do militar, constante no artigo 161 do Código Penal Militar, consiste na conduta de agir com menoscabo à uniforme, condecoração militar, insígnia ou distintivo, com aumento de pena previsto para a prática do crime diante da tropa ou em público.

Nas condutas tipificadas como insubordinação, tem-se que a recusa de obediência (artigo 163) é caracterizada pela “conduta comissiva de enfrentamento, oposição manifesta à ordem de superior” (MINAS GERAIS, 2013, p. 9) em relação a assunto, matéria de serviço ou dever imposto por normas, desde que a ordem não seja ilegal¹¹.

Com o mesmo fim legislativo da violência contra militar de serviço (artigo 158), a oposição de ordem de sentinela (artigo 164) busca preservar a autoridade do militar da sentinela, incumbido da vigilância do quartel, sendo possível sua configuração ainda para militares de mesmo posto ou graduação.

O crime de reunião ilícita (artigo 165), talvez um dos mais polêmicos do Código Penal Militar, estabelece a punição daqueles que promovem ou apenas participam de reunião de militares para discussão de ato de superior ou assunto atinente à disciplina militar, com finalidade negativa, de crítica, “pois não cabe a subalterno questioná-lo de qualquer forma” (NUCCI, 2019, p. 272), a despeito da garantia constitucional de liberdade

⁹ Art. 1º. São Símbolos Nacionais: I - a Bandeira Nacional; II - o Hino Nacional; III - as Armas Nacionais; e IV - o Selo Nacional. **Lei nº 5.700/71.**

¹⁰ Ressaltando a nítida diferenciação de tratamento em relação ao militar, afirma Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 269): “Aos não militares, a infringência ao disposto na referida lei, no tocante ao desrespeito aos símbolos, configura contravenção penal (art. 35 da Lei 5.700/1971) (...) Tutela-se a disciplina militar e o respeito aos símbolos nacionais. Há variadas maneiras de executar o crime: rasgar a bandeira, cantar o hino com a letra modificada, de maneira jocosa etc.”

¹¹ A respeito da ilicitude da ordem, importante lição doutrinária constante no julgado (RIO DE JANEIRO, 2017, p. 6): “No ponto, cabe trazer a colação a lição do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, sobre as obrigações dos subordinados que escoram as relações de hierarquia militar: “Ele tem a obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais. Não tem direito, como subordinado, de discutir a oportunidade ou conveniência de uma ordem. Mas a ilegalidade, mais que o direito tem o dever de apontá-la, e negar-se a cumprir ordem manifestamente ilegal” – (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 13ª ed., pag. 364. São Paulo, Saraiva. 2008).”

de manifestação de pensamento e de reunião (artigo 5º, IV e XVI, Constituição Federal).

Por fim, o crime de publicação ou crítica indevida (artigo 166) pune o ato de tornar público documento oficial sem licença ou tecer comentários negativos a ato de superior, assunto disciplinar ou resolução governamental.

Neste aspecto, novamente sem pretensão de esgotar o assunto, ressalta-se que os militares também são cidadãos de direitos e deveres do corpo social, sendo defeso elidi-los a possibilidade de manifestação de pensamento, eis que se trata de um direito constitucional inerente ao Estado Democrático de Direito e, inclusive, um instrumento de grande valia para o comando tomar ciência dos atos que desagradam a tropa, podendo-se, desta forma, criar uma corporação unida e menos tendente a atos de indisciplina¹²¹³.

Através destas disposições, observa-se o afã do legislador de tutelar, em grau máximo, o respeito ao militarismo e todas as suas características, com o fim de incutir na mentalidade do militar que sua função não se trata de um mero cargo público, mas de uma missão social pela qual deve-se honrar mesmo que na esfera privada.

Não seria outra a intenção do legislador, mormente se considerada a grave crise política dos quartéis na época de sua elaboração, na qual não bastava apenas a disseminação dos valores éticos do exercício da carreira, mas também a intimidação do militar para que não provoque ou concorra com atos indisciplinados, sob pena de duras penalidades legais.

¹² Por isso, a crítica emanada de um subordinado, desde que técnica, respeitosa e com a finalidade de tornar o ambiente militar mais humano e atento às necessidades sociais, não deveria ser enquadrado em nenhum tipo penal, sobretudo se considerado que a necessidade de se afastar a possibilidade dos subordinados quererem tomar o poder dos Comandantes não mais subsiste na ordem democrática.

¹³ Em sentido contrário, o julgado do Superior Tribunal Militar na Apelação nº 0000023-40.2007.7.12.0012: “A conduta dos controladores não está protegida pela garantia da liberdade de expressão, já que tal princípio constitucional não é absoluto, como qualquer princípio, e fica mitigado quando estão em jogo, como no caso, a hierarquia e a disciplina das Forças Armadas, vetores da defesa da soberania da Pátria, fundamento do Estado Democrático de Direito.” (BRASIL, 2010)

3 A vedação do *sursis* à luz da Constituição Federal de 1988

A suspensão condicional da pena, inaugurada no Código Penal Militar de 1969, possui o condão de suspender a aplicação da pena privativa de liberdade pelo cumprimento de condições impostas pelo juízo na sentença¹⁴, como forma de evitar o cárcere em crimes cujas penas cominadas são de até dois anos e, assim, dar causa a dessocialização do indivíduo (BUSATO, 2018, p. 926).

A aplicação do referido benefício está disposta nos artigos 84 a 88 do Código Penal Militar, apresentando a seguinte restrição, constante no artigo 88 do referido Diploma:

Art. 88. A suspensão condicional da pena não se aplica:

I – ao condenado por crime cometido em tempo de guerra;

II – em tempo de paz:

- a) por crime contra a segurança nacional, **de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação**, ou de deserção;
- b) pelos crimes previstos nos arts. **160, 161, 162**, 235, 291 e seu parágrafo único, nos I a IV. (BRASIL, 1969, online, grifos nossos)

Em que pese a inegável evolução da ciência criminal brasileira, acompanhando a tendência internacional ao adotar o *sursis* como instituto de política criminal¹⁵, andou mal o legislador ao manter a restrição de sua

¹⁴ As condições para sua concessão são as mesmas para o livramento condicional, dispostas no artigo 626 do Código de Processo Penal, a saber: “a) tomar ocupação, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho; b) não se ausentar do território da jurisdição do juiz, sem prévia autorização; c) não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender; d) não frequentar casas de bebidas alcoólicas ou de tavolagem; e) não mudar de habitação, sem aviso prévio à autoridade competente”. Além destas, também pode-se aplicar as condições facultativas do artigo 608 do mesmo Diploma, desde que sejam adequadas: “a) a obrigação de frequentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar; b) a obrigação de atender aos encargos de família; c) a obrigação de prestar serviços em favor da comunidade; d) a obrigação de submeter-se a tratamento médico”. (BRASIL, 1969, online).

¹⁵ Acerca da origem do *sursis*, valorosa a crítica de Salo de Carvalho (2015, p. 485): “A suspensão condicional da execução da pena (*sursis*) é uma medida substitutiva da pena privativa de liberdade, incorporada nas legislações ocidentais ao longo do século passado, como forma de diminuir o impacto da segregação carcerária. Embora as pesquisas criminológicas tenham demonstrado que os substitutivos penais atuam, diferentemente do discurso oficial, como aditivos ao cárcere, ampliando a rede de controle social punitivo e revigorando a legitimidade da prisão²⁵⁶, a suspensão condicional da (execução) da pena integra a série de alternativas sancionatórias apresentada em decorrência da evidente crise da pena privativa de liberdade.”

aplicação em relação aos crimes detalhados em tópico anterior quando do advento da Constituição Federal de 1988.

Conforme explicitado anteriormente, o Código Penal Militar de 1969 foi promulgado em meio à flagrante instabilidade política nos quartéis, sendo a *mens legis* voltada para a manutenção da ordem e da coesão disciplinar dos militares, que estavam insatisfeitos com o regime ditatorial e apresentavam constantes ameaças de motim e de revolta para a tomada do poder.

Contudo, com o fim do regime em 1985 e desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tida internacionalmente como a Constituição Cidadã, não se observa mais a razão de ser da vedação legal, notadamente em função do garantismo penal incorporado ao Estado Democrático de Direito, em que o agente ativo do crime passou a ser tratado como sujeito de direitos e de garantias fundamentais, e não mais como um mero objeto do processo penal.

Desta forma, a não observância aos princípios norteadores do Direito Penal Democrático remontaria a institucionalização do próprio direito penal do inimigo de Günther Jakobs, na medida em que “a supressão ou redução de direitos e garantias individuais nas esferas material e processual penal, bem como a inserção de alguns dispositivos de Direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios” (PRADO, 2019, p. 105), como a vedação ao *sursis* ora analisada, demonstra a continuidade do tratamento antidemocrático aos agentes que cometeram um dos crimes contidos na restrição legislativa.

É inconteste que “a justificativa para essa proibição é que o direito penal militar é um sistema dirigido a manter rigorosamente, por meio de intimidação da pena, a subordinação, a disciplina e a obediência militares” (ROSSETO, 2015, p. 396), e de fato, tal pretexto encontrava guarida na época de sua institucionalização.

Contudo, a evolução do Direito Brasileiro, sob o viés democrático, estabeleceu o Direito Penal como a *ultima ratio*, ou seja, apenas quando os outros ramos não são suficientes para dar a resposta jurídica adequada ao

caso e, neste aspecto, destaca-se o avanço do Direito Administrativo Disciplinar para, justamente, tutelar a hierarquia e a disciplina militar¹⁶, além de outros bens jurídicos.

Destarte, o Direito Penal Militar deve ser invocado quando os outros ramos, notadamente o Direito Administrativo Disciplinar, não for bastante para a resolução do caso em concreto, no entanto, ainda sim deverão ser observadas as diretrizes constitucionais na sua atuação, eis que não se trata de um campo apartado da sistemática democrática adotada pelo Constituinte de 1988 e, portanto, passível de adequação interpretativa aos moldes hodiernos.

Isto é, o caráter fragmentário do Direito Penal Militar conduz a sua aplicação apenas quando houver danos graves aos bens jurídicos, que demandam, logicamente, proporcionalidade e razoabilidade na sua incidência, tendo em vista a dignidade da pessoa humana como base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, vedando as disposições legais que atentem contra a proteção do indivíduo¹⁷.

Não se pode olvidar da moderação necessária à repressão dos crimes praticados, ou seja, do equilíbrio que deve existir entre o crime cometido e a sanção Estatal imposta, postulado este proveniente da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 e incorporado a Constituição Federal em diferentes dispositivos, razão pela qual a manutenção de vedações legais de cunho intimidatório e desproporcional não podem ser mais admitidos, servindo-se a premissa de parâmetro para todos os Poderes, como assinala Cezar Roberto Bitencourt:

¹⁶ A exemplo, cita-se o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais (Lei nº 14.310/02) e o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais (Lei nº 5.301/69), que preveem as sanções disciplinares de advertência, repreensão, prestação de serviços de natureza preferencialmente operacional, suspensão, reforma disciplinar compulsória, demissão, perda de posto ou graduação do militar da reserva. Penalidades estas voltadas à tutela dos princípios da hierarquia e da disciplina, além da ética militar.

¹⁷ Mesmo após mais de trinta anos da Constituição Federal, ainda observa-se violações no Direito Penal, como anotam Carla Bertocini e Eluane de Lima (2018, p. 65): “Conforme a visão de Kant, a dignidade da pessoa humana é fundamentada no fato da pessoa ser considerada como um fim em si mesma, e não um mero objeto. **Nessa seara, observe-se que os indivíduos não estão recebendo esse tipo de tratamento por parte do atual direito penal, o qual trata tanto ofensor quanto a vítima como meras peças de um processo que possui uma finalidade totalmente estatal.**”

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado — em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça — resulta vinculado em relação aos fins eleitos para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre vinculada axiomaticamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa constituição dirigente são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada. Conjugam-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: **todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal** — vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): **o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende**; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais. (2019, p. 72 apud Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 6a ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 356-397).

Nesta esteira, a vedação ao *sursis* nos referidos crimes revela-se apartada da finalidade do Direito Penal Democrático, representando o flagrante excesso do Códex no tratamento do agente infrator e, ferindo, por consequência, o princípio da razoabilidade, eis que os meios menos lesivos para a repressão do crime são preteridos sob o falso pretexto de ser a vedação necessária para a valorização dos princípios da hierarquia e da disciplina militar.

Igualmente violado resta o princípio da individualização da pena, consubstanciado no artigo 5º, XLV e XLVI da Constituição Federal, em que “a personalização da resposta punitiva do Estado” feita pelo juiz sentenciante é obstada pela referida vedação, uma vez que o julgador se vê engessado no momento de expressar o “concreto balanceamento ou a empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações

subjetivas do fato-tipo”, retirando a sua discricionariedade no momento de aplicação da pena (BRASIL, STF, 2010, p.113).

Assim, dois réus que cometeram delitos contra a hierarquia e a disciplina tendo, porém, um deles maior gravidade na conduta criminoso e o outro reduzido grau de reprovabilidade da ação, receberão tratamento judicial semelhante no que tange a vedação da suspensão condicional da pena, ainda que quanto a este não haja qualquer requisito subjetivo desautorizador do benefício.

Esta notória injustiça quanto a aplicação da pena institucionaliza o tratamento desumano ao réu, a despeito de conquistas significativas dos indivíduos desde os tempos remotos, jamais se justificando o argumento de que os crimes graves contra a hierarquia e a disciplina devem visar à repressão e a prevenção aos delitos e, por isso, ser legítima a adoção de critérios que geram consequências extremamente negativas ao apenado (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 49).

Convém ressaltar que a aplicação destes tipos penais se volta exclusivamente para os militares integrantes das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, que representam o braço armado do Estado de máxima necessidade para manutenção da segurança e da paz social, motivo pelo qual o encarceramento desmedido, fruto de uma inadequada vedação legal, retira a tranquilidade psicológica do militar, trazendo consequências significativas para as Corporações.

A esse respeito, sobressai na Política Nacional de Alternativas Penais (Portaria nº 495/2016, Ministério da Justiça) o objetivo do Estado em promover o desencarceramento, a intervenção penal mínima e as medidas restaurativas do agente¹⁸, através da aplicação de alternativas penais à

¹⁸ “Art. 4.º São eixos da Política Nacional de Alternativas Penais: I- promoção do desencarceramento e da intervenção penal mínima; II - enfrentamento à cultura do encarceramento e desenvolvimento de ações de sensibilização da sociedade e do sistema de justiça criminal sobre a agenda de alternativas penais e o custo social do aprisionamento em massa; III - ampliação e qualificação da rede de serviços de acompanhamento das alternativas penais, com promoção do enfoque restaurativo das medidas; IV - fomento ao controle e à participação social nos processos de formulação, implementação, monitoramento e avaliação da política de alternativas penais; e V - qualificação da gestão da informação.” (BRASIL, 2016).

prisão, como o *sursis* (artigo 1º, parágrafo único, III), além dos mecanismos autocompositivos, inclusive.

Neste sentido, inconteste que, além da Constituição Federal com os seus eixos valorativos de proteção a dignidade do agente infrator, através do estabelecimento de penas humanas e individuais, verifica-se também a política do Estado, amparada em vertentes modernas, com o fim de evitar o encarceramento desnecessário.

Ora, se o infrator militar pratica um delito tido como grave contra a hierarquia e a disciplina pela legislação castrense e, no momento da dosimetria da pena, foi apenado com seis meses de detenção em regime aberto, por exemplo, é inaceitável concluir que o desencarceramento daquele indivíduo não deve ser aplicado tendo em vista apenas a vedação legal, pois na prática, abstendo-se da crise política da época que justificou a restrição ao *sursis*, o próprio legislador castrense previu que as penas cominadas em até dois anos não representam violação severa aos bens jurídicos que justificam a pena privativa de liberdade.

No entanto, não parece ser essa a orientação dos Tribunais Superiores¹⁹ no tratamento da referida matéria, como se abstrai dos julgados a seguir:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO DE INFRINGENTES. DEFESA. DESRESPEITO A SUPERIOR. APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. O inciso II do art. 88 do CPM não conflita com os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, por se tratar de opção político-legislativa criminal em que o legislador incrementou o rigor da resposta estatal a determinados delitos considerados de maior nocividade à hierarquia e à disciplina militares. Embargos de Declaração conhecidos e rejeitados. Decisão majoritária. (Superior Tribunal Militar.

¹⁹ Em tempo, cabe a seguinte distinção: os militares das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) estão subordinados à jurisdição federal militar, isto é, à Justiça Militar da União, na qual os Tribunais Superiores correspondentes são o Superior Tribunal Militar (STM) e o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal. Os militares estaduais (Policiais e Bombeiros Militares), por sua vez, são subordinados a Jurisdição Estadual, podendo ter Tribunais Especializados – a exemplo de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul – ou varas especializadas na Justiça Comum – chamadas de auditorias militares – em que os Tribunais Superiores Correspondentes são o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

Embargos de Declaração 0000125-57.2010.7.02.0102, Rel. Artur Vidigal de Oliveira. Data de julgamento 14/08/2012. Data de publicação 11/09/2012).

APELAÇÃO. DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). ACUSADO CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. VEDAÇÃO DA APLICAÇÃO DO "SURSIS" (ART. 88, INCISO II, ALÍNEA "A", DO CPM). COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STM E DO STF. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A vedação da aplicação da suspensão condicional da pena ao crime de deserção não ofende os Princípios da Proporcionalidade, da Individualização da Pena e da Dignidade da Pessoa Humana, haja vista que, sendo dispositivo destinado a assegurar os princípios da hierarquia e da disciplina (art. 142, da CF), vetores do funcionamento das Forças Armadas em defesa da Pátria, devem ter sua interpretação harmonizada com o Princípio da Soberania (art. 1º, inciso I, da CF). O benefício do "sursis" não se aplica ao crime de deserção por expressa vedação legal prevista no art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM e art. 617, inciso II, alínea "a", do CPPM, tendo sido os referidos dispositivos recepcionados pela Constituição Federal de 1988, consoante sedimentada jurisprudência desta Corte. Apelo desprovido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação 0000058-06.2016.7.01.0201, Rel. Artur Vidigal de Oliveira. Data de julgamento 01/12/2016. Data de publicação 21/12/2016).

Data vênua, os referidos acórdãos realizam uma verdadeira confusão acerca dos princípios constitucionais a pretexto de legitimar uma disposição legal flagrantemente dissonante da ótica constitucional. Isto porque, em primeira análise, provavelmente estar-se-ia diante de uma colisão de princípios, sendo considerado pelos julgadores de que haveria a preponderância dos princípios da hierarquia e da disciplina, dispostos constitucionalmente.

Entretanto, dizer que as Forças Armadas e Auxiliares se fundamentam nestes princípios não significa recepcionar um dispositivo legal que encontrava guarida na prevenção geral e retributiva para um momento específico da época de sua criação, pois a hierarquia e a disciplina jamais subsidiam violação aos outros princípios dispostos pelos mesmos Constituintes.

Neste sentido, relevante é o princípio da força normativa da constituição para o melhor entendimento. Segundo este postulado, as normas constitucionais exercem influência em todo o processo legislativo infraconstitucional, de forma a se tornar um verdadeiro postulado a ser seguido por todos os indivíduos, sem desconsiderar o papel da própria sociedade, que é determinada pelas normas e ao mesmo tempo determinadora destas, consagrando a concretude das normas constitucionais na realidade social, de modo que estas acompanhem as mudanças da sociedade (BULOS, 2018, p. 131, apud Konrad Hesse).

A partir disso, tem-se que a realidade social hodierna – bem diferente daquela de 1969 – não comporta mais outra interpretação da legislação infraconstitucional senão aquela em conformidade com a ordem democrática, rechaçando a pretensão de exclusividade de uns ou de alguns princípios, a fim de se atingir, sob o viés teleológico e axiológico, a justiça na aplicação das normas em consonância com a Constituição (REALE JÚNIOR, 2012, 61).

Lado outro, em que pese seja o tema de grande confronto doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça – competente para julgar os militares estaduais – ainda não foi provocado acerca da impossibilidade da condição do *sursis* para os graves crimes contra a hierarquia e a disciplina.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, já enfrentou a controvérsia em sede de Habeas Corpus, a exemplo do HC 119567/RJ, que teve a ordem denegada pela aparente recepção do dispositivo do artigo 88, II, do Código Penal Militar²⁰, apesar dos votos contrários e muito bem fundamentados dos Ministros Dias Toffoli (Relator), Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente):

Direito Penal Militar. Vedação do *sursis*. Crime de deserção. Compatibilidade com a Constituição Federal. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pela constitucionalidade do tratamento processual penal mais

²⁰ O referido acórdão julgou o crime de deserção, constante no artigo 187 do Código Penal Militar, que fere o bem jurídico do Serviço e do Dever Militar. Em que pese seja uma das restrições do artigo 88, Código Penal Militar, frise-se a pretensão deste artigo em analisar a vedação legal no que tange o bem jurídico da Hierarquia e Disciplina Militar, que não foram objetos de análise direta do órgão julgador, contudo, apresenta uma tendência de análise judicial.

gravoso aos crimes submetidos à justiça militar, em virtude da hierarquia e da disciplina próprias das Forças Armadas. Nesse sentido, há o precedente que cuida da suspensão condicional do processo relativo a militar responsabilizado por crime de deserção (HC n.º 99.743, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Com efeito, no próprio texto constitucional, há discrimen no regime de disciplina das instituições militares. Desse modo, como princípio de hermenêutica, somente se deveria declarar um preceito normativo conflitante com a Lei Maior se o conflito fosse evidente. **Ou seja, deve-se preservar o afastamento da suspensão condicional da pena por ser opção política normativa.** 3. **Em consequência, entende-se como recepcionadas pela Constituição as normas previstas na alínea “a” do inciso II do artigo 88 do Código Penal Militar e na alínea “a” do inciso II do artigo 617 do Código de Processo Penal Militar.** 4. Denegação da ordem de habeas corpus. (STF, HC 119567/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli. **Julgamento: 22/05/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-213 30-10-2014**).

O julgamento incidental acerca da constitucionalidade da vedação da suspensão condicional da pena disposta no Código Penal Militar não permitiu ao órgão julgador de analisar criteriosamente os seus contornos. Em primeiro, porque o artigo 88 do *Códex* possuía a pretensão de tutelar severamente os bens jurídicos da hierarquia e da disciplina, do serviço e do dever militar, da incolumidade pública e da liberdade sexual, não diferenciados pelos julgadores.

Em segundo, revela-se o descuido do Supremo Tribunal Federal ao restringir sua análise ao inciso II, alínea “a” do artigo 88, desconsiderando que o legislador especificou a alínea “a” com os crimes mais graves contra os bens jurídicos tutelados, e a alínea “b” como os menos graves em relação aos primeiros, a exemplo da violência contra superior (alínea “a”) e desrespeito a superior (alínea “b”), claramente menos graves e que, inclusive, tutelam o mesmo bem jurídico: hierarquia e disciplina.

Com isso, observa-se que, ainda que *a priori*, o Supremo Tribunal Federal declarou a recepção da vedação legal para os crimes menos lesivos contra a hierarquia e a disciplina dentro da categoria criada pelo legislador – crimes mais graves contra estes princípios – deixando de analisar todo o

contexto normativo, que necessita do cuidadoso exame pelo órgão máximo.

Forçosa esta perquirição na medida que, investigando a *occasio legis* e a *vis legis*, adequar-se-á o Direito Penal Militar, de forma definitiva, aos princípios constitucionais de 1988, tornando-se importante precedente para a readequação de outros dispositivos obsoletos do Diploma, conforme a valiosa lição doutrinária do Douto Fernando Galvão Rocha:

O Direito Penal Militar, como qualquer outro ramo do Direito, **tem suas raízes legitimidade nas opções políticas expressas na Constituição.** A ideologia acolhida pela Constituição condiciona a atividade repressiva estatal, fixando com precisão seus limites e objetivos, de modo a estabelecer o alcance da intervenção punitiva e as modalidades em que se exercitará o *ius puniendi*. A força normativa da Constituição regula, em forma e conteúdo, a produção normativa infraconstitucional e os limites de atuação dos operadores do Direito. Como ponto central do sistema jurídico em vigor, a Constituição define os contornos da teoria que a sociedade espera venha regular a responsabilidade criminal e a aplicação da pena. A antiga questão do sentido e dos fins da pena, contextualizada nos princípios fundamentais do Estado Constitucional, deixa de ser um simples exercício filosófico para transformar-se em problema fundamental de legitimação do próprio Estado. **Por isso, a operação do Direito Penal Militar deve subordinar-se aos princípios fundamentais que emanam da carta constitucional.** A única leitura que o intérprete pode fazer da legislação repressiva militar é aquela que parte do texto fundamental para apurar o sentido das disposições infraconstitucionais. **Dessa forma, pode-se dizer que a Carta Magna define as bases de um modelo constitucional para a intervenção repressiva (responsabilização e aplicação da pena), o que implica a releitura das disposições legais para adequar-lhes ao sentido axiológico constitucional. No Estado Constitucional e Democrático de Direito, que foi estabelecido pela Constituição da República de 1988, não há espaços para um direito penal de índole meramente retributiva.** O castigo imposto pelo Direito Penal não constitui um fim em si, mas meio para a realização dos fins constitucionalmente assinalados ao Estado. (ROCHA, 2011, p. 613).

Neste contexto, com base no ilustre autor e nos julgados do Superior Tribunal Militar, sobressai a finalidade retributiva e preventiva geral

negativa da pena nos crimes graves contra a hierarquia e a disciplina, na medida em que institucionaliza o contra-ataque estatal para as violações cometidas e, “instrumentaliza o condenado, na medida em que serve ele de exemplo para coagir outras pessoas do corpo social com a ameaça de uma pena grave, implacável e da qual não se pode escapar” (MASSON, 2019, p. 453), a despeito do objetivo de ressocialização do militar.

Este Direito Penal Militar do terror e da vingança, que pairava no ano do advento do *Códex*, manifestado pela vedação do *sursis* nos classificados graves crimes contra a hierarquia e a disciplina, retira a dignidade da pessoa humana, já que objetifica o militar e o impede de se readequar aos valores da Caserna, fragilizados pelo cometimento de crime, uma vez que a aplicação de pena, por si só, não faz do agente infrator consciente de seus atos e propenso à mudanças significativas.

Além disso, constata-se a violação ao princípio da igualdade material, na medida em que, militares condenados a crimes muito mais graves e lesivos não apenas ao âmbito castrense, mas à toda a sociedade, como por exemplo os crimes de tráfico de drogas, concussão e corrupção podem receber o direito de suspensão condicional da pena, como se abstrai do julgado abaixo do Superior Tribunal de Justiça Militar, no julgamento do Habeas Corpus nº 7000601.64-2018.7.00.0000:

HABEAS CORPUS. PORTE DE ENTORPECENTE NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR (ART. 290 DO CPM). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITARES. DESNECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PROVISÓRIA. CONCESSÃO DA ORDEM. Superados os objetivos determinantes em razão dos quais se fundamentaram a Decisão impugnada, não mais se justificam as custódias dos Pacientes, para garantir a manutenção das normas ou dos princípios da hierarquia e da disciplina militares. **O delito pelo qual é acusado o Paciente, normalmente, permite que se responda ao processo em liberdade, e eventual pena a ser aplicada não importará privação de liberdade, uma vez que preenche os requisitos exigidos para a concessão do "sursis"**. Ordem concedida. Decisão por unanimidade. (BRASIL, 2018, grifos nossos).

A conjuntura também propicia a insegurança jurídica, uma vez que alguns órgãos julgadores, especialmente de primeira instância, felizmente vêm entendendo pela aplicabilidade do *sursis* nos crimes elencados pelo artigo 88, II, Código Castrense, afastando a vedação legal, contudo, nem sempre suas decisões são mantidas em instância superior²¹²².

Lado outro, o Tribunal do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Criminal nº 0380632-44.2014.8.19.001, manteve a decisão do juízo *a quo* de concessão do *sursis* pelo crime de recusa à obediência (artigo 163), representando o inegável avanço da ciência militar:

Corretamente, a sentenciante concedeu o *sursis*, nos moldes do 84 do CPM, pelo período de prova de dois anos, dado o quantum de pena aplicada e as circunstâncias do caso concreto, mediante o cumprimento de condições estabelecidas no Juízo da Execução. (RIO DE JANEIRO, 2017, p. 267).

Por fim, sob o viés criminológico, pode-se concluir pela ineficácia preventiva da vedação ao *sursis*, eis que a própria institucionalização da hierarquia e da disciplina como princípios basilares do exercício militar constrói legitimamente o controle social, de forma que os militares internalizam esses princípios como verdadeiros postulados morais, em que a sua violação acarretaria na desaprovação de todos os seus companheiros de farda e familiares, sanção social informal mais eficaz na prevenção do que a sanção jurídica, sobretudo se considerado que a mera vedação legal, pura e simples, não tem o poder de controlar o ânimo do agente infrator²³.

²¹ A exemplo do acórdão da Apelação nº 0000972-55.2014.9.13.0002 do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, em que fora cassada a decisão de concessão de *sursis* ao militar condenado por recusa de obediência (MINAS GERAIS, 2015, p. 03).

²² Igualmente, o acórdão da Apelação nº 000019-82.2015.7.10.0010 do Superior Tribunal Militar, em que também fora cassada a decisão do magistrado que concedeu o *sursis* ao militar condenado pelos crimes de desrespeito a superior e recusa de obediência (BRASIL, 2016, p. 14).

²³ A respeito das sanções sociais informais, leciona Luiz Regis Prado (2019, p. 222): “Tais sanções não são formais, já que, ao contrário das leis penais, não encontram sua origem em uma disposição legal, nem são impostas por autoridades públicas competentes, seguindo um procedimento previamente estabelecido pela lei. Fala-se, nesses casos, de sanções informais ou de controle social informal.”

Nesta esteira, “a existência do direito penal militar somente se justifica para a proteção de bens jurídicos penais militares e não para atender aos interesses ou necessidades das Forças Armadas por mais relevantes que sejam” (ALVES MARREIROS; ROCHA; FREITAS, 2015, p. 29), não subsistindo a justificativa de que é apenas com o recrudescimento das normas que se alcançará a coesão da tropa e satisfar-se-á a defesa da pátria.

Em verdade, o Direito Penal Militar deve adotar, definitivamente, a orientação constitucional na aplicação de suas normas, a fim de tutelar os bens jurídicos que são caros aos indivíduos enquanto integrantes de uma Corporação, sem olvidar do tratamento humano e digno que deve ser dispensado aos militares infratores, sobretudo se considerada a premente necessidade de se resgatar – de forma responsável – o agente que transgrediu os princípios mais básicos do exercício militar, a disciplina e a hierarquia, objetivo este inalcançável pela vedação ao *sursis* nestes crimes.

5 Considerações finais

A vedação da suspensão condicional da pena nos graves crimes contra a hierarquia e a disciplina possuía a *mens legis* de inibir com que os militares se rebelassem contra o Regime Militar, tendo a pena a finalidade de prevenção geral negativa e retributiva, institucionalizando o Direito Penal Militar do terror e da vingança.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 assentou em todo o ordenamento jurídico a observância obrigatória à dignidade da pessoa humana, a individualização e a humanidade da pena, a segurança jurídica e a igualdade material, sendo que tais princípios não podem ser preteridos sob qualquer argumento, eis que a dignidade do indivíduo deve ser o objetivo de todos os atos normativos.

Nesta esteira, o Constituinte também reafirmou a disciplina e a hierarquia como princípios das instituições militares, porém tal premissa não pode ser utilizada para a inobservância dos outros princípios dispostos pelo Constituinte, sobretudo se considerado que estes devem estar

presentes no ordenamento jurídico de forma harmônica, não justificando a alegação de que a vedação ao *sursis* decorre de interpretação lógica dos artigos 42 e 142 da Constituição Federal, pois assim, legitimar-se-ia a ofensa aos princípios mais caros ao seres humanos.

Outrossim, a falta de discussão acerca da não recepção da vedação legal pelos Tribunais Superiores contribui para a instabilidade social das corporações, tendo em vista que o flagrante desrespeito aos princípios constitucionais causa irresignação dos próprios militares e, consequentemente, o desprestígio das normas legais pelos seus integrantes.

Isto é, o Direito Penal Militar que visa a proteção dos direitos e das garantias fundamentais de seus militares, em consonância aos Direitos Humanos e apresentando-se como a *ultima ratio*, por meio da aplicação de sanção proporcional e razoável, não necessita da utilização de aparatos legais para a intimidação de seus militares, pois estes reconhecem e legitimam os seus postulados de hierarquia e disciplina para a continuidade do serviço militar.

Em razão disso, mister a interpretação constitucional pelos órgãos julgadores para que se afaste a vedação ao *sursis* nos graves crimes contra a honra e a disciplina militar, cumprindo a finalidade do Direito Penal Militar sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

Referências

ALVES MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BERTONCINI, Carla; CORRALES, Eluane de Lima. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da justiça restaurativa a partir do pensamento de Immanuel Kant. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.36, p.59-69, set/dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-04.pdf>>. Acesso em: 22 março 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. Vol. I. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001. Código Penal Militar. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 10 abril 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 10 abril 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**. Brasília, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 11 abril 2020.

BRASIL. Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1º de setembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5700.htm>. Acesso em: 11 abril 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 de setembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abril 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 495, de 28 de abril de 2016. **Diário Oficial da União**. Publicado em 02/05/2016. Edição 82. Seção 1. Página 40. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/22785957/do1-2016-05-02-portaria-n-495-de-28-de-abril-de-2016-22785887>. Acesso em: 20 abril 2020.

BRASIL. Ministro da Defesa. Regulamento Interno e dos Serviços Gerais nº 51/2003. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <<https://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/164/1/RISG.pdf>>. Acesso em: 25 março 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 19-82.2015.7.10.0010/CE. Relator Ministro José Barroso Filho, 15 mar. 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 abril 2016.

Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2015/50/10024717/10024717.pdf>>. Acesso em: 22 março 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000023-40.2007.7.12.0012. Relator Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo, 01 jul. 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 set. 2010. Disponível em: <https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=n%C3%BAmero+do+processo&q=0000023-40.2007.7.12.0012>. Acesso em: 22 março 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000058-06.2016.7.01.0201. Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira, 01 dez. 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 21 dez. 2016. Disponível em: <https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=n%C3%BAmero+do+processo&q=0000058-06.2016.7.01.0201>. Acesso em: 22 março 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000019-82.2015.7.10.0010. Relator Ministro José Barroso Filho, 15 mar. 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 05 abr. 2016. Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2015/50/10024717/10024717.pdf>>. Acesso em: 22 março 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Embargos de Declaração nº 0000125-57.2010.7.02.0102. Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira, 14 ago. 2012. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 set. 2012. Disponível em: <https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=n%C3%BAmero+do+processo&q=0000125-57.2010.7.02.0102>. Acesso em: 22 março 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 7000601-64.2018.7.00.0000. Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, 07 ago. 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 13 ago. 2018. Disponível em: <https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=n%C3%BAmero+do+processo&q=7000601-64.2018.7.00.0000>. Acesso em: 22 março 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. HC nº 97256. Relator Ministro AYRES BRITTO, 01 set. 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2653717>>. Acesso em: 22 março 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. HC nº 119567/RJ. Relator Ministro **Dias Toffoli, 22 maio 2014. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 out. 2014.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081643>>. Acesso em: 22 março 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar. Embargos Infringentes nº 0000077-96.2011.9.13.0003. Relator Juiz Cel. PM James Ferreira Santos, 07 ago. 2013. Diário Oficial de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG, 14 ago. 2013. Disponível em: <<http://restrito.tjmmg.jus.br/jurisprudencia/assets/pdfs/EI%20Proc.%20000007-7-96.2011.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2020.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHIRIO, Maud. **A política nos quartéis, Revoltas e protestos de oficiais na ditadura militar brasileira**. Zahar, 2012.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Processo Penal Militar: uma análise do ritual judiciário, disciplina e hierarquia**. Porto Alegre: 2006.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Coleção Sinopses Jurídicas; v. 24, t.1.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MADUREIRA, Thomaz Francisco. A Justiça Militar do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 34 n, 3, 1938. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65840>>. Acesso em: 11 abril 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LOUREIRO, Ythalo Frota. Princípios da hierarquia e da disciplina aplicados às instituições militares: uma abordagem hermenêutica. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará (ESMP). Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=85>>. Acesso em: 10 abril 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro:** Parte Geral, volume I. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, Terceira Câmara Criminal. Apelação nº 0380632-44.2014.8.19.0001. Relatora Desembargadora Suimei Meira Cavalieri, 28 set. 2017. **Diário Oficial do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, RJ, 04 out. 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000404D5135F2CD2E1E33F3E075C3483F720C5070A080B32&USER=>>>. Acesso em: 25 março 2020.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão. **Direito Militar:** doutrina e aplicações. São Paulo: Elsevier, 2011.

ROSSETO, Ênio Luiz. **Código penal militar comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal:** volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão**. p. 632, 2 v. Brasília: 2006. Disponível em: ><https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219><. Acesso em 18 mar. 2020.

Sobre os autores

Alessandra Mara de Freitas Silva é Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC e graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos. Possui MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas e LLM em Direito pela Fundação Getúlio Vargas. cursou duas disciplinas isoladas no Doutorado da PUC Minas. Atualmente exerce a função de Coordenadora Regional do Curso de Direito do Centro Universitário UNA MG-GO. É professora de Direito Administrativo e Constitucional no Centro Universitário UNA desde 2012, no Curso Superior de Tecnologia em Atividades de Polícia Ostensiva da Polícia Militar de Minas Gerais (desde 2014) e em diversos preparatórios para concursos (desde 2001). Foi relatora da Comissão de Ética da OAB no período de 2012 a 2015; foi Presidente da Escola Superior da OAB Contagem e foi Membro do Conselho Municipal de Ensino do Município de Contagem. Atuou como Diretora do Méritos - Curso Preparatório para concursos - entre 2005 e 2011 coordenando mais de 4.000 alunos. Foi coordenadora da Faculdade UNA de Contagem (2013-2017), do Centro Universitário UNA unidade Aimorés (2017-2019). Possui experiência em Gestão Educacional há 14 anos e experiência docente há 21 anos. É organizadora da Revista de Estudos Jurídicos da UNA.

Anna Gabriela Celestino Souza Januário é Graduada em Direito pela Faminas-BH. Servidora Pública na Assessoria Jurídica/SEPLAG. Pesquisadora em Direito.

Anne Vieira Teodorak Pego é Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMPMG). Pós-Graduada em Direito Penal pelo Damásio IBMEC. Graduada em Direito pela PUC Minas. Pesquisadora em Direito. Advogada.

Bianca Stephanie Martins Gandra Lamas é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito. Advogada.

Bruno Luiz Marques Rocha é Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisador em Direito. Advogado.

Cristian Kiefer da Silva é Pós-Doutor em Direito pela PUC Minas. Doutor em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialização em Direito Processual pelo CEAJUFE. Especialização em Direito Público pelo EBRADI. Graduado em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Graduado em Administração pela PUC Minas. Visiting

Scholar na Northeastern State University-EUA, na University of Tulsa-EUA e na Oklahoma State University-EUA. É Professor Adjunto da Escola de Direito do Centro Universitário UNA. É Professor da Escola de Direito da SKEMA Business School. É Professor Titular da Escola de Direito da Faculdade de Minas (Faminas-BH). É Professor da Pós-Graduação em Direito do Instituto Universitário Brasileiro (IUNIB). É Pesquisador voluntário no INSEPE (Instituto de Ensino, Pesquisa e Extensão). É membro associado e avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). É membro associado da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Participa com frequência de fóruns jurídicos, projetos e atividades acadêmicas relacionadas à organização de seminários, congressos, minicursos, grupos de estudo e pesquisa. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual e Teoria do Direito. Membro do corpo de avaliadores do MEC no BASIS/INEP.

Gabriela de Freitas Madureira é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito. Advogada.

Gabriela Santos Cecotti Da Fonseca é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito. Conciliadora.

Hebert Soares Leite é Mestre em Direito pela UFMG. Graduado em Direito pela UFMG. Defensor Público no Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal do Centro Universitário Newton Paiva.

Hugo Rios Bretas é Doutorando em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil. Graduado em Direito pela PUC Minas. Professor da Graduação e da Pós-graduação em Direito da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI). Coordenador da Pós-graduação em Direito Público, Constitucional e Ambiental e Professor da Graduação da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor do curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos. Professor dos cursos de MBA de Administração Pública do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC). Professor do curso de Pós-graduação do Instituto Doctum. Professor nos cursos preparatórios presenciais, a distância e de qualificação da Escola Superior dos Notários e Registradores de Minas Gerais, Associação dos Serventuários de Justiça de Minas Gerais. Parecerista da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Coordenador em 2010 e 2011 no Estado de Minas Gerais do grupo de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Advogado.

Iara Alves Etti Fróes é ex-coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Univértix. Mestre em Direito pela PUC-MG. Pós-graduada em Direito Público. Doutorado sanduíche pela Universität Vechta, Alemanha, orientada pelo Prof. Dr. Jean-Christophe Merle. Doutoranda pela PUC-MG. MBA em Gestão de Pessoas. Master Coach. Especialista em Ética. Advogada inscrita na OAB-MG sob o nº 105-858. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas. Professora Universitária.

Isabelle Aureliana Gomes é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito. Advogada.

Izadora Gracielle Almeida Torres é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito. Advogada.

Karoline Hellen Matos Silva é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito. Advogada.

Lorena Hermenegildo de Oliveira é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito.

Núbia Elizabette de Jesus Paula é Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas. Advogada especializada em Direito de Administrativo e Direito Civil. Sócia do escritório Bueno e Paula Advogados Associados. Professora no Centro Universitário Newton Paiva, na PUC Minas na Pós-Graduação em Direito Público - IEC/PUC MINAS e na Pós-Graduação da PUC-Minas Virtual, e também professora na Pós-Graduação do ESA/OAB. Professora no Supremo Concursos.

Omar Narciso Goulart Júnior é Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil pelo IEC-PUC/Minas. Graduado em Direito pela UFMG. Atualmente é Professor Titular do Centro Universitário de Sete Lagoas-Fundação Educacional Monsenhor Messias e do Curso de Direito Centro Universitário Newton Paiva.

Rafaela Oliveira Pontes é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

Stephanie Kristine Alves de Souza é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito. Advogada.

Sther Rocha Araújo Alexandre é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito. Advogada.

Thiago de Lima Soares é Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisador em Direito. Advogado.

Viviane Flávia de Resende é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora em Direito. Advogada.

Wesley Araújo Liberato é Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisador em Direito. Advogado.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org