

Fernanda Miler Lima Pinto
(Organizadora)

REFLEXÕES SOBRE
DIREITO E
SOCIEDADE:
fundamentos e práticas

3

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizadora

Prof.ª Ma. Fernanda Miler Lima Pinto

Capa

AYA Editora

Revisão

Os Autores

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chiroli

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.º Me. José Henrique de Goes

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Me. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Ma. Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

Prof.º Dr. Valdoir Pedro Wathier

Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional, FNDE

© 2022 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

R3326 Reflexões sobre direito e sociedade: fundamentos e práticas [recurso eletrônico]. / Fernanda Miler Lima Pinto (organizadora) -- Ponta Grossa: Aya, 2022. 316 p.
v.3

Inclui biografia
Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
ISBN: 978-65-5379-054-4
DOI: 10.47573/aya.5379.2.83

11. Direito. 2. Ética. 3. Prisão preventiva - Brasil. 4. Direito penal - Filosofia. 5. Defesa do consumidor - Legislação - Brasil. 6. Responsabilidade penal. 7. Direito penal. I. Pinto, Fernanda Miler Lima. II. Título
CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53
Fone: +55 42 3086-3131
E-mail: contato@ayaeditora.com.br
Site: <https://ayaeditora.com.br>
Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

Apresentação.....11

01

A Lei Complementar nº 140/2011 e as inovações em Competência Ambiental trazidas pela Lei Federal nº 14.285/202112

Márcio Teixeira Bittencourt
Peter Mann de Toledo
Gilberto de Miranda Rocha
Mário Vasconcellos Sobrinho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.1

02

As atribuições e competências do psicólogo na Vara da Infância e Juventude de Palmas-TO ...27

Arivandre Araújo Guimarães Tavares

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.2

03

Regressão cautelar de regime prisional: uma análise sobre a possível ocorrência de mitigação à princípios constitucionais45

Fabio Jose Furtado dos Remedios Kasahara

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.3

04

Temas de direitos fundamentais na obra ética prática de Peter Singer59

Albertinho Sousa da Mota

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.4

05

O código de defesa do consumidor e a tutela dos direitos dos consumidores idosos no âmbito dos empréstimos consignados.....75

Liakysu Michelton Costa de Morais
Sóstenes Wesley Mota Silva
Francisco Kenedy Quinderé Aquino
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.5

06

Levando os princípios a sério: uma abordagem lógico-argumentativa de distinção das normas jurídicas.....91

Fabrcício da Silva Raposo
Daniel Cardoso Gerhard

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.6

07

A evolução da lei dos crimes hediondos sob a análise da teoria do direito penal do inimigo de Gunther Jakobs106

Mateus Barbosa Rocha
Paula Assunção Freire
Hewldson Reis Madeira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.7

08

Aplicação do dolo eventual ou culpa consciente nos crimes de trânsito120

Cleyton Alves de Sousa
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.8

09

Meios alternativos de solução de conflitos: as inovações da Lei nº 14.112/2020, sob o crivo da Law and Economics.....136

Isabela Thawana Cardoso Sousa
Naara Alves Sousa
André Francisco Cantanhede de Menezes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.9

10

A ameaça sistêmica à etnia indígena “Guajajara” no Maranhão149

Marta Bethânia da Silva Santos Liberato
Francisco Kenedy Quinderé Aquino
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.10

11

Amparo legal para abandono afetivo inverso: cabe indenização moral?.....163

Bennet da Silva Ferreira
Karina Fernandes Silva
Elto Abreu da Silva
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.11

12

Entre defesas e acusações: os desafios de um futuro incerto ao Tribunal Penal Internacional....178

Fernanda Miler Lima Pinto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.12

13

Direito ao envelhecimento numa perspectiva de gênero190

Renata Maldonado Silveira Romão

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.13

14

Análise da (in)constitucionalidade do inquérito policial frente aos princípios do contraditório e ampla defesa.....199

Vinicius dos Santos Claro
Taylesson dos Santos Lima
Kamila Soares Leal
Elton Abreu da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.14

15

Alienação parental: circunstâncias, consequências e prevenção214

Maria Aparecida Silva Moura
Karla Késsia de Lima Pereira
Elto Abreu da Silva
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.15

16

A estrutura do sistema de justiça brasileiro e a implantação do Juiz de Garantias230

Patrick Pereira Machado
Marco Antônio Souza Arruda

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.16

17

A contribuição do núcleo de prática jurídica para a formação integral do bacharel em direito249

Robson de Carvalho Bezerra
João Victor Gonçalves Santos
Irineu Wagner Junior Valoeis
Kamila Soares Leal

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.17

18

Direito penal e segurança da informação: por uma teoria jurídica dos crimes informáticos à luz das ciências tecnológicas e economia política264

Divo Augusto P. A. Cavadas

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.18

19

Um pouquinho mais de Kelsen: alguns apontamentos sobre a interpretação na Teoria Pura do Direito274

Maria Aparecida Martins de Paula

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.19

20

Aspectos Jurídicos da Ação Rescisória – Prova Nova290

Luiz Felipe da Silva Lobato

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.20

21

Acordo de não persecução penal como alternativa ao não encarceramento301

Dilson da Silva Martins

Ana Pressília Silva Bandeira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.21

Organizadora312

Índice Remissivo313

Apresentação

Mais uma vez, em frutífera parceria com a Aya Editora, tenho o prazer de apresentar e organizar mais um volume da obra intitulada “Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas”. Nesse terceiro volume, seguindo os passos dos antecessores, contamos com a participação de diversos pesquisadores pelo Brasil afora que buscam contribuir para o debate entre o Direito e a Sociedade moderna.

Pensar o Direito em um mundo de constantes mudanças é um desafio, mas também uma conquista para aqueles que lutam por dias melhores. Nesse intuito, os trabalhos que compõem essa obra conseguem navegar por diversas áreas dos saberes e acessam temas muito caros para o mundo jurídico. Por essa razão, salienta-se a riqueza e a qualidade do trabalho aqui exposto que tem como escopo principal pensar acerca dos problemas e das possíveis soluções que nos envolvem na atualidade.

Destarte, os 21 (vinte e um) trabalhos que integram esse volume possuem os seguintes temas: Inovações em Matéria Ambiental da Lei Federal nº 14.285/2021; Psicologia e Direito das Crianças e dos Adolescentes; Regressão Cautelar de Regime Prisional; Direitos Fundamentais e a Ética em Peter Singer; Direito do Consumidor e os Empréstimos Consignados; Distinção de Normas Jurídicas em Ronald Dworkin; Crimes Hediondos e a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs; Dolo eventual ou Culpa Consciente nos Crimes de Trânsito; Meios Alternativos de Solução de Conflitos e a Teoria do Law and Economics; Direito dos Povos Originários; Abandono Afetivo Inverso; Acordo de Não Persecução Penal; Direito ao Envelhecimento; Inquérito Policial e os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa; Alienação Parental; Sistema de Justiça Brasileiro e o Juiz de Garantias; Educação Jurídica; Ação Rescisória; Direito Penal, Crimes Informáticos e Segurança da Informação; Reflexões acerca da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e Apontamentos acerca do Tribunal Penal Internacional.

Diante dessa breve exposição dos temas que compõem essa obra, pode-se perceber a qualidade e a dedicação na realização desse compêndio, que não se isola somente em assuntos prioritariamente jurídicos, mas que se dispõe a conversar com diversas áreas do saber. Aproveito essa ocasião para parabenizar os autores, aos quais se dispuseram a compartilhar todo conhecimento científico produzido, e também para agradecer-los como cidadã por estarem ativamente refletindo sobre problemas e soluções em nossa tão complexa sociedade.

Espero que de uma maneira ou de outra os leitores que tiverem a possibilidade de ler este volume, tenham a mesma satisfação que tive ao organizar, acompanhar e ler o conjunto dessa obra. Espero, muito honrosamente, vê-los no próximo volume!

Boa leitura e bons estudos!

Prof.^a Ma. Fernanda Miler Lima Pinto

A Lei Complementar nº 140/2011 e as inovações em Competência Ambiental trazidas pela Lei Federal nº 14.285/2021

Márcio Teixeira Bittencourt

Mestre e Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Gestão dos Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia (PPGEDAM) do Núcleo de Meio Ambiente da Universidade Federal do Pará (NUMA/UFPA). Especialista em Direito Agroambiental e Direito Minerário pelo Instituto de Ciências Jurídica da UFPA em Convênio com a Escola Superior da Magistratura do Pará. Juiz de Direito Titular do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Professor Voluntário IFPA-RADA.

Peter Mann de Toledo

Graduado no Curso de Licenciatura em Ciências Biológicas (UFPR). Mestre em Geociências (UFRS). Doutor em PhD In Geology (University of Colorado). Pesquisador Titular do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais-INPE/MCT. Professor orientador do Curso de Doutorado - NUMA-PPGEDAM.

Gilberto de Miranda Rocha

Doutor em Geografia Humana pela Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Geografia e Cartografia, do Programa de Pós-Graduação em Geografia (PPGEO) e do Programa de Pós-Graduação em Gestão dos Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia (PPGEDAM) da Universidade Federal do Pará

Mário Vasconcellos Sobrinho

Doutor em Estudos do Desenvolvimento pela Universidade de Wales Swansea. Professor do Programa de Pós-Graduação em Gestão dos Recursos Naturais e Desenvolvimento Local da Amazônia (PPGEDAM) da Universidade Federal do Pará e do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente da Universidade da Amazônia

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.1

RESUMO

O presente estudo apresenta uma análise crítica de pontos polêmicos e inovadores no modelo de gestão pública ambiental, especialmente no tocante às competências para licenciar, fiscalizar e julgar estabelecidas pela Lei nº 140/2011. Aborda ainda a fragilidade de que os entes públicos com competência originária deleguem as suas atribuições sem que os novos responsáveis tenham condições de exercê-la. Faz uma análise dos dispositivos legais concernentes à competência em matéria ambiental trazidas pela Lei Federal nº 14.285/2021. Por fim apresenta como solução a atuação de forma conjunta e ordenada entre os órgãos públicos e entidades relacionadas com a Justiça Ambiental, inclusive o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Lei complementar nº 140/2011. justiça ambiental. competências. atuação conjunta.

ABSTRACT

This estudo presents a critical analysis of controversial and innovative points in the environmental public management model, especially regarding the competences to license, inspect and judge established by Law nº 140/2011. It also addresses the fragility of public entities with original competence to delegate their attributions without the new responsible being able to exercise it. It makes an analysis of the legal provisions concerning the competence in environmental matters brought by Federal Law nº 14.285/2021. Finally, it presents as a solution the joint and orderly action between public agencies and entities related to Environmental Justice, including the Judiciary.

Keywords: Complementary Law nº 140/2011. environmental justice. competencies. joint action.

RESUMEN

Este estudio presenta un análisis crítico de puntos controvertidos e innovadores en el modelo de gestión pública ambiental, especialmente en lo que se refiere a las competencias de licenciar, inspeccionar y juzgar establecidas por la Ley nº 140/2011. También aborda la fragilidad de las entidades públicas con competencia original para delegar sus atribuciones sin que el nuevo responsable pueda ejercerla. Hace un análisis de las disposiciones legales relativas a la competencia en materia ambiental planteadas por la Ley Federal nº 14.285/2021. Finalmente, presenta como solución la actuación conjunta y ordenada entre los órganos y entidades públicas relacionadas con la Justicia Ambiental, incluido el Poder Judicial.

Palabras clave: Ley Complementaria nº 140/2011, Justicia Ambiental, Competencias, Acción Conjunta.

INTRODUÇÃO

O modelo de gestão ambiental brasileiro tem evoluído cada vez mais para uma responsabilização pela execução das políticas públicas ambientais pelos Municípios.

Cada vez mais a União e os Estados limitam-se a legislar sobre os temas ambientais construindo obrigações e responsabilidades para os Municípios.

O artigo apresenta a análise crítica e polêmica no modelo de gestão pública ambiental, especialmente no tocante às competências para licenciar, fiscalizar e julgar estabelecidas pela Lei nº 140/2011. Aborda ainda a fragilidade de que os entes públicos com competência originária deleguem as suas atribuições sem que os novos responsáveis tenham condições de exercê-la. Faz uma análise dos dispositivos legais concernentes à competência em matéria ambiental trazidas pela Lei Federal nº 14.285/2021 comparando com a transferência da responsabilização em futuros desastres naturais. Por fim apresenta como solução a atuação de forma conjunta e ordenada entre os órgãos públicos e entidades relacionadas com a Justiça Ambiental, inclusive o Poder Judiciário.

A LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011 E A COMPETÊNCIA COMUM AMBIENTAL

A lei aborda o exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, nas esferas do Poder Público Municipal, Estadual e Federal.

A Lei complementar nº 140/2011 pode ser considerada como o novo modelo de gestão ambiental baseado principalmente na descentralização, inclusive ampliando a competência em matéria ambiental, em especial no âmbito do Município e possibilitando a delegação de competência entre os entes federados.

A constituição Federal de 1988 definiu segundo o art.23 que, “é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, entre outros aspectos proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” e estabelecia que dependeria de regulamentação por lei complementar para definir o que seria de competência de cada ente envolvido.

O CONAMA na tentativa de definir as competências de cada um dos entes envolvidos emitiu a Resolução CONAMA 237/97, trazendo em síntese que o licenciamento ambiental deveria ser efetuado baseando-se no impacto local, deixando-se de lado teorias que queriam que, mesmo se desse segundo a dominialidade do bem. Este entendimento era extremamente discriminatório para com os Municípios, pois poucos ou nenhum bem, obra ou serviço licenciável, o era de domínio do Município.

A Lei Complementar 140/2011, a qual regulamentou as ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, teve sua vigência e aplicabilidade imediata, a partir de 9 de dezembro de 2011, cabendo aos Municípios o licenciamento ambiental das atividades de impacto

local conforme definido no artigo 9º. No entanto, ocorreu a ampliação da competência municipal em matéria ambiental, senão vejamos alguns casos.

Art. 9º São ações administrativas dos Municípios: XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos: a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); XV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, aprovar: a) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em florestas públicas municipais e unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); e b) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em empreendimentos licenciados ou autorizados, ambientalmente, pelo Município.

Dos trechos acima transcritos, constata-se a “nova” competência trazida aos Municípios, no tocante à aprovação de manejo, e a supressão de vegetação e de florestas.

A atuação dos entes federados nos termos dos incisos III, VI e VIII e do parágrafo único do Art.23 da Constituição Federal de 1988, dar-se-á de forma cooperada. A definição está clara na Lei Complementar onde a competência de cada ente, de forma clara e inequívoca é estabelecida.

Importante mencionar que na relação dos Estados, ou de alguns Estados, onde os Municípios eram submetidos a exigências de delegação, habilitação e/ou qualificação do ente municipal para exercer o direito constitucional de licenciar as atividades e empreendimentos de impacto local. No entanto, com o advento da LC nº 140/2011, pode o Município, iniciar imediatamente a exercer seu direito não dependendo de qualquer tipo de transferência, delegação, qualificação ou habilitação e muito menos se submetendo à assinatura de convênio.

Saliente-se que, o ente municipal pode fazê-lo, mas deve estar preparado para tal e muitos dos Municípios do nosso país o estão. Estes, não estavam licenciando, por terem tido postergado sua intenção, decorrente de exigências dos Estados que, na sua maioria, mas com exceções, preferiam centralizar o licenciamento na esfera estadual.

Como se sabe, o texto constitucional, especificamente no seu artigo 23, em seus incisos III, VI e VII, estabelece que a competência para proteger o meio ambiente é comum a todos os entes da federação. Desta feita, subentende-se que a sobredita Lei Complementar não teria o condão de retirar, de qualquer ente, sua competência de fiscalização. Tanto que o parágrafo único do artigo 23 da Magna Carta, autorizador da referida Lei Complementar, alude que a lei complementar se presta a criar regras de cooperação entre os entes federados, o que, em última análise, se presta à escoreita aplicação dos recursos públicos em prol do meio ambiente.

Em seu art.5º, a LC 140/2011 possibilita ainda a delegação da execução das ações administrativas ligadas à proteção do meio ambiente, por meio de convênio. Veja-se o teor do art.5º da Lei Complementar nº140, de 08 de dezembro de 2011: “Art. 5º. O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a

executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente.”

Assim, diferentemente da fiscalização, que continua a ser de competência comum independentemente da promulgação e vigência da tão aguardada Lei Complementar 140/2011, a competência para o licenciamento, justamente com o nascimento da estudada lei, se traduz num único nível de competência. A teor do que aludem os artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 13 da Lei Complementar em questão, verifica-se, que agora, o licenciamento é realizado por um único nível de competência. Tal competência, repisa-se, única, é determinada, sobretudo, pelo critério espacial, ou seja, tratando-se de matéria local, a competência para licenciar será do Município (artigo 9º, XIV, “a”); a microrregional está a cargo do Estado (artigo 8º, XIV); e a supra estadual passa a ser da União (artigo 7º, XIV, “e”).

A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2013 E OS CONVÊNIOS DE DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA NO ESTADO DO PARÁ.

A Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Pará, por meio da Instrução Normativa nº 05/2013, datada de 05 de junho de 2013, regulamentou os procedimentos para celebração de Convênio de Delegação de Competência para o Licenciamento Ambiental entre a Secretaria de Estado de Meio Ambiente – SEMA e os Municípios do Estado do Pará.

Apresentou como justificativa, o referido instrumento legal, que é competência comum da União, do Estado do Pará e de seus Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, bem como preservar as florestas, a fauna e a flora, nos termos do Art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal de 1988, regulamentados pela Lei Complementar no. 140/2011 e diante da necessidade de fortalecer o Sistema Estadual do Meio Ambiente – SISEMA no Estado do Pará, através da gestão ambiental compartilhada, nos termos da legislação em vigor. Ressaltando ainda a necessidade de que os Municípios estejam aptos ao desempenho das ações voltadas ao licenciamento e à fiscalização das atividades de impacto local e daquelas recebidas por delegação.

O Licenciamento Municipal é um instrumento de política e gestão ambiental, de caráter preventivo, composto por um conjunto de leis, normas técnicas e procedimentos administrativos, que define as obrigações e responsabilidades do poder público e dos empreendedores, com vistas à autorização para implantar, ampliar ou iniciar a operação de empreendimento potencialmente poluidor. Por isto a importância dos municípios terem em suas mãos e controle esta “obrigação” tão importante para os rumos do município.

O Conselho Estadual do Meio Ambiente – COEMA, publicou a Resolução nº 116/2014, datada de 03 de julho de 2014, com a justificativa legal do artigo 6º da Resolução CONAMA nº 237/1997, no que concerne a competência do órgão ambiental municipal para o licenciamento de empreendimentos e atividades de impacto local, ou de outros que lhe forem delegadas por instrumento legal ou convênio, definiu expressamente as atividades de impacto ambiental local, referente às tipologias aplicáveis, com critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade.

O artigo primeiro da resolução teve o grande desafio de conceituar o que seria impacto ambiental local, senão vejamos: Art. 1º. Para os efeitos desta Resolução, considera-se impacto ambiental local qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio am-

biente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente, a qualidade dos recursos ambientais, dentro dos limites do Município. Conceito que merece crítica partindo do pressuposto literal uma vez que, com a exceção do Distrito Federal, todos os outros locais do país estarão dentro dos limites de algum Município, ou seja, todos os impactos seriam locais.

Mas não deixa de ser o objeto uma vez que também restou contemplado no instrumento normativo a possibilidade para o licenciamento de atividades ou empreendimentos de impacto ambiental local em Unidades de Conservação Estadual ou Federal. Ressaltando apenas a necessidade de consulta aos órgãos competentes da União e do Estado. Ou seja, a Governança Ambiental pretende ampliar ao máximo as competências e atribuições do Poder Público local no tocante aos impactos ambientais. Para tal o conceito de impacto local foi ampliado, ou seja, mais uma vez pretende-se transferir para o âmbito local as responsabilidades em relação aos conflitos ambientais e socioambientais, inicialmente sem qualquer tipo de estruturação das Secretarias Municipais de Meio Ambiente.

Importante ressaltar que o dispositivo legal trouxe em suas considerações de justificativas que é competência comum da União, do Estado do Pará e de seus Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, bem como preservar as florestas, a fauna e a flora, nos termos do Art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal de 1988, regulamentados pela Lei Complementar no. 140/2011. Assim estamos diante de um exercício de competência comum ambiental no qual cada vez mais a União e os Estados limitam-se a legislar e os Municípios ficam a responsabilidade de execução das políticas públicas ambientais. O pior é que quando ocorrem os desastres ambientais, pelo conteúdo normativo sempre haverá omissão por parte do Poder Público Municipal.

A Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente (ASIBAMA), considera que o Meio Ambiente ficou menos protegido com o estabelecimento de competências ambientais privativas para estados, DF e municípios, uma vez que a maioria deles não está preparada para tais ações, e a União estaria impedida de agir, pois teria perdido essas atribuições com a promulgação da lei complementar. A associação sustenta que a atuação do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) permitia à União atuar em qualquer hipótese quando a legislação ambiental não era cumprida e que, agora, a limitação das competências ambientais dos entes federativos dificultam a atuação da União em um cenário em que os demais órgãos ambientais carecem de infraestrutura adequada.

Razão pela qual ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4757) contra a Lei Complementar 140/2011, além dos argumentos acima, a associação acredita que a LC 140/2011 agride violentamente o princípio e o dever constitucional da cooperação quando, em vários dispositivos, isola, limita e segrega competências ambientais de fiscalização.

A ADI 4757 ainda não foi julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal:

Importante transcrever um trecho do Parecer Final apresentado pelo então Procuradora Geral da República em 03 de dezembro de 2018.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AMBIENTAL. LEI COMPLEMENTAR 140/2011. REGULAMENTAÇÃO DA COMPETÊNCIA COMUM PARA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA DO SENADO FEDERAL DE CARÁTER REDACIONAL. DEFINIÇÃO POR LEI DAS ATRIBUIÇÕES DE CADA ESFERA POLÍTICA NO ÂMBITO DO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA COMUM. Embora no julgamento indicado tenha sido analisada norma sobre a utilização de produto danoso ao meio ambiente, tema diverso do que está em exame nessa ação direta, é possível aplicar o entendimento no sentido de que o princípio da vedação da proteção deficiente impõe medidas que promovam efetiva e suficientemente a proteção do meio ambiente, proibindo a norma que não siga essa orientação. Assim, deve ser conferida interpretação conforme à Constituição no sentido de que apenas deve prevalecer o auto de infração lavrado pelo órgão que detenha originalmente a atribuição para o licenciamento caso esse tenha possibilidade real de impedir ou fazer cessar o dano. III Pelo exposto, opina a Procuradora-Geral da República pela procedência parcial do pedido. (STF,2018).

Assim, a constitucionalidade das delegações de competências ainda não foi analisada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e o Parecer Final é pela procedência parcial do pedido.

A LEI FEDERAL Nº 14.285, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2021 E AMPLIAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES LOCAIS.

A Lei Federal nº 14.285/2021, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, 11.952, de 25 de junho de 2009, que dispõe sobre regularização fundiária em terras da União, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, para dispor sobre as áreas de preservação permanente no entorno de cursos d'água em áreas urbanas consolidadas.

A transferência da competência em relação aos desastres naturais da União e dos Estados para Municípios é uma violação de direitos humanos. A União em recente alteração legislativa Lei Federal nº 14.285, de 29 de dezembro de 2021 utilizou de um instrumento normativo muito simples, mas de grande impacto para os Municípios (BRASIL, 2021), razão pela qual o instrumento normativo será analisado de forma sistemática.

As inovações normativas trouxeram ainda mais responsabilidades para os Municípios, transferindo para os Municípios a responsabilidade pela elaboração dos estudos de diagnósticos socioambiental das Áreas de Preservação Permanentes Urbanas, razão pela qual faremos a transcrição com a destaque dos trechos que transferiram ainda mais responsabilidades para as Prefeituras Municipais.

Art. 3º O art. 22 da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte § 5º: § 5º Os limites das **áreas de preservação permanente marginais de qualquer curso d'água natural em área urbana serão determinados nos planos diretores e nas leis municipais de uso do solo, ouvidos os conselhos estaduais e municipais de meio ambiente.** (NR)

Art. 4º O art. 4º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, passa a vigorar com as seguintes alterações:

III-B - ao longo das águas correntes e dormentes, as áreas de faixas não edificáveis **deverão respeitar a lei municipal ou distrital que aprovar o instrumento de planejamento territorial e que definir e regulamentar a largura das faixas marginais de cursos d'água naturais em área urbana consolidada, nos termos da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**, com obrigatoriedade de reserva de uma faixa não edificável para cada trecho de margem, indicada em **diagnóstico socioambiental elaborado pelo Município**;

Foram alteradas as legislações gerais sobre a proteção da vegetação nativa (Lei Federal 12.651, de 25 de maio de 2012), sobre regularização fundiária em terras da União (Lei Federal nº 11.952, de 25 de junho de 2009) e sobre o parcelamento do solo urbano, para dispor sobre as áreas de preservação permanente no entorno de cursos d'água em áreas urbanas consolidadas. (Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979).

O dispositivo normativo considerou que sua finalidade era aprimorar conceitos tais como de áreas urbanas consolidadas. A grande alteração no Código Florestal aos critérios para uma área urbana ser considerada consolidada. Os critérios de escolha área urbana consolidada, as alterações do artigo 3º, inciso XXVI:

ÁREA URBANA CONSOLIDADA: CRITÉRIOS: a) estar incluída no perímetro urbano ou em zona urbana pelo PLANO DIRETOR ou por lei municipal específica; b) dispor de SISTEMA VIÁRIO implantado; c) estar organizada em QUADRAS E LOTES predominantemente EDIFICADOS; d) - USO PREDOMINANTEMENTE URBANO: edificações residenciais, edificações comerciais; edificações industriais; edificações institucionais; edificações mistas; edificações direcionadas à prestação de serviços; e) - APENAS DOIS EQUIPAMENTOS DE INFRAESTRUTURA URBANA IMPLANTADOS: drenagem de águas pluviais; esgotamento sanitário; abastecimento de água potável; distribuição de energia elétrica e iluminação pública e limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos;

A COMPETÊNCIA EM DESASTRES AMBIENTAIS NÃO É SÓ DOS MUNICÍPIOS

No plano constitucional o planejamento contra calamidades públicas e desastres ambientais cabe à União (Artigo 21, XVIII), ao passo que o planejamento territorial urbano aos Municípios (Artigo 30, VIII e Artigo 182). No entanto, o combate a fatores que contribuem para o desencadeamento de desastres, tais como a degradação ambiental, e a gestão dos desastres e de suas prevenções encontram-se elencadas nas competências comuns (Artigo 23, VI, VII e IX). (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

A Lei Federal nº 6.938/1981, também contempla o importante instrumento de prevenção de riscos que são os licenciamentos ambientais, proibindo as ocupações em áreas de risco de desastre. A Lei da Regularização Fundiária Urbana, dispõe em seu artigo 39 como condição para que seja aprovada a Reurb de núcleos urbanos informais, ou de parcela deles, situados em áreas de riscos geotécnicos, de inundações ou de outros riscos especificados em lei, estudos técnicos deverão ser realizados, a fim de examinar a possibilidade de eliminação, de correção ou de administração de riscos na parcela por eles afetada.

São fixadas nos parágrafos que é condição indispensável à aprovação da Reurb a implantação das medidas indicadas nos estudos técnicos realizados. E na Reurb-S que envolva áreas de riscos que não comportem eliminação, correção ou administração, os Municípios deverão proceder à realocação dos ocupantes do núcleo urbano informal a ser regularizado.

De forma específica a Lei do Parcelamento do Solo Urbano Lei Federal nº 6766/1979, prevê quais áreas não podem ser ocupadas: os terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas, os terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação. Ou seja, prevê expressamente a exclusão das áreas de risco da ocupação urbana. (BRASIL, 1979)

Outro instrumento legal importantíssimo para a prevenção das catástrofes é o Zoneamento Ambiental, previsto na Lei Federal nº 6.938/1981 e regulamentado pelo Decreto Federal nº 4.297/2012 que criou o Zoneamento Ecológico-Econômico, uma vez têm por finalidade promover o planejamento do uso do solo urbano e rural e orientar a implantação de programas, projetos, obras, atividades públicas e privadas no que diz respeito à sustentabilidade ecológica.

A Lei Federal nº 13.465/2017, instituiu em território nacional, normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), tendo sido regulamentada pelos Decretos Federais nº 9.310/2018 e nº 9.597/2018. Mesmo assim a grande crítica é o fato de não serem autoaplicáveis, ou seja, prescindindo de normas estaduais e também municipais.

As políticas públicas de Regularização Fundiária Urbana ainda não estão implementadas sendo imprescindíveis a aprovação do Decreto Estadual de regulamentação e que os Municípios aprovelem os normativos municipais, levando em consideração a problemática local, em especial no tocante aos imóveis que pertencem à União, sob a gestão da Superintendência do Patrimônio da União, sempre com ênfase na prevenção dos desastres naturais.

ESTUDO DE CASO: O MUNICÍPIO DE ALMEIRIM E O MOSAICO DA CALHA NORTE: ESTADO DO PARÁ

Sob o referido enfoque é importante fazer um análise da situação das entidades que compõem o sistema de Gestão Pública Ambiental ao Município de Almeirim no Estado do Pará.

A Comarca de Almeirim, que faz divisa com o Suriname e com o Estado do Amapá, ficando próximo à divisa com a Guiana Francesa, conta com várias peculiaridades, dentre as quais vasta extensão territorial, dispondo de uma área de 72.960,274 km², dividida em 121 (cento e vinte e uma) comunidades, ou seja, o Município de Almeirim é maior do que vários Estados brasileiros e da mesma forma maior do que vários países, conforme depreende-se da tabela comparativa.

Para fins de ilustrar as dimensões territoriais do Municípios consideramos importante apresentar uma comparação envolvendo outros Estados Brasileiros e até mesmo alguns países, senão vejamos: o Município de Almeirim é muito maior do que os Estados do Rio de Janeiro, Paraíba, Rio Grande do Norte, bem como muito maior do que a Bélgica e Dinamarca.

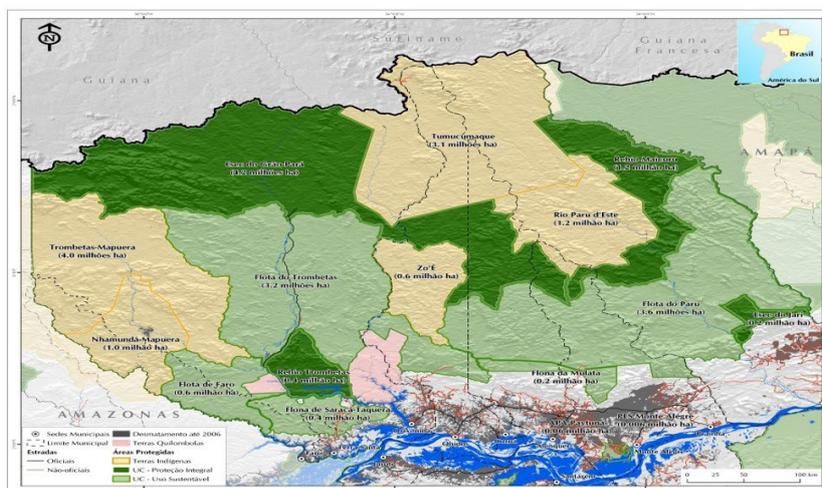
No referido município existem várias unidades de conservação dentre as quais destacamos: Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque; Terra Indígena Tumucumaque; Terra Indígena Rio Parú'Deste; Estação Ecológico do Jarí; Floresta Estadual do Parú – FLOTA/Parú, Rebio Maicuru.

Conforme demonstrado na tabela acima o Município de Almeirim além da grande extensão territorial foi contemplado com uma série de unidades de conservação as quais estão subdivididas em Unidades de Conservação de Uso Integral, Unidades de Conservação de Uso Sustentável e Terras Indígenas.

No Município de Almeirim também ocorreu a federalização do território amazônico paraense. Apenas as terras indígenas e a unidade de conservação federal somam-se 2.673.702,80 ha. No entanto, as Unidades de Conservação sob a gestão da Secretaria Estadual de Meio Am-

biente do Pará também apresentam uma considerável extensão territorial. A Reserva Biológica ReBio Maicuru e a Flota Parú somam-se 3.193.052,5. No referido município existem várias unidades de conservação dentre as quais destacam-se: Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque (parte); Terra Indígena Tumucumaque; Terra Indígena Rio Parú/Deste; Estação Ecológica do Jarí; Reserva Biológica Maicuru, Floresta Estadual do Parú – FLOTA/Parú, assim distribuídos.

Figura 01 - Unidades de Conservação



Fonte: Secretaria Estadual de Meio Ambiente do Estado do Pará, 2014.

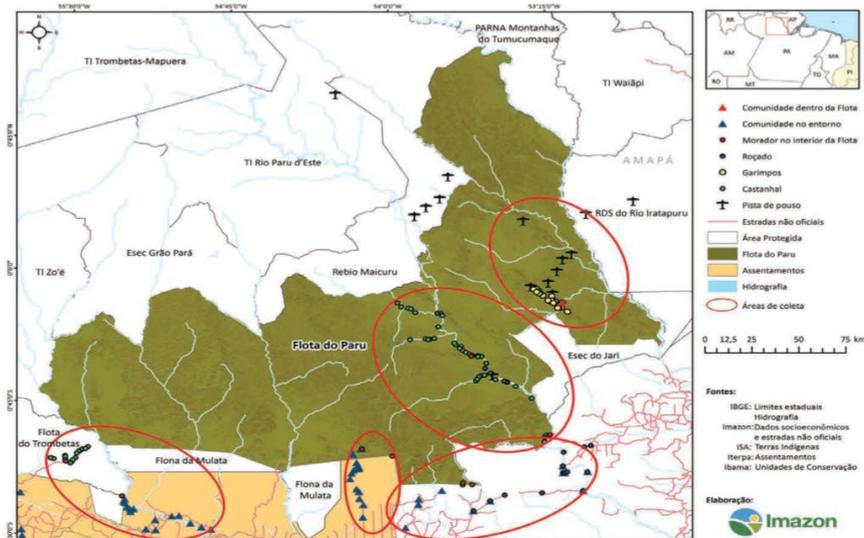
As unidades de conservação e as terras indígenas localizadas no Município de Almeirim estão inseridas no Mosaico de Unidades de Conservação da Calha Norte do Rio Amazonas. Destaca-se que parte do Parque Nacional Montanhas do Tumucumaque encontra-se inserido no Município de Almeirim sobrepondo-se a outras unidades de conservação, configurando assim uma concretização do mosaico exatamente nas proximidades das divisas entre o Brasil-Suriname-Guiana Francesa.

Aliado à complexidade de acesso as Unidades de Conservação mais distantes, uma vez que com exceção da Reserva Ecológica do Jarí todas as outras o acesso é possível apenas por via aérea, com aviões de pequeno porte monomotor ou bimotor. Mesmo que a região seja entrecortada por rios, existem várias quedas de d'água e montanhas uma vez tratar-se da zona de influência do planalto das Guianas. Tal situação torna a navegabilidade inviável uma vez que seria necessário transportar a embarcação para fora da água e transpor cada uma das cachoeiras.

Para gerir a imensa área o Poder Executivo, em seus três níveis, não dispõe de condições mínimas para fazer cessar a destruição.

Mesmo que tenham sido criadas as Unidades de Conservação e as Terras Indígenas, diante das peculiaridades mencionadas a complexidade da gestão esta longe de ser superada. Trazemos como exemplo a Floresta Estadual Paru – FLOTA PARU. A qual encontra-se ocupada por garimpos clandestinos e suas respectivas pistas também clandestinas.

Figura 02 – FLOTA PARU (Garimpos e Pistas Clandestinas)



Fonte: Plano de Manejo da Floresta Estadual do Paru, 2010 - Imazon

A Flota Paru possui um território de 3.612.914,00 hectares, abrangendo parte dos municípios de Almeirim, Monte Alegre, Alenquer, Óbidos e Prainha. A Flota foi criada em 04 de dezembro de 2006 através do Decreto Estadual nº 2.608/2006. Ainda no ano de 2010, conforme data em que foi realizado o Plano de Manejo apenas na Flota Paru havia a presença de mais de 10 (dez) garimpos clandestinos e mais de 08 (oito) pistas de pouso clandestinas.

Não há como deixar de mencionar as graves conseqüências da presença dos garimpos clandestinos. Antes de mais nada, diante da clandestinidade não são utilizadas quaisquer tipos de técnicas para minimizar os danos ambientais. Muito pelo contrário o mercúrio e outras substâncias poluentes são despejados diretamente nos rios.

Em cada garimpo clandestino são construídas pistas de pouso para aviões de pequeno porte também clandestinas, sendo assim a principal rota de acesso aos garimpos clandestinos. Quando pelo meio fluvial o deslocamento inicia junto ao Rio Jari local denominado Porto do Sa-bão. No entanto em virtude das quedas d'água exatamente na depressão onde fica localizado a Estação Ecológica do Jari é considerado o portal de entrada na região dos garimpos clandestinos da Flota Paru. Considerando que são várias as pistas de pouso envolvendo uma região de fronteiras, inclusive internacionais, não há óbice em que as pistas sejam utilizadas além do tráficos de ouro e pedras preciosas, mas também de armas, drogas e seres humanos.

Em um garimpo clandestino são violados os princípios da dignidade humana. O trabalho é em condição análogo ao de escravo. Diante da necessidade de que sejam atendidas as necessidades fisiológicas da grande maioria de garimpeiros do sexo masculino mulheres são traficadas para os garimpos. Uma vez nos garimpos não há como escapar. A única alternativa é por meio aéreo. Ou seja, tanto o garimpeiro aventureiro, quanto aqueles que querem prostituir-se vão para os garimpos mas sabem se conseguiram retornar com vida.

Ainda mais diante das condições sanitárias dos garimpos. Os moradores dos garimpos estão expostos a várias doenças tropicais, em especial a Malária e a Dengue. Da mesma forma são considerados como mais vulneráveis em relação às doenças sexualmente transmissíveis.

Mesmo diante de tantos problemas a FLOTA PARU foi implementada a concessão flo-

restal na Floresta Estadual do Paru foi a segunda concessão florestal do Estado do Pará. O edital de licitação disponibilizou 434.708 hectares de floresta, em nove unidades de manejo (UMFs), abrangendo os municípios de Almeirim e Monte Alegre, na região do Baixo Amazonas, Calha Norte do Pará. Sendo que, apenas seis UMFs, um total de 326.184 hectares, foram arrecadadas no processo licitatório.

A grande dificuldade tanto para o órgão ambiental quanto para os empreendedores será executar a concessão florestal em um território onde existe tamanha omissão no tocante aos garimpos clandestinos e suas consequências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concessão florestal é um dos principais instrumentos estabelecidos na Lei de Gestão de Florestas Públicas, Lei 11.284/2006, que traz a concessão florestal como uma das modalidades de gestão, que de forma onerosa dá o direito a empresa de explorar sustentavelmente os produtos e serviços florestais, gerando arrecadação para o Estado e Municípios e trazendo benefícios principalmente as populações tradicionais. Essa arrecadação gerada pela concessão florestal será gerida pelo Fundeflor, sendo este fundo o responsável pela distribuição do recurso para o Estado, Municípios e para apoio a projetos que diversifique e dinamize as atividades sustentáveis de base florestal no Estado do Pará.

O grande desafio no modelo de gestão ambiental está na atuação conjunta e coordenada entre os órgãos públicos que atuam diretamente com as questões ambientais, no Estado do Pará, destaca-se o ICMBio, o IBAMA, a SEMAS (Estadual) e as SEMMA (Municipais), ainda mais na presente composição territorial onde as unidades de conservação formam um mosaico.

Por mais que as matérias relacionadas à delimitação das RESEX sejam de competência da Justiça Federal, uma vez que se tratam de áreas federais, e o órgão de fiscalização responsável é o Instituto Chico Mendes de Biodiversidade – ICMBio, os conflitos agroambientais e possessórios entre as populações tradicionais não indígenas e “grilheiros”, serão submetidos às Varas Especializadas, especialmente nas Comarcas que não haja representação da Justiça Federal.

Durante a atuação no Juizado Especial Ambiental na Comarca de Altamira, no ano de 2010 foi realizada a Semana do Meio Ambiente durante o período de 07 a 11 de junho. O Juizado do Meio Ambiente convidou a Promotoria de Justiça Especializada em Meio Ambiente e Agrário para a realização conjunta da semana do Meio Ambiente.

Durante o referido período foram realizadas aproximadamente 100 audiências relacionadas à crimes ambientais. A atuação dos órgãos ambientais deu-se da seguinte forma: Enquanto os autores dos crimes ambientais aguardavam as audiências assistiam a vídeos, recebiam cartilhas e eram orientados pelos analistas ambientais no tocante à defesa do Meio Ambiente e a não praticar crimes ambientais.

No tocante à recomposição dos danos ambientais os órgãos ambientais apresentavam projetos e ações que estavam em andamentos e as penalidades eram destinadas a recomposição dos danos ambientais. Por exemplo, o Projeto de Arborização. Muitos autores dos crimes ambientais tiveram que doar várias quantidades de mudas e outros tiveram que participar dos trabalhos nos viveiros e alguns a plantarem as árvores.

Para tal, é importante citar relação entre os órgãos ambientais e o Poder Judiciário. Sempre que um órgão ambiental, dentro da sua atuação fiscalizatória exerce o seu poder de polícia e pratica uma autuação inicia-se uma relação jurídica com três grandes desdobramentos, sendo nas esferas administrativas, cíveis e criminais.

Na esfera administrativa o autuado deverá defender-se junto ao órgão fiscalizador valendo-se do processo administrativo. No entanto o auto de infração com a respectiva documentação deverá encaminhada para o Ministério Público e também para o Poder Judiciário.

Nos casos dos crimes previstos na Lei de Crimes Ambientais 9.605/98, em sendo os tipos penais considerados de menor potencial ofensivo adota-se o rito da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais, sendo designada audiência preliminar para fins da proposta de transação penal, na qual necessariamente deverá constar a recomposição dos danos ambientais causados. Em se tratando de tipos peais com penas superiores a dois anos, o titular da ação penal deverá oferecer denúncia aplicando as regras do Código de Processo Penal.

Na esfera cível, tanto o Ministério Público, quanto qualquer pessoa que tenha sido prejudicada direta ou indireta pelos danos ambientais poderá propor ações judiciais cíveis para fins de recomposição civil dos danos e indenização inclusive sobre as perdas e danos e lucros cessantes e até mesmo danos morais.

Ou seja, um auto de infração pela prática de um crime ambiental poderá originar até mesmo três processos junto ao Poder Judiciário: 1) – Administrativo. Ex: Processo Judicial no qual a parte autuada objetiva a anulação do auto de infração por não ter sido atendidos os requisitos legais. 2) – Criminal. Ex: Lei de Crimes Ambientais/Lei nº 9.099/95 – Juizados Especiais (Crimes de Menor Potencial Ofensivo) e 3) – Civil – Ex: ações judiciais cíveis para fins de recomposição civil dos danos e indenização.

Da mesma forma, caso os fatos sejam apurados pelas Polícias Judiciárias Federal e ou Estadual, Boletins de Ocorrências, Termos Circunstanciados e os Inquéritos Policiais terão por consequências processos criminais e cíveis.

Ou seja, a atuação dos órgãos relacionados à Gestão Ambiental, as Polícias Federal e Civil e o Ministério Público terão por consequência processos judiciais nas áreas criminais, cíveis e administrativas.

Razão pela qual, o grande desafio no tocante à gestão ambiental encontra-se em todas as esferas e poderes não apenas no âmbito Municipal, mas também no Estadual e Federal, Ministério Público e Poder Judiciário. De toda forma, é imprescindível a atuação conjunta e cooperada entre os órgãos e entidades, inclusive deixando de lado entraves políticos partidários.

Com a efetivação da descentralização haverá um aumento considerável da demanda junto ao Poder Executivo Municipal no tocante às ações relacionadas à matéria ambiental, o que trará reflexos imediatos junto ao Poder Judiciário local. A descentralização do modelo de gestão ambiental concretizada pela Lei Complementar nº 140/2011, é uma grande justificativa para que haja a descentralização da Justiça Ambiental no âmbito do Poder Judiciário com a instalação de Varas Especializadas em matéria ambiental.

O Sistema de Justiça Ambiental deve estar comprometido com os novos reclamos da sociedade contemporânea, deve buscar no cotidiano de sua atuação, ampliar os mecanismos de

acesso ao pleno desenvolvimento humano, conferindo especial proteção aos direitos fundamentais (sociais e individuais), previstos pela nossa Constituição explícita ou implicitamente (meio ambiente, alimento/salário, moradia, educação, saúde, emprego e outros).

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 15ª Edição. São Paulo. Editora Atlas, 2013.

BENATTI, José Heder. Propriedade comum na Amazônia: acesso e uso dos recursos naturais pelas populações tradicionais. acesso e uso dos recursos naturais pelas populações tradicionais. In: Terras e territórios na Amazônia: demandas, desafios e perspectivas / Orgs. Sérgio Sauer e Wellington Almeida. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011, pp. 93-113.

BITTENCOURT, Márcio Teixeira. Varas Especializadas com competência para as matérias Agrária, Ambiental e Minerária no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Trabalho apresentado como pré-requisito para a conclusão do Curso de Especialização em Direito Agroambiental e Minerário – Escola Superior da Magistratura e Universidade Federal do Pará. Ano de 2013.

BITTENCOURT, Márcio Teixeira. A Justiça Ambiental e os Grandes Empreendimentos do Setor Elétrico na Amazônia Paraense. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Gestão dos Recursos Naturais e Desenvolvimento Local da Amazônia. Núcleo de Meio Ambiente (NUMA) da Universidade Federal do Pará. 2015. (Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/7633/1/Dissertacao_JusticaAmbientalGrandes.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.).

BORGES, Antonio Moura. Curso Completo de Direito Agrário. 3ª Edição. CL EDIJUR – Leme/SP – Edição 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 292 p.

BRASIL. Lei Federal nº 13.874/19 - 20 de setembro de 2019, instituiu a DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm, acesso em fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 14.118, de 13 de Janeiro de 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14118.htm, acesso em fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 14.285, de 29 de Dezembro de 2021. áreas de preservação permanente no entorno de cursos d'água em áreas urbanas consolidadas. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14285.htm. Acesso em junho de 2022.

BRASIL. Leis Federais. 13.465/2017 – Estatuto da Cidade. Lei Federal nº 12.608/2012, institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC. Lei Federal nº 6.938/1981 e regulamentado pelo Decreto Federal nº 4.297/2012 que criou o Zoneamento Ecológico-Econômico. Lei Federal no. 6.766/79 – Lei do Parcelamento do Solo Urbano. Disponível em: < www.planalto.gov.br >. Acesso em Novembro de 2019.

BRASIL Lei Federal nº 12.608/2012, institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12608.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade < www.planalto.gov.br >. Acesso em

Novembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 6.938/1981 e regulamentado pelo Decreto Federal nº 4.297/2012 que criou o Zoneamento Ecológico-Econômico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm.

BRASIL. Lei Federal no. 6.766/79 – Lei do Parcelamento do Solo Urbano. Disponível em: < www.planalto.gov.br>. Acesso em Novembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm.

BRASIL, Lei Complementar 140, de 08 de Dezembro de 2011. (exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm acesso em Junho de 2022.

DONATO, João Paulo Silveira Di. Competência em matéria ambiental: ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum à luz da Lei Complementar nº 140/2011. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3646, 25 jun. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24773>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

ESTADO DO PARÁ: (di)visões territoriais, perspectivas sociais, econômicas, financeiras e ambientais / Lúcia Cristina Andrade (coord.).- Belém: IDESP, 2011.

HERCULANO, Selene. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. I Encontro da ANPPAS – Indaiatuba, São Paulo GT Teoria e Ambiente. Outubro de 2002.

MATTOS NETO, Antonio José de. Estado de Direito Agroambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e Novos Direitos. Proteção Jurídica à diversidade biológica e cultural. . São Paulo. Editora Peirópolis. 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.757/DF. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4224704>, acesso em junho de 2022.

VIANA, Adriana Grandinetti. A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social. 2007. 277 p. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

02

As atribuições e competências do psicólogo na Vara da Infância e Juventude de Palmas-TO

Psychologist's attributions and competences in the childhood and Youth of Palmas-TO

Arivandre Araújo Guimarães Tavares

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.2

RESUMO

O presente estudo buscou analisar as atribuições e as competências do(a) psicólogo(a), na Vara da Infância e Juventude de Palmas, Estado do Tocantins, frente a legislação e os regulamentos para este profissional no âmbito de sua prática. Compreender o exercício profissional do(a) psicólogo(a), a partir de documentos públicos, tais como: laudos, pareceres, psicodiagnósticos, testes psicológicos, leis, portarias, resoluções e relatórios, disponibilizados nos processos judiciais digitais, na Vara da Infância e da Juventude de Palmas/TO, no ano de 2018, especificamente em processos de guarda. Seus resultados apontaram que apenas 37% dos casos analisados utilizam de todas as fontes previstas nas normas vigentes. Este valor indica que aproximadamente 1/3 dos processos estão contemplados frente aos regulamentos atuais da psicologia, podendo as demais avaliações serem arguidas em contestações judiciais, promovidas por advogados ou Membros do Ministério Público. A psicologia, pode contribuir com maior qualidade, no contexto jurídico, uma vez que sua atividade pericial fundamenta às decisões do Magistrado, e com isso modifica a situação social.

Palavras-chave: atribuições. competências. prática. psicólogos na justiça. direito da família.

ABSTRACT

This study sought to analyze the duties and skills of the psychologist, in the branch of childhood and youth in Palmas, State of Tocantins, in view of the legislation and regulations for this professional within the scope of their practice. Understand the professional practice of the psychologist, based on public documents, such as: reports, opinions, psychodiagnostics, psychological tests, laws, ordinances, resolutions, and reports, made available in digital processes, in the branch of childhood and youth of Palmas/TO, in 2018, specifically in custody proceedings. Their results showed that only 37% of the analyzed cases use all the sources provided for in the current rules. This figure indicates that approximately 1/3 of the cases are covered by the current regulations of psychology, and the other evaluations may be challenged in legal challenges, promoted by lawyers of Members of the Public Ministry. Finally, it is believed that psychology can contribute with greater quality, in the legal context, since his expert activity underlies the decisions of the Magistrate, and thereby modifies the social situation.

Keywords: assignments. competenc. practice. psychologists in justice. family law.

INTRODUÇÃO

Muitas atribuições da psicologia na justiça, nasceram com a atuação de psicólogos enquanto voluntários, nos quadros do Poder Judiciário, ainda na década de 1960. Sendo abordado o contexto histórico/evolutivo da presença deste profissional. A partir da pesquisa bibliográfica de autores que unem as duas ciências, Psicologia e Direito, será possível trabalhar a temática central deste estudo, aprimorando entendimento sobre a análise dos processos judiciais, frente a atuação profissional da psicologia.

No primeiro momento foi efetuada a contextualização histórica, traçando pontos comuns, dos diversos relatos de historiadores da psicologia e do direito. A evolução cronológica, frente a

modificação de atuação profissional.

Já no segundo capítulo será apresentada a legislação sobre a prática profissional, os conceitos as legislações pertinentes, e algumas resoluções oriundas do Conselho Federal de Psicologia, todas visando acompanhar a dinâmica da evolução social.

Foi realizada pesquisa em processos judiciais para demonstrar na prática, quais são as participações dos psicólogos em processos judiciais, no ano de 2018, visto a edição de novas normas do Conselho Federal de Psicologia.

Portanto, o presente artigo tem por finalidade refletir sobre as atribuições e competências dos profissionais de psicologia em processos judiciais, nas Varas da Infância e Juventude de Palmas/TO. Nesta perspectiva, além das atuações e vínculos, serão analisadas: as Leis, as normas infralegais e as Resoluções do Conselho Federal de Psicologia, em função do tema apresentado. A prática da psicologia no Poder Judiciário, nos processos de guarda é o foco principal do estudo.

MÉTODO

Uma vez que o Poder Judiciário, buscando eficiência e harmonia em suas decisões, centraliza seus autos processuais com expressões comuns e abrangentes, fica complexa a busca por processos/digitais que determine ou não a atuação de psicólogos jurídicos na Vara da infância e juventude em Palmas-TO.

Os processos foram colhidos no Portal do Tribunal de Justiça (sítio: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/>). Vale lembrar que é de acesso livre, público e disponível, com exceções legais que exigem sigilo da informação, não se aplicando ao presente estudo. Para identificar a presença do psicólogo, foram utilizados os seguintes termos: parecer psicológico e laudos psicológicos, documentos próprios e exclusivos do profissional.

Além disso, serão abordados os dados estatísticos da atuação dos psicólogos frente as demandas que lhes são impostas. Quais tipos de processos, os psicólogos jurídicos, mais atuam dentro do leque do direito civil, no ano de 2018, uma vez que é o mesmo ano da publicação da Resolução nº 09/2018.

Por fim, foram utilizados como apoio bibliográficos os seguintes documentos: artigos científicos, livros físicos e digitais, estudos, dissertações, preferencialmente aqueles vinculados às seguintes bases de dados: Scientific Electronic Library Online no Brasil; Plataforma do Poder Judiciário do Estado do Tocantins; Periódicos Eletrônicos em Psicologia; Plataforma digital DireitoNET; Sistema de Bibliotecas Fundação Getúlio Vargas; Revista Eletrônica Consultor jurídico e Revista Jus Navigandi.

A LEGISLAÇÃO E A NORMA SUPRALEGAL DA ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO JURÍDICO

A primeira Lei que trata sobre a atribuição do psicólogo é a Lei Federal nº 4.119/1962. Ela é responsável pela criação da atividade profissional de psicologia no Brasil, bem como a exi-

gência mínima dos cursos de formações em psicologia.

Segundo a Lei supracitada havia três formações para a psicologia no Brasil, sendo elas: Bacharel em Psicologia, licenciado em Psicologia e Psicólogo (BRASIL, 1962), cabendo apenas a este último o ofício de Psicólogo.

Art. 13. - Ao portador do diploma de Psicólogo é conferido o direito de ensinar Psicologia nos vários cursos de que trata esta lei, observadas as exigências legais específicas, e a exercer a profissão de Psicólogo. (Lei Federal nº 4.119/1962, grifo nosso).

A Lei estabelece ainda quais são as práticas exclusivas do portador do diploma de Psicólogo, vejamos a seguir:

Art. 13.....

.....

§ 1º Constitui função privativa do Psicólogo e utilização de métodos e técnicas psicológicas com os seguintes objetivos:

- a) diagnóstico psicológico;
- b) orientação e seleção profissional;
- c) orientação psicopedagógica;
- d) solução de problemas de ajustamento.

§ 2º É da competência do Psicólogo a colaboração em assuntos psicológicos ligados a outras ciências. (Lei Federal nº 4.119/1962).

Dita o texto legal que diagnóstico psicológico é uma prática do profissional de psicologia. Outro ponto também imposto ao profissional é a solução de problemas de ajustamento, dois pontos muito utilizados nos processos judiciais.

No § 2º, da mesma Lei, dita que é competência do Psicólogo a colaboração em assuntos ligados às demais ciências, ou seja, compete ao psicólogo dialogar com os operadores de direito sobre sua prática, dentro daquele contexto que estiver inserido.

No Estado de Tocantins está acostado em sua Constituição, que é dever do Estado e de seus municípios, prestarem assistência social e psicológica, vejamos:

Art. 121. O Estado e os Municípios prestarão assistência social e psicológica a quem delas necessitar, obedecidos aos princípios e normas da Constituição Federal, tendo por base, primeiro o trabalho, e por objetivos o bem-estar e a justiça sociais, protegendo a família, a maternidade, a infância, a adolescência, a velhice e o deficiente. (TOCANTINS, 1989, p. 69).

Outros diplomas legais também estabelecem a atuação do psicólogo na justiça, encontram-se previstos na: Constituição Federal da República Federativa Brasileira (1988), a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), o Código Civil Brasileiro (2002) a recente Lei da Guarda Compartilhada (2008), senão de forma direta, na garantia de cuidado da psique humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), determina em seu §3º, do Art. 50, entre outras coisas, a preparação psicológica, social e jurídica, orientada por equipe técnica da justiça da infância e da juventude (BRASIL, 1990).

Art. 50

§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL, 1990).

Ainda no mesmo Estatuto, verifica-se a possibilidade/necessidade de ser garantida as intervenções psicológicas (psicossociais) através do orçamento público, conforme Art. 150, da Lei 8.069/1990, observe:

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude. (BRASIL, 1990).

No artigo seguinte, a Lei estabelece algumas atribuições à equipe interprofissional, composta pelo psicólogo, assistente social, médico, odontólogo, pedagogo e outros:

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico. (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Na mesma Lei, especificamente no Parágrafo Único do Art. 151, permite o Poder Judiciário, convocar profissionais para garantir, dentre outras avaliações, àquelas responsáveis pelo estudo psicossocial.

A Lei Federal nº 13.105/2015 reforça tal possibilidade, conforme seu art. 156 da perceba:

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado. (BRASIL, 2015).

Em sequência, segundo Brasil (2015) o perito nomeado pelo juiz deve cumprir a determinação no prazo estipulado, sendo vedada a prestação de informação inverídica, onde o mesmo pode ser punido na esfera: administrativa, civil e penal - dependendo das circunstâncias, e do prejuízo criado pelo laudo inverídico.

Segundo CFP/CREPOP (2010) é de suma importância que o profissional de psicologia questione, o objetivo do trabalho a ser feito. Isso porque algumas intervenções solicitadas, podem gerar dúvida interpretação.

Além do dever de observar qual objetivo do trabalho, o psicólogo possui como prerrogativa a livre escolha dos instrumentos, métodos e técnicas a serem utilizados, conforme preconiza a Resolução nº 9/2018, vejamos:

§2 - A psicóloga e o psicólogo têm a prerrogativa de decidir quais são os métodos, técnicas e instrumentos empregados na Avaliação Psicológica, desde que devidamente fundamentados na literatura científica psicológica e nas normativas vigentes do Conselho Federal de Psicologia (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2018).

Para Lago e Bandeira (2008) muitos são os temas que envolvem a Psicologia e o Direito. Contudo, apesar de serem temas cotidianos, as áreas que mais chamam atenção para constante

evolução, treinamento e capacitação dos profissionais são: avaliação psicológica, 25%; atuação na área de família, 19,4%; guarda de filhos, 9,7%, dentre outras.

Ainda que tenha ocorrido diversas evoluções no que tange às áreas de atuação, a avaliação psicológica ainda se encontra representada com grande atenção no contexto judicial. Assegura Tavares (2018) que o Psicólogo tem que se adaptar aos novos procedimentos. Acredita a autora que ocorreu um crescimento no número de processos judiciais que necessitam de atuação do psicólogo, observe:

Conforme estatísticas do Registro Civil divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2015 (IBGE, 2015), verifica-se que o número de divórcios aumentou em 161,4% entre os anos 2004 e 2014, embora registre queda na taxa geral de divórcios, concedidos em primeira instância, entre os anos 2014 e 2015. A pesquisa revela que mais de 44% dos divórcios se deram em famílias com filhos menores de idade, sendo a guarda dos filhos, em 78,8% dos casos, conferida às mulheres. Entre os anos 2014 e 2015, observou-se um aumento na proporção de Guarda Compartilhada entre os cônjuges, de 7,5% para 12,9%, acreditando-se num possível reflexo da Lei nº 13.058/14 que institui como regra essa modalidade de guarda entre os pais (BRASIL, 2014, *apud*, TAVARES, 2018, p.7).

Com esse crescimento e com as frequentes mudanças sociais, se torna necessária a atuação do psicólogo(a) nos processos judiciais, uma vez que ele poderá, como atribuição, realizando as perícias e avaliações determinadas na justiça, bem como no acompanhamento psicossocial da própria dinâmica familiar (TAVARES, 2018).

Sobre o tema o Código de Ética do Psicólogo determina que sejam realizadas avaliações, não para saber qual é o melhor, mas quais são as características positivas para o exercício da guarda, e se essas características se encontram presentes nos genitores (ROVINSKI, 2000; LAGO; BANDEIRA, 2008; *apud* TAVARES, 2018).

Camargo (1982) já indicava que algumas audiências interprofissionais apresentam resultados favoráveis sobre os aspectos a serem observados. Os profissionais tinham o dever de apresentar medidas cabíveis dentro de suas respectivas áreas. Implica, para tanto, no produto técnico/científico que possa auxiliar na decisão do juízo, como leciona Peluso (1997):

(...) ninguém é dono de verdades absolutas a respeito do Homem, se é que seja este suscetível de verdades absolutas. De modo que tentar compreendê-lo em estado de sofrimento, como costuma apresentar-se aos profissionais de Direito, nos conflitos que lhe vem da inserção familiar, é tarefa árdua e, para usar de paradoxo, quase desumana, porque supõe não apenas delicadeza de espírito e disposição de ânimo, mas preparação intelectual e técnica tão vasta e apurada que já não entra no cabedal pretensioso dalgum jurista solitário. (PELUSO, 1997, p. 7, grifo nosso).

Assim, restam perceptíveis algumas competências e atribuições sobre as práticas da psicologia, consubstanciada na própria legislação. Outro aspecto que fica evidenciado é o acúmulo de atribuições entregue aos psicólogos no Brasil. Mesmo este acúmulo não elimina as raízes das atribuições, ou seja, a avaliação psicológica, o diagnóstico e a solução de problemas de ajustamento.

A INSERÇÃO DA PSICOLOGIA NO PODER JUDICIÁRIO DO TOCANTINS

No Tocantins, a partir da criação do Estado em 1988, a psicologia jurídica inicia suas atividades através da previsão legal na própria Constituição Estadual. Em seu artigo 121, no Título XIII, Dos Direitos e da Proteção à Infância, à Mulher e à Velhice, fica estabelecido a obrigação do

Estado e dos Municípios a prestação da assistência social e psicológica (TOCANTINS, 1989). Na alínea “b)” fica assegurada a participação da psicologia jurídica, no Poder Judiciário: “*serviços de orientação jurídica e psicossocial para solução de conflitos familiares e sociais*”.

Na Lei Complementar nº 10, de 11 de janeiro de 1996, que trata da Organização do Poder Judiciários no Estado do Tocantins, não há registro de criação de cargos para psicólogos. Apenas em sua alteração em 2002 ocorreu a inserção oficial da psicologia no Poder Judiciário do Tocantins através da Lei Complementar nº 32, de 23 de julho de 2002.

Não obstante, a Lei Estadual nº 433/1992, cria o Conselho da Criança e do Adolescente, em seu artigo 6º, inciso IX, preconiza a presença e a necessidade do psicólogo em casos ligados às áreas: justiça, social e saúde.

Art. 6º. Ao Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente compete:

(...)

IX - propor, incentivar e acompanhar programas de prevenção e atendimento biofísico social às crianças e adolescentes, nos casos de vítimas de negligência, maus tratos, exploração sexual, tortura, pressão psicológica ou intoxicação por efeito de entorpecentes e drogas afins; (TOCANTINS, 1992).

Em 2017, através da Lei nº 3.298, de 30 de novembro de 2017 (TOCANTINS, 2017), foram extintos 20 cargos de psicologia - Analista Judiciário do Poder Judiciário do Tocantins, restando 11 titulares desses cargos.

Para garantir a atuação do Estado, durante o ano de 2016, nasceu o Grupo Gestor das Equipes Multidisciplinares – GGEM. Essa iniciativa foi regulada a partir da Instrução Normativa nº 03 de 24 de junho de 2016, alterado pela Instrução Normativa nº 2 da Presidência/ ASPRE (2019).

Seus procedimentos, as competências dos profissionais de psicologia e alguns fluxos de trabalho/processual, além da Instrução Normativa, restam apregoadas no Edital nº 01/2016 PRESIDÊNCIA/DIGER/DIGEP, substituído a partir do Edital nº 001/2019 – Presidência/DIGER/DIADM/COLIC, editais estes, que falam como ingressar no Grupo Gestor de Equipes Multidisciplinares – GGEM.

Conforme Tocantins (2019) estavam credenciados no Grupo Gestor das Equipes Multidisciplinares: 236 psicólogos, 260 pedagogos e 399 assistentes sociais. Estes 895 profissionais estão distribuídos em oito núcleos regionais de atendimento multidisciplinar, contemplando a partir destes, os 139 municípios do Estado do Tocantins.

No item 8.2 do Edital nº 001/2019 – Presidência/DIGER/DIADM/COLIC, indica as atribuições do profissional de psicologia, senão vejamos:

8.2. São atribuições do profissional de Psicologia:

I. Assessorar Magistrados, através de pareceres, relatórios, laudos e estudos técnicos, nos processos em tramitação no Poder Judiciário do Estado do Tocantins que requeiram conhecimentos específicos da área de atuação;

II. Aplicar testes e exames psicológicos, quando necessário;

III. Elaborar estudo psicológico e apresentar relatório técnico relativo às partes nos processos em tramitação no âmbito judicial e administrativo do Poder Judiciário do Estado do

Tocantins quando determinado por magistrados, a fim de fornecer os subsídios técnicos necessários ao deslinde da causa;

IV. Avaliar as condições intelectuais e emocionais das partes envolvidas em procedimentos judiciais, quando determinado;

V. Realizar perícia psicológica (Psicodiagnóstico);

(...)

XVII. Desenvolver atividades de pesquisa, estudos, planejamento e execução de projetos visando à construção e ampliação do conhecimento psicológico aplicado à área jurídica; (TOCANTINS, 2019. p.7).

Para melhor compreender a dimensão das atribuições dos psicólogos, supracitadas, deve-se avançar no estudo das suas práticas, atribuições, competências e instrumentos possíveis de utilização. Além disso, tais estudos devem remontar a própria Vara da Infância e Juventude de Palmas, Estado do Tocantins, isto pois, pode ser modificado a partir do local onde o profissional estiver inserido.

A Resolução CFP nº 13/2007 consubstanciada com a Resolução nº 18/2019 indicam quais seriam as atribuições pertinentes ao Psicólogo Especialista em Psicologia Jurídica, vejamos:

Atua no âmbito da Justiça, colaborando no planejamento e execução de políticas de cidadania, direitos humanos e prevenção da violência, centrando sua atuação na orientação do dado psicológico repassado não só para os juristas como também aos indivíduos que carecem de tal intervenção, para possibilitar a avaliação das características de personalidade e fornecer subsídios ao processo judicial, além de contribuir para a formulação, revisão e interpretação das leis: Avalia as condições intelectuais e emocionais de crianças, adolescentes e adultos em conexão com processos jurídicos, seja por deficiência mental e insanidade, testamentos contestados, aceitação em lares adotivos, posse e guarda de crianças, aplicando métodos e técnicas psicológicas e/ou de psicometria, para determinar a responsabilidade legal por atos criminosos; atua como perito judicial nas varas cíveis, criminais, Justiça do Trabalho, da família, da criança e do adolescente, elaborando laudos, pareceres e perícias, para serem anexados aos processos, (...) (Grifo nosso). (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2007).

Além da importância de perceber a atividade profissional, a luz das normas éticas e técnicas, deve ser apreciada também o método e o objetivo do trabalho. Qual a fundamentação científica para determinar as características das atribuições e competências.

Segundo CFP (2019) foi realizada diversas pesquisas que culminaram na produção de material básico, que indique quais são as práticas e as atribuições dos psicólogos nas varas de família. Bem como identificar quais: técnicas, instrumentos e métodos utilizados para realizar as atribuições, dentro das competências do psicólogo na Vara da Infância e Juventude de Palmas, Estado do Tocantins.

TÉCNICAS E MÉTODOS UTILIZADOS PELOS PSICÓLOGOS EM PROCESSOS JUDICIAIS

Os métodos e técnicas utilizados pelos psicólogos na avaliação psicológica, incluindo aqueles utilizados na Vara da Infância e Juventude de Palmas, no Estado do Tocantins, podem ser entendidos como procedimento indispensável para a investigação psicológica, segundo o CFP, 2018, Art. 1º, da Resolução nº 9 de 25 de abril de 2018:

Art. 1º - Avaliação Psicológica é definida como um processo estruturado de investigação de fenômenos psicológicos, composto de métodos, técnicas e instrumentos, com o objetivo de prover informações à tomada de decisão, no âmbito individual, grupal ou institucional, com base em demandas, condições e finalidades específicas. (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2018).

Tal procedimento investigativo, segundo Cunha (2008), pode ser conhecido como exame do estado mental. Para a autora há um consenso sobre aspectos a serem observados envolvendo sinais e sintomas. Ela estabelece que os seguintes constructos da mente humana, podem determinar um bom estudo: atenção, sensopercepção, memória, orientação, consciência, pensamento, linguagem, inteligência, afetividade e conduta.

Mira y Lopez (2007) assegura que as técnicas variam de acordo com os casos, devem ser decididas segundo a importância, a necessidade e a disponibilidade do juizado. Indica a importância do exame: psíquico, fisiológico (como as questões cromatópsica, ou percepção das cores) e sensorial. A aplicação de teste compõe a avaliação psicológica. Porém, a ausência de quesitos pré-ordenados, ou a ausência de alinhamento metodológico, ou inobservância do uso dos testes, fragilizam o processo de avaliação.

A perícia faz-se necessária sempre que se esgotam os recursos no sentido de as partes entrarem em acordo, ou quando é necessária a avaliação de competências específicas. (...) Na avaliação da destituição do pátrio poder, examina-se a competência de determinado genitor no sentido de poder garantir o bem-estar de seus filhos (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 80.69. (CUNHA, 2008. p. 193).

Ela chama a atenção, para muitos diagnósticos, que em geral trazem poucos dados sobre as habilidades parentais, as motivações ou as práticas. Deixando de cumprir o papel do perito, que é elucidar as questões psicológicas envolvidas no caso.

É importante destacar que a visita domiciliar tem outro aspecto positivo à aproximação dos profissionais ao contexto no qual os sujeitos estão inseridos, podendo favorecer à manifestação de comportamentos particulares do sujeito (TAVARES, 2002).

Infere ainda que a referida técnica de entrevista pode se adaptar às variações individuais e ao contexto aplicado. Segundo Silveira (2001) a entrevista torna-se fundamental quando mesclada ao método científico.

Relembra ainda que apenas o uso da entrevista psicológica, não exclui outros métodos de investigação. Os autores Kaplan e Sadock (1990) advertem que o mais importante para o profissional é ouvir, assimilar e compreender o paciente. Eles dizem que sem essas habilidades, não se pode falar em *rapport*, nem em um bom relacionamento que deve ser alcançado em uma entrevista psicológica

Grisso (1986) acredita que no direito da família, a competência é a descrição de: o que o pai/mãe pensam? O que fazem? O que conhecem? No que acreditam? Para que se alcance o que o agente é ou não capaz de fazer com aquela criança ou em prol dela.

O âmbito de intervenção da psicologia jurídica em face do direito de família, tem sido reconhecido, proclamado e expandido, eis que predominante o caráter multidisciplinar das demandas perante o juízo de família, não mais restringida a atuação do psicólogo apenas às situações de disputa de posse, guarda e visitação de filhos. (ALVES, 2002, p. 12).

Conforme defende Fonseca (2018) o psicólogo utiliza os métodos e técnicas, objetos de sua atividade profissional, para realizar a avaliação psicológica. Para tanto, a coleta e inter-

pretação de dados são obtidos por meio de um conjunto de procedimentos confiáveis/científico, devendo ter o método e a técnica, encontrar-se aprovados pelo Conselho Federal de Psicologia (2005).

Essa avaliação psicológica inicia na escolha do questionário a ser utilizado, na abordagem psicológica, passando pelos instrumentos psicológicos (testes) até por fim, a forma ou o produto que será entregue. Conforme a Resolução do CFP nº 6/2019, podem ser emitidos os seguintes documentos psicológicos: declaração, atestado psicológico, relatório psicológico ou multiprofissional, laudo psicológico e parecer psicológico. Por questão didática serão apresentados os processos com os seguintes termos: laudo psicológico e parecer psicológico.

Outrossim, Rovinski (2000) exemplifica que a partir dessa Lei, e das novas atribuições e reconhecimento das competências junto a Justiça Brasileira, gerou aumento significativo dos profissionais de Psicologia nos quadros do Poder Judiciário. A exemplo podem ser elencados os: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em 1992; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 1993; Tribunal de Justiça no Estado do Rio de Janeiro em 1998 e no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins em 2002.

A Psicologia e o Direito se entrelaçam por interessarem pela razão da conduta humana. A psicologia jurídica nasceu do resultado dessa fusão de conhecimentos. Contudo, nasceu a partir da avaliação psicológica (LAGO, *et al* 2009), e da necessidade de realizar os psicodiagnósticos, e foi possível perceber que ela poderia contribuir com muito mais.

Conforme acredita Lago, *et al* (2009) a avaliação psicológica é ainda a principal ocupação desses profissionais, visto que os operadores do direito demandam com frequência essa função.

A psicologia jurídica, para Fonseca (2018) é comumente classificada como avaliação pericial, ou perícia psicológica forense. De acordo com Silva (2003, *apud*, FONSECA, 2018), busca-se à prova pericial, quando os contextos ou as provas não são suficientes para o convencimento do juiz. Complementa que na verdade a atribuição do psicólogo perito é auxiliar o juiz em sua decisão acerca dos fatos que estão sendo julgados.

A complexidade da ação do psicólogo, na justiça, se resume no trecho do texto a seguir:

[...] toda a ação da(do) psicóloga(o) demanda um raciocínio psicológico que se caracteriza por uma atitude avaliativa, compreensiva, integradora e contínua que norteia sua intervenção em qualquer um dos campos de atuação da Psicologia e está relacionado ao contexto que origina a demanda. (CFP/CREPOP, 2019).

Se toda a ação do psicólogo deve ser premeditada, para melhor atender as necessidades dos avaliados ou dos assistidos, isso comunga com a necessidade da qualidade do serviço psicológico prestado. Como aponta Suannes (2008, *apud* FONSECA, 2018), uma vez que as varas de Família envolvem pessoas, elas mantem vínculos carregados de afetividade e sentimentos, e, portanto, o psicólogo deve manter o foco e a atenção sobre todos os aspectos, buscando a solução, ou avaliação e encaminhamento que melhor assegure a saúde mental dos envolvidos.

o encontro com a(s) pessoa(s) que faz(em) parte de um processo de Vara de Família não é mera condição de aplicação de instrumentos de avaliação que é demandada por um terceiro. Supõe considerar que essas pessoas procuram o Judiciário para resolver conflitos de família porque não encontraram outra forma de lidar com o sofrimento que advém deles (SUANNES, 2008, p. 29).

Também importante é a análise da demanda pelo psicólogo, isto pois, leciona Fonseca (2018), que deve observar e dizer sim ou não, para a demanda apresentada. Corrobora com essa premissa Barros (2002, p. 26, *apud* CFP, 2019), enfatizando que o psicólogo não pode incorrer em julgamento, ou realizar arranjos por conveniência, deve sempre entender a demanda para aceitá-la ou não, observe:

É justamente neste ponto, onde se coloca o desafio de não responder a demanda nos termos como é formulada, mas em subvertê-la, redefini-la, dizer NÃO, ali onde o pedido supera as nossas possibilidades. (BARROS, 2002, p. 26, *apud* CRP, 2019).

Por fim, para se realizar uma Avaliação Psicológica, a psicóloga e o psicólogo devem basear sua decisão, obrigatoriamente, em métodos e/ou técnicas e/ou instrumentos psicológicos reconhecidos cientificamente, determinando o aceite ou não da demanda, e sugerindo sempre a modificação, visando melhor atender as necessidades das pessoas envolvidas.

RESULTADOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DE TESTES, MÉTODOS E TÉCNICAS DA PSICOLOGIA

A pesquisa em processos judiciais da Vara da Infância e Juventude de Palmas, no Estado do Tocantins, alcançou o número de 438 processos judiciais, que apontaram alguma participação da psicologia, para duas modalidades de documentos emitidos por psicólogos o: laudo psicológico e parecer psicológico.

Na tabela a seguir indica alguns processos judiciais cíveis que em seu em seu teor tiveram a participação de profissionais da psicologia. Como subtemas dos processos civis temos os seguintes: obrigações; Direito Processual Civil e do Trabalho; Perdas e Danos; Relações de Parentescos; Erro médico; Direito das Coisas; Medida Cautelar; Direito do Consumidor; Dissolução e Guarda (tema principal desta pesquisa).

A subdivisão dos temas jurídicos em processos judiciais, ocorre conforme a organização político/administrativa do Poder Judiciário, especificamente nos Arts. 13 e 15, da Lei Complementar nº 10, de 11 de janeiro de 1996, A Lei Estadual que Organiza o Poder Judiciário no Estado do Tocantins.

Conforme tabela 01 abaixo, podemos extrair que:

Tabela 1- Quantidade de processos com laudo psicológico

Temas de Processos com Laudo Psicológico	Quantidade	Percentual
Obrigações	60	30,77%
Direito Processual civil e do trabalho	39	20%
Perdas e Danos	23	11,80%
Relações de Parentescos	23	11,80%
Erro médico	12	6,15%
Coisas	10	5,12%
Medida Cautelar	09	4,61%
Direito do Consumidor	08	4,10%
Dissolução	07	3,60%
Guarda	04	2,05%
Total	195	100%

Os resultados importam em destacar que apenas 2,05% dos processos civis, com a participação de psicólogos são de guarda, no ano de 2018, com a presença expressa do termo: laudo psicológico.

Na tabela 02, com o resultado não é muito diferente. Quando foi realizada a pesquisa utilizando a expressão Parecer psicológico, apenas 07 processos, ou 2,88% dos processos, foram identificados como tendo a participação de psicólogo.

Tabela 2 - Quantidade de processos com parecer psicológico

Temas de Processos com Parecer Psicológico	Quantidade	Percentual
Relações de Parentescos	65	26,75%
Direito Processual civil e do trabalho	62	25,51%
Obrigações	60	24,70%
Perdas e Danos	14	5,76%
Medida Cautelar	14	5,76%
Erro médico	13	5,35%
Coisas	08	3,29%
Guarda	07	2,88%
Total	243	100%

As quantidades de processos de guarda que possuem identificada a participação de psicólogos são menores que 3%. No somatório geral alcançam 11 processos, dos quais três estavam repetidos, diminuindo mais ainda o quantitativo real de processos com a presença de psicólogos.

Tais resultados apontam que apenas 1,82% dos processos do direito civil estão vinculados à guarda, e possuem a participação de psicólogos, quer sejam na emissão de parecer ou de laudo psicológico. Não foi possível determinar se existiam outros processos de guarda sem a presença da psicologia, para indicar variação da quantidade de processos com ou sem os psicólogos.

No entanto, ficou consignado que a psicologia, participou desses processos, e no que diz respeito à execução das suas atribuições e competências sob a avaliação psicológica conforme determina a legislação em vigor, cinco dos oito processos, utilizaram as ferramentas psicológicas conforme preconiza o regulamento sendo elas: entrevistas psicológicas, testes psicológicos e observação de aspectos.

Isso demonstra que pelo menos 37,5% dos casos foram efetivados sem a observância dos preceitos legais, importando em possíveis prejuízos das decisões dos magistrados. Não se pode afirmar que as avaliações psicológicas que não usaram instrumentos de medidas (testes psicológicos) foram inconclusas, tampouco foi o tema abordado. Apenas fica estabelecido o pequeno número do seu uso e a fragilidade do resultado, visto que um método, demonstradamente eficiente e importante, apenas deixou de ser utilizado.

Esse número se repetiu quando foi ampliada a análise para todos os processos de natureza civil. Dos 438 processos que tiveram a participação de psicólogos, apenas 61 tiveram a intervenção dos profissionais de psicologia, com uso de testes psicológicos.

O ponto de destaque aqui foi a utilização de testes psicológicos, representando 13,92% dos casos analisados. Isso significa dizer que, 86,08% dos casos não utilizaram testes psicológicos.

gicos, ou não mencionaram os resultados dos testes.

Os testes psicológicos não são determinantes quanto à qualidade da avaliação psicológica, mas é peça essencial. Segundo a Resolução CFP nº 9/2018, o processo de avaliação psicológica é estruturado e formado de uma composição de métodos, técnicas e instrumentos, vejamos:

Art. 1º - Avaliação Psicológica é definida como um processo estruturado de investigação de fenômenos psicológicos, composto de métodos, técnicas e instrumentos, com o objetivo de prover informações à tomada de decisão, no âmbito individual, grupal ou institucional, com base em demandas, condições e finalidades específicas.

Art. 2º - Na realização da Avaliação Psicológica, a psicóloga e o psicólogo devem basear sua decisão, obrigatoriamente, em métodos e/ou técnicas e/ou instrumentos psicológicos reconhecidos cientificamente para uso na prática profissional da psicóloga e do psicólogo (fontes fundamentais de informação), podendo, a depender do contexto, recorrer a procedimentos e recursos auxiliares (fontes complementares de informação). (Resolução nº 9, de 25 de abril de 2018) (grifo nosso).

Segundo a norma da psicologia, as fontes fundamentais são: testes psicológicos vigentes e aprovados pelo CFP; entrevistas psicológicas, anamnese e Protocolos de observação. Realizar uma avaliação psicológica sem entrelaçar as três fontes fundamentais, torna frágil a avaliação realizada (CUNHA, 2008; LAGO, *et al* 2009).

Sem observar essa premissa, uma avaliação psicológica, dentro de qualquer espécie de processo judicial, pode ser contestada e anulada, causando além de modificação da decisão, constrangimento aos envolvidos, responsabilidade civil e administrativa ao profissional.

Se o juízo utiliza de perito em psicologia para determinar certos indícios, e estes ficam ou não comprovados a partir de uma avaliação psicológica precária, esta última pode ser alvo de contestação (ação judicial movida pela parte oposta - advogado, defensor público ou promotor de justiça), visto a inobservância de preceitos legais ou técnicos.

A utilização de testes psicológicos em si, não exige de contestação movida pelo patrono (advogado), mas quando bem utilizado dá maior força científica para o resultado, do que uma avaliação psicológica que nem utiliza tais instrumentos.

Um fator que pode ter contribuído para o baixo uso de instrumentos de medidas psicológicas, pode ser levantado a partir da terceirização dos profissionais de psicologia no Poder Judicial do Tocantins (GGEM), isto pois nas atribuições dos profissionais de psicologia, subitem 8.2, inciso II, indica taxativamente a utilização de testes e exames psicológicos, quando necessários. Quem determina essa necessidade? Segundo a Lei Federal nº 4.119/1962 e a Resolução CFP nº 9/2018 § 2º é o psicólogo, mas e a prática? Se não utilizar o instrumento e o laudo for contestado e apontado irregularidades, responderá eticamente e civilmente. Caso utilize da forma adequada pode até responder, mas terá maior elemento probatório de sua conduta adequada.

Por causa deste ponto, terceirização, a aquisição, o uso e a guarda dos resultados dos testes são de inteira responsabilidade dos psicólogos que utilizam os testes. Mais uma vez desestimulando a aquisição, o uso e o profissionalismo destes profissionais frente aos instrumentos.

No contexto atual, o profissional em diversas comarcas utiliza de testes psicológicos em salas reservadas para atendimento multiprofissional, dentro dos prédios do Poder Judiciário, podendo ainda, ser utilizados os espaços particulares (clínicas psicológicas) dos profissionais de

psicologia.

O profissional de direito (advogado) pode explorar e muito os presentes resultados. Visto que sua missão é garantir a defesa do interesse de seus clientes, em uma ação de guarda, onde foi estabelecida a guarda unilateral, para parte contrária ao seu processo, considerando que a sentença faz menção direta aos resultados da avaliação psicológica, este pode requisitar cópia, para pedir reanálise ou parecer técnico de outro especialista, inclusive pedindo nova avaliação com perito diverso, para confirmar se os resultados são ou não semelhantes.

Nos casos que forem divergentes, àquele que utilizou de instrumentos psicológicos (científicos), da maneira adequada, conforme as normas vigentes, terá o resultado mantido, em detrimento do outro que fez conclusão de aspectos psicológicos, sem a presença resolutive de testes ou outros meios científicos da psicologia.

A sociedade ganha com maior rigor científico, maior fiscalização jurídica, e menor erro procedimental quanto às garantias legais e constitucionais das pessoas envolvidas em processos judiciais de guarda. As decisões passam a ser mais assertivas, e sua reforma passam a ser mais escassas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que o presente artigo buscou analisar as atribuições e as competências do psicólogo na Vara da Infância e Juventude de Palmas, Estado do Tocantins, ficou perceptivo que em geral os psicólogos possuem atribuições de auxiliar o Poder Judiciário nos processos judiciais, a partir da análise, do atendimento e da avaliação psicológica especializada.

Depois de verificar as legislações pertinentes, e comparar com o que foi apresentado nos processos judiciais no referido contexto, percebe-se que apenas 37,5% deles, possuem o uso de: métodos, técnicas e testes psicológicos de forma complementar, assim, realizando uma avaliação psicológica dentro das exigências técnicas estabelecidas pelo CFP. Apesar da existência da Resolução do CFP nº 09/2018, não existe cobrança do Poder Judiciário, de maneira expressa, para a observância da referida Resolução.

Tais resultados sugerem que 62,5% dos casos analisados, podem ser revisados e talvez ter as avaliações psicológicas anuladas, visto que não foram identificados concordância com os procedimentos indicados na Resolução CFP nº 09/2018.

Apesar da norma ser recente, ela não possui *vacatio legis*, ou seja, conforme seu Art. 36 a aplicação deveria ser adotada na data da sua publicação, 25 de abril de 2018. O psicólogo que desempenha, um papel de perito junto ao Poder Judiciário, deve instrumentalizar de forma consolidada, suas avaliações.

A necessidade de observância das normas legais, principalmente provenientes do CFP (Órgão Máximo de Fiscalização da categoria) existem para blindar a sociedade de condutas não profissionais da psicologia. Também existe para orientar e parametrizar as ações (como a avaliação), tornando-a mais segura e objetiva, conforme determina a ciência. Essas questões podem ter um valor maior quando trazidas para os processos de guarda, onde o Estado entrega a responsabilidade de uma pessoa indefesa e incapaz à outras pessoas.

Portanto, além da obrigação do profissional de psicologia, no que tange o caminho a ser utilizado nas suas intervenções junto a justiça, também deve buscar cercar-se de todos os materiais técnicos/científicos, aprovados pelo CFP. Para evitar criar prejuízos psicológicos ou sociais as pessoas avaliadas, a psicologia deve buscar observar as normas vigentes, quanto aos seus procedimentos e sua participação em processos judiciais.

As constantes evoluções nos processos judiciais ocorrem com as modificações sociais. Historicamente a psicologia se aperfeiçoou e encontrou papel fundamental em processos jurídicos, enquanto perito e assistente técnico.

Os operadores de direito também devem se atentarem para isso, visto que uma defesa técnica pode ser utilizada para desqualificar a avaliação psicológica, como àqueles presentes nos 62,5% dos casos apresentados nessa pesquisa, que não foram utilizados procedimentos de testagem psicológicas. Estes 62,5% de processos podem, apenas por não ter a presença dos testes psicológicos, terem incorrido em não observância em normas infralegais, podendo ser alvo de contestação, e assim, modificação de guarda.

Por fim, a ciência jurídica evoluiu muito ao permitir a participação de diversas outras ciências, como a psicologia. Neste caso, estes profissionais devem buscar entender o processo judicial, para melhor desempenhar seu papel profissional. As atribuições e competências dos psicólogos podem modificar, não apenas o processo, mas o contexto social de uma família.

Isto, antes da sentença prolatada no dia 08 de março de 2021, no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3481) junto ao Supremo Tribunal Federal. A referida decisão derrubou a Resolução CFP nº 2/2003, que era responsável por restringir o comércio destes instrumentos de medidas psicológica, apenas aos psicólogos legalmente ativos. Assim, uma vez que foi aberto o comércio para toda a sociedade, o destino dos testes psicológicos e seus usos, se tornam incertos, pois quando todos passam a ter acesso aos manuais, passam a ter acesso aos resultados que indicam a aptidão ou não sobre os diversos temas avaliados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. Psicologia aplicada ao Direito de Família. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2740>. Acesso em: 7 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, Distrito Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 26 de fevereiro de 2021.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os Arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, Distrito Federal, 2008 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 26 de janeiro de 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, Distrito Federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 de janeiro de 2021.

_____. Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre os cursos de formação em psicologia e regulamenta a profissão de psicólogo. Brasília, Distrito Federal, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4119.htm. Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

_____. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, Distrito Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

_____. Lei nº 7.210, 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, Distrito Federal, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 11 de março de 2021.

_____. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 26 de fevereiro de 2021.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Reflexões em torno da Psicologia Jurídica. In Cruz, R. M., Maciel, S. K. e Ramirez, D. C. O trabalho do psicólogo no campo jurídico (pp. 9-17). São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. O menor e seus direitos: audiências interprofissionais. São Paulo: Lex, 1982.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (BRASIL). Referências técnicas para atuação de psicólogas(os) em varas de família. Conselho Federal de Psicologia, Conselhos Regionais de Psicologia e Centro de Referência Técnica em Psicologia e Políticas Públicas. - 2ª Ed. Brasília: CFP, 2019 112 p. Disponível em: <http://crepop.pol.org.br/wp-content/uploads/2019/11/RT-Varas-de-Fam%C3%ADlia-2019.pdf>. Acesso em: 11 de janeiro de 2021.

_____. Resolução CFP nº 10/2005, de 27 de agosto de 2005. Aprova o Código de Ética Profissional do Psicólogo / Conselho Federal de Psicologia. - Brasília: CFP, revisão em 2014. 20 p. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/Co%C3%A9digo-de-%C3%89tica.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

_____. Resolução CFP nº 13/2007, de 14 de setembro de 2007. Institui a Consolidação das Resoluções relativas ao Título Profissional de Especialista em Psicologia e dispõe sobre normas e procedimentos para seu registro. Conselho Federal de Psicologia. - Brasília: CFP, revisão em 2014. 20 p. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/Resolucao_CFP_nx_013-2007.pdf. Acesso em: 06 de abril de 2021.

_____. Resolução CFP nº 6/2019, de 29 de março de 2019. Institui regras para a elaboração de documentos escritos produzidos pela(o) psicóloga(o) no exercício profissional e revoga a Resolução CFP nº 15/1996, a Resolução CFP nº 07/2003 e a Resolução CFP nº 04/2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/69440957/do1-2019-04-01-resolucao-n-6-de-29-de-marco-de-2019-69440920. Acesso em: 11 de março de 2021.

_____. Resolução CFP nº 9/2018, de 9 de abril de 2018. Estabelece diretrizes para a realização de Avaliação Psicológica no exercício profissional da psicóloga e do psicólogo, regulamenta o Sistema

de Avaliação de Testes Psicológicos - SATEPSI e revoga as Resoluções nº 002/2003, nº 006/2004 e nº 005/2012 e Notas Técnicas nº 01/2017 e 02/2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/12526423/do1-2018-05-02-resolucao-n-9-de-25-de-abril-de-2018-12526419. Acesso em: 11 de março de 2021.

_____. Resolução CFP nº 18/2019, de 5 de setembro de 2019. Reconhece a Avaliação Psicológica como especialidade da Psicologia e altera a Resolução CFP nº 13, de 14 de setembro de 2007, que institui a Consolidação das Resoluções relativas ao Título Profissional de Especialista em Psicologia. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-18-de-5-de-setembro-de-2019-216322849>. Acesso em: 06 de abril de 2021.

CUNHA, Jurema Alvides [et al]. Psicodiagnóstico - V. 5ª Edição revisada e ampliada. São Paulo, SP, 2008.

FONSECA, Cláudia de Lima. Instrumentos disponíveis à avaliação psicológica pericial do transtorno de personalidade antissocial no Brasil. ISSN 2179-5568 – Revista Especialize On-line IPOG - Goiânia - Ano 9, Edição nº 16 Vol. 01 Dezembro/2018. Disponível em: <https://www.ipog.edu.br/download-arquivo-site.sp?arquivo=claudia-de-lima-fonseca-195151717.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

GRISSE, Tomas. Evaluating competencies. Forensic Assessments and instruments. New York: Plenum, 1986. p. 404.

GROMTH-MARNAT, G. (1999). Handbook of psychological assessment (3rd ed.) New York: Wiley & Sons. Disponível em: <http://www.al-edu.com/wp-content/uploads/2014/05/Groth-Marnat-The-Handbook-of-Psychological-Assessment.pdf>. Acesso em: 17 de março de 2021.

KAPLAN, Harold I. SADOCK, Benjamin J. Compêndio de psiquiatria. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

LAGO, Vivian de Medeiros; AMATO, Paloma; TEIXEIRA, Patrícia Alves; ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; BANDEIRA, Denise Ruschel. Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação. Psicologia Jurídica no Brasil. Estudos de Psicologia. Campinas-SP, outubro/dezembro, 2009. Pag. 483-491. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v26n4/09.pdf>. Acesso em: 17 de março de 2021.

LAGO, Vivian Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. A Psicologia e as demandas atuais do direito de família. Psicologia: ciência e profissão, v. 29, n. 2, p. 290-305, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pcp/v29n2/v29n2a07.pdf>. Acesso em: 12 de janeiro de 2021.

_____. As Práticas em avaliação psicológica envolvendo disputa de guarda no Brasil. Avaliação Psicológica, 2008, 7(2), pp. 223-234. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/avp/v7n2/v7n2a13.pdf>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2021.

MIRA Y LÓPES, Emílio. Manual de Psicologia Jurídica. São Paulo: Impactus, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/35860654/Emilio_Mira_Y_Lopez_Manual_de_Psicologia_Juridica. Acesso em: 11 de março de 2021.

PELUSO, A. C. (1997). Apresentação. In Direito de família e ciências humanas – caderno de estudos nº 1 (pp.5-8). São Paulo: Jurídica Brasileira.

ROVINSKI, S. L. R.; CRUZ, R. M. *et al.* Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009.

ROVINSKI, Sônia Liane Reichert. Perícia psicológica na área forense. In: Cunha, J. A. cols. Psicodiagnóstico-V. Porto Alegre: Artmed, 2000, p. 183-195.

SHINE, S. K. Contribuições da psicologia para a justiça nas varas de família. Aletheia, n. 7, p. 93-99, 1998.

SILVEIRA, R. M. C.. Perícias psicológicas. Psic, 1, 98-103. São Paulo, Vetor, 2001.

TAVARES, Kaylla Maria Castro. Avaliação psicológica no contexto jurídico: demandas e práticas no direito de família. ISSN 2179-5568 - Revista Especialize On-line IPOG - Goiânia - Ano 9, Edição nº 15 Vol. 01 julho/2018. Disponível em: <https://www.ipog.edu.br/download-arquivo-site.sp?arquivo=kaylla-maria-castro-tavares-psvit002-218213.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

TAVARES, M.. A entrevista clínica. In: J. A. Cunha, Psicodiagnóstico - V (5ª ed., rev. e ampl.). Porto Alegre, RS: Artmed, 2002.

TOCANTINS (Assembleia Legislativa). Constituição do Estado do Tocantins. 11ª Edição. Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1989, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/89 a 37/ 2019. Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/documento_52832.PDF#dados. Acesso em: 17 de março de 2021.

_____. Lei nº 3.298, de 30 de novembro de 2017. Altera a Lei nº 2.409, de 16 e novembro de 2010, que dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, nas partes que especifica, e adota outras providências. Assembleia Legislativa do Tocantins. Palmas-TO, 2017. Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3298-2017_43344.PDF. Acesso em: 17 de março de 2021.

_____. Lei nº 433, de 28 de julho de 1992. Cria o Conselho da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.al.to.leg.br/arquivos/6691.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2021.

_____. Lei Orgânica nº 10, de 11 de janeiro de 1996. Institui a Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado do Tocantins e dá outras Providências. Disponível em: http://www.tjto.jus.br/joomlatools-files/docman-files/arquivos/legislacao_interna/leis/lei_complementar_10_96.pdf. Acesso em: 06 de abril de 2021.

TOCANTINS. Poder Judiciário. Edital nº 001/2019 – Presidência/DIGER/DIAM/COLIC. torna público que, em virtude da contínua e crescente demanda, realizará credenciamento de profissionais destinados a atender a premente e justificada necessidade do Poder Judiciário do Estado do Tocantins por equipe multidisciplinar, com fundamento no art. 25 da Lei Federal nº 8.666/1993. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/docman-lista/credenciamento/1602-asd-1/file>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2021.

_____. Instrução Normativa nº 3 – Presidência/ASPRE. Regulamenta as atividades, procedimentos e fluxo processual do GGEM, na forma do parágrafo único do art. 2º da Portaria nº 1.859, de 17 de maio de 2016, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/docman-lista/cgem/2020cgem-1/2307-normativa-1/file>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2021.

Regressão cautelar de regime prisional: uma análise sobre a possível ocorrência de mitigação à princípios constitucionais

Fabio Jose Furtado dos Remedios Kasahara

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.3

RESUMO

O presente texto tem como objetivo analisar um tema que atualmente gera controvérsias na doutrina e jurisprudência brasileira, a regressão cautelar de regime prisional, em decorrência do cometimento de fato definido como falta grave, sob a ótica de decisões judiciais que não estejam devidamente sustentadas por fundamentos e princípios garantistas que versam sobre a ampla defesa e ao devido processo legal. O método utilizado para a investigação é o Dedutivo. Ao final do artigo, verifica-se que durante o processo de regressão de regime, deverão ser assegurados os princípios basilares esculpidos na Constituição Federal de 1988, tais como, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal e que a dignidade da pessoa humana deve ser preservada em primeiro plano quando do encarceramento do indivíduo, assim, o modelo atual de execução de pena e aprisionamento, torna-se contrário aos mais elementares pilares dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: dignidade. execução penal. direito penal. direitos humanos. igualdade. liberdade. encarceramento. dicotomia.

ABSTRACT

This text aims to analyze a topic that currently generates controversies in Brazilian doctrine and jurisprudence, the precautionary regression of the prison regime, as a result of the commission of a fact defined as serious misconduct, from the perspective of judicial decisions that are not properly supported. by guaranteeing fundamentals and principles that deal with ample defense and due process of law. The method used for the investigation is the Deductive. At the end of the article, it is verified that during the regime regression process, the basic principles carved in the Federal Constitution of 1988 must be ensured, such as ample defense, the adversary system and due process of law and that the dignity of the person human rights must be preserved in the foreground when the individual is incarcerated, thus, the current model of execution of sentence and imprisonment, becomes contrary to the most elementary pillars of Human Rights.

Keywords: dignity. criminal enforcement. criminal law. human rights. equality. freedom. imprisonment. dichotomy.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo teórico demonstrar que existe uma série de decisões exaradas por juízes executores, que versam sobre regressão cautelar de regime prisional do sentenciado que comete o que pode tipificar como o cometimento de falta grave, segundo reza a Lei de Execução Penal no artigo 118:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - Praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II - Sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111). (BRASIL, 2010).

Tais decisões fundamentam-se no poder geral de cautela do juiz. Porém, deixa em cheque o sistema judiciário brasileiro, face a decisões questionáveis com observância apenas na

dimensão fática legalista, sem a devida recorrência a princípios basilares previstos na Constituição federal de 1988, questões que podem levar magistrados a decisões discricionárias, dada a gama de variáveis subjacentes nas ações judicializadas.

A questão/problema é a seguinte: é possível a ocorrência de mitigação a princípios constitucionais quando das decisões de regressão cautelar de regime prisional a um encarcerado, quando se toma por base de legalidade apenas o poder de cautela dos magistrados? Sim ou não? Ou ainda: essas decisões, ocasionam um aspecto negativo a dignidade humana, relativizando a cidadania e sua condição individual de pessoa?

No atual momento, sabe-se que o apenado que cometer a denominada falta grave, será custodiado no regime prisional fechado, conforme dispõe a " Lei de Execução Penal em seu artigo 84, determinando que o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

Segundo dados de abril do ano 2021 do relatório "Susipe em Números" revelam que no Pará existem atualmente 6.583 presos já condenados pela Justiça, além de outros 3.137 presos provisórios/sentenciados, ou seja, que já cumprem pena por um (ou mais) processo (s) e aguardam julgamento em outro. Do total de mais de 15 mil presos que o Estado custodia, mais de 60% são provisórios.

E neste universo de apenados que por ventura tenham e algum momento, por evasão, denominação dada aquele apenado que não retorna do cumprimento do benefício de saída temporária, ou mesmo cometa a fuga da CPASI (Colônia Penal Agrícola de Santa Izabel, estes ficarão cautelarmente custodiados em regime fechado em face a decisões de regressão cautelar de regime, tornando-se seus benefícios executórios sobrestados até o momento deste apenado, ter a oportunidade de apresentar-se perante a autoridade judiciária competente, por força de agendamento de audiência de justificativa.

A Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 em seu artigo 118 § 2º traz um rol taxativo das hipóteses em que ocorrerá a regressão de regime (MARCÃO, 2011).

Assim Gomes (2010) descreve que a ocorrência da regressão cautelar de regime prisional, deixa uma lacuna na justiça executória trazendo insegurança jurídica nas decisões:

A controvérsia consiste, basicamente, na possibilidade ou não de dar-se ao condenado o direito ao contraditório e ampla defesa e em consequência ao devido processo legal, explicando-se este em audiência com o juízo da execução penal antes ter a decretação de sua regressão de regime cautelarmente decidida de pronto.

Ocorre que após o alcance da progressão de regime e observando-se que o mérito do sentenciado não mais condiz com a realidade por ele conquistada, não correspondendo aos quesitos necessários para o prosseguimento da execução da pena no novo regime alcançado, poderá o condenado regredir de regime, passando a regimes mais severos de cumprimento de pena.

Percebe-se também nesse contexto, que os ditames legais norteadores da execução do regime prisional imposta pelo Estado juiz, e que são estatuídos sob a égide da Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, e sobre a temática abordada, mais precisamente, no art. 118, § 2º, da referida norma, durante o processo de regressão de regime, deverão ser assegurados os princípios basilares esculpido na Constituição Federal de 1988, tais como, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. (ANDREUCCI, 2010).

Por ser pressuposto do sistema progressivo de penas a passagem do condenado por todos os regimes de cumprimento subsequentes ao seu regime inicial, de um estabelecimento prisional mais severo para um menos rigoroso, até que atinja a liberdade.

Assim, se por um lado o mérito do condenado é requisito para que ele passe de um regime de cumprimento de pena para outro, a ausência de mérito é motivo para ensejar a regressão do regime prisional, porém sempre respeitando-se o devido processo legal (MARCÃO, 2009).

É mister afirmar, que os princípios da ampla defesa e do contraditório devem ser estritamente observados na regressão, não podendo o juiz da execução decidir sobre a regressão prisional do condenado sem sua prévia oitiva, conforme disciplina o art. 118 § 2º da Lei de Execução penal. Qualquer decisão que determinara regressão para o regime prisional fechado, sem observar esse dispositivo, será nula (ANDREUCCI, 2010).

É lúdima a assertiva de que em todo processo tanto judicial como administrativo, é garantido pela Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, LV, os princípios da ampla defesa e do contraditório, em face de que suprimindo tais questões, se estará ceifando a *Lex Máxima*, rompendo com todos os pilares de orientação e sustentação do direito brasileiro.

Nos dizeres de Júlio Fabbrini Mirabete (2007), neste sentido, não deve o magistrado no poder de sua jurisdicionalização, que é o da Vara de Execuções Penais, aplicar a regressão cautelar do regime prisional de qualquer apenado, quando de sua execução, antes de uma prévia ouvida deste, inclusive, justificando, por todos os meios em direito admitidos, em consonância com os princípios constitucionais.

Ocorre que em decisões reiteradas, os juízes executores com o alicerce jurídico sustentado no poder geral de cautela, estão admitindo a regressão cautelar de regime prisional com base no perigo da demora da prestação jurisdicional, o *periculum in mora*, e a fumaça do bom direito, *fumus boni iuris*, a fim de tomarem decisões cautelares extremadas, ferindo o princípio do devido processo legal elencado na Constituição Federal de 1988.

O método utilizado para a Fase de Investigação e o Relato de Pesquisa será o Dedutivo, cuja premissa maior são a materialização e validação dos princípios constitucionais, suas consolidações e eficácia de aplicabilidade em face ao consenso estipulado na Constituição Federal democrática brasileira. As técnicas selecionadas ao cumprimento do método eleito são a Pesquisa Bibliográfica e Documental, a Categoria e o Conceito Operacional, quando necessários (Pasold, 2018, respectivamente p. 215, 217, 207).

A FALTA GRAVE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL E NA JURISPRUDÊNCIA

As hipóteses de falta grave estão previstas nos artigos 50, 51 e 52 da Lei de Execução Penal, que recentemente sofreu alteração pelo Pacote Anticrime Lei n.13.964/2019, vejamos o texto atual:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

- I – Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
- II – Fugir;

- III – Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- IV – Provocar acidente de trabalho;
- V – Descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
- VI – Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
- VII – Tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
- VIII – Recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

- I – Descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;
- II – Retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;
- III – Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I – Duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II – Recolhimento em cela individual;

III – visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV – Direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

V – Entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário.

VI- Fiscalização do conteúdo da correspondência;

VII- Participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

No diz respeito a aplicação das penalidades relacionadas ao cometimento das referidas faltas graves durante o curso da execução penal, estas estarão interligadas diretamente a instauração de procedimento disciplinar penitenciário com o objetivo de apuração, assegurado o direito de defesa, conforme o que reza o artigo 59 da LEP. A seguir:

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Parágrafo único. A decisão será motivada.

No entanto, em 2013, ao julgar o REsp 1.378.557, a Terceira Seção do STJ fixou entendimento no sentido da imprescindibilidade da instauração de processo administrativo disciplinar pelo diretor do presídio para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave, assegurado o direito de defesa, a ser exercido por advogado constituído ou defensor público nomeado, em conformidade com o que preconiza a Lei de Execução Penal.

E no ano de 2015, o STJ editou a Súmula 533, cujo enunciado iria confirmar a necessidade do PAD nos casos de falta disciplinar no âmbito da execução penal.

Súmula 533 do STJ: Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 10/06/2015, Dje 15/06/2015.)

Entretanto, o STF, no julgamento do RE 972.598, com repercussão geral reconhecida (Tema 941), fixou a tese de que “a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do Defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena”.

Nesta interpretação, o STF chegou ao entendimento de que a apuração de falta grave praticada durante a execução de pena em procedimento judicial, com as garantias a ele inerentes, perante o juízo da Execução Penal não só é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) como torna desnecessário o prévio procedimento administrativo, tendo como enfoque, o princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Nesta esteira de entendimento, o enunciado 534 do STJ dispõe que a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

Portanto, observa-se que as consequências do reconhecimento de uma falta disciplinar são extremamente graves no processo de execução penal, visto que o apenado perde o período de pena que já tinha cumprido anteriormente, iniciando-se a contagem de prazo para novos benefícios a partir da data do cometimento da falta praticada.

Nesta mesma trilha, tratando-se de aplicação de apuração de falta grave, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, observa que a existência do procedimento administrativo é um pressuposto, portanto, para o reconhecimento da falta grave e aplicação da pena de regressão de regime. Todavia, ressalta que a decisão sobre a regressão do regime é atribuição do juiz da execução penal, de maneira que a conclusão do procedimento não vincula o julgador. E ao Estado-juiz compete, ainda que contrariamente à conclusão do PDP, sendo o caso, reconhecer a falta grave e determinar a regressão, conforme o caso.

E ainda conforme Súmula nº 15 do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, o prazo prescricional para apuração de faltas graves cometidas durante a execução da pena não é matéria de direito penitenciário e, por isso, não pode ser regulamentada por norma estadual, devendo,

portanto, ser utilizado analogicamente o menor prazo prescricional previsto no Código Penal, em face da ausência de norma específica existente sobre o tema, sempre após prévia instauração do processo administrativo disciplinar.

Assim, diante de ausência de norma específica quanto à prescrição de infração disciplinar utiliza-se, por analogia, o prazo prescricional do art. 109, inciso VI do Código Penal tendo em vista a competência privativa da união para legislar sobre direito penal (CR/88, ART. 22, I), conforme precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ.

A título de ilustração, cito recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Execução penal. Falta grave (fuga). 3. PAD não homologado, ao fundamento de não ter sido observado o prazo máximo de conclusão previsto no Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (prazo de 30 dias). 4. A jurisprudência do STF é no sentido de que, diante da ausência de norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar, utiliza-se, por analogia, o Código Penal (HC 92.000/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 30.11.2007). 5. Quanto ao prazo de 30 dias para o encerramento do PAD, esta Corte já considerou que compete privativamente à União legislar sobre direito penal (HC 97.611/RS, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 7.8.2009). 6. Ordem denegada. (STF. Habeas Corpus 114422, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 06/05/2014, DJe 27/05/2014).

E o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, depois de reiteradas decisões nesse mesmo sentido, editou a Súmula nº 15 (Res. 13/2015 – DJ. Nº 5812, de 03/09/2015), que possui o seguinte conteúdo:

O prazo prescricional para apuração de faltas graves cometidas durante a execução da pena não é matéria de direito penitenciário e, por isso, não pode ser regulamentada por norma estadual, devendo, portanto, ser utilizado analogicamente o menor prazo prescricional previsto no Código Penal, em face da ausência de norma específica existente sobre o tema, sempre após prévia instauração do processo administrativo disciplinar.

Percebe-se que a prática de falta grave trás diversa consequências na execução da pena, como a interrupção do prazo para a progressão de regime e o óbice à concessão de benefícios do apenado, porém estas penalidades só podem surtir efeito negativo na execução de pena, após apuração por meio de procedimento administrativo que garanta ao preso o exercício da defesa.

REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL VERSUS A MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Observa-se que durante a regressão cautelar de regime, a existência de uma linha tênue que separa a ocorrência ou não da mitigação a princípios constitucionais, por esse motivo, surge no presente texto a importância de mencioná-los os quais serão descritos abaixo a seguir:

A regressão cautelar fere de suma os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todos, esculpados pela Carta Republicana de 1988, inclusive, por ser medida extremada, de caráter urgente, deixa de cumprir o procedimento adotado pelo §2º, do Art. 118, da Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, fazendo com que o apenado seja posto em regime diverso e mais severo, geralmente ao fechado, sem a sua prévia ouvida, nem lhe dando

margem a apresentação de defesa técnica, pois só depois dessa é que, não sendo plausíveis as assertivas repulsivas, deve fundamentadamente, com base no art. 93, IX, da CF/88, regredir o regime prisional em função das hipóteses trazidas pelo art. 118, da LEP, em seus incisos, isso não ocorrendo seria de plena nula a decisão, violando direitos individuais, garantidos em nível constitucional.

Com relação ao tema acima exposto, Fernando Capez (2004) entende que o juiz é munido do chamado poder geral de cautela, podendo decretar medidas urgentes, em casos de extrema e comprovada necessidade, quando presentes *o fumus boni iuris e o periculum in mora*, figurando como exemplos, no processo civil, as liminares, as tutelas antecipadas e as providências de cunho cautelar e, no processo penal, as prisões processuais, a busca e apreensão e o arresto.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio do devido processo legal no artigo. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 2010).

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, o princípio do devido processo legal insere-se na ideia de democracia, como veículo da justiça e dos direitos fundamentais [...]” (LIMA, 1999) Primeiramente, cabe a desintegração dos três elementos contidos no que foi supracitado, verificando-se o significado de cada conteúdo, individualmente.

Devido assume a conotação de previsto, tipificado e justo. “Processo” permanece com o significado mais conhecido, acerca dos trâmites, caminhos a serem percorridos dentro do ordenamento jurídico. “Legal” pode ser entendido em seu significado mais amplo, abrangendo a Lei Maior e a legislação infraconstitucional.

Unindo todos os termos novamente, pode-se chegar às “garantias previstas juridicamente.” (TAVARES, 2008).

Dessa forma, Nagib Slaibi Filho (2006) conceitua o devido processo legal: [...] é o conjunto de garantias expressamente previstas na Constituição ou por ela reconhecidas como necessárias para integrar a pessoa interessada no processo de decisão, pública ou privada, que diga respeito à sua liberdade ou aos seus bens ou a qualquer interferência arbitrária nos seus direitos da personalidade.

Gilmar Ferreira Gomes (2008) dá maior amplitude ao devido processo legal, afirmando que a sua previsão constitucional fez com que a obrigatoriedade da sua observância não recaísse mais tão somente aos magistrados, mas estendendo-se a todos aqueles que compõem o aparato jurisdicional, como os advogados e serventuários, por exemplo.

Assim, todos os que exercem funções consideradas como essenciais à justiça tem o dever de fazer com que o devido processo legal seja aplicado.

Alguns doutrinadores o consideram de extrema importância na medida em que o devido processo legal engloba uma série de outros princípios constitucionais. (LOPES, 2006)

Atualmente, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão consagrados no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 2010).

O fato de um único dispositivo assegurar dois princípios reforça a proximidade da inter-relação entre ambos. É da manifestação do contraditório que surge o exercício da ampla defesa, e vice-versa, e assim pode ser notada a íntima relação existente entre eles. (ZILLI, 2003)

Acerca do alcance da ampla defesa dentro do ordenamento jurídico:

As dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, os processos judiciais ou administrativos. (MENDES, 2008)

Na mesma esteira, José Laurindo de Souza Netto afirma que “a cláusula que outorga aos indivíduos o direito inviolável de se defender não se refere exclusivamente ao processo penal.” (2003)

Nota-se que a partir do ponto de partida em que o Estado passa a aderir a uma formulação abstrata como forma de punição do indivíduo, com a praxe da regressão de regime cautelar, limitando-se apenas no poder de cautela instituído aos juízes executores, sem levar em consideração o contexto crônico de violação dos direitos humanos no cárcere, o Estado não terá uma postura neutra ou, simplesmente legal, pelo fato óbvio da regressão de regime cautelar, não se basear-se na Lei, mais tornar-se fruto puramente de uma espécie de metalinguagem que se produz a partir da Lei aplicada de maneira desleal com o indivíduo.

POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

No que diz respeito a decisões, no ordenamento jurídico brasileiro, existe na jurisprudência ainda que em menor proporção, posição minoritária de que não deve ser admitida a regressão cautelar de regime prisional: em face da ausência de previsão legal.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro posiciona-se no sentido da necessidade da oitiva do apenado para se efetivar a regressão de regime:

TJ/RJ, 4ª Câ. Criminal, HC nº 2005.059.06446, rel. desª. Maria Zélia Procópio da Silva, j. 27/12/05

Habeas Corpus. Réu condenado. Regime prisional aberto. Evasões sucessivas. Falta grave. Regressão ao regime semiaberto, em caráter definitivo, sem oitiva do apenado. Impossibilidade. Art. 118, § 2º da LEP. Jurisdicionalização da execução penal. Oitiva do apenado pelo juiz. Decisão definitiva prolatada sem oitiva. Desconhecimento da recaptura. Inocorrência de convalidação pela oitiva subsequente, na Comissão Técnica de Classificação. Suspensão cautelar, sem oitiva. Ordem parcialmente concedida. Cometida falta grave, em tese, (fuga), a regressão definitiva a regime mais gravoso (semiaberto), sem a oitiva do apenado, para possível justificativa da conduta, nos termos do artigo 118 § 2º, da LEP, importa em violação dos princípios da legalidade, no devido processo, do contraditório e da ampla defesa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná comunga do mesmo entendimento:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO. PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO DO REGIME ABERTO PARA O REGIME FECHADO AO SENTENCIADO, SOB A JUSTIFICATIVA DE COMETIMENTO DE NOVO CRIME NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA. IRRESIGNAÇÃO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA REFERIDA DECISÃO POR NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA. PARA A REGRESSÃO DE RÉGIME NECESSÁRIO SE FAZ A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE

JUSTIFICAÇÃO, NA QUAL SEJA ASSEGURADO AO REEDUCANDO O EXERCÍCIO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA, A APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA POR ESCRITO NÃO SUPRE A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA REFERIDA AUDIÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - É entendimento majoritário nesta Corte de Justiça, que para a homologação de falta grave necessária se faz a realização de audiência de justificação prévia, na qual seja garantido ao sentenciado apresentar sua versão dos fatos. II - "A prática de fato definido como crime doloso seria motivo suficiente para a regressão, reforçado pelo fato de também constituir falta grave. A lei preconiza a prévia oitiva do condenado, pois o juiz convencendo-se dos motivos apresentados poderá manter o regime. Se assim não fosse, não haveria necessidade da previsão de oitiva do interessado". (BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. 3ª.Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Fls.254/255). Estado do Paraná 2 PODER JUDICIÁRIO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso de Agravo nº 1.509.249-4Cód. 1.07.030 (TJPR - 4ª C.Criminal - RA - 1509249-4 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Celso Jair Mainardi - Unânime - - J. 12.05.2016). Jurisdicionalizada a execução penal (artigo 194, LEP) e competindo ao juiz (artigo 65, LEP), o procedimento correspondente às situações previstas na lei será judicial. Sendo judicial — e não meramente administrativa — a decisão de regressão de regime, a oitiva do apenado, que deve precedê-la, é de ser feita pelo juiz, que exerce o poder sancionatório em nome do Estado, e não no âmbito da Comissão Técnica de Classificação. Prolatada decisão definitiva de regressão, sem oitiva do apenado, por desconhecer o Juízo a sua recaptura, na data, não é validada por oitiva subsequente do mesmo, na Comissão Técnica de Classificação. Convoção da decisão em cautelar para que seja ouvido, pelo juiz, que deve prolatar após, decisão sobre a regressão definitiva. A oitiva prévia do apenado, impossibilitada pela permanência da evasão ou por desconhecimento da recaptura, é dispensável na hipótese de suspensão cautelar do regime mais benéfico de que usufruía, quando da evasão, sendo esta, em tese, falta grave, que por si só e em princípio, compromete a execução da pena. Concessão parcial da ordem.

Pelo Tribunal de Justiça do Mato grosso do Sul é demonstrado o entendimento de que é irrelevante o descumprimento das condições de audiência admonitória, para ensejar a regressão de regime do sentenciado:

TJ/MS, 2ª Turma, HC nº 2005.008297-3/0000-00, rel. des. José Augusto de Souza, j. 06/07/05, v.u., DJU 18/07/05

Habeas corpus. Condenado que cumpriu a pena em regime aberto sem, contudo, preencher as condições impostas na audiência admonitória. Irrelevância ante o fato de já ter cumprido integralmente a reprimenda. Impossibilidade de regressão prisional. Extinção da punibilidade. Ordem concedida. Se a pena privativa de liberdade foi cumprida integralmente, em regime prisional aberto, o eventual descumprimento das condições impostas na audiência admonitória, que poderá levar à regressão do regime prisional, é irrelevante, uma vez que a inobservância dessas condições jamais poderá ter como consequência o aumento da reprimenda. Extinção da punibilidade. Ordem concedida.

TJ/MS, 2ª Turma, HC nº 2005.000436-4/0000-00, rel. des. José Anezi de Oliveira, j. 02/03/05, v.u., DJU 11/03/05

Falta de audiência pessoal. Habeas corpus. Pacientes que não cumprem a pena pecuniária aplicada em substituição à pena privativa de liberdade. Julgador que converte a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a realização de audiência de justificação. Constrangimento ilegal caracterizado. Inobservância do princípio da ampla defesa e do contraditório. Ordem concedida.

A expedição de mandado prisional em desfavor dos pacientes, por ocasião da conversão da pena restritiva de direitos em reprimenda privativa de liberdade, sem audiência de justificação dos condenados, caracteriza constrangimento ilegal por se tratar de ato que não observa o princípio do contraditório e da ampla defesa previsto na Constituição Federal.

Na esteira do entendimento do Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, a proporcionalidade sempre deve ser preservada ao analisar a regressão cautelar em caso de fuga:

TJ/RS, 5ª Câmara Criminal, Ag.Ex. nº 70013653084, rel. des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 22/02/06 Execução penal. Fuga. Regressão de regime não autorizada. Proporcionalidade. Não é qualquer fuga que impõe a regressão de regime: a proporcionalidade deve estar presente. O curto período da fuga, sem cometimento de delito, aliado a aplicação de sanção administrativa e o registro da falta grave no prontuário do apenado, não autoriza a regressão de regime. Há, sempre, se apostar no cidadão-apanado. Por maioria, negaram

provimento ao agravo.

Na mesma linha de pensamento coleciona o TRF 1ª Região:

TRF 1ª Região, 3ª Turma, HC nº 2005.01.00.063463-8/GO, rel. des. Cândido Ribeiro, j. 18/10/05, v.u., DJU 18/10/05

Habeas corpus. Descumprimento das penas restritivas de direitos. Regressão de Regime. Oitiva do condenado. Art. 118, § 2º, da Lei nº 7.210/84. Inobservância. É imprescindível a audiência pessoal do condenado pelo juiz antes da decretação de regressão de regime prisional, sob pena de mal trato aos princípios do contraditório e ampla defesa. (Inteligência do art. 118, §2º, da Lei nº 7.210/84). Não tendo havido a oitiva do sentenciado, a regressão do regime vem a caracterizar constrangimento ilegal. Ordem de habeas corpus que se concede em parte.

Após a apresentação dos argumentos constantes nos acórdãos dos Tribunais de Justiça citados, de modo a expor quais os motivos que os levam a decidir pela não regressão do regime de cumprimento de pena, observa-se a aplicabilidade de uma moderna política criminal, ao se adotar uma posição absolutamente minoritária dentro da realidade dos outros Tribunais Superiores, em um viés totalmente inovador.

Acerca de uma possível alegação de demasiada benevolência por parte dos operadores do direito, vale transcrever o posicionamento do Desembargador Aramis Nassif, em voto proferido no agravo nº 70024556359:

Cabe ressaltar ainda, que o apenado cumpre pena em regime semiaberto, ou seja, não se trata de colocá-lo em liberdade, nem mesmo, de se omitir de aplicar-lhe punição disciplinar, ante a falta cometida, mas simplesmente de adotar postura condizente ao direito penal mínimo e subsidiário, que busca incansavelmente reduzir os efeitos danosos da realidade penitenciária, reintegrando progressivamente o apenado socialmente. (BRASIL, 2010h).

Uma indagação feita pelo Des. Nereu José Giacomolli, no agravo de execução nº 70028547743, do TJRS, merece transcrição literal:

Terceiro porque, suponha-se que, no juízo executório, após colhidas todas as provas (eventualmente até periciais, caso necessárias), fosse reconhecida a prática de crime doloso e regredido o regime prisional, ao passo que, no juízo de conhecimento, também após colhidas todas as provas (!), o apenado, lá réu, restasse absolvido, inclusive em 2º Grau (com o notório tempo para isso, inclusive se se tratasse de réu solto). Obviamente que, em face da decisão do juízo de conhecimento (juízo natural que é), a decisão de regressão de regime anteriormente proferida pelo juízo executório ficaria invalidada. E mais, suponha-se que, pela desnecessidade da custódia cautelar, o juízo de conhecimento, por onde definida a absolvição, não tenha decretado a prisão provisória. Como realizar detração em tal hipótese, quando é sabido que, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, somente é possível seu reconhecimento pelo processo em que restou condenado, não constituindo um “crédito” em favor de apenado para outras condenações? (BRASIL, 2010h).

Ante o exposto, vislumbra-se que a execução penal deve ser compreendida como um processo judicial autônomo, distinto do processo de conhecimento que lhe deu origem, em cujo bojo devem ser obedecidos os princípios e garantias constitucionais, na forma preconizada pelo artigo 118, § 2º da Lei n.º 7.210/84, Lei de Execução Penal. (CAPEZ, 2004).

Compreende-se dessa forma, por se tratar de tema que envolve a liberdade individual do ser humano, privado de seu direito constitucional de ir e vir, que passa a ser tutelada pelo Estado, que determina as regras da execução do condenado, e quando decide pela regressão cautelar de regime do sentenciado, os juízes executores claramente passam a desprezar a garantia constitucional oferecida aos condenados à pena privativa de liberdade, a saber: a de que o estabele-

cimento penitenciário onde será recolhido será aquele compatível com o crime praticado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Renomados doutrinadores brasileiros defendem, de forma fundamentada, que a regressão de regime prisional fere os princípios constitucionais previstos para que haja a proporcionalidade nas decisões.

Nesse sentido, leciona Mirabete (1996) que: “Por estar privado de liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.”

Ressalta ainda o doutrinador, que o processo de execução deve ocorrer nos mesmos moldes de garantias do processo penal de conhecimento. Assim, é imperioso respeitar-se o devido processo legal com todos os seus corolários, em especial o contraditório e a ampla defesa na fase de execução da pena.

Aury Lopes Junior (2007) Aduz que, apesar da dificuldade na materialização dos princípios constitucionais em virtude de seu caráter, de certa maneira, abstrato, cabe ao operador jurídico à interpretação e filtragem dos institutos jurídico-penais a partir da Constituição de maneira comissiva, concluindo: Se é verdade que o sistema jurídico por si só não pode garantir nada, não se pode afirmar que o jurista nada pode fazer para otimizar o modelo de garantias. É da essência da atividade dos operadores críticos a utilização dos mecanismos fornecidos pela Constituição, e das lacunas e contradições entre esta e o ordenamento inferior, para otimizar normas, gerando práticas de defesa dos direitos fundamentais.

Observa, também, que a regressão cautelar ofende o contraditório, na medida em que o apenado não tem oportunidade de manifestação. Passa o período em que se investiga se houve ou não o cometimento de falta grave, como se culpado fosse, a despeito do que pudesse argumentar em sua defesa, o que, por si só, afronta dispositivo constitucional, nos termos do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Salta aos olhos a reflexão de que, se durante o processo penal, já se costuma impor um véu de não inocência ao processado criminalmente. (LOPES JUNIOR, 2007.)

Ademais a negação da dignidade da pessoa humana, as garantias de direitos fundamentais, com a mitigação a princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal do Brasil, abrem a porta para sistemáticas violações de Direitos Humanos. Com a agravante crise no sistema carcerário nacional, em que cada vez de maneira mais acentuada os governos tem aderindo à política de encarceramento em massa, através de justificativas variadas e abstratas, como a segurança do Estado, pela manutenção da ordem pública entre outros fatores justificantes do segregamento em grande escala.

Para finalizar a resposta é sim. É possível a ocorrência de mitigação a princípios constitucionais quando das decisões de regressão cautelar de regime prisional a um encarcerado, quando se toma por base de legalidade apenas o poder de cautela dos magistrados, tendo em vista que essas decisões e o modelo crescente encarceramento de presos e como consequen-

ência, ocasionam um aspecto negativo a dignidade humana, relativizando a cidadania e sua condição individual de pessoa. E negar a dignidade de um ser humano, negar sua condição de pessoa, negar suas garantias fundamentais e seus direitos fundamentais. Tais questões não são compatíveis com um autêntico Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, R. A. Legislação Penal Especial. 7ª ed. Saraiva. São Paulo - SP 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 de nov.2021.

CAPEZ, Fernando. Execução Penal. 10ª Edição. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

GOMES, L.F. Direito Penal: parte geral: volume 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 665.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz e princípio dispositivo. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2006.

Lei nº 7.210/84. Lei de Execução Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/civil/leis/L7210.htm>> Acesso em: 17. out. 2021.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido Processo Legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MARCÃO, R. 9ª Edição De acordo com as Leis n.12258/2010. Curso de Execução Penal, 2011.

McDougall, W. (1920). The group mind. Cambridge: Cambridge University Press.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI. Renato N. Manual de Direito Penal: parte geral. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NETTO, José Laurindo de Souza. Processo Penal: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral e parte

especial. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14. ed. Florianópolis: Empório Modara, 2018

Seap em números. Disponível em: <http://www.seap.pa.gov.br> Acesso em: 10. mar. 2022

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa do juiz no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Temas de direitos fundamentais na obra ética prática de Peter Singer

Albertinho Sousa da Mota

Possui graduação em Direito, Disciplinas Profissionalizantes e Letras pela Universidade Federal do Maranhão, mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Vale do Itajaí, (UNIVALI), doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.4

RESUMO

O objetivo neste estudo é apresentar uma análise teórica, partindo das descobertas realizadas em uma pesquisa defendida no Curso de Doutorado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, na área de Direitos Fundamentais que teve como alvo investigar o que pensou Peter Singer na obra “Ética Prática”. A análise tem por base a epistemologia da complexidade dos direitos fundamentais, levando em consideração: a questão ética em tirar a vida de seres humanos; a obrigação dos ricos para com os pobres; mudanças climáticas; o meio ambiente; desobediência civil e violência, bem como as razões para agir moralmente. A pesquisa que serviu como base para este trabalho possibilita uma articulação entre as concepções sobre a convivência entre os seres humanos, não humanos e a natureza, isto é, as ações educativas que evocam a emergente necessidade de compreensão dos fenômenos da experiência humana, bem como o utilitarismo de preferências que se manifesta nos processos de responsabilidades com a ética e a moral. Verifica-se a urgência de um olhar complexo que surge principalmente no contexto da convivência com os seres existentes na natureza.

Palavras-chave: direitos fundamentais. ética. moral. eutanásia. aborto.

RESUMEN

El objetivo de este estudio es presentar un análisis teórico, a partir de los hallazgos de una investigación defendida en el Doctorado en Derecho de la Universidad Estácio de Sá, en la área de Derechos Fundamentales que tuvo como objetivo indagar lo que pensaba Peter Singer en el trabajo “Ética Prática”. El análisis se basa en la epistemología de la complejidad de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta: la cuestión ética de tomar la vida de los seres humanos; la obligación de los ricos hacia los pobres; cambios climáticos; el medio ambiente; desobediencia civil y violencia, así como las razones para actuar moralmente. La investigación que sirvió de base para este trabajo posibilita una articulación entre las concepciones sobre la convivencia entre seres humanos, no humanos y naturaleza, es decir, las acciones educativas que evocan la necesidad emergente de comprender los fenómenos de la experiencia humana, así como el utilitarismo de preferencias que se manifiesta en los procesos de responsabilidad con la ética y la moral. Existe la urgencia de una mirada compleja que surge principalmente en el contexto de la convivencia con seres existentes en la naturaleza.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe uma análise teórica do tema, que tem como base o livro *Ética Prática* de Peter Singer, a respeito da vida cotidiana e das escolhas humanas. Trata-se de um recorte bibliográfico que destaca a articulação teórica, evidenciando a importância da ética e da moral e das concepções sobre utilitarismo e direito, a partir de um olhar crítico, propondo uma discussão a respeito da fragmentação do utilitarismo no âmbito das relações humanas.

Assim, na articulação sobre ética e ação utilitarista, é possível compreender a relação complexa entre sujeitos e ética, com destaque para um olhar complexo sobre utilitarismo e direito. Nas sessões deste artigo, destacam-se a articulação teórica sobre esses dois conceitos, tendo como norte a questão da divisão do trabalho utilitarista revelado pela desvalorização dos costumes. Assim, este artigo é um convite para um olhar teórico a partir das contribuições da

complexidade do utilitarismo de preferência idealizado por Peter Singer, pois revela argumentos importantes em defesa da ética e da moral em tempos de mitigação da ética e da moral.

O artigo visa, enfim, enfrentar a dialética existente entre o utilitarismo e a ética na prática. Perguntar-se-ia o porquê de determinadas atitudes humanas, ou seja, poderia adotar-se atitudes diversas daquelas já adotadas na prática?

QUESTÃO ÉTICA EM TIRAR VIDAS HUMANAS

O direito à vida sempre foi assunto de constantes discussões, haverá quem defenda a vida humana e sua proteção desde a concepção, outros defendem que a vida só começa de fato a partir do nascimento com vida. No capítulo 7 do livro *Ética Prática*, intitulado “Tirar vida: seres humanos”, visto como se fosse matar alguém, conforme prevê o CPB em seu Artigo 121.

Assunto de grande relevância, com alicerce nas sociedades cristãs, a vida humana, quando discutida, leva a grandes reflexões, abrindo um leque para as mais diversas discussões.

O Direito à vida, em países cristãos e democráticos é assegurado conforme suas leis e costumes, que foram buscar inspirações e fundamentos no Direito Natural, o mesmo não se pode dizer com outros países ou comunidades de cultura, religião e até mesmo regimes políticos diferentes com práticas que, muitas vezes, sobrepõem-se às leis, por exemplo o infanticídio em algumas comunidades indígenas é praticado e moralmente aceitável para essas comunidades.

Por outro lado, seguindo parâmetro aceito por uns, reprovado por outros, há a discussão sobre ética da vida humana trazendo temas como eutanásia e o infanticídio, há, ainda, os que aceitam, sob restrições, impondo limites para sua efetivação. Peter Singer apela para a racionalidade para justificar o uso dos institutos de eliminar a vida humana como os casos da eutanásia e do infanticídio.

Da Eutanásia

A Eutanásia limita-se a proporcionar uma morte tranquila, se podemos dizer que há morte tranquila, ou também para amenizar o sofrimento causado por doenças incuráveis. Para a efetivação da eutanásia, é importante observar as espécies possíveis, considerando-se a vontade das pessoas e sua determinação quando em estado de lucidez. Passa-se a demonstrar a classificação da eutanásia em: voluntária, involuntária e não voluntária, que suscitam questões éticas singulares. Para Singer:

“Eutanásia” significa, segundo o dicionário, “morte serena, sem sofrimento”, mas hoje o termo é usado para se referir à morte deliberada daqueles que têm doenças incuráveis e sofrem de angústia e dores insuportáveis, com o propósito de poupá-los de mais aflição e sofrimento. Difere, portanto, do suicídio assistido por médicos na medida em que o médico ou outra pessoa que propicie a eutanásia pode causar a morte, ministrando ao paciente uma injeção letal, por exemplo. (SINGER, 2018, p. 239).

Portanto, eutanásia voluntária, como o próprio nome expressa, é quando o paciente voluntariamente faz o apelo, em se tratando de pessoa que está acometida de doença sem chances de recuperação, estando decidida de sua consciência que não quer mais continuar vivendo, para pôr fim ao seu sofrimento. Esse pedido geralmente ocorre quando o paciente encontra-se em estado de debilidade, ou também pode acontecer quando a pessoa está em perfeitas condi-

ções de saúde física e mental, que deixa por escrito sua vontade no caso de ser acometido de grave acidente que o deixe debilitado, inconsciente, sem chances de vida normal.

Para Peter Singer, esse comportamento é aceito quando comprovado que a pessoa no momento da formalização do pedido encontrava-se em perfeitas condições de saúde mental, livre e consciente para decidir. Os defensores dessa tese reconhecem o direito de as pessoas poderem decidir livremente, baseando-se no princípio da autonomia, acompanhadas por médicos agindo conscientemente, baseando-se na livre manifestação de vontade do paciente, dando-lhe assistência até consumir-se a morte cerebral.

Países em que são permitidos e autorizados a prática da eutanásia, há protocolos a serem seguidos, tanto pelos médicos como pelos pacientes. No Brasil a prática da eutanásia é terminantemente proibida (art. 121 do CPB) em casos de suspeita, são investigados e, se ficar comprovado que houve dolo ou culpa na abreviação da morte de pacientes, os envolvidos serão denunciados e responderão por homicídio:

Na Holanda, uma série de processos judiciais na década de 1880 assegurou a um médico o direito de ajudar um de seus pacientes a morrer. Os tribunais não fizeram distinção entre prescrever ao paciente uma dose letal de um medicamento e aplicar no paciente uma injeção letal. Na verdade, a maioria dos médicos holandeses prefere presenciar a morte do paciente, para garantir que tudo corra bem. (SINGER, 2018, p. 240).

Quanto à eutanásia involuntária, a pessoa não permitiu, isto é, omitiu-se porque não queria permitir ou porque não imaginaria a possibilidade de lhe ocorrer alguma doença grave, já que não se prevê essa situação fática, perde-se a relevância pensar-se em eutanásia, principalmente porque dependeria de uma outra pessoa decidir subjetivamente cercear a vida de outrem que, sem para isso esteja autorizada, expondo-se a vários questionamentos éticos e morais.

Enquanto que na eutanásia não voluntária, a pessoa não possui o caráter de entender e de querer, está em uma situação de inteira dependência de outras pessoas, por exemplo os bebês que sofrem de debilidades crônicas, os idosos que perderam a capacidade de discernimento, e são incapazes de expressar suas opiniões.

Não se pode esquecer que de forma sorrateira, a eutanásia é praticada passivamente, quando, por omissão, permite-se que um paciente não sobreviva, quando se encontra em estado terminal. Fato que ocorre cotidianamente com pessoas idosas com sua saúde debilitada que moram em casas e asilos. Principalmente quando esses idosos estão acometidos de doenças contagiosas. Sendo assim, está-se caminhando por lugares diversos para se chegar ao mesmo destino – a morte.

Nesse diapasão, necessita-se refletir uma morte amena, sem sofrimento, sem esquecer da liberdade do paciente, sua dignidade, autonomia, nessa hora tão difícil, ajudando a minimizar o sofrimento, bem como assegurar o pleno direito de escolha pela vida.

Do aborto

O aborto caracteriza-se pela interrupção da gravidez de forma legal ou ilegal. O aborto é permitido no Brasil apenas em três casos: 1) gravidez de risco à vida da gestante; 2) gravidez resultante de violência sexual e 3) anencefalia fetal, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal em 2012 (BRASIL, 2020). Conforme previsão legal, art. 128 do CPB. No entanto, aborto ilegal é realizado às escuras e das mais variadas formas – desde o uso de medicamentos, chás e até

com objetos perfurantes:

Nos últimos quarenta anos, poucas questões éticas foram objeto de uma discussão tão acirrada quanto o aborto, e nenhum dos lados conseguiu modificar as opiniões de seus adversários. Até 1967, o aborto era ilegal em quase todas as democracias ocidentais, com exceção da Suécia e da Dinamarca. Em seguida, a Grã-Bretanha alterou a legislação e **passou a permitir o aborto com base em premissas sociais abrangentes e, no caso Roe contra Wade, de 1973, o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos** admitiu que as mulheres têm o direito constitucional de abortar nos primeiros seis meses de gravidez. (SINGER, 2018, p. 191) destacou-se.

Assunto polêmico que provocou a formação de dois grandes grupos predominantes: um que é a favor do aborto incondicionalmente, atribuindo apenas às mulheres a decisão de abortar, levando em consideração a liberdade de domínio sobre o seu corpo, sua autodeterminação e integridade física.

Por outro lado, há um segundo grande grupo que é totalmente contra o aborto, que considera o feto com os mesmos direitos à vida que têm todos os indivíduos.

Do infanticídio

O infanticídio significa matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após, art. 123 do CPB. Aqui falaremos do infanticídio “*lato senso*” – compreendido como o assassinato de criança, crime praticado em todo o planeta, independente de nível social ou cultura. Olhando do ponto de vista social, pode-se dizer que o Estado pratica o infanticídio coletivo, quando não cumpre com o seu papel de acolhimento às populações pobres. O Estado ao abandonar as populações carentes está cometendo infanticídio coletivo, e assim se eximindo de sua responsabilidade social.

O infanticídio é um tema muito sensível, causando repúdio em muitas pessoas que o veem como uma injustiça, tendo em vista está em jogo a vida de uma pessoa indefesa que não possui a capacidade de entender e de querer.

Por outro lado, existe a situação de embrião ou bebês acometidos de enfermidades incuráveis que irão proporcioná-lo uma vida de debilidade mental e física sem nenhuma esperança de uma vida saudável. Do ponto de vista utilitarista só seria viável manter a vida se houvesse possibilidade de recuperação, de forma a possuir as mínimas qualidades de vida saudável, pois não há razões éticas para manter a vida de um ser que estará condenado a um sofrimento por toda a sua existência.

Existem países em que comprovadamente diagnosticado durante o pré-natal que o feto está acometido de séria patologia que comprometerá uma vida saudável, o aborto é aceito. No Brasil é permitido o aborto do feto anencéfalo, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal em 2012:

A mudança de atitude ocidental diante do infanticídio desde a época romana é um problema do cristianismo. Talvez hoje seja possível examinar essas questões sem adotar a estrutura moral cristã que, por tanto tempo, impediu toda e qualquer reavaliação essencial. (SINGER, 2018, p. 234).

Para Peter Singer, não há relevância na eutanásia, nem tampouco no infanticídio, que a questão ética não possa superá-la, com precauções a fim de evitar arbitrariedades. Por conseguinte, deve-se evitar o vitimismo, que pode ser superado por discussões sóbrias, com suges-

tões importantes para se chegar a um senso comum, de respeito à vida e meios para permitir o direito de se escolher viver em condições saudáveis ou enfermo.

OBRIGAÇÃO DOS RICOS PARA COM OS POBRES

A pobreza vai além das necessidades materiais (habitação, alimentação, transporte, saúde, lazer...); ela traz consigo outras necessidades igualmente importantes, como apoio psicológico, um ambiente de paz. Em todos os países, mesmo os politicamente democráticos e socialmente justos, há bolsões de pobreza que não combinam com a maioria da população. As pessoas consideradas pobres, em sua grande maioria, são desprovidas de conhecimentos dos seus direitos, porque a elas não são oferecidos tais direitos e são obrigadas a se submeter a humilhações. Se elas se envolvem em litígios, as autoridades não lhes ouvem. Estão expostas a estupro, assédio, exploração, há uma espécie de silêncio, como se soubessem que as autoridades não as protegerá, porque se lhes faltam as coisas mais básicas para satisfazerem às mínimas necessidades, essas pessoas se tornam reféns de sua própria pobreza, o desânimo as impede de priorizar valores como educação, bons costumes, desse modo perdem a esperança e conseqüentemente o estímulo pela vida e como não têm nada a perder, tornam-se um perigo para a coletividade:

À parte a morte e a doença, **a pobreza absoluta ainda é uma condição de vida miserável que se caracteriza pela inadequação dos alimentos, da moradia, do vestuário, do saneamento e dos serviços de saúde e educação.** Essa é a situação “normal” de nosso mundo. Morreram, no mínimo, dez vezes mais pessoas por causa de doenças relacionadas à pobreza e perfeitamente evitáveis no dia 11 de setembro de 2001 do que nos ataques terroristas ao World Trade Center e ao Pentágono naquela data tenebrosa. (SINGER, 2018, p. 289) destacou-se.

Há que se admitir que no Brasil houve muitos avanços no campo dos direitos dos cidadãos considerados hipossuficientes, como a criação das defensorias públicas em nível federal e estadual, que garantem aos pobres defesa justa, além do alargamento das funções do Ministério Público. Ao contrário do que registra Frank Kafka em sua obra “O processo” em que registra a difícil tarefa de contratar e dispensar advogado de defesa (KAFKA, 2018, p. 205/208).

Portanto, os desassistidos judicialmente contam com a defesa técnica da Defensoria Pública, ainda lhes são asseguradas acusação pelo Ministério Público que deve ser igualmente justa; não se confundindo Justiça com impunidade.

Vigora no Brasil o princípio da inocência presumida, ao contrário dos tempos da culpa presumida, tão bem relatada por Anthony Ray, na obra “O sol ainda brilha” (HINTON, 2019, p. 72/77).

Para Peter Singer, pelo princípio da igualdade, os indivíduos têm responsabilidade moral de auxiliar pessoas carentes, embora que estejam distantes do seu convívio social. Deve haver preocupação com todas as pessoas em situação de vulnerabilidade, e ajudá-las efetivamente. Singer, defende que a universalização é de fundamental importância para um senso do dever cumprido. As ações devem ser voltadas a todos envolvidos no processo. Isso demonstra que as pessoas têm que fazer um esforço de abstração para se colocarem no lugar de cada um desses indivíduos. Se cada pessoa que tem condições financeiras de ajudar o fizesse, mudaria a história das pessoas que vivem em situação de pobreza absoluta. Não se trata de dividir o pouco que

têm, nem deixar de usufruir as melhorias de conforto que cada um pode usufruir, a referência é distribuir um pouco do que lhes sobram. Isso faria muita diferença na vida das pessoas necessitadas. Imagine que qualquer pessoa poderia estar no lugar dessas pessoas carentes, e só não estão, porque houve alguém que ofereceu oportunidades, e elas souberam aproveitá-las.

O desperdício de recursos de pessoas milionárias que gastam fortunas em projeto que não têm relevância social alguma, apenas por mero prazer pessoal, enquanto se estima que milhões de crianças e jovens morrem de fome ou de doenças, e que poderiam ser sanados com menos recursos do que o que é desperdiçado em projetos faraônicos. Há muitas Organizações não governamentais realizando trabalhos excepcionais, mas há denúncias de ONGS que desviam recursos. O papel de diminuir as desigualdades sociais é precípua do Poder Público que via de regra, não se empenha e não dá a prioridade necessária.

Assim, Peter Singer reconhece nesse comportamento, o equivalente a assassinato:

Os fatos sugerem que, por não doarem mais do que dão, os ricos permitem que mais de 1 bilhão de pessoas continuem a viver na privação e morram prematuramente. Essa conclusão não se aplica apenas aos governos, mas também a cada indivíduo rico, pois todos nós temos a oportunidade de fazer alguma coisa para melhorar essa situação; temos, por exemplo, a oportunidade de doar nosso tempo ou dinheiro para organizações voluntárias que ajudem a oferecer aos pobres assistência médica, água potável, educação e técnicas agrícolas melhores. (SINGER, 2018, p. 291).

É inegável que se houvesse uma cultura de ajuda voluntária, poder-se-ia minimizar a pobreza em todo o mundo, bastando que cada pessoa rica se dispusesse em doar um percentual mínimo dos seus lucros. Nesse sentido, se cada pessoa rica doasse aproximadamente U\$ 150 (cento e cinquenta dólares) por ano, eliminaria a pobreza mundial. A força-tarefa das Organizações das Nações Unidas (ONU) prevê que se essa previsão se concretizasse a cada ano, seria possível erradicar a pobreza mundial. No entanto, Singer propõe metas mais ambiciosas, baseadas na necessidade de uma cultura de doação, que leva em conta não apenas valores absolutos per capita, mas o rendimento factual de cada um. Ou seja, os milionários teriam que doar muito mais do que aqueles que estão em uma faixa de renda mediana do critério estabelecido para doação.

MUDANÇAS CLIMÁTICA

À proporção que a população mundial aumenta, a natureza sofre com a devastação das florestas, rios, lagos, oceanos, piora o oxigênio do ar; ou seja, o impacto é visível no mar, na terra e no ar. Cada dia que passa percebe-se que a ameaça se avizinha, atingindo incontinentemente, os alimentos, a água potável e o ar que respiramos. O planeta agoniza com a crescente produção de lixo que é despejada por todos os lugares. Toda essa sujeira produzida cada dia vai aumentando a contaminação dos recursos naturais, envenenando a produção de alimentos naturais e também industrializados, causando desequilíbrio em todas as formas de vida, contribuindo com alterações do clima em escala nunca imaginável.

O autor é categórico ao afirmar que:

Nos dias de hoje, estamos conectados a pessoas do mundo todo e de maneiras que nossos ancestrais nunca teriam imaginado. A descoberta de que as atividades humanas estão mudando o clima do planeta foi acompanhada pela compreensão de novas maneiras de fazermos mal uns aos outros. Ao dirigir seu carro, você queima combustível fóssil que libe-

ra gás carbônico na atmosfera. Você está alterando a composição química da atmosfera e, com isso, o clima. O que isso faz às outras pessoas? (SINGER, 2018, p. 323).

A consequência do descaso com a natureza é o aumento de doenças que acometem os seres humanos e não humanos, devido à poluição do ar e contaminação dos alimentos e vegetais em geral, comprometendo a sobrevivência de todos os seres vivos habitantes da terra, causando indignação às populações que se sentem ameaçadas. Além do mais as indústrias têm que produzir mais e mais para atender às demandas cada vez mais ambiciosas, pela necessidade de consumo, tendo em vista o aumento da população mundial cada vez mais crescente em números absolutos. Contribuindo com tudo isso, há uma competição desenfreada entre os países industrializados, no afã de atingir suas metas e manter o equilíbrio de suas balanças comerciais.

Com o agravamento da situação se avizinando há necessidade de uma revisão geral de conceitos para permitir a compreensão de uma mudança de paradigmas, antes que seja tarde demais para ser suportado pela humanidade. Por conseguinte, os temas mundiais encontram-se no espaço de discussão da filosofia e sociologia por intermédio de pessoas que pensam na ética. Peter Singer sempre se preocupou com uma pauta de discussão sobre questões ambientais universais, com o objetivo de que essa preocupação se torne realidade.

Singer chama para o debate filosófico com ênfase nos problemas apresentados pelo processo de globalização. Os erros cometidos, às vezes irreversíveis colocam-se diante do desafio da sobrevivência das gerações. Algo do qual ninguém pode se eximir.

Os erros são causados por atitudes humanas que afetam o meio ambiente, às vezes de forma irreversível, conforme registra os estudos de David Nelles e Chistian Serrer:

Diversos estudos investigaram a contribuição da atividade humana e fatores naturais – como a intensidade da radiação solar e as atividades vulcânicas – para o aquecimento global. Em todos eles ficou claro que não é possível explicar o aumento da temperatura global do ar desde o início da industrialização sem levar em consideração a influência humana. (NELLES, SERRER, 2020. p.38).

Portanto, é notório que quase tudo que acontece em um país é proveniente das ações ou omissões do seu povo.

Problemas Atmosféricos

A degradação da natureza só é percebida quando os males interferem diretamente na saúde ou ameaça a subsistência dos habitantes. O obscurantismo sobre a interferência das atividades comerciais, industriais, domésticas, turísticas e as demais que o homem desenvolve em todos os lugares do planeta, sem disciplina consciente, têm contribuído para o avanço desse atual momento insuportável que se está vivendo. Diz o autor:

O que estamos fazendo com pessoas que não conhecemos em outras comunidades neste exato momento é, portanto, muito mais grave e difundido que o mal que causaríamos se tivéssemos o hábito de vez ou outra, mandar um grupo de guerrilheiros saquear um ou dois vilarejos e estuprar seus habitantes. Mas provocar danos imperceptíveis e remotos com a liberação de gases residuais é uma forma completamente nova de fazer mal a alguém, e, portanto, faltam-nos as inibições instintivas ou respostas emocionais que nos impediriam de provocá-lo. (SINGER, 2018, p. 325).

Um exemplo fragante da ação devastadora do homem foi percebido com clareza quando foi observada a camada de ozônio, cujo buraco aumentou a incidência de raios nocivos causadores de vários tipos de doenças. No afã de minimizar esse mal, reuniram-se os governantes

de aproximadamente 180 (cento e oitenta) países e redigiram um acordo na cidade de Montreal-Canadá, para diminuir a emissão de gases oriundos de componentes de vários produtos utilizados em aerossóis, aparelhos de refrigeração e aviação, nocivos à saúde dos seres vivos. A implementação do acordo de Montreal, assinado em 16 de setembro de 1987, preveniu um provável desastre ambiental.

O sucesso desse tratado internacional mostrou que a potencialidade de medidas como essa são capazes de provocar mudanças nas reações climáticas globais e minimizar o aquecimento global. Por outro lado, incentivou a cooperação entre os países no sentido de se integrem para solucionarem outras imperfeições ambientais que envolvem a produção industrial e dos demais setores poluentes da economia mundial.

Dada a gravidade dos riscos que nosso planeta e toda a sua população enfrentarão por causa das mudanças climáticas no decorrer do próximo século, a intensidade dos protestos contra a inação tem sido, até o momento, muito baixa. Há uma necessidade urgente de melhorar a compreensão das pessoas sobre o que provavelmente acontecerá se não começarmos a reduzir profunda e rapidamente nossas emissões de gases do efeito estufa. Nessa situação, não devemos ser espectadores passivos. (SINGER, 2018, p. 352).

Os cientistas elaboram relatórios técnicos, com a aprovação de organismos internacionais, chamando a atenção para a gravidade dos males que podem ser provocados pela emissão de gases na atmosfera.

O dióxido de carbono, metano, e óxido nitroso são as principais substâncias que promovem o rompimento na camada de ozônio, contribuindo para o aquecimento global. As ações desenvolvidas nos diversos setores da sociedade contribuem decisivamente na produção dos gases causadores do efeito estufa na atmosfera, permitindo que os raios solares ultrapassem essa camada e cheguem ao solo, causando alterações na temperatura e mudanças nos ciclos próprios das estações do ano.

Portanto, as pessoas estão expostas a serem surpreendidas com a probabilidade de um desastre natural ocorrer, outra possibilidade é que com a elevação da temperatura, devido o aquecimento global, haverá o derretimento das geleiras e com isso o aumento do volume das águas do mar, inundando grande parte das áreas agricultáveis. Os países industrializados que produzem bens de consumo duráveis, que possuem uma economia sólida, poderão enfrentar esses desafios sem grandes transtornos. No entanto, os países que dependem da agricultura e pecuária sofrerão mais para superar esses problemas. Porém, os países ditos desenvolvidos foram os grandes responsáveis pela degradação ambiental existente.

Eficácia dos Protocolos

Um grande mal que atinge todo o planeta é a poluição. E é praticada por todos os indivíduos, que com suas ações mais, ou menos agressivas, produzem resultados que afetam a todos. As ações mais agressivas têm sido denunciadas por determinados países que se acham prejudicados por danos ocorridos em seus territórios, devido à produção de resíduos poluentes, que contaminam o ar, as águas, as florestas, enfim, o meio ambiente de modo geral. Países têm acionado organismos internacionais como a ONU, Corte Internacional de Justiça contra derrame de dejetos ou instalações de indústrias próximas de acidentes geográficos naturais, como rios

lagos que fatalmente estariam ameaçados.

Há atualmente encontros e reuniões em todo planeta em busca de promover medidas acauteladoras para evitar abusos no descarte de materiais poluentes. Medidas para contornar ações desastrosas que venham causar danos de difícil reparação ao meio ambiente. Em alternativa, procurou-se estimular a criação de indústrias de reciclagem de lixo com o objetivo de minimizar os impactos causados ao meio ambiente.

Não adianta esperar, o tempo urge, e a implementação de medidas saneadoras tornam-se cada vez mais urgente. Os estudiosos do clima têm expedido relatórios informando sobre a urgência na adoção de soluções eficazes para diminuir a poluição. Os maiores poluidores do planeta têm que receber reprimendas, se não tomarem providências urgentes para reduzirem suas emissões de gases, senão de nada adiantará o esforço dos demais países em reduzirem suas emissões de poluentes, pelo contrário, os países poluidores se prevaleceram dos países que estão fazendo esses esforços, para continuarem negligenciando sem fazerem a sua parte, sem o menor esforço de cumprirem com suas obrigações. Nada justifica continuar nessa situação de inércia diante de um problema tão grave, que coloca em risco a sobrevivência de todos os habitantes do planeta. A destruição da camada de ozônio e as conseqüentes mudanças climáticas afetarão diretamente todos os indivíduos. No entanto, o comportamento dos destruidores do meio ambiente só será contido com a força, para isso haveria a necessidade da criação de um tribunal internacional de proteção ao meio ambiente, com a instituição de leis internacionais de eficácia cogente.

O MEIO AMBIENTE

Na conservação do meio ambiente, a ação é considerada correta quando maximiza os interesses de todos, e errada quando não considera de igual maneira as preferências, e/ou interesses dos indivíduos, isto é, os princípios da moral são adequados a cada tipo de situação. O utilitarismo de preferências, para Peter Singer, está fundamentado na capacidade de um ser vivo sentir sensações e sentimentos de forma consciente. Isso significa que o utilitarismo de preferências, também conhecido como utilitarismo econômico, leva em consideração o sofrimento para definir interesses morais. Tal teoria moral defendida tem como princípio regulador o Princípio da Igualdade e Consideração de Interesses semelhantes. De acordo com esse princípio, deve-se atribuir a mesma carga aos interesses de todos aqueles que são atingidos pelas ações humanas, as pessoas têm que, para tanto, assumir uma posição de neutralidade e, a partir daí analisar com cuidado a situação. Conseqüentemente, segundo essa visão do utilitarismo, há necessidade sempre de ponderação. Verifica-se nesse contexto a necessidade de adaptar-se princípios morais adequados a cada situação específica.

Gerações futuras

Em cada situação, é preciso optar entre conjuntos de valores muito diferentes, isto é, entre os interesses da comunidade e o ecossistema. Para resolver o problema, Singer afirma que: embora o ecossistema em questão não possua interesses, isto é, seja incapaz de sofrer, isso não significa que se pode usá-lo ou destruí-lo, conforme as conveniências pessoais.

Como exemplo, pode-se citar a construção de uma hidroelétrica em um rio, cujas águas

seriam represadas e aproveitadas para movimentar as turbinas da hidroelétrica, criariam muitos empregos e favoreceria o desenvolvimento da região, pois incentivaria um fluxo maior de pessoas e a criação de novas oportunidades de empregos. Por outro lado, com a inundação do terreno cobriria todos os relevos da região, formada por acidentes geográficos como matas, queda d'água, trilhas e florestas inteiras. Esse exemplo mostra uma situação na qual é preciso optar entre conjuntos de valores muito diferentes, isto é, entre os interesses da comunidade e o ecossistema da região. Para resolver esse impasse, Singer afirma que, embora o ecossistema em questão não possua interesses, isto é, seja incapaz de sofrer, isso não significa que os homens possam destruí-lo, conforme suas deliberações individuais.

Embora não se possua deveres diretos para com seres destituídos de sensibilidade e/ou consciência, ainda assim há um dever indireto que deve impedir de destruí-los, pois fazem parte do meio ambiente e não podem ser moralmente desconsiderados. Mesmo não havendo deveres diretos para com seres destituídos de sensibilidade e consciência, ainda assim há um dever indireto que impede de destruir o meio ambiente. Desta forma, embora os seres destituídos de sentidos não possuam valores próprios, mas possuem valores transmissíveis para outros seres que possuem sentidos. A preservação da região é interesse de todas as espécies que o habitam, das pessoas que praticam esportes naquele local e também das futuras gerações.

Axiologia do sentir

Singer diz que embora numa ética fundamentada na capacidade de sentir, é possível abranger seres vivos destituídos de tal característica, pois mesmo que estes não possam experimentar as sensações de prazer ou dor, isto é, não possuam interesses, não está autorizada a sua destruição. É possível, por exemplo, abandonar um patrimônio tombado, pois embora não seja um ser vivo, o interesse em sua preservação por parte de inúmeros seres com capacidade de percepção sensorial é justificativa suficiente para que um legado histórico-cultural da humanidade não seja destruído. Assim, a proposta utilitarista de Singer, consegue não somente abranger seres dotados de sentidos, mas também seres não dotados dessa característica.

Singer analisa o conflito ambiental questionando as partes envolvidas nos seguintes termos: os que estão a favor da construção da hidroelétrica valorizam a inauguração de novos empreendimentos com possibilidade de empregos para a população em detrimento da preservação do meio ambiente. E aqueles que são contra a construção da hidroelétrica defendem o ponto de vista que valoriza a preservação ambiental, bem como as atividades que contemplem a natureza, que seriam impossíveis no caso da construção da hidroelétrica, levando em conta a ética ambiental:

Uma ética ambiental rejeita os ideais de uma sociedade materialista na qual o sucesso é medido pelo número de bens de consumo que alguém seja capaz de acumular. Em vez disso, avalia o sucesso em termos do desenvolvimento das aptidões individuais e da verdadeira conquista da satisfação e realização. Incentiva a frugalidade e a reutilização na medida em que seja necessária para minimizar nosso impacto no planeta. (SINGER, 2018, p. 376).

A ética ambiental defendida por Singer não aceita como meta, na qual a vitória é medida pelo acúmulo de bens patrimoniais, ao contrário, promove a austeridade e condena a extravagância. Singer usa a argumentação crítica que conduz ao seu utilitarismo de preferências para defender a preservação ambiental como parte da ética. Dessa forma, Singer estabelece os contornos gerais de uma ética ambiental, que em seu nível fundamental incentiva os interesses de

todos, dotados de sentidos, inclusive as futuras gerações. Defende a preservação da natureza e luta para que sejam conservados os lugares naturais. Singer consegue construir a sua argumentação crítica, que conduz ao seu utilitarismo de preferências, mostra que é possível, por meio de argumentação racional, chegar aos perímetros de uma ética ambiental, tendo por objetivo o que é coerente, bom para todos.

DESOBEDIÊNCIA CIVIL E VIOLÊNCIA.

Neste capítulo, Singer traz discussões de assuntos voltados à desobediência civil e violência, e discute argumentos sobre descumprimento de normas legais vigentes em países que adotam o Estado Democrático de Direito, aborda também a disciplina consciente de cada indivíduo. Nessa abordagem, Singer exemplifica casos verídicos em que alguns indivíduos optaram em desobedecer às leis que, segundo suas avaliações individuais eram indecorosas, abusivas e atentavam contra os princípios fundamentais do estado democrático.

Singer aborda sobre a conexão entre consciência individual e obediência à autoridade da lei, em primeiro plano, quando está em jogo a sociedade e o indivíduo, este opta pelo indivíduo. Por conseguinte, as pessoas deveriam agir de acordo com a sua disciplina consciente, e não seguindo leis previamente estabelecidas. A partir do momento em que as pessoas se vêm obrigadas a seguir ordens legais, isso legitimaria uma renúncia de suas capacidades de decisões em realizar suas vontades morais.

Para Singer, a relevância nesse debate não é o que o indivíduo pensa ser moralmente certo ou errado, mas sim em escolher o que é moralmente correto. Para o autor, a decisão de alguém “seguir o que pensa”, obedecendo a seus sentimentos, pode ser reflexo de condicionamentos de experiências vividas, que se contrapõem a uma legítima reflexão ética coerente. No entanto a obediência ao ordenamento jurídico servirá para amoldar o caráter moral do indivíduo.

Afirmar que devemos seguir nossa consciência é irrepreensível – e inútil – quando “seguir a própria consciência” significa fazer aquilo que, depois de muito refletir, as pessoas consideram certo. Quando “seguir a própria consciência” significa, porém, fazer aquilo que nossa “voz interior” nos instiga a fazer, seguir a própria consciência equivale a abdicar de nossa responsabilidade enquanto agentes racionais, a não levar em conta todos os fatores relevantes e a não agir de acordo com nossa melhor avaliação do que há de certo e de errado na situação. A “voz interior” tem grande probabilidade de ser um produto de nossa formação e educação, não uma fonte de verdadeiro discernimento ético. (SINGER, 2018, p. 386).

A pergunta é: “Por que e para que obedecer às leis?”. Singer ensina que, o fato de obedecer às leis, a pessoa está se posicionando a favor de uma norma produzida com efeito *erga omnes*, na qual todos devem obediência, pois uma vez desobedecida, causa desequilíbrio e pode gerar o efeito reflexivo, que servirá para influenciar que outras pessoas não obedeçam às leis, é o chamado efeito em cadeia, causando depreciação da lei e desmoralização da autoridade, o que pode causar uma desordem social. Ao detectar infração à lei haverá a persecução do crime e punição dos infratores. Ao acionar o aparelho estatal haverá custos que em análise final será suportado pelos pagadores de tributos. Singer observa que, se houver conflitos, estes deverão ser examinados e dirimidos em favor da coletividade, mas se a desobediência à lei resultar em sacrificar um bem menor, e seja o único meio para evitar um mal maior, tal fim poderia justificar os meios.

Portanto, as leis e um processo definido de tomada de decisões que resulte na criação de leis são uma coisa benéfica, e isso nos dá uma razão importante para obedecermos à lei. Ao obedecer as leis, posso contribuir para o respeito em que são tidos o procedimento definido de tomada de decisões e as leis. Ao desobedecer, dou aos outros um exemplo que também pode levá-los à desobediência. O efeito pode multiplicar-se e contribuir para a desobediência da lei e da ordem. Em casos extremos, pode levar à guerra civil. (SINGER, 2018, p. 388/389).

Nos regimes democráticos, agir contra a lei pode ser visto como desnecessário, tendo em vista que os mecanismos jurídicos corrigem esses defeitos, modificando as leis. Segundo Singer, mesmo os países que possuem regime democrático, às vezes faz-se necessário o uso de meios ilícitos para enfrentar distorções antidemocráticas, tendo em vista a resistência em modificar o ordenamento jurídico ou ainda que essas mudanças demandassem muito tempo para serem concretizadas. Para Singer, havendo a probabilidade remota de ser concretizada alterações na legislação por meio legais, ou quando as esperanças são mínimas, não pode ser rejeitado o uso de meios ilícitos, desde que tenha grandes possibilidades de sucesso.

Entretanto, a existência do voto nas democracias também justificaria a mudança apenas por meios lícitos, desde que as eleições fossem livres e lícitas, algo difícil em decorrência dos interesses econômicos envolvidos em torno do poder governamental.

Singer reforça que defensores das leis democráticas poderiam se insurgir demonstrando que se as modificações das leis não são possíveis via parlamento que é o órgão legal para promover alteração legislativa, falando em nome da sociedade e que reivindica a modificação da lei, fica demonstrado que essa reforma não sendo aceita pelos representantes do povo, por reflexo não seria também pela população. Portanto, ia de encontro aos princípios democráticos. Obtê-las por meios ilegais estaria em desacordo com os anseios da maioria. Todavia desde que essas reivindicações da sociedade não fossem manipuladas pelo poder, algo deveras difícil de ocorrer no mundo real.

Singer concorda na resolução das questões por método pacífico para obter o resultado das questões desejáveis, mas defende que haja um sistema democrático que favoreça o método pacífico. Afirma ainda que para se obter o sucesso na resolução de questões, nenhum membro pode se sobrepor ao outro, considerando-se acima dos demais, tendo em vista que quando alguns querem se sobrepor aos demais, segregando poder a uns em detrimento dos outros, estes serão alvo de uma oposição ferrenha por parte daqueles que ficaram alijados do poder. Assim, a regra da maioria seguindo rigorosamente os passos da democracia pode trazer maior consenso para dirigir harmoniosamente os interesses de uma nação em tempos como o que vivemos.

Meios legais para mudança

Singer discorre que a oposição de um indivíduo não poderia ser pretexto para usar meios ilegítimos para questionar uma decisão aprovada de forma democrática, seria opor-se a uma decisão legítima da maioria. De outra forma, embora essa decisão seja uma manifestação legítima da opinião da maioria, seria um equívoco usar meios ilegítimos contrários aos desejos dessa maioria.

Portanto, Singer conceitua 'desobediência civil' como sendo utilização de meios ilegítimos ou paralelos, que podem ser considerados como uma corrente de apoio aos meios legítimos empregados em consonância com as decisões verdadeiramente democráticas sejam concreti-

zadas. Por outro lado, essa corrente, pode ser imprescindível para a elaboração das reformas, quando as vias legais não estiverem preparadas para o pleno exercício de suas funções.

Singer, considera que “desobediência civil” não pode ser considerado tentativa de reprimir a maioria, mas sim uma forma de comunicar aos cidadãos e seus representantes legais de que há outras pessoas que estão preocupadas com as questões sociais. Desta forma, Singer observa que os indivíduos que praticam essa forma de “desobediência civil”, por exemplo, manifestações não violentas, resistência passiva, compreendendo os limites legais dos seus atos, respeitando às leis e aos princípios democráticos de direito, estão apenas demonstrando sua insatisfação com as questões sociais mal resolvidas.

Ao abordar o uso de violência como instrumento para concretizar uma reforma, Singer percebe que pode ser questionado: uma regra absoluta ou uma avaliação de suas consequências. Pacifistas não aceitam o uso da violência, tendo como regra absoluta o não uso da violência. Sem avaliar se existiria a necessidade do uso da força. Para Singer, os pacifistas absolutistas que não vêem nenhuma possibilidade do uso da violência, mesmo quando necessária, mesmo quando esta seria a única trincheira para evitar um mal maior, esses pacifistas são condizentes com as consequências malévolas que permitem, provocadas pelas suas omissões, para justificar esse pensamento:

É verdade que, nas sociedades democráticas, existem procedimentos legais que podem ser usados por quem busca reformas; por si só, porém, isso não mostra que o uso de meios ilegais seja sempre errado. Os canais legais podem existir, mas as perspectivas de usá-los para promover mudanças no futuro previsível podem ser quase nulas. Enquanto se faz um progresso lento e penoso – ou, talvez, progresso nenhum – por meio desses canais legais, os erros indefensáveis que se está tentando impedir continuarão sendo praticados. (SINGER, 2018, p. 390).

A ideia da possibilidade do uso da violência em casos extremos pode ser melhor refletida, levando-se em consideração as sequelas que podem produzir e macular futuras gerações na busca de reformas por meios agressivos. Realmente, mesmo havendo a possibilidade de conquistar a reforma almejada usando violência, não se pode confiar que a obtenção da reforma tão almejada não poderia ser realizada por meios pacíficos. Essa leitura consequencialista pode ser questionada. Realmente, a partir de uma perspectiva pacifista de consequência, é possível argumentar que embora em certos casos o uso de violência possa alcançar a reforma, será sempre imprevisível os efeitos do uso da violência.

RAZÕES PARA AGIR MORALMENTE

Orientar-se pela moral significa cumprir suas exigências, despir-se do interesse próprio, relacionando-se ao Universo, igualando os interesses e as necessidades que uma pessoa tem às mesmas aspirações de qualquer outra pessoa.

As aspirações próprias do indivíduo devem ser comparadas com os interesses de todos os indivíduos do grupo. Para Singer, discutir a moral impõe olhar para si com despreendimento. Assim, se a motivação para agir estiver ligada ao interesse próprio ou de pessoas íntimas, agir contrariamente a esse interesse, necessitaria de uma motivação autônoma. A questão é se há interesse para se aceitar uma vida moralmente ética, voltada para o interesse da coletividade e ao utilitarismo ou para servir em defesa dos interesses egoísticos.

Entretanto, é comum que uma parte do grupo pense egoisticamente, uma vez que os interesses estariam restritos a um grupo, dificilmente um componente desse grupo se predisponha a universalizá-los, o que limitaria seus próprios interesses. Para Singer, optar por uma vida ética, obrigaria muitas pessoas a uma mudança brusca. A dificuldade dessa concepção é a renúncia à racionalidade como parte da ética. Se o princípio moral de uma pessoa é o interesse individual e ela o considera como importante, a universalidade não realizaria um papel relevante na persistência desse princípio, Peter Singer conclui que:

... quando agentes racionais puramente egoístas se opõem mutuamente a seus atos, isso não indica uma divergência quanto à racionalidade do egoísmo puro. Ainda que não seja um princípio universalizável, o egoísmo puro poderia ser aceito por todos os agentes racionais como uma base racional para a ação. O sentido em que os juízos racionais devem ser universalmente aceitos é mais frágil do que o sentido em que os juízos éticos também devem sê-lo. (SINGER, 2018, p. 416).

Segundo Singer, há pessoas que agem fora da instituição da moral. Essas pessoas não levam em consideração o que pode acontecer, não se preocupando se o resultado de suas ações vai atingir outras pessoas causando-lhes prejuízos. Para desobstruir o caminho e mostrar que existem razões independentes para aderir à instituição da moral e viver uma vida ética, há de haver uma preocupação com o seu semelhante, caso uma pessoa aja motivada por razões que apelam ao interesse individual, ou por razões egoísticas do seu grupo, o que importa, na prática, é que ela está agindo de acordo com o seu próprio interesse, sem levar em consideração o ponto de vista da ética. O problema para conciliar o interesse próprio com a ética é que a concepção de interesse próprio como acumulação individualista de bens materiais é predominante, o objetivo a ser alcançado o modelo das sociedades ocidentais ensina o individualismo, incentiva a competição, é a ideia que cada qual age por si na busca de realizar o seu próprio interesse, os mais fortes superando os mais fracos, sem se preocupar com os que ficam para trás e as consequências que isso pode acarretar sobre as outras pessoas.

Quando decidem por uma ação benéfica, levam em conta somente aquilo que é positivo apenas para o seu próprio interesse ou, raramente quando atinge pessoas do seu vínculo familiar ou amigos. Interesses esses insuportáveis no campo da ética. As pessoas não estariam mais preocupadas com o papel que deveriam ocupar na sociedade, pois cada um estaria ocupando somente consigo mesmo, o que levam a um isolamento, ou a um grupo restrito, uns protegendo os outros. Ao se relacionarem, as pessoas acabam partindo da suposição de que o melhor a fazer é cuidar do seu próprio interesse sem levar em conta as consequências para os outros, porque pensam que a sociedade está toda corrompida e que todos estão fazendo o mesmo.

A ética e a moral

Ambas podem ser compreendidas como sendo as grandes causas das transformações sociais que Peter Singer identifica como a nova perspectiva global em que, ao idealizarmos um modo de viver humano, eliminando o egoísmo, minimizando ao máximo determinado grupo social ou étnico que se sobrepõem aos demais como acontece em relação aos povos pobres e ricos revigorando a preocupação para evitar a inércia de atitudes éticas em relação à pobreza e ao meio ambiente.

Agindo eticamente, ou moralmente. Peter Singer assevera que não haveria a renúncia de direitos, bens ou privar-se de uma vida confortável para dedicar parte de sua atenção à causa do outro, tentando, assim, visualizar um futuro melhor para toda a sociedade. Pensando bem, a

terra pode existir sem a presença do homem, enquanto que a recíproca não é verdadeira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trás à lume a reflexão de que a ética terá de ser levada dos limites do ser humano – paradoxalmente limitado –, resultando numa ética planetária, envolta nas relações do homem com a natureza de forma globalizada, não tendo espaço para egoísmo ou interesses fora do interesse coletivo.

As análises aqui apresentadas levaram em consideração o momento atual e as condições sociais na qual este artigo se insere. Acredita-se que a ética, a moral, o direito, e as transformações dinâmicas, de modo geral, são as únicas certezas para a condução humana na perspectiva de dias melhores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 64/2012. Disponível em: <https://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14790194/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-64-ap-stf/amp>. Acesso em 19.Nov.2020.

HINTON, Anthony Ray e Hardin, Lara Love. O sol ainda brilha; tradução Luís Reyes Gil. 1ª ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

KAFKA, Frank, 1883-1924. O processo; tradutora e revisora Livia Bono. Cotia (SP): Pé da Letra, 2018.

LOPES, Ernandes Dias. Provérvios. São Paulo: Agnos, 2016.

ORTEGA Y GASSET, José. Meditações do Quixote; tradução de Ronald Robson. Campinas: Vide Editorial, 2019.

NELLES, David e SERRER, Christian. Mudança Climática: os fatos como você nunca viu antes; tradução de Small gases. Rio de Janeiro: Sextane, 2020.

SINGER, Peter. Ética prática; tradução de Jefferson Luiz Camargo. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. Libertação animal; tradução Marly Winck-ler, Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Rita Paixão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

05

O código de defesa do consumidor e a tutela dos direitos dos consumidores idosos no âmbito dos empréstimos consignados

The consumer defense code and the protection of the rights of elderly consumers in the framework of consigned loans

Liakysu Michelton Costa de Moraes

Graduando em Bacharelado em Direito pela UNITINS – TO

Sóstenes Wesley Mota Silva

Graduando em Bacharelado em Direito pela UNITINS – TO

Francisco Kenedy Quinderé Aquino

Advogado (OAB/MA), Especialista em Direito Civil e Empresarial (DAMÁSIO/SP), Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional (UNITAU/SP)

Kamila Soares Leal

Advogada (OAB/TO), Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté UNITAU (2020); Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2016);

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.5

RESUMO

A relação de consumo, desde sua merecida tutela pelo Código do Consumidor, alveja equilibrar as partes que a integram, observando a posição desvantajosa dos consumidores diante do poder econômico do fornecedor. Essa vulnerabilidade, no entanto, é mais aguda ainda em um grupo específico, os idosos, que diante da frequente falta de instrução e menor capacidade financeira, acaba se encontrando em um estado de hipervulnerabilidade. Em decorrência dessa condição, muitos consumidores idosos são vítimas de diversas fraudes, especialmente em empréstimos consignados, na medida em que esse grupo goza de alguma renda fixa decorrente de aposentadoria ou pensão. Uma vez que os consumidores idosos estão crescendo de forma exponencial, é imprescindível que seus direitos sejam conhecidos e protegidos, pois a cada dia esse grupo se depara com dívidas e responsabilidades familiares, sendo de inquestionável relevância analisar as consequências sociais, econômicas e jurídicas da concessão indevida de empréstimo consignado, de forma a evitar o superendividamento. Portanto, o presente trabalho visa analisar o impacto dos empréstimos consignados fraudulentos contra o consumidor idoso, com ênfase na sua hipervulnerabilidade, bem como apresentar os conceitos e dados pertinentes ao tema, por intermédio de pesquisa do tipo exploratória, de caráter qualitativa e instrumento de revisão de literatura atualizada, além de pesquisa documental. Concluiu-se que o número de reclamações e de fraudes envolvendo a referida modalidade tem subido vertiginosamente, o que tem ensejado o ajuizamento em massa de demandas judiciais, ante a ineficácia dos meios preventivos existentes, atuando o Poder Judiciário como um grande garantidor dos direitos individuais.

Palavras-chave: consumidor idoso. hipervulnerabilidade. empréstimos consignados.

ABSTRACT

The consumer relationship, since its deserved protection by the Consumer Code, aims to balance the parts that integrate it, observing the disadvantageous position of consumers in the face of the economic power of the supplier. This vulnerability, however, is even more acute in a specific group, the elderly, who, faced with the frequent lack of education and lower financial capacity, end up finding themselves in a state of hypervulnerability. As a result of this condition, many elderly consumers are victims of various frauds, especially in payroll loans, as this group enjoys some fixed income arising from retirement or pension. Since elderly consumers are growing exponentially, it is essential that their rights are known and protected, since every day this group is faced with debts and family responsibilities, and it is of unquestionable importance to analyze the social, economic and legal consequences of the concession. payroll loan, in order to avoid over-indebtedness. Therefore, the present work aims to analyze the impact of fraudulent payroll loans against the elderly consumer, with emphasis on their hypervulnerability, as well as to present the concepts and data relevant to the topic, through exploratory research, of a qualitative nature and a review instrument. literature, in addition to documentary research. It was concluded that the number of complaints and frauds involving this modality has skyrocketed, which has given rise to the mass filing of lawsuits, given the ineffectiveness of existing preventive means, with the Judiciary acting as a great guarantor of individual rights.

Keywords: elderly consumers. hypervulnerability. consigned loans.

INTRODUÇÃO

No contexto atual das relações de consumo, o consumidor idoso, anteriormente escasso, passou a encontrar-se em posição de certo destaque. De acordo com levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019), o perfil demográfico do Brasil, que era majoritariamente jovem, passou a ter cada vez mais idosos.

Uma das explicações para esse fenômeno social — denominado de Envelhecimento Populacional — reside, por um lado, no aumento da expectativa de vida com a queda da taxa de mortalidade, posto que, no histórico brasileiro, até o ano de 1940 não havia cenário propício para viver além dos cinquenta anos e apenas a partir desse período, com os avanços da medicina, o advento do Sistema Único de Saúde (SUS), a melhoria do saneamento básico e a adoção de melhores hábitos de higiene em geral, que somados, causaram a elevação da média de expectativa de vida para mais de setenta anos em 2018 (IBGE, 2020).

Por outro lado, a taxa de fecundidade vem caindo nas últimas décadas, o que intensifica o processo de envelhecimento populacional. Myrrha, Turra e Wajnman (2017) indicam alguns fatores dessa redução, como a inclusão da mulher no mercado de trabalho e a melhor distribuição dos serviços de saúde feminina por intermédio do SUS.

Fato é que em decorrência do grande aumento da população idosa nos últimos anos, os olhares das empresas, especialmente as do ramo das ofertas de crédito consignado, mas também as de vendas de produtos em geral, se voltaram para uma nova gama de clientes, que, por muitas vezes serem aposentados ou pensionistas, possuem a certeza de um crédito mensal (HOLANDA, 2019).

Aliado a essas circunstâncias, a recessão econômica vivenciada pela população brasileira, com altos índices na taxa de juros básica (taxa Selic) e percentuais cada vez mais altos de inflação, importam em uma maior dificuldade na aquisição de produtos ou serviços por parte da população em geral, o que torna ofertas de crédito com desconto automático em folha mais atrativas para resolução emergencial de problemas financeiros (BRANDÃO, 2021).

Ocorre que em razão de tais circunstâncias, o número de empréstimos consignados cresceu vertiginosamente nos últimos anos, como aponta Amorim (2022), e com ele, a quantidade de fraudes, concessão de empréstimos não solicitados, dentre diversas outras situações gravosas ao consumidor idoso aumentaram.

Uma vez que os consumidores idosos também estão crescendo de forma exponencial, é imprescindível que seus direitos sejam conhecidos e protegidos, pois a cada dia esse grupo se vê diante de dívidas e responsabilidades familiares, sendo de inquestionável relevância analisar as consequências sociais, econômicas e jurídicas da concessão indevida de empréstimo consignado, com o intuito de evitar o superendividamento.

Dessa forma, o presente trabalho visa analisar o impacto ocasionado, seja pelos fraudulentos, os não solicitados, e/ou afins, aos consumidores idosos, realizando ponderação acerca dos aspectos inerentes a esta prática, norteada pelas disposições legislativas e entendimentos consolidados da jurisprudência pátria.

Para alcance do objetivo geral delineado, elencaram-se alguns objetivos específicos,

notadamente: conceituar consumidor idoso e a hipervulnerabilidade; realizar abordagem teórica do consumidor idoso, por meio de concepções jurídicas e sociais; analisar a legislação vigente que regula a proteção do consumidor, em especial o idoso, apontando as mais pertinentes; Abordar os conceitos e características de empréstimos consignados; bem como indicar o impacto das condutas fraudulentas no âmbito da concessão de crédito consignado, analisando aspectos como a facilidade da concessão de crédito consignado, o nível de inadimplência dos idosos e a falta de instrução técnica do consumidor.

Realizou-se pesquisa do tipo exploratória, de caráter qualitativa e instrumento de revisão de literatura atualizada, utilizando-se principalmente de conceitos do Direito Civil e do Consumidor, bem como livros e artigos científicos dos últimos cinco anos, além de dados oriundos do Conselho Nacional de Justiça sobre a quantificação de ações judiciais, ano a ano, no Brasil.

O PERFIL SOCIECONÔMICO DO CONSUMIDOR IDOSO

Com o advento da Lei 8.842/1994, que versa sobre a Política Nacional do Idoso no Brasil, estabeleceu-se que a pessoa objeto da respectiva tutela jurídica seja aquela que possuir mais de sessenta anos de idade.

Em seguida, surgiu a lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), incrementando, via art. 1º, tutela às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos” (BRASIL, 2003). É imprescindível mencionar que essa acepção, ao deixar de enumerar critério além do cronológico, independe de qualquer gênero discriminativo que possa recair sobre o idoso, como assevera Cavalcante (2019). Características físicas ou econômicas, por exemplo, não excluem direitos nem garantias da categoria. A partir dessas noções, estudos recentes quantificaram o número de idosos existentes, além de suas projeções futuras.

No país, 15,39% da população é considerada idosa (PNADC, 2018). Convertendo os valores, fala-se de 30 milhões de pessoas. A projeção do IBGE (2018) aponta, ainda, para a multiplicação desse contingente. De acordo com essa estimativa, em 2060 a população total do Brasil será de 228 milhões de pessoas, ao passo que o percentual de idosos alcança cerca de 34%, evidenciando a tendência de ganhar ímpeto com o decorrer do tempo.

Na sociedade de consumo, onde a insatisfação é a base para encantar os consumidores (BAUMAN, 2007), isso implica na inserção do idoso nas relações consumeristas, a partir de uma tentativa de desconstrução da imagem pejorativa dos mais velhos no ocidente. Marcelo Sobrinho e Osório (2021) põem em evidência, diante do contraste com o mundo oriental, a natureza das sociedades capitalistas antigas e modernas, enumerando o culto pela beleza, o corpo escultural e juventude que desprezava, na maior parte, o que o período pós-maturidade representa no pensamento popular e filosófico: declínio, esquecimento, abandono, incapacidade, englobando a dificuldade do prazer por conta da transição fisiológica.

Na atualidade, Oliveira (2018, p.05) expõe que, com o crescimento do poder aquisitivo e a expansão do tempo de aposentadoria, derivados do aumento da expectativa de vida, o idoso acumula parte da renda e tende a ter mais tempo livre. A concepção de velhice, nesse âmbito, também envolve uma jornada de descobertas e liberdade, que possibilita a busca pelo prazer e inclusive produtividade.

A partir de então, o potencial de consumo dos idosos já é amplamente considerado. A autora, no entanto, conclui em sua pesquisa certa sensibilidade nesse mercado. De um lado, a maior parte da renda do idoso se destina à gestão do lar e da saúde pessoal, sendo a aposentadoria sua principal fonte de renda. Por outro lado, a taxa de inadimplência entre a população de 60 a 94 anos continua a aumentar (OLIVEIRA, 2018).

Essa perspectiva, na seara dos empréstimos consignados, pode causar bastante angústia, queira de modo voluntário, queira de forma indevida, já que desconta diretamente da folha de pagamento do benefício previdenciário e se prolonga por várias parcelas. Em vista disso, é necessário atentar para as estipulações acerca da relação de consumo e os diferentes aspectos que tornam o consumidor a parte vulnerável desse negócio jurídico.

A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO NA RELAÇÃO CONSUMERISTA

A sociedade hodierna, culturalmente adepta ao sistema transacional, passa por inúmeras transformações com a evolução das necessidades humanas. Após a Segunda Guerra Mundial, a estrutura econômica dos países capitalistas e seus modelos de negócio processam uma mudança profunda, considerando a emergente indústria de bens de consumo em massa, o crescimento das ofertas de crédito, a massificação dos contratos e a popularização da atividade publicitária (MIRAGEM, 2016, p. 49).

Em suma, as referidas mudanças no modelo econômico passam a ser genéricas, excluindo particularidades contratuais, por exemplo, e aumentando o assédio no que se refere às propagandas e ao desejo de consumir, mesmo que implique inadimplência.

Essas circunstâncias revelaram uma relação jurídica permeada de desequilíbrio entre as partes que a integram. Tanto é que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, reconheceu o papel do Estado em suprir a Defesa do consumidor, o mais vulnerável, destacando a necessidade de proteção por legislação específica para equilibrar a relação de consumo.

Ao se analisar o consumidor, é possível observar que há enorme assimetria entre estes e os fornecedores. Nos termos do art. 2º do CDC, caracteriza-se consumidor: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990). Em contrapartida, o art. 3º do referido código define fornecedor como responsável pelo desenvolvimento da “atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (BRASIL, 1990).

Ou seja, enquanto o fornecedor dispõe de uma visão complexa dos meios de produção, e um maior, às vezes incomparável, poderio econômico, o consumidor detém uma perspectiva mais superficial e de condições financeiras não raramente ínfimas.

Por conseguinte, é necessário abordar as razões de tal assimetria em sede doutrinária. Benjamin *et al.* (2017, p. 97 e seg) aduz que o requisito primordial no que tange à defesa do consumidor é a Vulnerabilidade, manifestando-se por várias formas, dentre as quais a Técnica, a Jurídica, a Fática e a Informacional.

Em respectiva, são tratadas dessa forma: a Vulnerabilidade Técnica explana o desconhecimento específico sobre o serviço ou produto; a Jurídica reside na ausência de conhecimento contábil, econômico ou jurídico que influenciam a relação consumerista; a Fática se refere às situações de insuficiência econômica, física ou psicológica perante o fornecedor; e por fim, a Informacional, derivada da Técnica, traduz-se na carência, omissão ou complexidade de dados imprescindíveis à compreensão do consumidor no processo de compra de produtos ou serviços, como ocorre com alimentos transgênicos e medicamentos que promovem o vício (BENJAMIN *et al*, 2017).

É preciso ressaltar que, quando o mercado capitalista, já assimétrico quanto aos consumidores de praxe, além de aplicado com a tecnologia da nova geração, é possível incluir a maioria dessas vulnerabilidades no quadro do consumidor idoso. A fragilidade desse sujeito chega a um grau tão elevado que passa a ser chamado de hipervulnerável pela comunidade jurídica, na medida que acumula todas essas deficiências em idade avançada.

Leonardo Garcia (2017, p. 327-328) retrata a Hipervulnerabilidade nos termos de uma situação social fática e objetiva agravante, ora permanente, ora temporária. Nesse caso, entre os consumidores, já sob tutela especial, haveria um núcleo de indivíduos cuja exposição na relação de consumo atinge um novo patamar. Garcia, a seguir, cita o art. 39, inciso IV do CDC para identificar os hipervulneráveis. Assim, a fraqueza ou ignorância do consumidor, expressa em vista da idade, saúde, conhecimento ou condição social, encontra proteção legal contra as práticas abusivas do fornecedor de produtos ou serviços (BRASIL, 2003).

Quanto aos critérios extraídos do referido dispositivo, portanto, destaca-se a idade, ou seja, inclui crianças e idosos nesse âmbito, em seguida, o conhecimento, como no caso dos analfabetos. Além disso, a saúde, referindo-se aos doentes e fragilizados por falta de bem-estar físico ou mental, e a condição social, pois dependendo da classe do indivíduo certo contexto pode propiciar vantagem à outra parte, tal qual verifica-se no círculo de novas tecnologias (GARCIA, 2017).

Mantendo o enfoque no idoso, as práticas abusivas de oferta de crédito são costumeiras e dentre elas o contrato de crédito consignado ganhou bastante espaço nas reclamações. Dessa maneira, é urgente que se reforcem os direitos e garantias do consumidor idoso, protegendo sua dignidade e bem-estar nessa etapa da vida.

CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS

Determinadas pessoas, diante da estabilidade e periodicidade do recebimento de dada quantia, seja a título de salário (servidores públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo), seja a título de proventos previdenciários (aposentados e pensionistas do INSS e outros órgãos previdenciários, inclusive privados), possuem a certeza de uma renda mensal.

Em função disso, surgiu a modalidade de crédito denominada empréstimo consignado. Em folheto disponível no sítio eletrônico do Banco do Brasil, o conceito de empréstimo consignado é o seguinte:

Empréstimo consignado é uma operação de crédito (empréstimo pessoal) cujo pagamento é descontado diretamente, em parcelas mensais fixas, da folha de pagamento ou do benefício previdenciário do contratante. A consignação em folha de pagamento ou de benefício depende de autorização prévia e expressa do cliente para a instituição financeira (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 201...).

O mesmo afirma Cora Cristina (2017), ao citar as baixas taxas de juros mediante desconto direto do salário, aposentadoria ou pensão. Dessa forma, caracteriza-se como empréstimo consignado toda avença firmada entre particulares e instituições financeiras baseada na entrega de valor, e efetivo desconto periódico de vencimentos ou proventos fixos, em parcelas igualmente fixas.

Atualmente, o limite da parcela a ser descontada é regulado pela Medida Provisória nº 1.106 de 17 de março de 2022, que altera o §5º do art. 6º da Lei Federal nº 10.820/2003 para definir o limite de até 40% do valor do benefício, sendo 35% para o empréstimo consignado e 5% para despesas e saques com o cartão de crédito consignado.

O empréstimo consignado é, portanto, um mecanismo de acesso rápido a determinado valor, a depender da margem consignável, por parte de pessoas que gozem de estabilidade de renda mensal, como aposentados, pensionistas e servidores públicos.

Entretanto, dada essa facilidade de acesso ao crédito, muitas vezes os mais vulneráveis acabam sendo vítimas de fraudes e golpes que realizam empréstimo não autorizado, e também de ofertas abusivas conforme se verá adiante.

Empréstimos consignados fraudulentos

A atratividade do consumidor idoso para determinadas empresas e ramos do mercado baseia-se na certeza de rendimento mensal muitas vezes atrelados a aposentadorias, pensões ou benefícios de prestação continuada. Com esse tipo de restrição segura de pagamento, abusam da pouca instrução e simplicidade da maioria dos idosos e executam práticas muitas vezes desonestas, tais como juros abusivos em parcelamentos ou empréstimos, e a concessão indevida de empréstimos consignados.

Tonin e Hoffman (2015) assim indicam: tendo em mente a vulnerabilidade potencializada do idoso, as instituições financeiras se aproveitam para estabelecer contratos desvantajosos de empréstimo consignado, que, por conseguinte, acaba por desencadear um processo de superendividamento.

Segundo relatórios do Banco Central do Brasil (2021), no segundo trimestre de 2021 (abril, maio e junho), o crédito consignado ocupou a primeira posição de contratos bancários nas regiões norte e nordeste, e a segunda colocação nas demais regiões, importando na quantia de cerca de vinte e seis mil e setecentos contratos. Tal volume de contratos representa, em valores, o importe, somente neste trimestre, de cerca de quatrocentos e setenta e sete bilhões de reais.

Segundo Paulo Amorim (2022), em dezembro de 2021, houve um novo recorde na contratação de empréstimos consignados, alcançando só neste mês, o valor de cerca de quinhentos e treze bilhões de reais contratados, o que é cerca de 17% maior que o valor registrado no mesmo mês do ano anterior, 2020.

Isso demonstra uma grande procura da população idosa (e de servidores públicos), que

são os destinatários dos empréstimos consignados dada a estabilidade do recebimento dos valores, por crédito com fácil aprovação, o que se dá por diversos fatores, dentre eles, a situação econômica do país. Essa grande procura de crédito acaba por tornar atrativas às instituições financeiras quaisquer técnicas ou mecanismos de captação de clientes.

Géssica de Cássia (2018) ressalta a utilização pelas instituições financeiras dos serviços de correspondentes bancários, que por sua vez demandam agente bancário sob regime de metas de contratação, gerando assim necessidade de averbar o negócio jurídico a qualquer justo, ainda que por meio ilegal, em que pese a inércia das instituições financeiras na fiscalização dos procedimentos de aquisição do crédito, tal qual negligência por parte de todos os componentes do sistema de fundo de consignação em benefício previdenciário para a contenção e prevenção de fraude.

É nesse cenário que surgem as excessivas notificações aos clientes cadastrados em determinado Banco e propagandas de crédito fácil e imediato que enganam o consumidor idoso, além de medidas ilegais como violação de dados bancários.

DADOS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

O Conselho Nacional de Justiça, com base nas alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – que criou – especialmente o disposto no então inserido art. 103-B, § 4º, VI, da CRFB/88¹, editou algumas resoluções sobre o tema da taxionomia terminológica em âmbito processual, uniformizando o assunto perante os tribunais pátrios.

Uma das principais resoluções foi a de nº 12/2006, de 14 de fevereiro de 2006, que estabelece em seu art. 3º o Grupo de Interoperabilidade – G-INP, que possui como atribuições principais, dentre outras a de “definir os padrões de interoperabilidade a serem utilizados no Poder Judiciário nos seguintes tópicos [...] II – quanto aos dados: a) padronização de identificadores: 1. número de processos; [...] b) taxonomia [...]” (CNJ, 2006).

Outra normativa importantíssima para o tema foi a posterior Resolução nº 46/2007, de 18 de dezembro de 2007, hoje modificada pela Resolução nº 326/2020, que, regulamentando o dispositivo acima citado, dispôs em seu art. 1º sobre a criação das tabelas processuais unificadas do poder judiciário, que visava a padronização e uniformização taxonômica e terminológica de classes e assuntos processuais, bem como de movimentação no âmbito do Poder Judiciário.

Baseado nisso, o CNJ disponibilizou em sua página no sítio eletrônico citado as referidas tabelas. Ao consultar o referido sistema, é possível observar a existência de um assunto denominado “empréstimo consignado”², o qual abrange, pelo glossário, o seguinte: “Contratos com instituições financeiras em que o pagamento será feito por meio de débitos das parcelas realizados diretamente no salário do tomador do empréstimo” (CNJ, 2007).

Esse assunto, embora não abranja tão somente demandas decorrentes de contratos de empréstimo consignado fraudulentos, mas possa conter também outras demandas, é restrito o

¹ § 4º *Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...] VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;* (BRASIL, 2004)

² Código nº 11806

suficiente para subsidiar a análise dos dados a ele inerentes e estabelecer relação entre estes e o tipo de demanda específica analisada neste trabalho, qual seja, as ações reparatórias, anulatórias, etc., atinentes aos empréstimos fraudados.

Tal lógica encontra respaldo ainda em diversos aspectos do cenário nacional, como o aumento exponencial de fraudes bancárias (incluindo empréstimos consignados), e estudos sobre o temor dos brasileiros em serem vítimas das referidas fraudes.

Segundo dados da Federação Brasileira de Bancos – Febraban (2021), no primeiro semestre de 2021 houve um crescimento de fraudes envolvendo golpes de engenharia social no patamar de 165% com relação ao segundo semestre de 2020, golpes estes que incluem empréstimos fraudulentos baseado no roubo de informações.

É ainda importante destacar que este percentual não inclui as fraudes cometidas pelos próprios bancos, que são muitas vezes objeto de ações judiciais inclusas dentro do assunto “empréstimo consignado”.

Outro número importante para corroborar a metodologia acima adotada, é o altíssimo índice de receio da população em sofrer fraude bancária, o que mostra que tem se tornado uma prática ordinária. Segundo informações veiculadas pela Febraban (2021), em pesquisa por ela realizada, “a maioria dos entrevistados (86%) afirma ter medo – muito (53%) ou algum (33%) – de ser vítima de fraudes ou violações dos seus dados pessoais”.

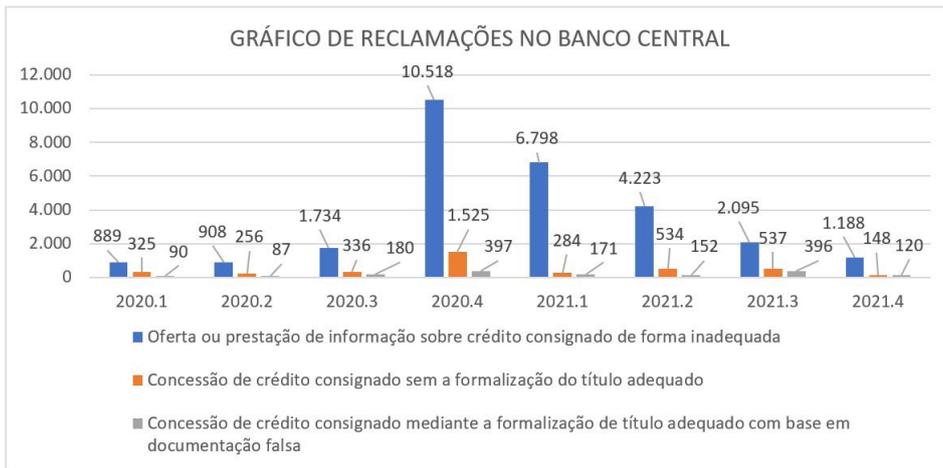
O cenário brasileiro é, portanto, de grande receio da população no tocante à violação de dados bancários, isso justamente porque tem se tornado prática cada dia mais comum, tendo aumento exponencial nos últimos anos, violação de dados esta, que se materializa como danosa quando da contratação ou aquisição de bens ou serviços por terceiros desautorizados.

Além disso, o Banco Central do Brasil elabora trimestralmente ranking das instituições financeiras com mais reclamações dos clientes por diversas situações, dentre as quais pode-se analisar algumas ligadas aos empréstimos consignados. O referido ranking é formulado a partir das demandas do público registradas nos canais de atendimento do Banco Central.

Dentre os filtros para categorização das informações, o BCB estabeleceu diversos assuntos que servem para identificar a natureza das reclamações, sendo que algumas envolvem empréstimos consignados, quais sejam: “Oferta ou prestação de informação sobre crédito consignado de forma inadequada”; “Concessão de crédito consignado sem a formalização do título adequado” e “Concessão de crédito consignado mediante a formalização de título adequado com base em documentação falsa” (BANCO CENTRAL, 2020-2021).

Analisando os rankings elaborados nos quatro trimestres de 2020 e 2021, pôde-se compilá-los em gráfico elaborado pelos Autores, que demonstra uma grande procura das ouvidorias do Banco Central para reclamações relacionadas a empréstimos consignados de algum modo fraudulento, seja por ter sido contratado baseado em documentos falsos, sem a elaboração do instrumento competente (ou seja, sem a autorização do cliente) e ainda na massiva oferta inadequada dos referidos contratos, o que constitui publicidade abusiva nos termos do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor.

Gráfico 2



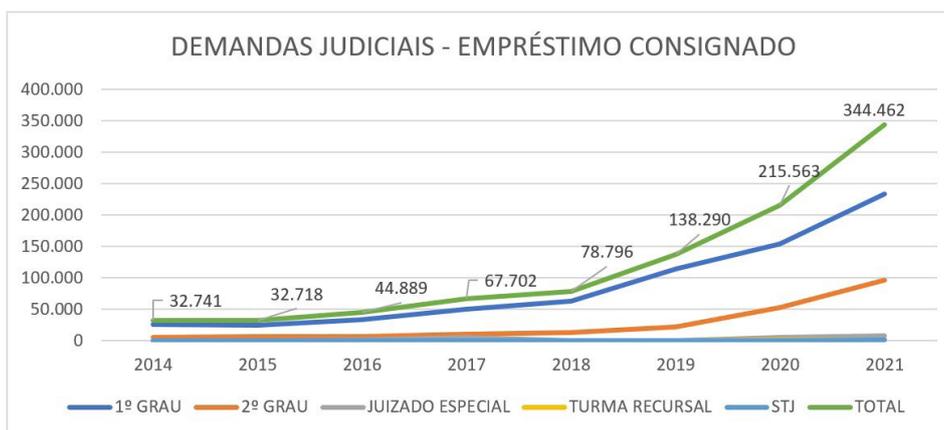
Fonte: Autores

Todo esse arcabouço de dados, representando o aumento de fraudes bancárias, o elevado índice de medo da população em sofrer fraude bancária, e ainda o alto número de reclamações administrativas contra os bancos a respeito de fraudes, assim como outros ilícitos referentes a empréstimos consignados — isso tudo aliado ao estreito conceito definido pelo STJ acerca do assunto “empréstimo consignado” — demonstra que, senão todas, mas grande parte das demandas judiciais ajuizadas com este critério são decorrentes de contratos fraudulentos.

Ou seja, verifica-se que é possível que caso não todas, grande parte das ações referentes a contratos bancários, especialmente os de empréstimo consignado – assunto mais restrito, segundo tabelas do CNJ – dizem respeito à anulação e/ou reparação decorrente das avenças fraudulentas, muitas vezes realizadas em detrimento de pessoas de baixa instrução e de vulnerabilidade social, como é o caso dos idosos consumidores.

Com isso, imperiosa se faz a análise dos dados de acesso à justiça disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, em atendimento ao dever constitucional constante no art. 103-B, §4º, VI, já transcrito.

Acessando os dados disponíveis da tabela taxionômica, referentes às demandas do assunto dos “empréstimos consignados”, especialmente no período entre 2014 a 2021, na justiça comum (estadual e federal), de primeira e segunda instância, bem como nos juizados especiais e respectivas turmas recursais e no Superior Tribunal de Justiça, pôde-se notar um aumento exponencial no número de casos de aproximadamente 952%, tendo saltado o número total de casos novos ano a ano de 32.741 (trinta e dois mil, setecentos e quarenta e um) para 344.462 (trezentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e dois), conforme se observa no gráfico a seguir (elaborado pelos autores).



Portanto, é possível notar que na última década, em especial nos últimos anos, houve aumento significativo nos casos de divulgação e concessão indevida de empréstimos consignados, principalmente contra idosos (que são em maior número se comparados com os servidores públicos), muito em razão da hipervulnerabilidade por eles enfrentada, como já demonstrado em tópico anterior.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

As Leis Federais nº 8.842/1994 e 10.741/2003 visam a tutela dos direitos das pessoas maiores de 60 (sessenta) anos, tidas por idosas, diante de determinadas desvantagens sociais por eles suportadas, como a dificuldade no acesso ao mercado de trabalho; menor grau de instrução (em média); o acometimento de determinadas doenças; maior necessidade de atendimentos básicos voltados à área da saúde, como medicamentos de uso contínuo, etc., todas estas informações de cunho público e amplamente visíveis.

Justamente por isso, foram editadas tais normas que, possuem como objetivo maior “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade” (BRASIL, 1994), e estabelecer que:

Art. 3o É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003)

As vulnerabilidades da população idosa, vão de econômicas, até as relacionadas com a própria saúde, devendo ser alvos de uma multifacetada proteção. Sobre isso, ensina Ana Amélia Camarano (2013, p. 14) que a visão predominante desse segmento populacional é a de um grupo homogêneo na última etapa da vida, caracterizado por ser frágil em vista do fator econômico e de sua própria saúde, necessitando de proteção social específica.

Em contrapartida, de acordo com levantamento feito pelo Serviço Social do Comércio, em parceria com a Fundação Perseu Bramo, 68% dos idosos manifestam-se como principais responsáveis pela subsistência da família (SESC-SP, FPA BRAMO, 2020). Ou seja, todas as famílias amparadas por eles também estão em condição de constante vulnerabilidade.

Maurício César (2017) evidencia que quem utiliza dos empréstimos consignados é a parte da população com menor renda e escolaridade, mal se sustentando com o benefício que recebe, mas ainda sendo um pilar familiar. Portanto, é de se considerar que, acrescentando as

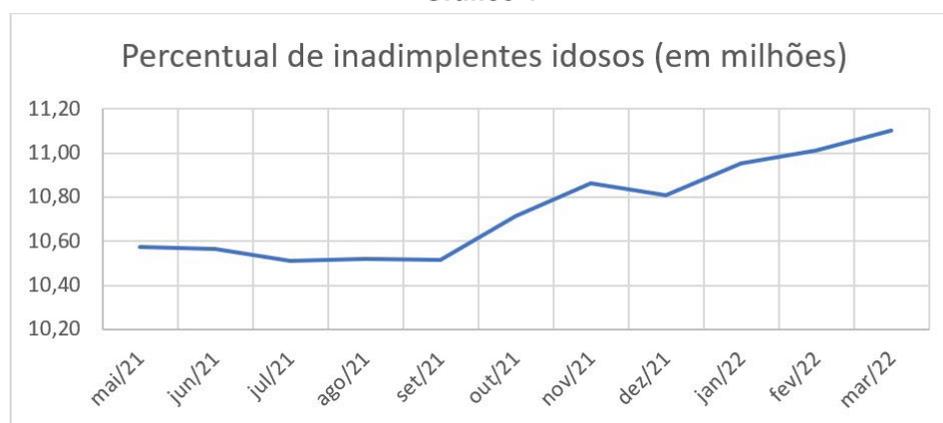
fraudes que se acumulam com os contratos regulares, o consumidor da terceira idade acaba por se tornar superendividado.

Afinal, a inadimplência já é comum entre os idosos, como atesta o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil, 2021): em dezembro de 2021, 17.4% dos endividados possuíam idade superior a sessenta anos. E considerando o total de 63,97 milhões de pessoas negativadas, essa proporção chega na marca de mais de 11 milhões de idosos inadimplentes.

É importante registrar que esse número está em constante aumento. Analisando os demais meses do ano de 2021, é possível perceber um crescimento contínuo da inadimplência como um todo, e ainda, da participação dos idosos nos percentuais.

O gráfico a seguir demonstra esse crescimento:

Gráfico 1



Fonte: Autor

Verifica-se que, em vez da aposentadoria se dirigir principalmente ao idoso, passou a ser incorporada na renda familiar. Ainda, expõe a expressiva incapacidade do idoso de se manter distante de dívidas. O estudo de Tontini e Rossato (2018, p. 47) toca em um ponto interessante a esse respeito: revela que muitos daqueles que se encontram em idades avançadas atribuem a esse período da vida a oportunidade de compensar o que não realizaram quando mais jovens.

Dessa maneira, as emoções adquirem poder de influenciar seu processo de decisão. Bauman, nesse sentido, (2007, p. 38) aduz que o consumismo é uma economia do engano, pois estimula emoções consumistas pelo bem do mercado. Seja quanto ao turismo, seja quanto a outras atividades de lazer, é lógica a proposição de que, após inatividade por aposentadoria, o idoso tente buscar formas de preencher sua rotina.

Nesse nível, o crédito é visto como solução para seus problemas. No artigo “Benefícios e Prejuízos do Consumo de Crédito”, os autores, mediante análise dos entrevistados, identificaram otimismo e autoafirmação da independência financeira, especialmente no que tange ao consumo de crédito, promovendo viagens de família, lazer com amigos e gastos com reforma ou construção. Todavia, ressaltam, em contrapartida, que o crédito parece ser visto como aumento de renda para os idosos, o que sugere dependência desse mercado (ALMEIDA *et al*, 2018).

O problema é que em face de excesso de dívidas, o idoso pode chegar a nem sequer ter o suficiente para custear a própria saúde e o bem-estar, afastando de si qualquer tipo de envelhecimento digno. Há chance mesmo de isolamento social, pela família ou amigos, enquanto não

puder usufruir do lazer ou exclusão por motivo de sua situação.

Já no âmbito jurídico, o crescimento exponencial das fraudes em empréstimos consignados causa maior engessamento do Poder Judiciário, que já é conhecido por tal característica há muito, sendo que esperar resolução morosa de tais violações é no mínimo imoral, pois o idoso se encontra em estado de hipervulnerabilidade e no estágio mais delicado de sua vida, quando o tempo é primordial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observado todo o exposto, entende-se que foram alcançados os objetivos específicos elencados, uma vez que foram conceituados consumidor idoso, hipervulnerabilidade e empréstimos consignados, bem como restaram demonstrados os dados sobre o tema, tudo com o fito de analisar o impacto da concessão indevida dos créditos consignados, seja os fraudulentos, os não solicitados, e/ou afins, aos consumidores idosos.

Com base em todas as digressões realizadas, pode-se verificar que a hipervulnerabilidade dos consumidores idosos os colocam em posição de desigualdade e desvantagem, e, portanto, como possíveis vítimas de fraudes das mais diversas em âmbito bancário e demais empresas do ramo do sistema financeiro, sendo que os mecanismos existentes de proteção não tem sido totalmente eficazes contra as diversas violações de direitos envolvendo especialmente os empréstimos consignados, ao menos no aspecto preventivo da análise, o que justifica o alto e crescente número de ações judiciais discutindo tais situações, ocasião em que o Poder Judiciário tem assumido o papel que lhe incumbe como garantidor dos direitos individuais e coletivos, quando violados.

Como visto, o alto número de fraudes bancárias tem gerado na população ainda mais receio, bem como uma necessidade constante de investimento em segurança digital e de supervisão das instituições financeiras, por órgãos como o Banco Central do Brasil.

A relevância do presente trabalho surge em função de mera medida paliativa para a questão, pois a ineficácia dos meios preventivos, ainda que seja suprida pelo Judiciário, deve ser priorizada pela sociedade, governo e pelo meio científico, em vista de contribuir para o verdadeiro respeito aos direitos do consumidor idoso, tal qual suas necessidades, incluindo as de seus familiares, uma vez que o superendividamento pode desestabilizar inúmeros núcleos familiares e causar transtornos irreversíveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gustavo Tomaz de; FERRÃO, Fernanda C. Chagas; SILVA, Jonathan Avelino da. O Consumo de Crédito e seus Prejuízos e os Benefícios na Sociedade: Um Estudo Interpretativista na Perspectiva de Idosos como Consumidores. *Revista Alcance* v. 25, n. 3, p. 381-401, jul. 2018.

AMORIM, Paulo. Empréstimos consignado estão em crescimento no Brasil; como funcionam? 2022. Disponível em: <https://fdr.com.br/2022/02/10/emprestimos-consignado-estao-em-crescimento-no-brasil-como-funcionam/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Evolução regional do crédito no segundo trimestre de 2021. Bcb, 2021.

3p. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/boletimregional/202108/br202108b3p.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

_____. Ranking de Reclamações. Bcb, 2020-2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/rankingreclamacoes>. Acesso em: 15 maio 2022.

_____. Série I - Relacionamento com o Sistema Financeiro Nacional: Empréstimo Consignado. Bcb, (sem data). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/folder_serie_I_emprestimo_consignado.pdf. Acesso em: 15 maio 2022.

BAUMAN, Zygmunt. Vida Para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro/RJ: Jorge Zahar Editor Ltda, 2007. 115 p. Tradução por Carlos Alberto Medeiros (2008).

BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 8. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. 2017. ISBN 978-85-203-7129-9.

BRANDÃO, Vinicius. Crédito Consignado: uma análise dos impactos dessa inovação financeira para o desenvolvimento econômico brasileiro. Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política, p. 182-212, 2021.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 06 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 maio 2022.

_____. Lei Federal nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Brasília, DF, 05 jan. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 01 abr. 2022.

_____. Lei Federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. Lei Federal nº 10.820, de 17 de março de 2003. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. Brasília, DF, 18 dez. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.820.htm. Acesso em: 15 mai. 2022.

_____. Medida Provisória nº 1.106, de 17 de março de 2022. Brasília, DF, 18 mar. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1106.htm. Acesso em: 15 mai. 2022.

Camarano, Ana Amélia (2013): Estatuto do idoso: Avanços com contradições, Texto para Discussão, nº 1840, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília.

CaVALCANTE, Marcella Melissa de Paiva. O Idoso como consumidor hipervulnerável no direito brasileiro. Teresina: Uninovafapi, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Consulta Pública De Assuntos. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/sgt/consulta_publica_assuntos.php. Acesso em: 14 maio 2022.

_____. Justiça em Números - Painéis. Brasília/DF Compilação de dados desde 2014. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 10 maio 2022.

_____. Resolução nº 12, de 14 de fevereiro de 2006. Brasília, DF, 23 mar. 2006. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=206#:~:text=RESOLVE%3A,Art>. Acesso em: 14 mai. 2022.

_____. Resolução nº 46, de 18 de dezembro de 2007. Brasília, DF, 21 dez. 2007. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/167> Acesso em: 14 mai. 2022.

COSTA, Cora Cristina Ramos Barros. A proteção jurídica da hipervulnerabilidade do idoso superendividado na sociedade de consumo. 2017. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.

GOES, Maurício César. Impactos do empréstimo consignado no Brasil. 2017. TCC (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro Sócio-Econômico. Economia.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Pirâmide Etária. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Projeções da População. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil - 2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. Notícias. Crescem golpes envolvendo manipulação de vítimas para roubo de informações pessoais. 2021. Disponível em: <https://febraban.org.br/noticia/3704/pt-br/>. Acesso em 15 de maio de 2022.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. Notícias. Brasileiro teme fraudes, vê crimes de violação de dados pessoais crescerem e cobra lei mais dura. 2021. Disponível em: <https://febraban.org.br/noticia/3655/pt-br/>. Acesso em 15 de maio de 2022.

FLORES SOBRINHO, Marcelo Henrique de Jesus; OSÓRIO, Neila Barbosa. A Interpretação Da Velhice Da Antiguidade Até O Século Xxi. Nova Revista Amazônica, Bragança/Pa, v. 09, n. 01, p. 175-187, mar. 2021. Semestral.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Idosos no Brasil II: vivências, desafios e expectativas na 3ª idade. Brasil: Pesquisas Fpa, 2020. 394 p. Pesquisa de Opinião Pública.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor Comentado Artigo por Artigo. 13. ed. Editora JusPodivm. Salvador/BA. 2017. ISBN 978-85-442-1168-7.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. O Consumidor Idoso e a Questão do Superendividamento Frente ao Crédito Consignado. Revista da AGU, v. 18, n. 04, 22 out. 2019. Tese de Doutorado. PUC-Minas.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. 2016. ISBN 978-85-203-6854-1.

MYRRHA, Luana Junqueira Dias; TURRA, Cassio M.; WAJNMAN, Simone. A contribuição dos nascimentos e óbitos para o envelhecimento populacional no Brasil, 1950 a 2100. Revista Latinoamericana de Población, [S.L.], v. 11, n. 20, p. 37-54, 23 jul. 2017. Asocicacion Latinoamericana de Poblacion. <http://dx.doi.org/10.31406/relap2017.v11.i1.n20.2>.

SANTOS, Géssica De Cássia Araújo Dos. Empréstimo Consignado A Aposentados E Pensionistas do Inss: Uma Análise Das Fraudes e do Superendividamento De Idosos. Curso de especialização em Direito Previdenciário: Centro Universitário João Pessoa, 2018.

SERASA EXPERIAN - SPC. Mapa da inadimplência e renegociação de dívidas no Brasil. São Paulo, 2021-2022.

SILVA, João Gabriel Ribeiro Pereira. Direito do Consumidor. 1. ed. Organizado por CP Iuris. Coleção Carreiras Jurídicas. ISBN 978-85-5805-033-3.

OLIVEIRA, Amanda Cristina de. O Jovem Mercado Consumidor Da Terceira Idade: Potenciais E Vulnerabilidades. In: CONGRESSO INTERNACIONAL COMUNICAÇÃO E CONSUMO, 6., 2018, São Paulo/Sp. Anais Comunicon. São Paulo/Sp: Usp, 2018. GT06.

TONIN, Carla Maria Schroeder; HOFFMANN, Eduardo. A Vulnerabilidade Do Consumidor Idoso Frente Às Intuições Financeiras. Anais do 13º Encontro Científico Cultural Interinstitucional – 2015. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/ecci/anais/5bab60e1dcc4.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2022.

TONTINI, Julia; ROSSATO, Vanessa Piovesan. Comportamento do Consumidor da Terceira Idade: um estudo bibliográfico na base Spell. Revista Linceu On-line v. 8, n. 2, p. 32-50, jul-dez. 2018. Disponível em: <https://liceu.fecap.br/LICEU_ON-LINE/article/view/1795>. Acesso em: 10 fev. 2022.

Levando os princípios a sério: uma abordagem lógico-argumentativa de distinção das normas jurídicas

Fabício da Silva Raposo

Servidor público do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM). Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Bacharel em Engenharia Civil. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

Daniel Cardoso Gerhard

Professor efetivo (Regime 40 horas, sem dedicação exclusiva), subchefe do Departamento de Direito Público e coordenador do programa de pós graduação lato sensu em direito eleitoral da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor do Instituto Metropolitano de Ensino. Assessor Jurídico no Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. Doutorando em Direito - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Filosofia do Direito. Pós graduado em Direito. Área de atuação: Direito Público. Subareas: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Teoria do Direito.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.6

INTRODUÇÃO

Desde que a Constituição ganhou contornos tipicamente jurídico-normativos (com o denominado constitucionalismo no século XVIII), passou-se a ter uma discussão cada vez mais aprofundada acerca das normas que regem uma comunidade.

Na literatura jurídica contemporânea, inúmeras são as tentativas de se conceituar, classificar e distinguir as normas jurídicas, embora, muitas vezes, sem uma devida contextualização ou carentes de uma base epistemológica mais sólida.

Isso não significa, também, que as teorias mais “aceitas” cientificamente na doutrina pátria não estejam sujeitas a críticas, como será abordado, ou mesmo que haja, de fato, uma única teoria/metodologia correta.

Desse modo, faz-se necessário um maior aprofundamento acerca dos métodos tradicionais de diferenciação de princípios e regras jurídicas, com o intuito de se desenvolver um pensamento crítico a respeito do consenso epistêmico existente que envolve a teoria dos princípios e, com isso, propiciar o desenvolvimento de uma teoria crítica adequada e compatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho irá preliminarmente abordar a celeuma existente acerca dos diversos métodos de conceituação e diferenciação dos princípios jurídicos como espécies de normas em um ordenamento jurídico, especialmente as teorias que os diferenciam pelo grau de abstração ou pelo modo que são aplicados.

Após identificar e apresentar as críticas relativas aos métodos tradicionais existentes de diferenciação das normas jurídicas, será proposto um método próprio de identificação e distinção dos princípios, baseado em uma metodologia lógico-argumentativa, em contraposição aos critérios morfológicos-estruturais, adicionando uma nova abordagem à discussão existente.

Embora não haja qualquer pretensão de se oferecer uma solução definitiva sobre o tema, o objetivo deste estudo é propor uma metodologia que, em última análise, seja realmente útil para a prática do direito.

Somente uma reflexão aprofundada do tema irá possibilitar a compreensão pela sociedade de como os juízes efetivamente decidem as situações que lhe são apresentadas, lançando luzes sobre o fundamento ético do direito contemporâneo.

O JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO: O PERCURSO NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS

Não é difícil reconhecer que os princípios jurídicos desempenham um papel fundamental no atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Atualmente qualificados como espécie de norma jurídica, os princípios passaram por um longo processo histórico até adquirirem juridicidade e, com isso, natureza deontológica. Para Bonavides¹, a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: a *jusnaturalista*, a *positivista* e a *pós-positivista*.

Remetendo ao Direito na Antiguidade Clássica, temos com os gregos o surgimento da

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 35. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2020. p. 264.

ideia embrionária de uma lei eterna e imutável que regia o homem e que hoje convencionamos chamar de Direito Natural.

Tendo como matriz ético-religiosa a teologia judaico-cristã, o Direito ainda era algo intrinsecamente ligado à Religião nesse período histórico, que tinha como características fundamentais a ausência de uma justiça formal e a existência de uma ordem jurídica baseada em mandamentos divinos.

É no contexto desse “jusnaturalismo teológico” que se tem a primeira noção de princípios como elementos norteadores da conduta humana (espécies de “supranormas”), que atuavam definindo padrões substanciais de justiça².

Com a modernidade (Idade Moderna), essa perspectiva teológica em que se fundamenta o Direito dá lugar à racionalidade. Vale dizer que também é helênica a origem da ideia ocidental de razão e do conhecimento científico fundado em princípios e regras de valor universal, que posteriormente viria a ser desenvolvida pelos romanos³.

A partir deste momento, a lei deixa de ser ditada a partir de um pretexto divino e passa a dar ênfase à razão humana, desvinculando-se da teologia cristã e associando-se aos ideais iluministas, inclusive no que diz respeito à limitação do poder estatal. De um plano exclusivamente abstrato, os princípios passam a ser a materialização dos direitos naturais, trazendo de forma revolucionária as normas morais fixadas por uma racionalidade legisladora, e funcionando como referenciais de justiça.

Aqui é interessante observar que o apogeu do Direito Natural (racional), caracterizado pela codificação das condutas morais (justas e injustas), paradoxalmente representou também a sua superação histórica, com o “nascimento” do positivismo jurídico. Uma vez transposto aos códigos, qualquer recurso a princípios e normas fora do direito positivo seria considerado ilegítimo⁴.

A partir do positivismo jurídico, os princípios começam a ganhar contornos tipicamente jurídico-normativos, passando a figurar nos códigos ao lado de outras normas jurídicas e, com isso, deixam de ser considerados uma instância supralegal⁵.

No entanto, aqui os princípios jurídicos se inserem nos códigos apenas como fonte normativa subsidiária, tendo em vista predominar nesse período um sistema jurídico fechado baseado em regras. Nos dizeres de Gordillo Cañas⁶, na era *juspositivista* os princípios representam “válvulas de segurança” para garantir o “reinado absoluto da lei”. Já para Bobbio⁷, os princípios aqui seriam meras pautas programáticas supraleais, carentes de normatividade. Em síntese, os princípios funcionariam nesse momento como normas (pois já dotados de dignidade normativa) gerais que auxiliariam (caráter supletivo) o intérprete na aplicação do direito em casos concretos, de modo a suprir o vácuo normativo deixado pelo modelo de regras.

2 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 323.

3 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 32.

4 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999. v.1. p. 659

5 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 324.

6 CAÑAS, Antonio Gordillo. *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, in *Anuario de Derecho Civil*. t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1988, pp. 484 e 485.

7 BOBBIO, Norberto. *Principi generali di Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 13, p. 890.

Embora formalmente dotados de dignidade normativa, o caráter ainda supletivo e não-deôntico dos princípios deu margem à doutrina da discricionariedade judicial (decisionismo), característica do período positivista. Considerando não serem as regras capazes de reger de forma taxativa todos os fatos sociais, os juízes, sobretudo nos chamados *hard cases*, recorriam a padrões fora do direito para complementar as regras já existentes ou até mesmo criar uma própria, de modo a suprir a lacuna legislativa. A possibilidade de utilização de critérios extrajurídicos (vista, à época, como solução) fez com que o Direito se tornasse o “café da manhã” dos magistrados.

Dworkin, um dos maiores críticos desse paradigma teórico (senão o maior), vai afirmar que mesmo nos casos em que houvesse uma maior abertura na aplicação do direito, seja pela ausência de uma regra clara ou pela incerteza de sua incidência, deveriam os juízes observar os princípios, como padrões normativos obrigatórios, atribuindo a este dever o nome de responsabilidade política.

Assim, em resposta à essa concepção positivista, revela-se uma necessidade de tratar os princípios como direito, atribuindo-lhes efetiva juridicidade. É então com o advento do chamado *pós-positivismo* que os princípios adquirem o mesmo *status* atribuído às regras, compartilhando agora com estas o patamar de espécie de norma jurídica. Como bem aponta Bonavides⁸, nessa fase os princípios são “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Toma-se como marco da quebra de paradigma a posição assumida pelas Cortes Internacionais de Justiça, sobretudo a Corte Permanente de Justiça Internacional que, de forma pioneira, em 1920, afirmou em seu Estatuto que “os princípios gerais de Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas” seriam instrumento hábil a resolver controvérsias, constituindo verdadeiro direito positivo.

OS MÉTODOS DE DIFERENCIAÇÃO

Se nas primeiras décadas do século XX a celeuma envolvendo os princípios girava em torno de sua normatividade, atualmente ela está circunscrita nas teorias que visam definir critérios para conceituá-los, distinguindo-os das regras jurídicas.

Dentre os vários critérios difundidos até então, certamente os que ganharam maior destaque na teoria do Direito, sobretudo com as obras de Alexy (*Theorie der Grundrechte*, 1984) e Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977), são os que definem os princípios jurídicos pelo (1) grau de abstração e pelo (2) modo que são aplicados, aos quais foram atribuídos o título de tese fraca (ou quantitativa) e tese forte (ou qualitativa), respectivamente.

Aqui é interessante ressaltar que não obstante ter sido Alexy o responsável pelas nomenclaturas, o autor remete à Bobbio e Del Vecchio⁹ as ideias constantes da denominada tese fraca, ao passo que tem em Dworkin o ponto de partida para o desenvolvimento da tese forte.

A teoria quantitativa: a diferença pelo grau de abstração

Para os adeptos da tese quantitativa, os princípios jurídicos são normas dotadas de um elevado grau de abstração, demasiadamente vagas e indeterminadas e carentes de mediações

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 35. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2020. p. 269.

⁹ GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e diferença*, p. 170-171.

concretizadoras, ao passo que as regras jurídicas possuem um grau de abstração relativamente reduzido, sendo suscetíveis de aplicação direta¹⁰. Consoante Del Vecchio¹¹, os princípios se revelam a partir da generalização de outras normas constantes no ordenamento jurídico.

Não obstante sua expressividade, sobretudo em *terrae brasilis*, o critério quantitativo foi (e ainda é) alvo de duras críticas por parte da doutrina. A primeira que se faz é a de que a abstração não é característica inerente (mas contingente) aos princípios. É dizer, apesar de os princípios jurídicos geralmente serem genéricos, não é essa a característica fundamental que os distingue das regras jurídicas, visto que estas, por vezes, também apresentam esse atributo.

Toma-se como exemplo o enunciado normativo “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (inciso XXXIX, art. 5º da CF/88; art 1º do CP). A princípio, este enunciado estabelece uma regra, já que, estruturalmente, não se observa qualquer grau de abstração. Percebe-se que o texto da norma não dá margem para outra alternativa, senão a existência de um dispositivo legal como fundamento para a tipificação de um crime e a cominação de uma pena.

Por outro lado, o enunciado normativo pode dar ensejo a uma série de questões de natureza interpretativa relativas ao seu significado essencial que vão além do seu teor literal. Dentre elas, podemos citar as questões atinentes à retroatividade das normas penais mais gravosas, à esfera de Poder competente para regular as matérias penais e à analogia. Não é à toa que contemporaneamente se fala em princípio (e não regra) da legalidade penal/criminal, a partir do qual se revelam outros (sub)princípios, como os da reserva legal e o da irretroatividade penal.

Ainda à título de contraexemplo do critério de generalidade, observa-se que alguns tipos penais, entendidos como regras, utilizam-se do recurso da interpretação analógica, que traz um aspecto de generalidade ao dispositivo legal.

Tal recurso se faz presente, por exemplo, no inciso I, § 2º, art. 121 do CP, que traz um rol exemplificativo das situações em que o homicídio é qualificado (mediante paga ou promessa de recompensa) e prevê, em seguida, uma fórmula genérica (ou outro motivo torpe) para a configuração da qualificadora. Ao trazer essa abertura semântica ao enunciado, a regra, vale dizer, não é de todo fechada.

Desse modo concordamos com Alexy¹², ao afirmar que a existência de normas com elevado grau de generalidade que não são princípios e de mandamentos definitivos com baixo grau de abstração que frequentemente funcionam como princípios demonstra que “o critério da generalidade é apenas relativamente correto”.

Sob esse prisma, portanto, a tese quantitativa não se mostra sustentável, vez que, do ponto de vista hermenêutico-pragmático, está sujeita a uma série de contraexemplos. Essa insustentabilidade se revela também a partir do ponto de vista metodológico (e aqui uma segunda crítica), em razão de que a teoria propõe um critério de diferenciação de natureza essencialmente morfológica e estática, que confunde texto e norma como se iguais fossem.

Com base no critério morfológico, a norma que assegurasse a garantia de liberdade de crença seria categorizada como princípio, ao passo que a norma que previsse o direito de o pre-

10 ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm*. p. 51; LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München: Beck, 1967 pp. 23 e 26.

11 DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948. p. 51.

12 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 109

so converter outros apenados à sua crença, por ser mais específica (menos genérica), seria tratada como regra. Embora apresentem graus diferentes de generalidade, ambas as normas são dotadas de universalidade (valem para todos) e essencialmente revelam o direito substancial à liberdade de crença, não podendo ser hermeticamente classificadas apenas com base na sua especificidade ou a partir de uma construção meramente semântica.

Há uma clara e necessária diferença ontológica entre o texto e a norma resultada de sua interpretação, vista a partir de um contexto pragmático que não se limita a uma perspectiva sintático-semântica. É dizer, a norma não se confunde e nem está contida no texto da lei, mas surge a partir de um processo de interpretação jurídica destinado à resolução de um caso real¹³.

Alexy e a teoria qualitativa: a diferença pelo modo de aplicação

Em contraposição ao critério morfológico, a tese qualitativa vai afirmar que os princípios jurídicos se diferenciam das regras pelo modo que são aplicados nas situações de “conflito”. Em defesa dessa teoria, Alexy¹⁴ vai afirmar que entre regras e princípios jurídicos não existe apenas uma diferença gradual, mas sim uma diferença qualitativa. Para o jurista de Kiel, o que distingue uma espécie da outra é o fato de que “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, podendo ser satisfeitos em graus variados. Qualificando então os princípios como mandados de otimização, as regras são qualificadas como determinações que são satisfeitas ou não por completo.

Vale ressaltar que a construção da teoria de Alexy se deu a partir das digressões de Dworkin, para quem os princípios teriam uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuem. O jurista norte-americano chegou a adotar como um dos critérios distintivos entre regras e princípios a estrutura de aplicação, afirmando que no intercruzamento de princípios, prevalecerá aquele com mais importância (que exerce o maior peso no caso concreto), enquanto que, no conflito entre regras, uma será declarada válida e a outra, conseqüentemente, inválida¹⁵. Em síntese, Dworkin argumentava que dentro de um sistema jurídico baseado em regras e princípios, aquelas se revelam a partir da dimensão da validade enquanto esses a partir da dimensão do peso.

Partindo então dessas digressões, Alexy argumenta que, nos casos de conflito, no qual a aplicação de uma ou outra norma leva a resultados necessariamente distintos, as regras, enquanto mandamentos definitivos, são aplicadas na maneira “tudo ou nada” (all-or-nothing-fashion), ao passo que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são aplicados a partir da técnica da ponderação.

A maneira pela qual as regras são aplicadas, implica na adoção de um procedimento de subsunção silogístico (silogismo jurídico). Havendo premissa normativa (existência de uma lei) e premissa fática (ocorrência fática da situação que se subsuma ao previsto na lei), chegar-se-á a uma conclusão, que é a aplicação da regra válida. Nos casos em que regras “conflitam”, somente uma pode ser declarada válida, expurgando-se a inválida do ordenamento, a menos que exista uma situação de excepcionalidade, como a adoção do critério da especialidade para a resolução

13 ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. p. 472

14 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 92

15 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. pp. 42 e 43.

da antinomia.

As colisões entre princípios são solucionadas de forma diversa. Nesses casos, o reconhecimento do maior peso (importância) de um princípio colidente não implicará na invalidade do outro, ainda que não haja cláusula de exceção, visto que a colisão se dá na dimensão do peso. Alexy afirma que “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”¹⁶ que, sob outras, a precedência poderia se inverter.

Para a resolução desses conflitos, o jurista de Kiel vai propor uma “lei de colisão” ou sopesamento, cujo objetivo é definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso diante do caso concreto, chegando-se a um resultado ótimo, e que se expressa através de uma regra que permeia as decisões do Tribunal Constitucional Alemão, qual seja: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹⁷. Segundo essa técnica, esse resultado vai depender das variáveis envolvidas no caso concreto e se dará na seguinte forma: um determinado princípio (P1) prevalecerá sobre o princípio (P2) diante das condições (C) do caso concreto.¹⁸

Em brilhante síntese da teoria de Alexy, Virgílio Afonso da Silva afirma que “os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes”¹⁹, invocando o autor a título de exemplo a liberdade de expressão que, *prima facie*, consiste no direito exprimir pensamentos e crenças, mas é passível de colisão com outros direitos, sobretudo aqueles relacionados à honra e à privacidade, que poderão prevalecer diante das circunstâncias fáticas.

A primeira objeção que se faz à tese qualitativa é que ao se permitir a aplicação dos princípios jurídicos em diferentes graus, estes passariam a ser equivalentes a valores, que indicam razões que podem ser comparadas e medidas reciprocamente²⁰. Ou seja, só é possível enxergar os princípios a partir de uma dimensão que permite a sua aplicação em graus variados se eles forem equiparados a valores.

Para Habermas e Günther, Alexy esvazia o caráter normativo dos princípios, entrando em contradição com a compreensão deontológica do direito que pretende defender²¹. Embora aponte em sua obra que os princípios gozam de caráter deontológico (ligados ao “mundo do dever-ser”, que se revela a partir de normas proibitivas, permissivas e de dever), enquanto os valores possuem natureza axiológica (ligados ao conceito de “bom”), o jurista de Kiel, ainda que inconscientemente, aproxima os dois conceitos, ao dizer que os princípios são passíveis de mensuração.

O problema desta equiparação se dá justamente na possibilidade de encarar os princípios como preferências subjetivas, visto que seria possível nos casos de colisão preferir um princípio a outro, em contraposição ao caráter binário (não gradual) das normas jurídicas, que pressupõem um dever de cumprimento. Assim, ao adotar um procedimento de resolução de conflito entre princípios tipicamente axiológico, Alexy esvazia o caráter prescritivo dos princípios

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 93

17 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 167

18 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 97

19 da Silva, Virgílio Afonso. *Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): p. 611

20 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. pp. 269 e 270.

21 GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. p. 195

jurídicos, atribuindo-lhes um caráter de preferibilidade, permitindo que as decisões sejam tomadas com base naquilo que é considerado bom para uma determinada comunidade, mas não necessariamente aquilo é correto.

Habermas vai explicar que “à luz de normas, decide-se o que é mandado fazer; no horizonte dos valores, qual comportamento é recomendado”²². Daí se infere que a partir de uma norma (no caso um princípio) se extrai um comando, ligado àquilo que é universalmente correto, ao passo que, a partir de um valor, extrai-se um conselho, que funciona como algo que é bom apenas para uma determinada comunidade (e não necessariamente para outra).

Essa perspectiva axiológica dos princípios nos remete a uma visão utilitarista do direito, na qual não haveria espaço para a defesa de direitos individuais frente aos interesses do Estado e da coletividade, o que vai de encontro a todo histórico de evolução constitucional, não sendo compatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para além da equiparação equivocada entre princípios e valores, a referida técnica da ponderação na teoria alexyana encontra resistência na incomensurabilidade dos pesos dos direitos envolvidos, mesmo que baseada em uma metodologia pretensiosamente racional. Essa incomensurabilidade se dá ainda em maior dimensão em *terrae brasiliis*, cuja adoção da técnica de ponderação se mostra carente do mesmo rigor metodológico proposto por Alexy, permitindo que a atribuição de maior ou menor importância aos direitos postos seja feita de maneira unidimensional, a partir da perspectiva e visão de mundo de um único indivíduo, constituindo-se em terreno fértil para o discricionarismo judicial.

Outra crítica que se faz é a de que a adoção do critério de distinção exclusivamente baseado no modo que os princípios são aplicados nos casos de colisão traria uma série de incoerências. A primeira (e a mais óbvia) seria a impossibilidade de se identificar se se está diante de uma regra ou princípio em situações em que não haja colisão. Percebe-se aqui a inocuidade da discussão entre os critérios diferenciadores quando se ignora o problema da própria determinação do conceito de princípio, frequentemente deixado de lado no âmbito da dogmática brasileira²³.

Além disso, adotar como parâmetro distintivo único o modo de aplicação significa esvaziar o conteúdo normativo dos princípios, retirando seu caráter interpretativo e impossibilitando uma argumentação com base em uma racionalidade decisória. Em última análise, tratar-se-ia apenas de uma distinção inoportuna que pouco acrescentaria à dinâmica do direito.

Para Fernandes²⁴, Alexy separa princípios e regras por meio de critérios morfológicos-estruturais, em semelhança à teoria quantitativa, de modo que ainda é possível, mesmo no plano abstrato, definir se estamos diante de um ou de outro, visto que as condições de aplicação se dão de maneira prévia à situação concreta de aplicação.

22 HABERMAS, Jürgen. *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Faktizität und Geltung*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. pp. 311 e 312.

23 ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. p. 461

24 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 270.

O SINCRETISMO METODOLÓGICO: É POSSÍVEL CONCILIAR AMBAS AS TEORIAS?

Um aspecto interessante a ser levantado após as digressões feitas até então é a questão do sincretismo metodológico, consistente na adoção (defesa) de ambas as teorias (quantitativa e qualitativa) de forma simultânea, como se compatíveis fossem. Virgílio Afonso da Silva²⁵ já alertava para este problema ao dizer que diversos autores, ao defender simultaneamente as teorias de Friedrich Müller, que rejeitam expressamente o sopesamento como método de aplicação do direito, e de Alexy, que pressupõe a exigência do sopesamento para a aplicação dos princípios, não fazem a distinção necessária entre ambos os posicionamentos, tratando-os em conjunto, mesmo que manifestamente incompatíveis.

Do mesmo modo, parece improvável que as teorias quantitativa e qualitativa sejam de algum modo complementares. Primeiro porque Alexy realiza suas digressões sobre a primeira apenas para, posteriormente, defender a segunda, argumentando ser esta de fato a correta. Além disso, as teorias se baseiam em critérios morfológico-estruturais divergentes para realizar a diferenciação entre regras e princípios, o que põe em xeque qualquer tipo de compatibilidade entre os institutos.

Isso porque, se o grau de abstração de uma norma é realmente o que diferencia uma regra de um princípio, seria irrelevante adotar outro critério de mesma base epistemológica, como o modo pelo qual as normas são aplicadas, e vice-versa, visto que o último não seria realmente um critério distintivo, mas um mero exaurimento do primeiro. Dito de maneira simples, ao se adotar um critério, não é possível adotar simultaneamente o outro.

Nada obstante, não é difícil encontrar nos cursos e manuais de autores brasileiros teorias que conciliem as ideais de princípios como normas com um elevado grau de abstração e, ao mesmo tempo, como mandados de otimização. Nesse aspecto, o consenso não dá margem para uma real discussão acerca do tema, e dificulta a possibilidade de construções de teorias adequadas, úteis e com real substrato epistemológico.

AS DIFERENÇAS ENTRE AS TEORIAS DE DWORKIN E ALEXY

Ainda que Alexy tenha tomado como referencial epistemológico as ideias de Dworkin, uma análise mais cuidadosa revela uma série de diferenças entre suas teorias. A primeira se dá pelo fato de que, para o jurista de Kiel, a separação entre regras e princípios se dá, conforme já exposto, a partir de critérios morfológicos-estruturais e do modo de aplicação, ao passo que, para o jurista norte-americano, em última análise, haveria uma distinção lógico-argumentativa entre esses institutos.

Para Fernandes²⁶, Dworkin toma como base não uma construção semântica (dirigida à forma ou à estrutura), mas pragmática (condizente com o giro hermenêutico-pragmático), somente sendo possível distinguir se uma norma funciona como regra ou princípio a partir dos argumentos invocados pelos envolvidos na discussão.

²⁵ da SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. in: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 127 e 128.

²⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 282

Apesar de constar em suas primeiras digressões acerca do tema, no texto *Model of Rules*, originalmente publicado na *Chicago Law Review*, n. 35 (1967-1968), que uma das diferenças (e, portanto, um critério distintivo) entre regras e princípios seria o modo de aplicação, Dworkin, em melhor construção e desenvolvimento de suas teorias, sobretudo a partir do texto *Model of Rules II*, vai defender que qualquer método apriorístico baseado em padrões estará sujeito a falhas.

Vale ressaltar que a distinção proposta por Dworkin tinha como propósito um ataque à concepção positivista, e visava especificamente chamar atenção a padrões invocados pelos juizes e juristas que não funcionavam como regras. O próprio autor afirma que poderia ocorrer de determinados tipos de padrões não serem captados por nenhum tipo de teste, e salienta que se opõe “à ideia de que o direito é um conjunto fixo de padrões de algum tipo” e que não se compromete “com uma ontologia jurídica que pressuponha qualquer teoria específica da individuação”²⁷.

Outra diferença fulcral entre as teorias desenvolvidas pelos juristas e que boa parte da doutrina parece ignorar (inclusive o próprio Alexy) é que Dworkin realiza uma distinção das normas jurídicas não em duas espécies, mas em três.

Embora o autor norte-americano utilize de maneira genérica em boa parte do seu discurso o termo “princípio” como referência aos padrões que não funcionam como regras, eventualmente o termo é utilizado de forma mais precisa, estabelecendo a diferença entre princípios (em sentido estrito) e políticas. Para Dworkin, princípios são padrões que devem ser observados por serem “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Já as políticas seriam tipos de padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, que diz respeito a aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade²⁸.

Assim, um padrão que estabelece o objetivo, por exemplo, de que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos ou de que o índice de corrupção deve ser diminuído funciona essencialmente como diretriz política, que busca promover uma situação socialmente desejável. Já um padrão que traz consigo a exigência de um direito funciona verdadeiramente como um princípio.

Dworkin faz essa distinção para argumentar que os princípios funcionam como trunfos diante dos objetivos coletivos, prevalecendo até mesmo diante dos argumentos de política. Toma-se como exemplo o paradigmático “caso Ellwanger” que ensejou uma série de discussões a respeito dos limites ao direito de liberdade de expressão. À luz da teoria defendida por Dworkin, a reivindicação de um direito como a da liberdade de expressão afastaria o argumento de que deveria proibir-se qualquer tipo de manifestação que fosse contrária a um interesse coletivo, que teria como objetivo a melhora de um aspecto social (a promoção do bem-estar social).

Em tom crítico, entendemos que admitir o contrário (como, de fato, tem ocorrido na jurisprudência nacional) significaria também admitir a supressão de direitos individuais, como o da vedação à tortura, sob o pretexto de se garantir ou satisfazer um interesse coletivo, um “bem maior”. Ou seja, qualquer direito contra aquilo que representasse algo bom ou melhor para uma comunidade jamais veria a luz do dia.

É especialmente por estarmos inseridos em uma comunidade cuja estrutura político-legislativa pressupõe justificativas de cunho essencialmente utilitarista que se deve garantir a

27 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. pp. 119 e 120.

28 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 36.

prevalência dos princípios frente às preferências externas. Só a partir daí poderemos afirmar que vivemos em uma sociedade plural, na qual os direitos são universais.

Com isto não se quer dizer que há espaço para argumentos de política frente à invocação de direitos. Haverá casos em que um enunciado que contém um argumento de política, visto num primeiro momento (sobretudo na perspectiva da teoria alexyana) como uma limitação a um direito individual, funcionará como condição necessária ao exercício daquele próprio direito. Seria o caso de uma norma que proíbe o tráfego de veículos em determinado sentido de uma via, que, ao restringir a circulação (restringindo, em tese, a liberdade de locomoção), está promovendo a condição necessária ao livre exercício da liberdade de ir e vir. Em termos mais contemporâneos, a restrição de circulação de pessoas em determinados locais com o objetivo impedir ou diminuir a proliferação de um vírus infectocontagioso se mostra condição legítima e necessária ao próprio exercício das liberdades individuais. No primeiro caso, basta imaginarmos o que aconteceria se as pessoas começassem a trafegar na contramão.

É interessante observar que são os argumentos de política que funcionam da maneira que Alexy propôs para os princípios, de modo que aqueles podem ser relativizados, sopesados e aplicados em diferentes graus. Assim, ao se deparar com um conflito entre dois argumentos de política, ou seja, dois objetivos cuja concretização se mostra a partir de situações conflitantes entre si, o juiz irá “preferir” aquele com maior relevância diante das circunstâncias fáticas e observando os parâmetros estabelecidos pelo Poder Legislativo, que é o legitimado a adotar programas de natureza política.

Nesse contexto, e aqui outra diferença, Aleinikoff²⁹ vai advertir que o termo ponderar assume características distintas em Alexy e Dworkin. Enquanto o jurista alemão enxerga na ponderação uma maneira axiológica de sopesar os princípios postos em uma balança de interesses, na tradição norte-americana o termo é atribuído ao ato de refletir, e desta reflexão resultará a construção teórica acerca do princípio adequado. É dizer, Dworkin não propõe como Alexy que os princípios “em colisão” sejam ponderados, mas que haja uma ponderação (uma reflexão) sobre princípios (em concorrência) que se excepcionam reciprocamente. Talvez seja essa recepção equivocada a origem (o “paciente zero”) da ponderação “à brasileira” atualmente difundida e defendida por boa parte dos juristas pátrios.

OS PRINCÍPIOS EM HABERMAS E GÜNTHER: A REAFIRMAÇÃO DO MÉTODO LÓGICO-ARGUMENTATIVO

Também baseados nas digressões de Dworkin (sobretudo na concepção de “integridade”), Habermas e Günther irão desenvolver uma distinção das normas jurídicas a partir de uma metodologia lógico-argumentativa. A partir de sua teoria discursiva do direito, Habermas levanta os mesmos problemas da equiparação de princípios e valores e da relativização de direitos, extraídos da metodologia proposta por Alexy, concluindo que só seria possível chegar à decisão correta a partir do diálogo, no qual todos os envolvidos e possivelmente afetados seriam legítimos partícipes na construção deste discurso até a tomada de decisão³⁰.

Seguindo este pensamento, Günther vai afirmar que regras e princípios representam dois tipos distintos de razões para se fundamentar a ação, quais sejam: *razões prima facie* e

²⁹ ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. *Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, abr. 1987.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 332.

razões comparativas (“on balance”)³¹, respectivamente. É necessário ressaltar que o caráter *prima facie* ao qual se refere Günther se diferencia substancialmente daquele exposto na teoria de Alexy. Enquanto o jurista de Kiel afirma que são os princípios que expressam deveres e direitos *prima facie*, Günther atribui às regras esse caráter.

Para o autor, as razões *prima facie* apenas justificam que uma ação deve ou não ser executada, ao passo que as razões comparativas propõem que, consideradas todas as coisas, deve-se ou não fazer algo. No primeiro caso, a norma possui apenas o caráter de dever *prima facie*, sendo válida, a princípio, em qualquer situação fática que reproduza as condições de sua aplicação. Já no segundo, as normas pressupõem um dever comparativo, não elencando previamente ou definitivamente as condições e limites de aplicação, o que exige que uma maior quantidade de informações seja invocada para justificar a razão da sua aplicação³².

Através da noção de adequabilidade, Günther (re)afirma que os princípios se excepcionam de forma recíproca, de acordo com as condições circunstanciais e com base na exigência de justiça (integridade). Abstratamente, não se pode olvidar a validade dos princípios (discurso de justificação); já no contexto de aplicação (discurso de aplicação), não se pode falar em validade incondicional, visto que nem sempre se verificará a existência das razões que justifiquem a aplicação de um determinado princípio.

É interessante pontuar que as digressões de Habermas e Günther se conectam com o conceito de princípio proposto por Kohlberg. Trabalhando as ideias de desenvolvimento moral em estágios, o autor afirma que, no estágio mais avançado de autonomia moral, há uma relação de coordenação entre os princípios. Apesar do seu caráter universal, há neste estágio o reconhecimento de que os princípios podem se excepcionar reciprocamente, de modo a definir um impasse. Para isto, os indivíduos devem se colocar na condição (perspectiva) dos demais, sobretudo na dos diretamente afetados, para que seja possível pensar na solução adequada e justa. Kohlberg conclui afirmando que esta decisão justa seria uma solução aceitável para todas as partes, todas sob a condição prévia de desconhecimento do papel que viriam ou poderiam assumir na situação de impasse³³.

A conclusão que se chega é que Günther adota como método de diferenciação o grau de (in)determinação das condições de aplicação das regras e princípios jurídicos. Vale dizer que este grau não se refere às normas em si, mas, como já exposto, tão somente às condições de sua aplicação. Ou seja, não se trata aqui de um critério morfológico, analisado na perspectiva do contexto de justificação, mas de um critério lógico-argumentativo, que considera a determinabilidade a partir do contexto de aplicação.

AS NORMAS COMO (DES)CARGAS ARGUMENTATIVAS

Adotando como ponto de partida as teorias de Dworkin, bem como as digressões de Habermas e Günther, sobretudo a ideia de que princípios e regras se diferenciam com base em uma metodologia de natureza lógico-argumentativa, entendemos que essa distinção deve ser feita a partir da análise do elemento de carga argumentativa que esses tipos de normas pressupõem.

³¹ GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. p. 201

³² GÜNTHER, Klaus. *Application discourses in morality and law. The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York, 1993. pp. 208 e 209.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 53

Quando falamos em carga argumentativa, referimo-nos à demanda de argumentos (razões) necessária a justificar a aplicação de uma norma jurídica em um caso concreto. Haverá casos em que a norma demandará tal carga argumentativa em maior ou menor escala e casos em que a norma propiciará uma denominada descarga argumentativa. É neste contexto que se enxerga o ponto distintivo entre princípios e regras. É dizer, enquanto os princípios exigem uma determinada carga argumentativa, as regras funcionam como descarga argumentativa, prescindindo que sejam invocadas maiores razões que justifiquem sua aplicação.

Tomemos como exemplo uma ação judicial que envolve a responsabilidade estatal por um dano causado a um terceiro. Poderia o advogado iniciar a petição discorrendo acerca da evolução do instituto da responsabilidade do Estado, argumentando que houve uma época em que os reis não se responsabilizavam pelos seus atos (the king do not wrong), passando pelo surgimento da Administração Pública e, por fim, invocando o disposto no § 6º, artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Neste caso, percebe-se que o argumento (histórico) trazido em nada acrescentaria (juridicamente) aos contextos fático e normativo, visto que a mera invocação da norma e de suas premissas fáticas levaria o aplicador à mesma conclusão. Isto porque a regra contida no enunciado normativo, que afirma que o Estado é responsável pelos danos causados por seus agentes públicos, propicia uma descarga argumentativa, tornando desnecessária a invocação de maiores razões, além da premissa fática, para sua aplicação. Vale dizer que a regra propicia esta descarga porque ela mesma traz consigo toda essa carga argumentativa, que é fruto de um longo processo histórico-legislativo.

De modo oposto, os princípios não trazem consigo esta carga argumentativa. Estes, na verdade, exigem que argumentos sejam apresentados para que se possa justificar a sua aplicação. Ao se invocar, por exemplo, o princípio da razoabilidade, é necessário, além de atribuir-lhe um conceito, mostrar como e por que ele se aplica em uma determinada situação.

Fosse considerado apenas seu veículo textual (critério morfológico-estrutural), teríamos que qualquer norma positivada no ordenamento, ainda que expressamente como princípio, traria consigo tal carga argumentativa. Nesse sentido, não é difícil observar que a mera invocação de um princípio, como o da razoabilidade, não seria suficiente, por si só, a solucionar casos com interesses contrapostos, sendo imprescindível sua contextualização (perspectiva lógico-argumentativa).

Com base no critério aqui defendido, somente é possível enxergar se uma norma funciona como regra ou princípio a partir das razões e argumentos invocados pelos participantes. Ainda que positivado textualmente como princípio, contextualmente o enunciado normativo pode funcionar de maneira diversa.

Não é à toa que Dworkin realiza a distinção entre princípios e políticas em argumentos, demandando, no caso concreto, um juízo reflexivo (ponderação). Os chamados argumentos de princípios demandariam então um maior esforço argumentativo, tendo em vista se tratarem de normas que são constantemente afirmadas pela comunidade ao longo do tempo, podendo seus significados variar de acordo com cada contexto histórico.

Assim, ao se adotar um critério de classificação lógico-argumentativo que revela o funcionamento das normas a partir do contexto envolvido e dos argumentos trazidos, não restrin-

gimos o debate a um campo puramente teórico, levando-nos a entender a própria essência dos princípios jurídicos como critérios de “fechamento hermenêutico”³⁴, em que os atores possuem o papel de justificá-los e operá-los com base no problema em que se pretende resolver.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, 1987.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROSO. Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. São Paulo: Imprensa Oficial, v.1, 1999.

BOBBIO, Norberto. Principi generali di Diritto. In *Novissimo Digesto Italiano*. Turim: Unione TipograficoEditrice Torinese, vol. 13, 1957.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CAÑAS, Antonio Gordillo. Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho. *Anuario de Derecho Civil*. 1988.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Belo Horizonte: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del derecho. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESSER, Josef. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1974.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GALUPPO, Marcelo. Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. *Belo Horizonte: Mandamentos*, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, 1999.

³⁴ STRECK, *Verdade e consenso*, p. 213.

GÜNTHER, Klaus. The sense of appropriateness: application discourses in morality and law. Albany: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Faktizität und Geltung. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Imprenta: Madrid, Trotta, 2005.

LARENZ, Karl. Richtiges Recht. München: Beck, 1967.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

07

A evolução da lei dos crimes hediondos sob a análise da teoria do direito penal do inimigo de Gunther Jakobs

The evolution of the law of hideous crimes under the analysis of the theory of criminal law of the enemy by Gunther Jakobs

*Mateus Barbosa Rocha
Paula Assunção Freire
Hewldson Reis Madeira*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.7

RESUMO

O marco inicial da lei nº 8.072/90, a lei dos crimes hediondos, foi o sequestro do empresário Abílio Diniz em 1989, aliado a crescente onda de violência, bem como a intensa mobilização social e política devido ao período vivenciado: a redemocratização, culminando conseqüentemente na criação das normas mais severas. Desta forma, objetiva-se analisar a evolução da referida lei correlacionando à teoria do Direito Penal do Inimigo de Jackobs, levando em consideração às conjunturas do período de sua composição, advinda do exercício da soberania popular e o clamor social para a resolução de crimes considerados bárbaros e suas tipificações, descrevendo a conduta e atribuindo a pena com maior rigor; do mesmo modo que ponderar quanto às influências da referida teoria em paralelo às normas constitucionais, discorrendo sobre sua constitucionalidade. Utilizou-se, para tanto, do método de pesquisa exploratório e documental, a partir de doutrinas específicas sobre o tema, leis, matérias jornalísticas, súmulas vinculantes. Depreendeu-se, por meio do presente trabalho, que a teoria abordada conflita diretamente com a Carta Magna por ter princípios divergentes; em contrapartida, encontra os reflexos de suas características na elaboração da lei dos crimes hediondos quanto às sanções aplicáveis, que foram sofrendo alterações no decorrer do tempo para se tornarem mais condizente ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: crimes hediondos. evolução. direito penal do inimigo.

ABSTRACT

The starting point of law nº 8.072/90, the heinous crimes law, was the kidnapping of businessman Abílio Diniz in 1989, allied to the growing wave of violence, as well as the intense social and political mobilization due to the period experienced: the redemocratization, culminating in consequently in the creation of the strictest norms. In this way, the objective is to analyze the evolution of that law correlating to the theory of the Criminal Law of the Enemy of Jackobs, taking into account the conjunctures of the period of its composition, arising from the exercise of popular sovereignty and the social outcry. for the resolution of crimes considered barbaric and their typifications, describing the conduct and assigning the penalty more rigorously; in the same way as to ponder about the influences of the referred theory in parallel to the constitutional norms, discussing its constitutionality. For this purpose, an exploratory and documentary research method was used, based on specific doctrines on the subject, laws, journalistic materials, binding precedents. It was inferred, through the present work, that the theory approached directly conflicts with the Magna Carta for having divergent principles; on the other hand, it finds the reflections of its characteristics in the elaboration of the law of heinous crimes regarding the applicable sanctions, which have undergone changes over time to become more consistent with the legal system.

Keywords: heinous crimes. evolution. criminal law of the enemy.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal surgiu com a finalidade de proteger os bens jurídicos e necessários à sobrevivência da sociedade que está em constante evolução. Desta forma, as suas principais necessidades – que não poderiam ser atendidas por outros ramos do Direito – seriam tuteladas pelo Direito Penal. Desde a criação do Código Penal Brasileiro, na década de 40, a sociedade

busca reprimir os delitos tidos como mais graves que possuem um teor mais violento e causam repulsa no seio social.

Destarte, o sequestro do empresário Abílio Diniz, mantido em cativeiro por seis dias em 1989, tornou-se o marco inicial que provocou a concepção da lei nº 8.072/90, a lei dos crimes hediondos, tendo em vista que agitou o país e conseguiu grande mobilização social devido ao período político vigente: a primeira eleição para a presidência após a redemocratização. Por essa razão, houve a necessidade de coibir os atos considerado hediondos pela sociedade – fruto de uma evolução social e política – tornando-se um fator de proporcionalidade na aplicação da legislação penal brasileira, uma vez que passou a aplicar a dosimetria da pena e apresentar sanções com maior severidade a um rol taxativo de crimes, a fim de restringir e atenuar a atuação transgressora e manter a paz social, atendendo ao anseio popular.

É imperioso destacar que a pena possui um caráter socioeducativo, sendo a condenação do agente criminoso embasada na reeducação e ressocialização do sujeito, não ficando à margem da atuação estatal em conferir uma sanção mais rígida pela prática delituosa. Partindo-se desta premissa, a lei dos crimes hediondos afasta certas garantias legais e constitucionais para reprimir com maior ênfase os crimes tipificados como hediondos, bem como seus equiparados, por sua reprovabilidade social, respaldando-se na Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, que dispõe que: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Desta forma, o desígnio do presente trabalho é a análise da influência na legislação penal especial pela teoria do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs, onde um grupo de indivíduos – que apresenta periculosidade aos demais cidadãos – são tratados de maneira diferentes, afastando-se certos direitos e os tornando vulneráveis à aplicação da lei, uma vez que há garantias legais que são negadas devido ao grau de barbaridade do delito cometido ou como forma de proteger o bem jurídico tutelado, externalizado em duas vertentes: a conduta com o cidadão, em que se espera o cometimento do delito para que haja a atuação estatal; e a conduta com o inimigo, em que é interceptado como meio preventivo em virtude de sua prejudicialidade.

Para tanto, pretende-se especificamente abordar quanto à constitucionalidade de alguns normativos da lei dos crimes hediondos, considerando o contraste existente entre a teoria do Direito Penal do Inimigo e o ordenamento jurídico brasileiro. A fim de averiguar quanto ao tema, utilizou-se do método de pesquisa exploratório e documental, a partir de doutrinas específicas sobre o tema, leis, matérias jornalísticas, súmulas vinculantes.

O trabalho encontra-se estruturado em cinco capítulos: no primeiro, será feita a introdução do assunto, trazendo seus aspectos iniciais para nortear a leitura; no segundo, abordará quanto à parte histórica da elaboração da lei dos crimes hediondos, bem com um tópico específico para discorrer quantos aos conflitos de constitucionalidade de alguns de suas normativas; no terceiro, será dissertado sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo de Jackobs, perpassando quanto suas características e formulação; no quarto, a averiguação quanto à incidência de influência da referida teoria na lei dos crimes hediondos; no quinto, as considerações finais do trabalho com a apresentação dos resultados obtidos.

A EVOLUÇÃO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

No desenvolvimento histórico e social, o comportamento humano sempre esteve condicionado aos preceitos, de modo a disciplinar sua atuação e manter o grupo social coeso para que a convivência fosse possível, aumentando conseqüentemente a chance de sobrevivência do agrupamento humano. Contudo,urgia a necessidade de que o ser humano abrisse mão de sua liberdade para uma convivência pacífica, sendo inevitável a criação de normas que pudessem reger a vida em comum. Nas palavras de Cesare Beccaria (1999, p. 27):

“Leis são condições sob as quais os homens independentes e em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador”.

Nesse aspecto, as primeiras legislações majoritariamente versavam sobre condutas tidas por prejudiciais às relações sociais e estabelecia as penas aplicáveis, visando principalmente a pacificação do convívio das comunidades.

Tanto é verdade que uma das mais famigeradas regras da pena, estabelecida de forma escrita desde o primeiro código jurídico da história do mundo, o Código de Hamurabi, constituía-se como uma norma principiológica que auxiliava na aplicação da pena, configurando-se primordialmente pela Lei do Talião, e estabelecia em muitos casos a retribuição aos demandados por intermédio de agravo semelhante ao sofrido. Esse princípio foi conhecido posteriormente pela expressão “olho por olho, dente por dente”. (CASTRO, 2007).

Segundo Flávia Lages Castro (2007), o direito hebraico apresentou evoluções estabelecendo inclusive hipóteses de crimes cometidos sem premeditação, ou seja, “sem querer”, haja vista não se poder utilizar o termo “culposo” para um povo que não tinha acepções de imprudência, negligência ou imperícia (art. 18 Código Penal Brasileiro de 1942).

Ultrapassando os séculos, o direito romano surgiu como um dos maiores marcos histórico-normativos existentes, tendo ele formado o embrião de muitos dos institutos atualmente utilizados no direito brasileiro e de outros países. É nele também que é possível encontrar o cerne do que posteriormente possa ter se tornado os crimes hediondos. A hediondez consiste, em suma, em considerar um grupo de condutas tipificadas como mais gravosas que os demais ilícitos penais, e, por conseguinte, estabelecer-lhes penas maiores e mais graves, visando a repressão ainda maior dessas atitudes.

Flávia Lages Castro (2007, p. 114) *apud* Ulpiano (Dig. 50, 17, 152) ensina que:

Havia distinção entre delitos públicos – como traição (*perduellio*), homicídio (*parricidium*) e incêndio – e delitos privados, que eram o furto o roubo, o dano injustamente causado, a injúria, o dolo, a coação, e quase *delictus*. Ulpiano afirmava: “*Hoc iure utimur: ut quidquid omnino per vim Fiat, aut in vis publicae, aut in vis privatae crimen incidat*” – Nós usamos este princípio em direito: tudo aquilo que se faz com violência cai, ou no delito de violência pública, ou no de violência privada”

Esses, dentre outros sistemas jurídicos na história mundial, estabeleceram condutas sociais de um nível ainda maior de reprovabilidade que os crimes “comuns”, e a evolução histórica, social e jurídica, contribuiu para a elaboração da Lei Federal brasileira nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990.

O Estado Democrático de Direito é resultado da superação dos demais regimes em que se prevalecia a vontade do governante, sendo sua vontade pessoal o principal parâmetro para a criação das leis. A Constituição Federal que está em vigor em nosso país assevera a ampla participação popular como legitimação para o exercício do poder: *“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”*. Nessa conjuntura, as normas jurídicas são expressões da vontade popular sendo promulgadas por seus representantes com o propósito de organizar a sociedade, tais normas possuem sua execução garantida por uma sanção externa e institucionalizada (BOBBIO, 1995).

Com base em todo o arcabouço histórico que envolve os crimes hediondos, esses podem ser conceituados como condutas de cunho mais gravoso que os demais crimes, em razão das suas repercussões extremamente danosas ao convívio social e, portanto, devem ser rejeitadas com mais rigor. Nesse sentido, Barbosa preleciona (1992, p. 212), “o adjetivo hediondo origina-se do latim foetibundus, de foetere, que significa “feder”. Hediondo, por conseguinte, “é o que fede, o sórdido, repugnante, depravado”.

O termo “hediondo”, ou “hediondez”, possui então uma concepção de condutas repugnantes, nojentas, horrendas, ou seja, atos absolutamente imundos, conforme os padrões morais que estão em vigor na sociedade, o que, diga-se de passagem, muda de tempos em tempos. (LEAL, 2003, pag. 37).

Para Lopes (1992, p. 17) um crime seria hediondo “[...] toda vez que uma conduta delitosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que a submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido”

O renomado jurista Miguel Reale elaborou teoria amplamente reconhecida, que é a teoria da tridimensionalidade do direito. Desta forma, a teoria abordada possibilita uma interpretação mais correta da realidade jurídica ao não distinguir, mas correlacionar, o fenômeno jurídico: fato, valor e norma. (GONZAGA; ROQUE, 2017).

Desta forma, as normas sempre são criadas posteriormente a uma movimentação social consistente no surgimento de um fato, o que, posteriormente, passa a ser valorado pela sociedade, positiva ou negativamente. Decorrendo deste processo, o ensejo à elaboração de norma que regulamente estes fatos, ordenando a sociedade e gerando a dinamicidade do direito enquanto ciência.

A lei n.º 8.072/90 dispõe sobre a lei dos crimes hediondos, nos termos dos artigos 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, elencando um rol de crimes, os quais sofreram alterações acompanhando a evolução no país no âmbito econômico, político e social. Desta forma, destaca-se que a referida lei surgiu em um momento político muito importante: a redemocratização após o regime militar, além de que a promulgação da Constituição Federal de 1988, a carta magna, era bastante recente. Ademais, devido ao anseio social por uma maior participação do Estado frente a crescente onda de crimes, bem como o período de transição de poderes para uma participação popular mais ativa, a redação original da lei dos crimes hediondos era bastante severa. Para fins elucidativos, esclarecemos sobre as principais mudanças ocorridas ponto a ponto desde sua sanção no ano de 1990.

Originalmente, na lei supracitada, a redação de seu art. 1º disponha de um rol de crime tipificados: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma

qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal e de genocídio, tentados ou consumados. Vislumbra-se, de certa forma, uma contrariedade à sua finalidade, pois não trouxe em seu rol o homicídio, fato esse que gerou imensa revolta social, a qual foi impulsionada pelos meios midiáticos devido ao caso do assassinato da atriz Daniella Perez.

Segundo a UOU (2021), Daniella Perez protagonizava a novela “De Corpo e Alma” com o ator Guilherme; contudo, foi brutalmente assassinada ao ser emboscada e esfaqueada por ele e sua esposa. Houve diversas alegações quanto às motivações para o crime bárbaro, dentre eles que estavam tendo um caso; que Guilherme estava se sentindo inseguro devido à separação do casal na novela, o que ocasionaria uma perda de visibilidade do personagem. A mãe da vítima, Glória Perez, utilizou-se da novela para realizar uma série de manifestações a respeito da morosidade e ineficácia do órgão jurisdicional. Assim, por iniciativa da atriz Glória Perez, houve a aprovação do projeto de lei com mais de 1 milhão de assinaturas para que o homicídio qualificado por motivo torpe ou fútil, ou cometido com requintes de crueldade, fosse incluso na lei dos crimes hediondos. O projeto de lei chegou às mãos do então presidente Itamar Franco, sancionando a lei 8.930/94 que incluía o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, havendo uma nova alteração na legislação.

A nova redação não somente veio para incluir o homicídio, mas também retirou a conduta por envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal. Outras mudanças importantes foram a inserção da lesão corporal de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte quando praticadas contra autoridade ou agente (art. 1º, inciso I-A); a extorsão qualificada pela morte era muito restritiva, assim ampliaram seu conceito e adicionaram a restrição de liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte, ou mediante sequestro e na forma qualificada (art. 1º, inciso III, IV); quanto ao estupro, retirou-se o atentado violento ao pudor – acrescentado pela redação da lei n.º 8.930/94 – e o substituiu por estupro de vulnerável para que não houvesse nenhuma incongruência com a redação e ficasse mais esclarecido, (art. 1º, inciso VI), alterado pela lei n.º 12.015/09; o latrocínio foi substituído por roubo (art. 1º, inciso II).

O presidente Jair Bolsonaro sancionou a lei nº 14.344/22 tornando o homicídio contra menor de 14 anos como hediondo, bem como estabelecendo mais medidas protetivas a fim de resguardar os direitos de crianças e adolescentes que sofreram com violência doméstica e familiar.

Batizada como Lei Henry Borel, adveio justamente pela morte da criança, na época do fato com 4 anos de idade, após ser cruelmente espancada pelo padrasto, no Rio de Janeiro. Segundo a BBC NEW BRASIL (2021), o garoto foi encontrado morto no apartamento – em que morava com a mãe e o namorado dela – com diversas lesões graves em todo seu corpo, o casal havido dito que Henry teria sofrido um acidente doméstico. Contudo, por meio dos laudos do IML, constatou-se que a criança morreu devido uma hemorragia interna e laceração no fígado causada por uma ação contundente.

Antes da alteração da lei, os crimes cometidos contra menores de idade apenas tinham um caráter de circunstância agravante, conforme disposto no artigo 61 do Código Penal, inciso II, alínea h:

Circunstâncias agravantes

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

II - ter o agente cometido o crime:

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

Desta forma, uma das principais implicâncias do caráter hediondo da infração penal é justamente a inafiançabilidade, insuscetibilidade de anistia, graça e indulto, bem como cumprimento da pena em regime inicial fechado.

Um dos pontos importantes do regime legal de combate aos crimes hediondos, foi a Lei Federal n.º 13.964/2019 (o pacote anticrime), que objetivou aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, alterando a lei dos crimes hediondos adicionados às seguintes tipificações, tentadas ou consumadas: o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido; comércio ilegal de armas de fogo; o tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição; organização criminosa, quando direcionada à prática de crime hediondo ou equiparado; furto qualificado mediante o uso de explosivos; roubo circunstanciado, com restrição de liberdade da vítima.

Os conflitos de constitucionalidade na redação da lei dos crimes hediondos em face do disposto na constituição cidadã

A Constituição Federal promulgada em 1988 é um marco na história do país no que diz respeito aos direitos e garantias individuais e coletivas dos cidadãos, dispondo sobre organização do Estado Democrático de Direito, delimitando os alicerces do ordenamento jurídico brasileiro e atuação jurisdicional. Em seu preâmbulo, assevera o compromisso em assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, dentre outros, e justamente por esse enfoque no âmbito social foi denominada como constituição cidadã por Ulysses Guimarães.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito: Muda para vencer! Muda, Brasil!" (GUIMARÃES, 1988)

O Brasil é um Estado democrático de direito que possui entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, princípio norteador para que os cidadãos sejam tratados dignamente independente de suas circunstâncias. Desta forma, o artigo 5º da Constituição Federal, inciso XLVI, versa que a lei regulará a individualização da pena, dispondo que os condenados terão direito a uma pena individualizada no plano legislativo, judiciário e executório, para que a pena seja aplicada à singularidade do caso de maneira proporcional. Portanto, há uma particularização na aplicação da sanção levando em consideração o contexto do ocorrido, a fim de que não haja uma padronização (NUCCI, 2007).

As leis são organizadas hierarquicamente segundo sua origem, classificadas em normas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, decretos regulamentares, normas internas e individuais. A lei dos crimes hediondos é uma lei ordinária e, portanto, não pode se opor ao disposto nas normas constitucionais, as quais embasam e limitam sua atuação. Não obstante, verificou-se a ocorrência de uma contradição ao texto constitucional – o qual expressa o direito a uma pena individualizada – com a redação original da referida lei, que versava sobre o cumprimento da pena integralmente

em regime fechado:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. (BRASIL, 1990)

Constata-se, dessa maneira, que o regime estipulado feria o princípio constitucional da individualização da pena, já que aplicava uma sanção padronizada não importando as circunstâncias do ato delituoso. Assim, desde que integrasse os crimes tipificados como hediondos, o cumprimento da pena seria obrigatoriamente em regime fechado; conflita também com a humanização da pena, impossibilitando a ressocialização do apenado na sociedade, divergindo do princípio da dignidade da pessoa humana por aplicar uma pena de caráter cruel e desumano, materializando ainda mais a necessidade do sistema punitivo sob a perspectiva de ressocialização do cidadão penalizado, conforme ensinamentos de Alexandre de Moraes: *“Que os objetivos primordiais da Lei de Execuções Penais são propiciar meios para que a sentença seja integralmente cumprida e reintegrar o sentenciado ao convívio social”*. Por se tratar de norma infraconstitucional, não possui legitimidade para se contrapor à Carta Magna, tendo sua redação modificada por uma súmula vinculante alterando para o regime de progressão de pena: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). Nessa conjuntura, a súmula vinculante n.º 26 pacifica a discussão de constitucionalidade:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

Ressalta-se que as súmulas vinculantes, a teor do que dispõe o art. 103-A da CRFB/1988, possuem efeitos obrigatórios a todas as esferas do poder judiciário e da Administração Pública.

Desta forma, as modificações ocorridas em sua estrutura original foram realizadas para que a lei estivesse em consonância ao disposto na Constituição. Outrossim, outra questão que suscita divergências doutrinárias se refere ao seu art. 5º, inciso XLIII, que dispõe que:

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

[...]

XLIII - A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”; (BRASIL, 1988)

Não obstante, a lei de crimes hediondos acrescentou a esse rol o indulto, não sendo mais suscetível nesses casos (Art. 2º, inciso I). Preliminarmente, é imprescindível conceituar os referidos benefícios, os quais estão presentes no Código Penal, art. 7º, inciso II, como causas de extinção de punibilidade, uma forma de perdão ao delito cometido: graça, benefício individual que precisa de provocação para ser concedido por meio de decreto presidencial; indulto, bene-

fício coletivo que pode ser feito de ofício pelo decreto presidencial; e anistia, benefício concedido pelo Congresso Nacional por meio de uma lei federal. Consequentemente as penas serão perdoadas, mas não haverá mudança no histórico criminal do apenado, não fazendo jus ao réu primário em posterior condenação.

Dando prosseguimento, não se vislumbra uma previsão legal constitucional quanto à insuscetibilidade de indulto aos crimes considerados hediondos e os seus equiparados, tais como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, pois veda expressamente somente os institutos da anistia e graça.

O que ocorreu, dessa forma, foi a ampliação por meio de uma lei ordinária de um normativo constitucional não obedecendo à relação vertical, ou seja, a relação hierárquica de obediência à lei maior que norteia e embasa o ordenamento jurídico, configurando em ofensa à subordinação da norma (KELSEN, 1998).

Inexiste declaração expressa dos tribunais quanto à inconstitucionalidade do dispositivo. Todavia, ao longo do tempo houve uma modificação nos entendimentos dos tribunais quanto à aplicação do benefício de indulto em crimes configurados como hediondos, havendo uma pacificação doutrinária e jurisprudencial quando se refere ao chamado indulto humanitário, o que implicitamente suscita uma transgressão ao princípio da legalidade e da individualização da pena neste âmbito na lei dos crimes hediondos, concedendo o indulto desde que atendam certos requisitos, o norteador será o decreto.

No âmbito doutrinário, predomina que o benefício de extinção de punibilidade se estende aos sentenciados por crimes hediondos ou equiparados, tendo em vista o princípio da humanidade no que concerne a um estado de saúde delicado em que a assistência médica não possa ser prestada dentro da unidade prisional.

Entretanto, na jurisprudência, vigora posicionamento pacífico das cortes, em especial o Supremo Tribunal Federal – STF, no sentido da inconstitucionalidade de indultos para crimes de natureza hedionda em virtude da limitação constitucional e legal à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo na expedição de decreto que vise a concessão deste benefício. É o que se pode ver do julgado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 2.795 (MC), de Relatoria do Min. Maurício Corrêa, Pleno, publicada no Diário da Justiça de 20.06.2003.

Outros Tribunais também têm adotado tal posicionamento, a exemplo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

EMBARGOS INFRINGENTES AO RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONCESSÃO DE INDULTO HUMANITÁRIO. INCABÍVEL. CRIME HEDIONDO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A concessão de indulto humanitário aos condenados por crime hediondo é incabível, em virtude de limitação constitucional e legal à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo na expedição de decreto para conceder tal benefício. 2. Recurso improvido.

(TJ-DF 20180020086143 DF 0008479-83.2018.8.07.0000, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 19/08/2019, CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/09/2019 Pág.: 110/112)

Evidencia-se que a hediondez dos crimes tipificados pela Lei 8.072/90 é tão importante no aspecto jurídico das suas concepções que enseja, inclusive, o afastamento de benefício presidencial de indulto, dadas as circunstâncias que normalmente permeiam os casos envolvendo

esses tipos penais, como homicídio qualificado, estupro de vulnerável etc.

DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No que se refere a teoria abordada, é essencial conceituar o Direito Penal como meio de proteção de bens jurídicos, este sendo tudo aquilo que pode ser tutelado por uma norma. Desta forma, o Direito pode conceber ao detentor do bem os direitos de defesa em face uma lesão iminente, assegurando proteção ao bem de forma estrita: não deve aguardar uma lesão. No caso de uma violação culpável a uma norma protetiva de bens, o Direito pode ameaçar o violador com um dano, mediante a uma determinação de reparação de danos devido à prática de uma conduta não permitida ou por meio de uma imposição de multa (JACKOBS, 2018).

A teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada pelo então escritor Gunther Jakobs, vem ganhando contornos na sociedade pós-moderna, idealizada como uma vertente do que consideravam um braço do Direito Penal, essa teoria surgiu para intitular aqueles que eram considerados “inimigos da sociedade”, os quais cometiam delitos de grande reprovabilidade que atentavam ao bem jurídico tutelado e por isso recebiam um tratamento diferente dos classificados como “cidadãos”, sendo negado a eles certas garantias legais. A base da teoria de Gunther era o funcionalismo sistêmico, onde a finalidade do Direito Penal seria resguardar a vigência da norma e não somente o bem jurídico particular, tendo em vista que a transgressão ao sistema normativo acarretaria uma instabilidade social, tornando-se, portanto, um interesse da sociedade. Desta forma, a pena é a sanção responsável pelo reestabelecimento do equilíbrio social, consolidando e reafirmando a vigência normativa. (JACKOBS E MELIÁ, 2007)

Em sua obra *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Jakobs traça os parâmetros de sua fundamentação teórica ao apresentar as discussões de diversos filósofos sobre a atuação do Estado frente a seus opositores, os quais não respeitavam as normas estabelecidas. Assim, dispôs que os filósofos contratualistas concebiam a existência de um pacto social a fim de que fosse possível uma convivência pacífica entre os homens, dado que são afastados de seu estado de natureza. Consequentemente, os conflitos gerados eram oriundos pelo não cumprimento do contrato social, sendo cabível ao Estado reprimir os violadores para restituir o “status quo” da sociedade. Rousseau – um teórico contratualista – compreendia o delito como uma infração do delincente ao contrato, de modo que não poderia desfrutar de seus benefícios. Portanto, Jakobs cita Rousseau para alegar que os infratores que contrapõem o direito social deixariam de ser um membro do Estado, uma vez que se encontra em estado de guerra e devido a isso haveria uma devolutiva proporcional aplicando-se a pena: “ao culpado lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”. Nesta mesma linha, trouxe os argumentos de Fichte alegando que “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadãos e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”, vislumbrando-se uma morte civil, sendo a pena um instrumento de segurança; denotando, também, sobre a mutabilidade do status de cidadão, que seria modificado a depender do ato lesivo praticado.

O Autor considerava as teorias muito abstratas, pois um ordenamento jurídico precisa manter o criminoso dentro do Direito e não os excluindo integralmente, por duas razões: a possibilidade de se reajustar com a sociedade e o dever de proceder à reparação. Ademais, relatou

que Hobbes tinha conhecimento dessa lacuna para não eliminar todo delinquente seu status de cidadão, mas que considerava uma rebelião, um retorno ao estado de natureza, rescindindo, assim, o contrato de submissão e se tornando inimigo do Estado. Constatou, portanto, que havia uma divisão entre os Autores, mas que convergia no sentido de que o infrator era considerado inimigo do Estado quando atentava diretamente ao seu direito constituído e ameaçava a paz social.

Infere-se, destarte, que a teoria do Direito Penal do Inimigo distingue o delinquente fora da esfera de cidadão, configurando-o como um agente perigoso a ser neutralizado em prol do bem comum, reconhecendo a existência de um perigo potencial que legitimaria a atuação estatal para intervir como forma preventiva, além da aplicação de penas mais rígidas e diferentes dos que ainda mantêm os status de “cidadão”, havendo a negação de certas garantias legais por ser considerado um “inimigo” do Estado.

AS INFLUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A lei dos crimes hediondos, lei nº 8.072/90, determinava originalmente, em seu art. 2º, que tais crimes, assim como os equiparados aos hediondos, no caso de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, por sua natureza, eram tratados mais rigorosamente, sendo insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, sendo a pena cumprida integralmente em regime fechado (BRASIL, 1990).

Como visto, essa severidade exacerbada – em comparação aos demais delitos – justifica-se pelas circunstâncias fáticas que permeiam os casos abstratos que, de acordo com a citada teoria de Miguel Reale, passaram em algum momento histórico a existir no meio social e a serem valoradas, no caso, negativamente. Em vista disso, houve a necessidade de elaboração de normas que regulamentassem tais condutas, numa tentativa de pacificar a sociedade.

Nessa senda, é possível verificar que há uma compreensão de altíssima reprovabilidade dessas condutas, acima até dos demais crimes ditos comuns, o que acaba por causar uma compreensão dos autores dos referidos delitos como sendo os “inimigos” do Estado, dado o maior risco de perturbação social que causam, o que pode, inclusive, deslegitimar os representantes perante a sociedade.

Com isso, surge o conceito acima descrito de que os cometedores de delitos permeados de hediondez são os inimigos do Estado Democrático de Direito, por se portarem como inimigos da sociedade, dos indivíduos e da paz social, sendo inimigos aqueles que não se adequam ao contrato social e, por isso devem ser punidos com rigor, cabendo a eles a coação e a perda de todos os direitos estabelecidos pelo Estado, tal como Jckobs cita Fitchte “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 26).

Rogério Greco também discorre sobre o tema parafraseando o Autor Gunther Jackobs sobre sua primeira versão do direito penal do inimigo:

Em 1985, Jakobs apresenta a sua primeira versão acerca do Direito Penal do Inimigo. Nessa primeira exposição o autor distinguia entre “cidadão” e “inimigo” e sustentava a divisão do ordenamento jurídico penal. Na ocasião, “tentou Jakobs fixar limites materiais criminalizações no estágio prévio à lesão a bem jurídico por meio do par conceitual direito penal do cidadão e direito penal do inimigo” (GRECO, 2015, p. 214).

Constata-se a influência do Direito Penal do Inimigo, em relação ao aspecto de severidade, na redação dos artigos da lei dos crimes hediondos, como é o caso do cumprimento da pena, que originalmente deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, a qual não se adequava de forma alguma ao sistema democrático brasileiro e sendo posteriormente modificada para que ocorresse o cumprimento inicialmente em regime fechado (art. 2º, § 1º); a insusceptibilidade de anistia, graça e indulto; também podemos perceber seus aspectos no caso de uma tipificação de roubo simples em paralelo ao latrocínio (roubo que resulta em morte), onde a pena para roubo vai de 4 a 10 anos e o latrocínio de 20 a 30 anos e multa;

Verifica-se, portanto, uma severidade e inflexibilidade na aplicação de sanção, havendo o afastamento de determinadas garantias legais devido ao delito cometido, além de um tratamento diferenciado pelo Estado aos indivíduos que cometem delitos de natureza hedionda.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente trabalho foi a análise da influência na legislação penal especial – a lei dos crimes hediondos – da teoria do Direito Penal do Inimigo, apresentada por Jackobs.

Conclui-se, portanto, que a doutrina do direito penal do inimigo teve forte influência na formulação base da lei dos crimes hediondos por trazer negações a certas garantias legais devido ao delito cometido, além da rigorosidade na sanção penal, a qual sofreu alterações ao longo do tempo para estar em consonância com a Constituição Federal e acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Ademais, salientou-se sobre a valoração dos fatos sociais e o desenvolvimento político, econômico, cultural e social da sociedade, bem como a atuação legislativa em traçar novos parâmetros para a aplicação da pena.

Nessa visão, denota-se que o Direito Penal do Inimigo, por mais que vá em contraposição às normativas constitucionais, permeou a criação e desenvolvimento da lei dos crimes hediondos, o que eventualmente sofreu modificações para se tornar mais condizente com nosso ordenamento pátrio, mas ainda possui reflexos na severidade das penas aplicadas e benefícios negados.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Licínio. Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel “Dos Crimes Hediondos”. São Paulo/SP: RT, 1992.

BBC NEWS BRASIL (Brasil). Caso Henry Borel: o que se sabe sobre a morte da criança de 4 anos e prisão da mãe e do padrasto. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56681829>. Acesso em: 07 jun. 2022.

Beccaria, Cesare Bonesana. Marchesi di. 1738-1793. Dos delitos e das penas | Cesare Beccaria; | tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. - 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

1999.

BOBBIO, Norberto. Teoria Da Norma Jurídica. 2. ed. São Paulo/Sp: Editora Edipro, 2003. 183 p. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/48669/6802-0-Norberto-Bobbio-Teoria-da-Norma-Jurdica-0.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Mensagem de veto Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

_____. Lei Federal nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Brasília, DF, 08 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

_____. Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 30 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Diário da Justiça. Brasília, 22 dez. 2009. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2330/Sumulas_e_enunciados#:~:text=S%C3%BAmula%20Vinculante%2026%20%E2%80%93%20Progress%C3%A3o%20de%20regime&text=2%C2%BA%20da%20Lei%20n.,a%20realiza%C3%A7%C3%A3o%20de%20exame%20crimino%20l%C3%B3gico.. Acesso em: 14 maio 2022.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS (Brasil). O assassinato de Daniella Perez. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/559022479/o-assassinato-de-daniella-perez>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CASTRO, Flávia Lages de. HISTÓRIA DO DIREITO GERAL E BRASIL. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. 572 p.

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Graça, Indulto e Anistia. 2022. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/graca-indulto-e-anistia>. Acesso em: 14 maio 2022.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do Inimigo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, nº 7, 2005. p. 223.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do equilíbrio. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 214.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8072-25-julho-1990-372192-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=2%C2%BA%20Os%20crimes%20hediondos%2C%20a,cumprida%20integralmente%20em%20regime%20fechado.>

GONZAGA, Álvaro de Azevedo, ROQUE, Nathaly Campitelli. Tridimensional do Direito, Teoria. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/>

tridimensional-do-direito. Acesso em: 15 mai. 2022

JAKOBS, Günther. Proteção de Bens Jurídicos: Sobre a Letigimação do Direito Penal. 90 p. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS, 2003. Tradução apresentação e notas por: Pablo Rodrigo Alflen.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manual Câncio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid:Civitas, 2003.

_____. Derecho penal del enemigo, Noções e Críticas. 81 p. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS, 2007.

JORNAL O GLOBO (Rio de Janeiro/RJ). Sequestro do empresário Abilio Diniz agitou campanha presidencial em 1989. 2015. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/sequestro-do-empresario-abilio-diniz-agitou-campanha-presidencial-em-1989-15745169>. Acesso em: 17 abr. 2022.

Kelsen, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

LEAL, João José. Crimes Hediondos: A Lei 8.072/90 como Expressão do Direito Penal da Severidade. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2006, P.162.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PUPERI, Victoria. A Origem Histórica da Lei de Crimes Hediondos. 2018. Disponível em: <https://puperi.jusbrasil.com.br/artigos/632872149/a-origem-historica-da-lei-de-crimes-hediondos>. Acesso em: 17 maio 2022.

Aplicação do dolo eventual ou culpa consciente nos crimes de trânsito

Application of eventual dolus or conscious guilt in traffic crimes

Cleyton Alves de Sousa

Acadêmico do Curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins-UNITINS

Kamila Soares Leal

Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional, Docente na Universidade Estadual do Tocantins-UNITINS.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.8

RESUMO

Desde os períodos mais remotos do direito mundial, a intenção do agente sempre foi levada em consideração para elucidação dos fatos entendidos socialmente como crimes. Com o passar dos séculos e a evolução do direito enquanto ciência, surgiram os conceitos de dolo e culpa, como elementos subjetivos do crime, o que desbocou ainda no estabelecimento dos extremos do dolo eventual e da culpa consciente, elementos limítrofes entre ambos os conceitos. O presente estudo visou a análise destes institutos no âmbito dos crimes cometidos no trânsito, apresentado os conceitos normativos e doutrinários necessários. Analisou-se ainda os tipos penais previstos no código de trânsito brasileiro, oportunidade em que se verificou a dupla possibilidade de aplicação do dolo eventual ou culpa consciente na elucidação dos delitos desta natureza, baseado em circunstâncias gerais. Concluiu-se que não há possibilidade de elencar (salvo por legislação expressa) determinada conduta como previamente dolosa, sem estudar a posição do agente quanto aos resultados potencialmente obtidos, para aferir se fora dolosa ou culposa.

Palavras-chave: dolo eventual. culpa consciente. crimes de trânsito.

ABSTRACT

Since the most remote periods of world law, the agent's intention has always been taken into account to elucidate the facts socially understood as crimes. Over the centuries and the evolution of law as a science, the concepts of intent and guilt emerged as subjective elements of crime, which also led to the establishment of the extremes of eventual intent and conscious guilt, borderline elements between both concepts. The present study aimed to analyze these institutes in the context of crimes committed in traffic, presenting the necessary normative and doctrinal concepts. The criminal types provided for in the Brazilian traffic code were also analyzed, an opportunity in which there was the double possibility of applying eventual intent or conscious guilt in the elucidation of crimes of this nature, based on general circumstances. It was concluded that there is no possibility of listing (except for express legislation) a certain conduct as previously intentional, without studying the agent's position regarding the potentially obtained results, in order to assess whether it was willful or culpable.

Keywords: eventual deceit. conscious guilt. traffic crimes.

INTRODUÇÃO

O direito penal, como mecanismo de regulação social está presente desde os primórdios das sociedades, inclusive os povos ágrafos, que embora não tivessem leis escritas, possuíam regras de convivência que muitas vezes não tolerava determinadas condutas e através dos líderes às épocas, aplicavam diversos tipos de reprimendas, exercendo o próprio poder como fonte do direito (CASTRO, 2007).

Após esse período de transmissão pessoal do conhecimento e dos costumes, surgiram as primeiras leis escritas, como o código de Hammurabi, as leis hebraicas e o código de Manu, que retratavam os primeiros ordenamentos jurídicos complexos das sociedades humanas.

Essas leis, embora não mais válidas, possuem diversos pontos em comum, entretanto, um dos mais interessantes é a discriminação, no âmbito do estudo do “direito penal”, da intenção do autor de determinado fato tido por ilícito perante as suas respectivas disposições.

O Código de Hammurabi, traduzido por Emanuel Bouzon (2000), dispunha em sua “lei 206” que: “Se alguém bate um outro em rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar : "eu não o bati de propósito", e pagar o médico”. Já a “lei 227” estabelecia que: “Se alguém engana um tosquiador e o faz imprimir a marca de um escravo inalienável, se deverá matá-lo e sepultá-lo em sua casa. O tosquiador deverá jurar: "eu não o assinalei de propósito", e irá livre”.

A Bíblia Sagrada, por sua vez, no livro de Êxodo, capítulo 21, versículos 12-13 estabeleciam que “12. Quem ferir a qualquer outra pessoa e provocar sua morte, será também morto. 13. Entretanto, se não o fez intencionalmente, mas Deus o permitiu, designei este lugar para onde poderá viver como refugiado”.

Já o Código de Manu, segundo Flávia Lages Castro (2007), também previa determinações que levavam em consideração a intenção do delituoso na aferição de eventual penalidade, como era o caso do crime de falso testemunho para salvar a vida de pessoas de determinadas classes que cometeram algum delito em caso de alucinação e não de um crime premeditado.

Como visto, diversas legislações da antiguidade já tratavam o elemento da intenção do agente criminoso no cometimento de atos tipificados pela norma penal, entretanto, os conceitos relativos à matéria evoluíram sobremaneira com o avanço das civilizações e seus respectivos ordenamentos jurídicos, até chegar à atual concepção do dolo e culpa.

Paralelo a isso, segundo dados veiculados diariamente através dos jornais, telejornais, internet e outros meios de comunicação, milhares de pessoas morrem anualmente em decorrência de acidentes de trânsito causados por condutores sob efeito de álcool ou outras substâncias psicoativas, bem como em razão de outras infrações de trânsito relativas à direção em si, sendo um verdadeiro problema social enfrentado no Brasil.

E é no âmbito do Poder Judiciário, na análise destes casos, seja na esfera civil, mas principalmente na esfera criminal, que repousa importante discussão acerca dos limites do dolo e culpa, além de suas concepções como o dolo eventual e culpa consciente, na conformação dos fatos aos tipos penais previstos.

Devido a grande quantidade de ocorrências com vítimas fatais nas rodovias e vias urbanas, provocados por pessoas embriagadas na direção de um veículo automotor ou ainda em razão de direção incompatível com as regras de trânsito, os Tribunais pátrios têm discutido acerca dos limites e diferenciações do dolo e culpa, principalmente em razão dos mais recentes conceitos doutrinários de dolo eventual e culpa consciente na conduta dos agentes.

Em razão disso, surgem os questionamentos: Quais os limites da aplicação das teorias do dolo eventual e da culpa consciente nos casos de crimes cometidos na direção de veículo automotor? Como identificar precisamente a linha tênue entre estes conceitos de modo prático?

Portanto, o objetivo geral do presente trabalho é realizar uma análise das teorias do dolo eventual e da culpa consciente aplicando-as aos casos de crimes cometidos na direção de veículo automotor, com vistas a tentar delimitar os limites das aplicações de ambas na resolução dos referidos delitos.

Com vistas a alcançar tal objetivo, elencaram-se como específicas as seguintes metas: a) realizar breve levantamento histórico e conceituar os institutos do dolo, da culpa, e dos crimes dolosos e crimes culposos no âmbito do direito penal brasileiro; b) estudar os tipos de crimes que podem ser cometidos na direção de veículo automotor, tanto no código de trânsito como no código penal; c) analisar e contrastar os tipos mais comuns de infrações de trânsito e suas circunstâncias em face dos conceitos de dolo, dolo eventual, culpa e culpa consciente, e, mediante essa análise, aferir ao máximo, os limites da aplicação de cada uma das teorias na solução dos casos de crimes no trânsito; d) e, por fim, realizar levantamento jurisprudencial acerca da utilização da teoria do dolo eventual e culpa consciente pelo judiciário brasileiro nos casos de crimes cometidos no trânsito.

A metodologia adotada baseou-se em pesquisa qualiquantitativa, em que se analisaram conceitos doutrinários, disposições jurisprudenciais e dados de casos judiciais sobre o tema, utilizando o método indutivo para as inferências realizadas e o teste destas.

BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAÇÃO ACERCA DO DOLO E DA CULPA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como visto, desde as primeiras civilizações que organizaram um ordenamento jurídico escrito e que, inclusive, influenciaram as legislações do mundo todo pelos milênios, a intenção do agente sempre foi vista, embora não tão abrangente quanto atualmente, como mecanismo delimitador da penalidade adotada, em alguns casos estabelecendo, inclusive, a isenção de penas, como o caso do Código de Manu anteriormente citado.

Flávia Lages Castro (2007) cita ainda outras diversas legislações de civilizações historicamente importantíssimas para a formação do mundo, como o direito grego, entretanto, foi no direito romano que os conceitos de dolo e culpa foram inseridos de forma mais ampla no ordenamento jurídico.

Ainda segundo a autora, as leis romanas previam, no tocante aos atos ilícitos, o delito de “dolo”, que era entendido como sendo:

[...] todo comportamento desonesto com a finalidade de induzir um indivíduo a erro. A parte lesada poderia entrar com uma *actio dolo* contra o ofensor para obter ressarcimento do dano sofrido. O dolo era considerado um delito bastante grave: “*Dolus omnimodo puniatur*” – O dolo deve ser punido por todos os meios. (CASTRO, 2007, p. 115)

Além deste, estava previsto também o intitulado “quase – delictus”, que segundo Flávia Lages Castro (2007, p. 115):

Quase – Delictus: pode ser definido como quase delito, ou como um delito que foi ocasionado de forma culposa, ou seja, sem intenção, mas que poderia ter sido evitado. Eram agrupados em *effusum et deiectum* (atirar objetos de um edifício sobre a via pública), *positum et suspensum* (colocar objeto pendurado em um edifício com a possibilidade de cair e causar dano), *exercitor navis aut caupónae et stabuli* (responsabilidade de proprietários de navios, hospedarias e estábulos em relação às coisas dos clientes) e *si iudex suam fecerit* (se o juiz julgar mal o processo)

Pode-se dizer então que o dolo e a culpa, enquanto institutos que incidem sob a análise de determinada conduta para fins de sua aferição de penalidades possuem embrião nas legislações primeiras, entretanto, surgem de fato no direito romano, com o estabelecimento de diversas

regras e tipos de delitos que os levavam em consideração.

Após séculos de evolução, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar, em 1940, com o Código Penal brasileiro, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848/1940, entretanto foi em 1984, através da Lei Federal nº 7.209/1984 que a lei passou a disciplinar os conceitos de dolo e culpa da forma atual.

Diz o art. 18 do Código Penal, com redação dada pela referida Lei 7.209/84 que:

Art. 18 – Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Analisar-se-á adiante, mais especificamente a abrangência doutrinária e conceitual de ambos os institutos.

Conceito de Dolo e Dolo Eventual

Doutrinariamente, o dolo é indicado pela motivação do agente, a intenção precípua que tinha ao adotar determinada conduta.

André Pacheco Teixeira Mendes (2018), ao estudar o conceito de fato típico, ensina que existem duas espécies que compõem os tipos penais, o tipo objetivo, e o tipo subjetivo. Segundo o Autor, o primeiro pode ser entendido como:

[...] é aquele que descreve a conduta, da qual pode se inferir o autor (quem pode praticar o crime), a ação ou omissão (o que praticou), o resultado (a consequência dessa prática) e a relação de causalidade (o nexa entre a ação e o resultado dessa prática). O núcleo do tipo é o verbo que expressa a conduta proibida (ex. “matar”)

Já o tipo subjetivo, ainda para Mendes (2018, p. 51), “se refere ao elemento de vontade, o querer realizar a conduta descrita no tipo objetivo”.

Dessa forma, quando da conformação do delito a determinados tipos penais, o dolo seria analisado como um tipo subjetivo, ou seja, não se analisa somente a conduta delituosa ou seus resultados, mas também se constituía intenção do agente executar determinada atividade ou atingir certo fim.

O Dolo então, para Mendes (2018, p. 51), “se refere ao elemento de vontade, o querer realizar a conduta descrita no tipo objetivo”, e vai além:

O dolo pressupõe conhecimento e vontade. Conhecimento efetivo das circunstâncias de fato do tipo objetivo, que implica um saber atual ao momento da prática do crime que abrange todos os elementos essenciais do tipo (como a vítima, o meio empregado e a previsão do resultado). É a representação mental desses elementos. (MENDES, 2018, p. 51).

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 135), por sua vez, traz amplo conceito sobre o dolo:

O dolo, enfim, elemento essencial da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade

de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento (representação), é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele. A consciência elementar do dolo deve ser atual, efetiva, ao contrário da consciência da ilicitude, que pode ser potencial.

Rogério Greco (2017, p. 316), em sua obra *Curso de Direito Penal Parte Geral*, possui o mesmo entendimento ao ensinar que “Dolo é a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”. Também se posiciona no sentido de que constitui requisito do dolo a consciência do agente acerca da ilicitude e dos possíveis resultados pelo agente.

Essa visão de que o dolo pressupõe consciência da ilicitude e dos resultados de determinada conduta, é importantíssima para compreensão do que entabula o art. 20 do Código Penal¹, que trata do erro sobre os elementos do tipo penal, dispondo que o erro do agente sobre algum dos elementos constitutivos da espécie penal exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos.

Ainda sobre a conceituação de dolo, Guilherme de Souza Nucci (2018), também estabelece que o dolo, em resumo, é a vontade consciente de praticar a conduta típica, entretanto, vai mais além, ao citar a obra *Libro homenaje a Claus Roxin* (1997), que estabelece três formas distintas de dolo, sendo a primeira a intenção ou propósito (à qual ele – Nucci – conceitua como dolo direto de primeiro grau), a segunda, o dolo direto (para Nucci, dolo direto em segundo grau) e por fim, o dolo eventual, analisado a seguir.

O professor Cezar Bittencourt destaca também ponto importantíssimo acerca dos limites da aplicação do erro de tipo quando da exclusão do dolo, ensinando que a consciência, acima estudada, abrange somente os elementos integradores do tipo penal, não incidindo sobre a consciência da ilicitude, tendo em vista o que dispõe o art. 21 do Código Penal brasileiro², ou seja, não se pode alegar o desconhecimento da ilicitude do fato, mas tão somente o erro sobre os elementos essenciais do tipo penal, veja-se:

Mas a consciência do dolo abrange somente a representação dos elementos integradores do tipo penal, ficando fora dela a consciência da ilicitude, que hoje, como elemento normativo, está deslocada para o interior da culpabilidade. É desnecessário o conhecimento da configuração típica, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica. Sintetizando, em termos bem esquemáticos, dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto. (BITENCOURT, 2012, p.135).

Dessa forma, pode-se entender o dolo, ao menos em seu sentido direto, como o elemento subjetivo de caráter intrínseco ao agente delituoso, que está relacionado à consciência, propósito e vontade deste de executar determinada conduta tipificada como criminosa pela norma penal, sendo, inclusive, elemento necessário à conformação do fato ao tipo penal pré-existente.

Importante esclarecer que por constituir elemento do tipo penal, o dolo, se não estiver presente, implica na inexistência de crime, salvo se houver outra previsão legal para a determinada conduta que repila inclusive aqueles fatos cometidos sob a égide da culpa (que será melhor conceituada adiante). Ou seja, inexistente crime cometido sem a intenção do agente (direta ou indireta), salvo quando haja previsão de crime culposos pela mesma conduta.

Entretanto, como estabelece o já citado art. 18, I do Código Penal, o dolo não se limita ao alvitre do agente de alcançar o resultado predeterminado (dolo direto), mas também ocorre

¹ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (BRASIL, 1984)

² Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (BRASIL, 1984)

quando, em determinados casos, o autor, embora não queira diretamente o resultado, acaba assumindo o risco de produzi-lo.

É o conceito normativo atual do que a doutrina intitula de dolo eventual.

Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 52) conceitua o dolo eventual ou indireto, como “aquele em que o autor não almeja o resultado, mas assume com seu comportamento o risco de produzi-lo”.

Já Rogério Greco traz importantíssimo conceito estabelecido pelo Ministro Félix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça (1999), que no julgamento do Recurso Especial REsp nº 192.049/DF, ensina que:

O dolo eventual não é, na verdade, extraído da mente do autor, mas sim das circunstâncias... Por exemplo, dizer-se que o fogo não mata porquanto existem pessoas com cicatrizes de queimaduras, data venia, não é argumento válido nem no *judicium causae* cedo, independentemente do grau de instrução, sabem que brincar com fogo é muito perigoso. O fogo pode matar... Além 5.1. do mais, se fogo não mata, então o que dizer do tipo previsto no art. 121, § 2.º, inciso III ('fogo') do Código Penal? Desnecessário responder!” (STJ, REsp 192.049/DF, 5.ª T., 09.02.1999, m.v., DJU 1.º.03.1999)

Portanto, o dolo eventual é compreendido como sendo a assunção consciente da possibilidade de alcançar resultado que, embora não desejado, é facilmente previsível, e que deve ser analisado através não somente dos aspectos intrínsecos, mentais, e/ou relativos à consciência do agente, mas também, conjuntamente a estes, deve-se observar as circunstâncias inerentes aos fatos postos sub *judice*, posto que demonstram muitas vezes a impossibilidade de o agente não ter consciência do risco existente.

Conceito de Culpa e Culpa Consciente

No tocante ao conceito de culpa, primeiramente deve-se ater ao aspecto normativo do instituto, que como visto acima, é bem delimitado pelo art. 18, II do Código Penal como sendo o crime em que “o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (BRASIL, 1984).

Rogério Greco (2017) estabelece que a conduta humana, no que interessa ao direito penal, somente pode ocorrer de duas formas, a dolosa, que é quando o elemento subjetivo do tipo penal, qual seja, o dolo, ou melhor, a intenção, o alvidre, o propósito do agente é justamente de atingir o resultado causado; e a culposa, que ocorre quando o agente dá azo ao mesmo resultado, mas agindo mediante imprudência, negligência ou imperícia, ou seja, não sendo sua intenção inicial, embora sem sua contribuição o delito não tivesse sido consumado.

O Autor elucida ainda melhor a necessidade de previsão legal do delito na forma culposa para sua configuração como crime culposo de fato: “Finalmente, como elemento também indispensável à caracterização do delito culposo, temos a tipicidade. Só podemos falar em crime culposo se houver previsão legal expressa para essa modalidade de infração” (GRECO, 2017, p. 335).

Quanto aos conceitos de imprudência, negligência e imperícia, a doutrina debruça-se a tempos, estabelecendo conceitos importantíssimos para o avanço da ciência do direito penal.

Para Cezar Bittencourt (2012, p. 143), imprudência, negligência e imperícia podem ser

conceituadas da seguinte forma:

Imprudência é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. É a imprevisão ativa (culpa in faciendo ou in committendo). Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação do agente. Imprudente é, por exemplo, o motorista que, embriagado, viaja dirigindo seu veículo automotor, com visível diminuição de seus reflexos e acentuada liberação de seus freios inibitórios. [...]

Negligência é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação (culpa in ommittendo). É não fazer o que deveria ser feito antes da ação descuidada. Negligente será, por exemplo, o motorista de ônibus que trafegar com as portas do coletivo abertas, causando a queda e morte de um passageiro. Nessa hipótese, o condutor omitiu a cautela de fechar as portas antes de movimentar o coletivo, causando o resultado morte não desejado [...]

Imperícia é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício. A inabilidade para o desempenho de determinada atividade fora do campo profissional ou técnico tem sido considerada, pela jurisprudência brasileira, na modalidade de culpa imprudente ou negligente, conforme o caso, mas não como imperícia.

A doutrina é uníssona quanto a estes conceitos, sendo a imprudência, em resumo, um excesso de conduta, ou seja, o agente faz algo deliberadamente inadequado, o que pode causar determinados resultados lesivos. Já a negligência, é um “não fazer”, é quando o indivíduo deixa de tomar determinada atitude devida para evitar um resultado indesejado, é manifestamente omissão. Por fim, a imperícia, é, em síntese, a incapacidade técnica, a inabilidade, a ausência de experiência atestada para se executar determinada conduta, o que pode fazer com que consequências não propositais ocorram.

Quanto às espécies de culpa, assim como a divisão entre dolo direto e dolo eventual, há a separação entre os conceitos de culpa consciente e culpa inconsciente, classificação amplamente aceita pela majoritária doutrina.

A distinção entre culpa inconsciente e culpa consciente, na visão de Guilherme de Souza Nucci (2018), se dá da seguinte forma. Enquanto a primeira é a culpa sem qualquer previsão do resultado, o que ele intitula de culpa por excelência. Na hipótese, o agente não tem previsão do resultado, mas sim mera previsibilidade, que consiste na possibilidade de prever.

Já a segunda é a chamada culpa com previsão, que ocorre quando o agente prevê que sua atividade tem a possibilidade de levar a certa consequência danosa, entretanto, tem a convicção de que, em razão da sua destreza pessoal, vontade e capacidade, terá condições de impedir o resultado já previsto em mente. (NUCCI, 2018)

O Autor traz inclusive exemplos:

[Culpa inconsciente] ilustrando, o agente conduz o seu veículo, por via pública, em velocidade compatível com o local, mas com a cabeça longe, distante, pensando em problemas, quando não percebe o fechamento do semáforo (farol vermelho). Há, então, uma batida de carros e alguém se fere. O motorista nunca almejou esse resultado, que, a bem da verdade, nem se desenhava na sua mente (não previu). No entanto, pela sua condição de motorista, a atenção (prudência) lhe era exigível, jamais se deixando levar por outros fatores. A chegada ao cruzamento e o fechamento do sinal, impedindo a sua trajetória, com a vinda de carros da outra via pública eram situações perfeitamente previsíveis. Previsíveis, sim, mas não previstas.

[Culpa consciente] Valendo-se do mesmo exemplo, imagine--se o motorista que, visuali-

zando o semáforo à sua frente, em vias de fechar, pois já sinalizou a luz amarela, acelera seu carro apressadamente, acreditando poder ultrapassar o cruzamento a tempo. Entretanto, o farol torna-se desfavorável antes da sua chegada ao local; quando um veículo arranca na via transversal, porque o sinal verde lhe surgiu, ocorre a batida, com lesões corporais para certa vítima. Esse motorista também foi imprudente, mas com a diferença de ter percebido claramente a alteração do sinal de trânsito. Ele arriscou passar. Tinha a previsão do resultado (bater o carro), mas esperava sinceramente que não iria acontecer, vale dizer, que acelerando seu veículo teria condições de realizar o cruzamento a tempo (NUCCI, 2018, p. 559-560) grifo nosso.

A culpa consciente é, portanto, a conduta imprudente, negligente ou cometida por pessoa imperita em que o autor previu o resultado, entretanto, confiando em sua capacidade de evitá-lo, prosseguiu com a conduta, enquanto que a culpa inconsciente é aquela em que o agente simplesmente age mediante imprudência, negligência ou imperícia atinge o resultado sem sequer prevê-lo, mesmo que este fosse previsível dadas as circunstâncias de cada caso.

Entretanto, percebe-se que os conceitos abordados de culpa consciente e dolo eventual que são os extremos do dolo e culpas tradicionais, por assim dizer, são semelhamtíssimos, e possuem linha tênue de separação, ocorrendo em muitas vezes dificuldade de indicação certa de qual dos institutos operou em determinados casos, especialmente naqueles relativos aos crimes cometidos no trânsito, como direção sob o efeito de álcool e outras substâncias psicotrópicas, ultrapassagens indevidas, dentre outros.

Diferença entre Culpa Consciente e Dolo Eventual

Lançando mão novamente da doutrina de Rogério Greco, é possível estabelecer a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente da seguinte forma. Nas duas hipóteses, o agente assume o risco de atingir o resultado que, diga-se de passagem, não é desejado, entretanto, enquanto na culpa consciente, o indivíduo prevê o resultado, mas acredita convictamente que não ocorrerá, confiando-se nas circunstâncias fáticas e principalmente que poderá, através de sua capacidade, evitar o resultado, no dolo eventual tem-se que o autor, novamente previu o resultado, e embora não o deseje, pouco importa se ocorrer. (GRECO, 2017).

Já para Bittencourt (2012. p. 145):

“Os limites fronteiriços entre dolo eventual e culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a previsão do resultado proibido. Mas, enquanto no dolo eventual o agente anui ao advento desse resultado, assumindo o risco de produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, e, na esperança convicta de que este não ocorrerá, avalia maleage”.

André Pacheco Teixeira Mendes (2018, p. 54) traz conceito parecido ao indicar que o ponto de distinção entre ambos os institutos é que “no dolo eventual há uma aceitação da possibilidade de produzir o resultado lesivo (indiferença quanto à produção do resultado), enquanto na culpa consciente há uma rejeição dessa possibilidade (confiança de que o resultado não vai acontecer)”.

Segundo ensina ainda o professor Guilherme Souza Nucci (2018), essa diferenciação é teoricamente plausível, embora seja, na prática, em um caso concreto, muito complexa. Explicando melhor o tema prediz que:

O ponto de distinção é que no dolo eventual há uma aceitação da possibilidade de produzir o resultado lesivo (indiferença quanto à produção do resultado), enquanto na culpa cons-

ciente há uma rejeição dessa possibilidade (confiança de que o resultado não vai acontecer). Emerge, agora, a diferença: na culpa, ele diz para si mesmo que não vai acontecer o segundo resultado (R2), enquanto no dolo ele vê esse segundo resultado (R2) de modo indiferente. Essa distinção é tecida pela doutrina, pois a lei penal não a indica em nenhum dispositivo. (NUCCI, 2018, p. 570)

Esse é o conceito, inclusive é adotado pela jurisprudência, em especial o Supremo Tribunal Federal, que no julgamento recente de Habeas Corpus, dispôs claramente qual o posicionamento doutrinário adotado pela Corte, já que por falta de disciplina legal expressa da matéria, os conceitos doutrinários acabam por se tornar fontes importantíssimas da interpretação jurídica. Segundo a Corte, em processo sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes:

Enquanto no dolo eventual o agente tolera a produção do resultado, tanto faz que ocorra ou não; na culpa consciente, ao contrário, o agente não assume o risco nem ele lhe é indiferente. Presente essa controvérsia a respeito do elemento subjetivo, na lição de NELSON HUNGRIA, não é possível pesquisá-lo no 'foro íntimo' do agente, tem-se de inferi-lo das circunstâncias do fato externo. Os autos evidenciam, neste juízo sumário, que a imputação atribuída ao agravante não resultou da aplicação aleatória do dolo eventual. Indicou-se, com efeito, as circunstâncias especiais do caso, notadamente a embriaguez, o excesso de velocidade e a ultrapassagem de semáforo com sinal desfavorável em local movimentado, a indicar a anormalidade da ação, do que deflui a aparente desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o resultado lesivo. O quadro de circunstâncias descrito não permite identificar qualquer vício apto a justificar, neste momento e nesta estreita via processual, a desclassificação da figura incriminadora. Caberá ao Tribunal do Júri auferir a existência do elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa), pois diretamente ligado ao contexto fático da prática delituosa. [HC 160.500-AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 28-9-2018, 1a T, DJE de 5-1-2018.]

Portanto, resta claro que é pacífico entre a doutrina e a jurisprudência que a diferença entre a culpa consciente e o dolo eventual consiste na linha tênue da intenção e convicções internas do autor, pois em que pese em ambas as hipóteses o agente preveja o resultado indesejado, em uma ele acredita convictamente que poderá evitá-lo, mas no outro, pouco importa se ele alcançá-lo ou não.

Nos tópicos a seguir, analisar-se-ão os casos mais típicos de crimes de trânsito sob a égide destes conceitos, para aferir qual dos institutos é o mais adequado a ser aplicado nos casos destes delitos.

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E ESPECÍFICAS DOS CRIMES DE TRÂNSITO

Como é cediço, o direito penal, enquanto conjunto de regras, encontra-se regulado em uma norma geral, o código penal, instituído pelo Decreto-Lei 2.848/40, bem como por normas esparsas, as chamadas legislações penais especiais, que, por tratarem de temas específicos, dispõem isoladamente sobre direito penal, inclusive tipificando crimes e estabelecendo penas e normas gerais como atenuantes, agravantes, etc.

Esse é o caso de várias leis como a Lei dos Crimes Hediondos, dentre outras, e do Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei federal nº 9.503/97, de 23 de setembro de 1997, que embora traga diversas disposições acerca das regras de trânsito, dentre outras matérias, dispõe também acerca dos crimes cometidos no ambiente de tráfego de veículos e pessoas, tipificando condutas, cominando penas, e regulando de forma geral alguns critérios de adoção do referido regime jurídico na seara criminal.

A partir do art. 291, o Código de Trânsito Brasileiro – CTB passa a estabelecer regras

gerais acerca dos crimes de trânsito, dispondo, por exemplo, acerca da aplicação subsidiária e complementar dos Códigos Penal e de Processo Penal, bem como da Lei Federal 9.099/95, que regula os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Entretanto, é no §1º do referido art. 291 que encontra-se disposição importantíssima para compreensão dos elementos do dolo eventual e da culpa consciente, pois como se verá adiante, os casos mais discutidos no tocante à aplicação das teorias discutidas anteriormente são, muitas vezes, condutas de imprudência no trânsito, como ultrapassagens indevidas e excesso de velocidade, o uso de bebidas alcoólicas associado à direção de veículo, e ainda, por vezes, a ausência de permissão para dirigir.

O art. 219, §1º entabula que:

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). (BRASIL, 1997).

Como visto, é possível a aplicação complementar e subsidiária da Lei 9.099/95 nos casos dos crimes de trânsito, entretanto, o CTB estabelece limitação para a aplicação de alguns benefícios como a renúncia obrigatória ao direito de queixa ou representação, por parte da vítima, quando houver composição dos danos civis (art. 74), a possibilidade de redução pela metade de multa única, a critério do juiz (art. 76), a necessidade obrigatória de oferecimento de representação criminal nos crimes de lesão corporal dolosa leve e nas demais lesões de natureza culposa (art. 88), dentre diversas outras.

Os incisos do §1º do art. 291 acima transcritos estabelecem então as circunstâncias em que não se aplicam tais benefícios, de modo a já demonstrar o peso de determinadas condutas que, quando resultam em fato típico, não podem os infratores receber determinadas benéficas legais.

Outro dispositivo importante é o art. 298, que trata das circunstâncias agravantes dos crimes cometidos no trânsito, e estabelece, a exemplo: a ausência de permissão para dirigir, a utilização de veículos em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a segurança, a direção sobre faixa de trânsito destinada a pedestres.

A partir do art. 302, até o art. 312, o CTB passa a dispor sobre condutas típicas, como o homicídio culposo e a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, a ausência de prestação de imediato socorro à vítima, salvo por justa causa, a fuga do local do acidente para eximir-se da responsabilidade civil ou penal, a direção de veículo sob o efeito de substâncias psicoativas, dentre outras.

Para fim do escopo do presente estudo, a análise se dará especificamente no tocante aos crimes de natureza culposa, quais sejam, os dos artigos 302 (homicídio culposo na direção de veículo automotor) e 303 (lesão corporal culposa na direção de veículo automotor) para aferição da possibilidade de afastamento da culpa ou culpa consciente, e aplicação da teoria do dolo eventual.

APLICAÇÃO DAS TEORIAS DO DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE NOS CRIMES COMETIDOS NO TRÂNSITO

Como demonstrado em tópicos anteriores, há significativa diferença entre o dolo e a culpa, sendo o primeiro um elemento subjetivo do núcleo do tipo penal, sendo necessária a sua demonstração para a configuração do delito. Entretanto, em casos específicos em que a Lei estabelece como típica a conduta culposa, a culpa passa a ser o elemento subjetivo, afastando a necessidade de configuração do dolo.

Ocorre que em determinados casos, o dolo e a culpa estreitam os limites de sua diferenciação, é o caso do dolo eventual e da culpa consciente, cujos conceitos já foram delineados alhures.

É possível precisar então que, em alguns fatos típicos, dada a sua reprovabilidade e gravidade, o agente deve receber sanção mesmo quando não foi sua intenção atingir o resultado específico que se amolda à reprimenda penal, mas isso, desde que encontrem-se presentes os requisitos da configuração da culpa, que são, conforme visto, imprudência, negligência e imperícia, consoante disposto no art. 18, II do Código Penal.

O Código de Trânsito Brasileiro dispõe nos seus artigos 302 e 303 acerca dos crimes culposos na direção de veículo automotor, quais sejam, o homicídio e a lesão corporal, entabulando o seguinte:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1º do art. 302.

§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima. (BRASIL, 1997)

O parâmetro adotado no presente estudo, para aferição das condutas que, aliadas ao alcance do resultado típico, podem ensejar a discussão acerca da ocorrência do dolo eventual ou culpa consciente e inconsciente são as infrações de trânsito, ou seja, a direção de veículo sem o devido atendimento a todas as prescrições regulamentares acerca da forma adequada de dirigibilidade.

Ou seja, somente serão analisadas as hipóteses de crimes de trânsito (homicídio ou lesão corporal) culposos, e aliados ao cometimento de uma ou mais infrações previstas no capítulo XV do CTB.

Entretanto, nem todas as infrações são capazes de demonstrar o caráter de assunção do risco por parte do agente, de modo que algumas como a recusa a teste de influência do álcool ou de substância psicoativa e diversas outras, que não podem, por si só, demonstrar que o agente assume o risco de causar um acidente.

Quanto ao delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, é imperioso destacar, de início, que não há possibilidade de aplicação do dolo eventual no caso de direção sem permissão ou carteira de habilitação, tendo em vista que o art. 302, §1º, I do CTB já estabelece inclusive aumento de pena específico para tal conduta entabulando que se trata de crime de natureza culposa.

Entende-se, portanto, que o exemplo encaixa-se na hipótese de delito culposo pela ocorrência da imperícia, não havendo que se falar em assunção de risco de alcance do resultado.

Entretanto, quanto às demais infrações de trânsito cometidas conjuntamente com os crimes, como: o uso de bebida alcoólica ou qualquer outra substância psicoativa (art. 165, CTB), transportar crianças em veículo automotor sem observância das normas de segurança especiais (art. 168), transitar em contramão de direção (art. 186), forçar passagem entre veículos (art. 191), ultrapassar indevidamente (art. 200, 202 e 203), avançar sinal vermelho (art. 208), excesso de velocidade (art. 218), todas estas tem o potencial de, caso demonstrado que o agente assumiu o risco de atingimento do resultado típico, e não se importou com as consequências dos atos, poderão/deverão ter reconhecido o dolo eventual, e, por conseguinte, ser afastada a incidência do art. 302 do CTB para a adoção da redação do art. 121 do Código Penal, que trata do homicídio doloso.

Já no tocante ao crime de lesão corporal culposa, o entendimento mais adequado é o mesmo referente ao aplicável ao homicídio culposo, tendo em vista que a única circunstância diferente entre ambos os delitos é a gravidade do resultado, em que naquele, houve resultado mortis e neste, houve apenas lesão corporal.

Em resumo, a lógica adotada nos crimes de trânsito para aferição de qual tipo penal en-

contrar-se-á violado é a da intenção do agente, ou seja, em havendo infração de trânsito aliada a um resultado casualístico previsto na norma penal, será analisado sempre o aspecto subjetivo do agente, primeiramente no tocante à assunção do risco, e, posteriormente, para diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, deve-se observar o posicionamento do agente com relação às consequências, no sentido de que se ele demonstrar que agiu acreditando que conseguiria evitar o resultado, aplica-se a culpa consciente, mas se pouco se importou com as consequências decorrentes, o que pode ser aferido, inclusive, através do posicionamento posterior ao fato como fugir do local, não demonstrar remorso, etc., é o caso de aplicação do dolo eventual.

O posicionamento da jurisprudência, nesse sentido, já é pacífico, consoante se demonstra nos julgados abaixo transcritos, que são exemplos do já consolidado entendimento das cortes nacionais:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIOS CONSUMADO E TENTADOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS, PRATICADOS, EM TESE, COM DOLO EVENTUAL – PRONÚNCIA – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ALMEJADA A DESCLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES DE HOMICÍDIOS DOLOSOS CONSUMADO E TENTADOS PARA OS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 302 E 303 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE PROVAS SEQUER INDICIÁRIAS ACERCA DO ANIMUS NECANDI DO RECORRENTE – SIMPLES PRESUNÇÃO DE DOLO EVENTUAL – INVIABILIDADE – RECURSO PROVIDO. Nos delitos de trânsito, para se pronunciar o acusado a título de homicídio doloso, as provas existentes no feito devem apontar a existência de circunstâncias que denotem, ao menos indiciariamente, a presença do elemento volitivo (dolo) que define a competência do Tribunal do Júri para o julgamento da causa, não bastando para atingir tal desiderato, a simples menção ao fato de ele [acusado] ter dirigido embriagado, em alta velocidade e sem habilitação, veículo não adaptado à sua deficiência física, mesmo que em área com grande concentração de pessoas, porquanto, tais aspectos, analisados isoladamente e não aliados a outros fatores, denotam a prática, em tese, de um crime culposo nas modalidades imprudência ou negligência, eis que o resultado danoso pode ter decorrido da violação de um dever objetivo de cuidado, consubstanciado nas regras básicas de atenção e de cautela exigíveis de todos aqueles que trafegam pelo sistema viário. (RSE 69438/2015, DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 26/08/2015, Publicado no DJE 03/09/2015)

(TJ-MT - RSE: 00015857720148110111 69438/2015, Relator: DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 26/08/2015, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/09/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO (ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). CRIME COMETIDO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. EXAME DO ELEMENTO VOLITIVO. INVIABILIDADE. 1. Enquanto no dolo eventual o agente tolera a produção do resultado, tanto faz que ocorra ou não; na culpa consciente, ao contrário, o agente não assume o risco nem ele lhe é indiferente. Presente essa controvérsia a respeito do elemento subjetivo, na lição de NELSON HUNGRIA, não é possível pesquisá-lo no 'foro íntimo' do agente, tem-se de inferi-lo das circunstâncias do fato externo. 2. Os autos evidenciam, neste juízo sumário, que a imputação atribuída ao agravante não resultou da aplicação aleatória do dolo eventual. Indicou-se, com efeito, as circunstâncias especiais do caso, notadamente a embriaguez, o excesso de velocidade e a ultrapassagem de semáforo com sinal desfavorável em local movimentado, a indicar a anormalidade da ação, do que deflui a aparente desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o resultado lesivo. 3. O quadro de circunstâncias descrito não permite identificar qualquer vício apto a justificar, neste momento e nesta estreita via processual, a desclassificação da figura incriminadora. Caberá ao Tribunal do Júri auferir a existência do elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa), pois diretamente ligado ao contexto fático da prática delituosa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - AgR HC: 160500 SP - SÃO PAULO 0075985-56.2018.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 28/09/2018, Primeira Turma, Data de Publicação: DJE-213 05-10-2018)

Os efeitos práticos disso são, em resumo, a aplicação de diferentes dispositivos, tanto no caso do homicídio como na hipótese da lesão corporal, que, comprovado o dolo eventual, passam a sofrer a incidência das disposições do Código Penal, alterando-se, inclusive, no caso do homicídio, a competência para julgamento, que pode ir do juiz singular (homicídio culposo) para o tribunal do júri (homicídio doloso).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observado todo o exposto, entende-se que foram alcançados os objetivos específicos elencados, uma vez que foram apresentados os conceitos normativos e doutrinários de dolo e culpa, e suas vertentes (dolo eventual e culpa consciente), bem como realizou-se análise dos tipos penais especiais ocorridos no trânsito e ainda, da posição jurisprudencial acerca do tema.

Com base em todas as digressões realizadas, pode-se verificar que o dolo eventual e a culpa consciente constituem os extremos dos elementos subjetivos do dolo e culpa genéricos, estes, essenciais para a configuração da conduta delituosa no âmbito da persecução penal.

Tais conceitos apresentam diferenças mínimas, entretanto, o resultado da sua individualização, caso a caso, resulta na modelação das condutas entre um ou outro tipo penal.

Não há possibilidade, portanto, de, abstratamente, estabelecer que as condutas encontram-se abarcadas por um ou outro elemento circunstancial, pelo contrário, deve-se analisar caso a caso a intenção do agente, sendo que, em havendo despreocupação com o resultado casualístico, incide o dolo eventual, mas, se o agente acreditava fielmente na sua capacidade de evitá-lo, embora o tenha assumido, é a hipótese da culpa consciente.

Entretanto, o estabelecimento de determinadas condutas como unicamente dolosas, mesmo que por dolo eventual, não constitui a medida mais adequada ao amplamente defendido pela doutrina majoritária, visto que a conduta por si só não indica dolo ou culpa, embora possa trazer indícios, mas o que define o elemento subjetivo do tipo é tão somente a real intenção e posição do agente quanto aos resultados possíveis.

Desse modo, verifica-se que a matéria discutida é de grande importância em razão dos aspectos que envolvem o direito penal e a adoção de determinadas teses podem representar mudança drástica na percepção social dos crimes de trânsito, e dos agentes que os cometem.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada. Tradução King James Atualizada. Niterói/RJ: BV Books Editora, 2 ed. Coordenado por Abba Press Editora e Divulgadora LTDA e Sociedade Bíblica Ibero-Americana. Edição de Estudo 400 Anos. ISBN 978-85-8158-097-5.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez.

1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 maio 2022.

_____. Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1. Acesso em: 24 maio 2022.

_____. Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em: 24 maio 2022.

_____. Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 31 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº HC 160500 AgR/SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 28 de setembro de 2018. Diário da Justiça. Brasília, 05 out. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748375824>. Acesso em: 24 maio 2022.

BOUZON, Emanuel. O Código de Hammurabi. Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários. 8 ed. Petrópolis, Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2017. 983 p.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Acórdão nº Recurso em Sentido Estrito nº 00015857720148110111. Cuiabá, MT, 26 de agosto de 2015. Diário da Justiça. Cuiabá, 03 set. 2015. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/365743119/recurso-em-sentido-estrito-rse-15857720148110111-69438-2015>. Acesso em: 31 maio 2022.

MENDES, André Pacheco Teixeira. Direito Penal Geral. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2018. 87 p. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1tlgutl7KUPQfx8uNwW7aasXKrv7cTPB7/view?usp=sharing>. Acesso em: 24 maio 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal Vol. 1: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. 1397 p.

Meios alternativos de solução de conflitos: as inovações da Lei nº 14.112/2020, sob o crivo da Law and Economics

Alternative means of conflict resolution: the innovations of Law nº 14.112/2020, under the scrutiny of Law and Economics

Isabela Thawana Cardoso Sousa

Acadêmica de Direito na Universidade Estadual do Tocantins (Unitins).

Naara Alves Sousa

Acadêmica de Direito na Universidade Estadual do Tocantins (Unitins)

André Francisco Cantanhede de Menezes

Doutor em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté. Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.9

RESUMO

Trata-se da análise econômica dos métodos autocompositivos de conciliação e mediação nos processos de Recuperação e Falência de empresas, inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020. A presente pesquisa tem caráter exploratório, com abordagem qualitativa e delineamento bibliográfico, a fim de verificar a utilidade e eficiência (custo-benefício) das inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 quanto à inserção da conciliação e da mediação no procedimento de recuperação de empresas e no regime falimentar. Tais instrumentos colaborativos de resolução de conflitos reduzem custos, geram ganhos mútuos e maximiza o benefício social, o que faz com que haja incentivo e confiabilidade às soluções geradas, portanto, atende interesses coletivos, com efeito célere do processo de recuperação, propiciando a realocação de bens dos envolvidos na atividade empresarial. A Análise Econômica do Direito suscita e produz todos os métodos supracitados, colocando em prática a recuperação da empresa e atendendo a função social e eficiência, inclusive do patrimônio envolvido no processo de falência.

Palavras-chave: recuperação judicial e extrajudicial. análise econômica do direito. mediação e conciliação.

ABSTRACT

It is about the economic analysis of the self-compositional methods of conciliation and mediation in the processes of Recovery and Bankruptcy of companies, innovations brought by Law nº 14.112/2020. The present research has an exploratory character, with a qualitative approach and bibliographic design, in order to verify the usefulness and efficiency (cost-benefit) of the innovations brought by nº 14.112/2020 to the insertion of conciliation and the media in the company recovery procedure and no regime bankrupt Collaborative solution instruments, encouraging and increasing costs, maximizing the fulfillment of social gains, which creates incentive and security for the resolution of such changes, encouraging and affecting the resolution of such changes, with the effect of promoting a true process of recovering assets from those involved in the business activity. The Right Analysis and Producing the Aforesaid Economic Methods to promote the company's efficiency and meet *all* the aforementioned economic means, including the Right Analysis and Producing without social function, that is, the bankruptcy process.

Keywords: judicial and extrajudicial recovery. economic analysis of law. mediation and conciliation.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.101/2005, Lei da Recuperação de Empresas e Falência - LRF, trouxe dois institutos, sendo eles, o da recuperação de empresas, podendo ser judicial ou extrajudicial, e o da falência, este como último recurso daquela ou primeira opção para as empresas sem perspectiva viável.

A recuperação judicial do empresário ou sociedade empresária tem com premissa promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, nos moldes do artigo 47 da LRF. Com relação à falência, esta visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens da empresa, permitir a liquidação célere das empresas inviáveis e fomentar

o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno do empreendedor falido à atividade econômica como determina o artigo 75, da LRF.

Nesse viés, depreende-se que, para o legislador assim como para a sociedade em geral, a empresa caracteriza-se como fonte produtora de suma importância para o desenvolvimento da economia do país e por isso é primordial a sua preservação, desde que, por razoabilidade, haja viabilidade econômico social para tal.

Com o advento da Lei nº 14.112/2020 houve significativas alterações sobre a Lei da Recuperação de Empresas e Falência, entre essas: incentivo a mediação e conciliação, dispensa da Certidão Negativa de Débitos, proibição da distribuição de lucros e dividendos aos sócios, possibilidade de financiamento e parcelamento fiscal federal em até 120 vezes. Dasquelas, destaca-se a inclusão do incentivo à aplicação da mediação e conciliação como métodos alternativos de solução de controvérsias.

Esses métodos proporcionam a facilitação que possibilitou a negociação entre as partes na busca por uma solução que possa beneficiar os sujeitos envolvidos ou amenizar as perdas na tentativa de realizar uma distribuição dessas.

Os processos de recuperação ou falência tendem a demandar altos custos para a o empresário, a empresa, a sociedade empresária devedora, credores e os demais envolvidos no processo, além de ser árdua e lenta a chegada a um consenso a respeito do plano de recuperação judicial que atenda ao interesse dos credores e seja possível a execução pelo empresário. Em meio a isso, ainda se inclui a morosidade do Poder Judiciário brasileiro que torna o caminho mais desgastante e controverso, pois, segundo estatísticas do Banco Mundial (2020), publicadas no ranking Doing Business, os processos de insolvência no Brasil demoram em média quatro anos, enquanto a média na América Latina e Caribe é de 2.9 anos.

Os institutos de recuperação de empresas e falência são essenciais para os interesses socioeconômicos, sendo importantes correções de falhas do mercado. Entretanto, é primordial que no decorrer de qualquer um desses cenários sejam obtidas as melhores soluções para ambas as partes ao menor custo possível. Desse modo, tem-se o seguinte problema de pesquisa: qual a utilidade e eficiência (custo-benefício) das inovações da Lei nº 14.112/2020 quanto à inserção da conciliação e da mediação no procedimento de recuperação de empresas e no regime falimentar?

No Brasil, analisando-se os dados publicados pelo Banco Mundial (2020) no ranking Doing Business, constata-se que as taxas de recuperação de créditos são extremamente baixas, encontrando-se em 18.2 enquanto na América Latina e Caribe é de 31.2. Logo, faz-se importante no âmbito do Direito entender quais as melhores alternativas para que se obtenha processos fluidos e que atendam aos interesses econômicos da sociedade e dos sujeitos envolvidos no processo, assim como possa proporcionar a continuação da empresa ou, no caso da falência, que os bens da sociedade empresária continuem sendo úteis à economia e a figura do sócio consiga retornar para a atividade empreendedora.

Ao se observar a valorização da conciliação e da mediação trazida pela Lei nº 14.112/2020 é imperativo compreender, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, se esses métodos alternativos de solução de conflitos podem realmente contribuir nas etapas da recuperação ou falência de empresas através da facilitação da comunicação entre as partes e consequente

humanização dos procedimentos.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo verificar a utilidade e eficiência (custo-benefício) das inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 quanto à inserção da conciliação e da mediação no procedimento de recuperação de empresas e no regime falimentar.

A presente pesquisa tem caráter exploratório, com abordagem qualitativa e delineamento bibliográfico. Para a coleta de dados foi utilizado o método bibliográfico e documental, a partir da leitura e análise de livros, artigos, dissertações de mestrado e relatórios de dados estatísticos.

O desenrolar deste trabalho se dividiu em três capítulos, os quais abordarão, em sequência, sobre os atuais regimes de recuperação de empresas e falência, a relação da conciliação e da mediação com o escopo da Lei nº 11.101/2005 e as inovações da Lei nº 14.112/2020 sob o crivo da Análise Econômica do Direito.

OS ATUAIS REGIMES DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALIMENTAR

Com foco em permitir que o cenário econômico seja abrangido por um plano organizacional que atenda a função social da empresa, sobretudo com o auxílio do Estado, a Constituição Federal de 1988 preconiza os princípios de Ordem Econômica e Ordem Social capazes de assegurar e proteger os direitos de uma sociedade organizada. Ao observar tais princípios percebe-se a necessidade de se promover a aplicação da segurança jurídica, sob normas do Poder Judiciário quanto ao contexto de recuperação judicial.

Nesse diapasão, haja vista a necessidade de se atender a esses princípios, a Lei nº 11.101, propicia a restauração da atividade econômica, e exemplifica meios, previstos no seu artigo 50, como, “a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas” (BRASIL, 2005), que possibilita a busca pela prevenção dos efeitos danosos que podem ensejar sua total degeneração, isto é, levá-la à falência.

A recuperação judicial consiste no processo destinado a reestabelecer os parâmetros que podem permitir aqueles que exercem atividade empresarial pelo qual estejam em situação de crise econômico-financeira a superarem tal estado, quais sejam, o empresário (incluindo empresário individual e a EIRELI) e sociedades empresárias, sob os ditames do art. 1º da Lei nº 11.101/2005.

É necessário ter em mente que a recuperação judicial não vale para as relações econômicas mercantis que possuem natureza inelutável, conforme ensina Manoel Justino Bezerra Filho (2017, p. 156). Tal condição fere os elementos prestativos que mantêm a sua funcionalidade, cominando, instantaneamente, à falência.

Responsável por substituir a antiga concordata, presente no Brasil por meio do Decreto-lei nº 7.661/1945, a recuperação judicial nada mais é que “um planejamento da empresa para se reorganizar, podendo prorrogar os vencimentos de suas obrigações, reduzir os valores das dívidas e beneficiar-se de outros meios para evitar seu fechamento e a tomada de seus bens” (NIARADI, 2020, p. 16). Essa reorganização ocorre observando os requisitos disciplinados nos artigos 51 e 52 da Lei de Recuperação e Falência os quais definem o processamento do pedido de recuperação judicial, formulado pela empresa em crise ao juízo competente, demonstrando

suas complexidades, bem como sua capacidade de regeneração.

Compreendendo que a recuperação da empresa possui natureza processual, destaca-se que, a pretensão posta em juízo corresponde ao direito de ação do empresário devedor interessado em resolver as suas obrigações na busca pela superação da crise econômico-financeira em que sofre, celebrando acordo mediante seus credores (TOMAZATTE, 2021, p. 40). Assim, o devedor utiliza métodos que pretendem corroborar com o sucesso de seu restabelecimento, prevalecendo, pois, o objetivo de se atender à função social da atividade empresarial. Importa frisar que o art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, traz expressamente a finalidade a que se propõe tais métodos processuais. Neste sentido consagra:

Viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Desse modo, apesar de ser mantida a possibilidade da falência, a Lei de Recuperação e Falência intenciona a preservação da empresa, assim como pretende dar continuidade das suas atividades, como ressaltam Durães e Rocha (2021, p. 295), o que dá o devido sentido para o cumprimento da função social da atividade (empresa).

Portanto, há que se encarar aquilo que diz respeito ao interesse coletivo da empresa, afastando, pois, o interesse individual envolvendo o empresário titular do negócio.

Destarte, a Recuperação Extrajudicial procura, nestas condições, homologar o plano necessário para a empresa em crise financeira, acompanhando os seguintes requisitos apresentados por Coelho (2011, p. 433):

a) atender às mesmas condições estabelecidas pela lei para o acesso à recuperação judicial, a saber; b) não se encontrar em tramitação nenhum pedido de recuperação judicial dele (LF, art. 161, § 3º, primeira parte); c) não lhe ter sido concedida, há menos de 2 anos, recuperação judicial ou extrajudicial (art. 161, § 3º, segunda parte).

A recuperação extrajudicial é caracterizada pelo negócio privado celebrado entre o devedor e alguns credores que, de maneira informal, facilita a redução do custo de transação do procedimento, além de que confere maior transparência com a homologação do plano extrajudicial resultante do acordo. Nestes parâmetros, o Judiciário é demandado para fiscalizar se os critérios legais foram obedecidos na promoção do plano de recuperação extrajudicial acordado, homologando-o quando a resposta é positiva (SILVA, 2017, p. 140-141).

Não obstante, a falência consiste no procedimento judicial de encerramento das atividades empresariais do devedor, onde não há mais como promover a recuperação da empresa endividada. Assim, são observados os requisitos que acarretam a decretação da falência, exemplificados por Negrão (2020, p. 378):

a) a não apresentação do plano no prazo improrrogável de sessenta dias depois da publicação da decisão que deferir o processamento; b) apresentação do plano e sua rejeição pela assembleia geral; c) deliberação da assembleia geral: que se distingue da anterior, no tocante ao momento e ao quórum. Neste caso, a deliberação pela decretação da falência é aprovada pelos votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia geral, em oportunidade diversa daquela que deliberou acerca do plano de recuperação judicial. Não se trata aqui de se deliberar sobre o plano, mas sim de assembleia convocada especialmente para o fim de discutir e aprovar a resolução do regime e sua convalidação em falência; d) descumprimento das obrigações no biênio após a concessão.

A falência é, pois, definida como um processo de execução coletiva onde há a declaração do patrimônio falido do devedor em detrimento de seus credores. Nesse passo, todos os seus credores concorrem em igualdade de condições (*par conditio creditorum*) (DURÃES; ROCHA, 2021, p. 298).

Partindo para a nova regulamentação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, as inovações trazidas pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, foi impulsionada pela crise econômico-financeira ocasionada pela pandemia da Covid-19, a fim de superar certas ineficiências da antiga Lei nº 11/101/2005, e aproximar instrumentos processuais e materiais que apresentam melhor manejo da recuperação da atividade empresarial e falência.

Desse modo, pode-se compreender que a nova lei procura estabelecer a aplicação daquilo que importa ao interesse coletivo da atividade empresarial, superando as perspectivas individuais e, por bem, utiliza de instrumentos que fornecem a valoração dos princípios da preservação e função social da empresa, o que faz com que haja um avanço na recuperação econômico-financeira congruente para possibilitar o procedimento de recuperação da empresa.

A nova disposição legislativa insere nos seus artigos 20-A à 20-D a possibilidade da utilização dos meios autocompositivos por meio de um rol exemplificativo, dentre os quais ressalta as formas antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação da empresa. Conforme acentua Sacramone (2021, p. 153), a “negociação poderá permitir que o empresário equalize o seu passivo exigível a curto prazo ou garanta novas formas de financiamento”, assim, viabiliza com efeito o equilíbrio da crise econômico-financeira.

A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO, E A RELAÇÃO DESTAS COM O ESCOPO DA LEI Nº 11.101/2005

Com os inúmeros processos na esfera judicial brasileira, a aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos se tornou uma ferramenta atrativa para tentar “desafogar” o Judiciário e, principalmente, encontrar soluções amistosas para o conflito erguido entre as partes.

Para tanto, o Código de Processo Civil estabeleceu a realização de audiências prévias de conciliação e mediação nos processos judiciais cíveis, a serem aplicadas pelos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – CEJUSC’s, unidades pertencentes ao Poder Judiciário Brasileiro. Em conformidade a isso, foi publicada a Lei nº 13.140/2015 para tratar, especificamente, sobre mediação e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Essas medidas foram significativas para os processos judiciais ao oportunizar a resolução da lide por quem melhor poderia fazê-lo: às próprias partes. Neste curso apenas se teria um terceiro presente para auxiliar no bom andamento e estimular o consenso entre os conflitantes. Nas palavras de Kamel (2017, p. 24):

Há duas razões que tornam o caminho da autocomposição tão positivo para os envolvidos: em primeiro lugar, é mais rápido do que esperar uma decisão de outrem. Em segundo lugar, quando as partes chegam a uma solução por si mesmas, elas tendem a valorizá-la e a respeitá-la mais do que uma decisão trazida de fora.

A aplicação desses métodos, como visto, pode ser benéfica na busca pela resposta a um

problema, podendo ser utilizados em processos judiciais ou extrajudiciais, de forma pré-processual ou incidentalmente no processo judicial.

Ambos os institutos de solução de controvérsias são guiados por alguns princípios em comum, quais sejam: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e o da decisão informada, nos moldes do art. 166, caput, do CPC.

A partir disso, pode-se observar que não deve haver, em nenhum momento, qualquer tipo de favorecimento a um dos partícipes em desfavor do outro, pelo condutor da sessão ou da audiência, seja conciliador ou mediador, bem como o que se prima é consenso entre os integrantes da demanda. Em assertiva análoga, também podendo ser aplicado sobre a conciliação, afirma Bonilha (2018, p. 390):

Nesse contexto, a mediação é a via ideal para aproximar credores e o devedor, no caso a empresa Recuperanda, por meio de um terceiro imparcial, isto é, que não envolva conflito de interesses com qualquer das partes, nem mesmo com o Administrador Judicial.

Ademais, não se pode utilizar o que foi dito em sessão ou audiência contra a outra parte no curso do processo judicial, a não ser que tenha sido reduzido em acordo firmado voluntariamente.

Percebe-se que há muitas disposições comuns entre a conciliação e a mediação, entretanto, são relevantes as diferenças presentes, as quais podem ser compreendidas, através da leitura dos parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do Código de Processo Civil, em resumo, da seguinte forma: a conciliação é conduzida por um terceiro que pode interferir no processo através de sugestões enquanto a mediação é guiada por um agente que deve apenas facilitar a comunicação entre as partes. Em reforço, apontam Mazzei e Chagas (2017, p. 74):

Em verdade, a conciliação e mediação são dois métodos autocompositivos distintos, como indica o próprio novo código de processo²⁷. Sinteticamente²⁸, indica-se a conciliação para casos em que não há vínculo prévio entre as partes, de modo que se trata o problema de maneira pontual, por um terceiro imparcial que aponta sugestões de acordo para as partes. A mediação, por sua vez, indica-se para os conflitos inseridos em relações com um histórico entre as partes, de modo que um terceiro imparcial apenas auxiliará a que as partes mesmas restabeleçam o diálogo.

Como dito, na conciliação, o terceiro facilitador tem um papel mais ativo no qual pode sugerir soluções, de forma imparcial, que possam ser proveitosas a ambas as partes. Para que se opte pela atuação do conciliador é recomendado pela legislação processual civil que não haja um vínculo anterior entre as partes, ou seja, a única motivação para se relacionarem pode ter sido o conflito em caso, ou uma prévia relação pontual que gerou o desentendimento. Logo, é um método recomendado quando não há laços entre as partes.

Com relação a mediação, é uma ferramenta autocompositiva em que não se permite ao facilitador trazer qualquer tipo de interferência em forma de sugestão, mas é para conduzir as partes durante a comunicação, evitando falhas e desentendimentos, para que essas consigam, entre elas, encontrar uma resposta para o problema em discussão que seja benéfico para todos. No mesmo sentido, explana Bonilha (2018, p. 390):

O mediador tem o papel de identificar os interesses comuns, facilitar o diálogo, limpar ruídos de comunicação que, por ventura, possam ter contaminado a relação comercial e, por fim, auxiliar o processo de negociação, estimulando as partes a criarem opções que possibilitem gerar uma nova situação, que atenda quantitativa e qualitativamente aos interesses dos envolvidos.

Pelo Código de Processo Civil também é recomendado que o mediador opere, preferencialmente, em demandas que existam um vínculo anterior entre as partes, conforme enuncia o art. 165, §2º.

Vale ressaltar que o objetivo da autocomposição não pode ser apenas concluir a disputa entre as partes, mas deve ser primordialmente o de encontrar um desenlace que seja satisfatório para os envolvidos, como afirma Kamel (2017, p. 70):

Uma vez iniciado o conflito, surge a necessidade de resolvê-lo de maneira adequada. Um conflito mal resolvido pode ser tão danoso quanto um conflito que nem se tentou resolver; por exemplo, quando nenhuma parte ficou satisfeita com a solução – como facilmente acontece se ele é resolvido por uma terceira pessoa, como um juiz.

Com base no exposto, se o processo não finaliza de modo aprazível, as etapas da autocomposição podem se tornar prejudiciais às partes integrantes do conflito, de modo que possa ser preferível a essas um processo judicial demorado, mas que ofereça uma solução viável.

Com as alterações trazidas pela Lei 14.112/2020, ficou prevista a aplicação da conciliação e da mediação na solução dos impasses relacionados aos processos de falência e recuperação de empresas, métodos que podem ser usados em qualquer grau de jurisdição, como reza o art. 20-A, assim como podem recair antecedente ou incidentalmente aos processos judiciais, de acordo com o art. 20-B da LRF.

As ferramentas de autocomposição podem ser prestadas na resolução das lides entre a sociedade devedora e os credores habilitados, ou não, e os titulares. A exemplo destes últimos os credores fiduciários, que têm propriedades em garantia, não se sujeitando, pois, ao concurso creditório.

Tomazette (2021, p. 35) observa que:

De modo similar, os conflitos com os credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/2005, ou outros credores extraconcursais podem dificultar muito a obtenção da recuperação. Como esses credores não estão sujeitos ao processo, suas ações não estão suspensas e, por isso, podem dificultar a continuação dos negócios e a negociação com os credores sujeitos ao processo de recuperação judicial.

Os motivos que impedem o bom desdobramento de um plano de recuperação judicial, por exemplo, não se concentram apenas nas dificuldades de comunicação com fornecedores ou colaboradores, mas podem ocorrer conflitos entre os próprios sócios da sociedade prejudicada que engessam as negociações por não acharem, sozinhos, um ponto em comum.

De forma relacionada, Tomazette (2021, p. 35) assevera:

Disputas entre sócios sempre geram reflexos sobre a sociedade, podendo dificultar ou eventualmente inviabilizar um pedido de recuperação ou as medidas de superação da crise. Assim sendo, é fundamental a busca de soluções rápidas e céleres que são facilitadas pelos mecanismos de autocomposição de interesses.

Tendo em vista que a falência e a recuperação empresarial têm sentido fixado no desenvolvimento econômico e na realocação dos bens produtivos, torna-se favorável o desenrolar dos conflitos entre os credores, sócios e a sociedade insolvente quando esse ocorre através da comunicação pessoal e assertiva.

Essa comunicação é enriquecida, em comparação ao desenrolar tradicional dos proces-

sos em juízo, quando os interesses subjetivos das partes ganham espaço na discussão, ou seja, torna-se mais fácil encontrar a solução de um conflito quando os envolvidos, os quais realmente sabem o que lhes é importante, decidem encontrá-la em conjunto.

Logo, um método alternativo pode abrir caminhos para um fim mais equilibrado e benéfico dos embates e, possivelmente, até para a renovação do vínculo existente anteriormente.

Considerando as importantes diferenças destacadas entre os métodos autocompositivos, pode ser questionado o porquê do emprego da conciliação nos processos de falência e recuperação de empresas diante da conclusão de que existe um vínculo anterior entre as partes e, por recomendação expressa do CPC e previsões da lei nº 13.140/2015, depreende-se que deveria ser aplicada a mediação como ferramenta de resolução do litígio.

Ocorre que, pelas características, a mediação é instrumento ideal para casos mais complexos em que há laços entre as partes enquanto a conciliação é apta para os casos mais simples e que podem ser solucionados de forma mais rápida. Desse modo, o vínculo não se resume a termos jurídicos, mas na verdade se refere a uma ligação evidente entre as partes em meio a qual existe algum tipo de diálogo preexistente, mesmo que falho no momento em questão.

AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 14.112/2020 SOB O CRIVO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Introduzida pelas relações de Direito e Economia, originada nos Estados Unidos e apontada como uma corrente que se compunha no papel interdisciplinar de viabilizar a economia aplicada ao ramo jurídico, a Análise Econômica do Direito nasceu durante os séculos XVIII e XIX, com os estudos de Ronald Coase (1960), Gary Becker (1968) e Guido Calabresi (1970). Além disso, segundo posicionamento teórico do autor Lalaguna (1992, p. 209), a origem dessa nova disciplina se deu com a doutrina econômica de Adam Smith que utilizou a interpretação jurídica nos aspectos econômicos, a qual serviu de apoio no desenvolvimento das teses utilitaristas de Jeremy Bentham.

A base primordial para se estudar a economia no ramo jurídico está resignada no conceito econômico de eficiência e ganhos de prosperidade social. Isso implica a postulação de recursos escassos provenientes de custos, tendo em vista a maximização da utilidade e equilíbrio, levando a maior bem-estar social (POSNER, 2007). Isso porque, em uma sociedade há a necessidade de se gerenciar recursos. Por serem eles escassos, a Economia é a fonte capaz de administrá-los.

Tratando-se das características da análise de custo-benefício, Porto e Souza Filho (2005) apontam:

- i) os ganhos e perdas potenciais são convertidos em unidades monetárias, para isso, faz-se necessário valorar benefícios e custos utilizando informações de mercado, com eventual modificação para tratar externalidades ii) os benefícios e custos são agregados na perspectiva de toda sociedade; iii) os benefícios e custos futuros são considerados e submetidos a uma taxa de desconto para comparação dos valores presentes; iv) o projeto visa à maximização do benefício social líquido.

Assim, é possível viabilizar a exploração dos recursos limitados admitida pelo incentivo à eficiência para, sob o viés deste trabalho, demonstrar o cumprimento das regulamentações que

envolvem a Lei de Recuperação e Falência na ótica econômica, sobretudo para as suas inovações quanto a inserção da conciliação e da mediação como instrumentos capazes de auxiliar os empresários frente à crise econômica, bem como analisar os parâmetros que dificultam os respectivos métodos de produzirem resultados satisfatórios, abordando, originalmente, o conceito de custos de transação.

Os custos de transações são considerados custos que remetem à proteção de direitos dos agentes (devedor e credor) se comprometendo a intercambiar a economia. Há várias espécies destes em uma economia, sendo os mais importantes: assimetrias informacionais, os custos de barganha, os custos legais e os custos de busca (TABAK, 2015, p. 324). Associados aos modelos microeconômicos, os custos de transações estão a ocupar a análise daquilo que incorre o agente econômico organizar os recursos escassos para promover a maximização da sua utilidade, em perspectiva racional, na busca pelo bem-estar da sociedade.

Assim, atribui-se à figura estatal a responsabilidade por incentivar a negociação entre o credor e o devedor, e diminuir os custos de transações a fim de que haja uma resolução e se recupere a empresa no estado de insolvência, cabendo isso, em tese, aos mecanismos judiciais.

Gonçalves (2020, p. 56) afirma que “a figura estatal, neste aspecto, é evidenciada quando invocada a função social e econômica da atividade empresarial, eis que sob seu argumento pode proteger a superação da crise do empresário.” Portanto, espera solucionar o conflito sem que se sujeite ao processo.

Nesse sentido, entende-se que a aplicação dos institutos da recuperação judicial e da falência são formas de o Estado corrigir as falhas de mercado para que a sociedade não seja prejudicada pela quebra das empresas. Compreende-se por falhas de mercado, as “situações em que a interação racional e auto interessada dos agentes econômicos não leva a resultados eficientes sob o ponto de vista de ganho social” (CARVALHO, p. 118, 2020), ou seja, quando essas ocorrem, o Estado pode tentar regular a situação para evitar maiores prejuízos à economia.

A despeito disso, as condições são ineficientes nos casos em que a legislação beneficia apenas o devedor, consubstanciando o risco do negócio e afastando a possibilidade de recuperação, vez que as normas podem afetar a negociação e, conseqüentemente, gerar altos custos de transação.

Ronald Coase (1960) aborda ainda os custos de transações associados a maneira como a atividade econômica extrai o resultado obtido em diferentes meios de alocação dos recursos, de forma que as transações feitas excessivamente pela firma prejudicam a alocação dos recursos e a produção, aumentando, pois, os custos. Desta forma, opera a atividade empresarial menores custos transacionais e maiores relações contratuais para sua organização. Em que pese a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, o custo de transação adicional diz respeito ao procedimento falimentar.

Parafraseando Gonçalves (2020, p. 59-60), para que haja a negociação entre credores e devedor é necessário que haja um plano de recuperação que viabilize a preservação da empresa e o cumprimento da função social desta. Entretanto, há que considerar o risco de oportunismo que envolve o sujeito credor quando, ao apresentar seu plano ao devedor a procurar aprovação pela Assembleia Geral de Credores tende a apresentar posições favoráveis a si mesmo, agindo em domínio sobre os demais.

Ademais, quanto a nova regulamentação com relação ao uso de plataformas virtuais que possibilitam a resolução de conflitos de maneira mais célere, Fisher e Ury (2018) acentuam que a negociação feita de maneira presencial possui resultados mais satisfatórios do que virtuais.

Portanto, dentro desse cenário percebe-se custos positivos e negativos no procedimento falimentar. Positivos, pois, a eficácia dos métodos autocompositivos possibilitam os agentes econômicos enxergarem o conflito como um meio para se maximizar a utilidade de bens e serviços por meio do equilíbrio para a obtenção de resultados eficientes. Negativos, quando os bens e serviços são singulares provocando ampla complexidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por objeto verificar a utilidade e eficiência das inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 quanto a inserção da conciliação e da mediação no procedimento de recuperação de empresas e no regime falimentar. Nessa perspectiva, foi levado em consideração a importância dos institutos de recuperação judicial e falência para a economia, e o fato de serem instrumentos de correção de falhas de mercado.

Ainda se considerou as circunstâncias que as partes tendem a vivenciar em desembolsar altos custos com processos judiciais longos e que, em certas vezes, não proporcionam um resultado favorável, sob a perspectiva das partes.

Nesse sentido, depreende-se que a aplicação da mediação ou conciliação sobre a falência ou recuperação empresarial pode servir de maximização da utilidade dos bens e serviços em caso, sob a perspectiva econômica, pois, proporciona uma melhor comunicação entre a parte credora e devedora, que terão a oportunidade de entender os interesses, uma da outra, e encontrar os pontos de convergência.

Entretanto, em se tratando de bens e serviços singulares, é plenamente possível que não consigam solucionar o conflito em razão da alta complexidade, mas é possível que a chave para tanto esteja na disposição das partes e intenção em dar proveito àqueles.

Ademais, a autocomposição deve ser genuína e não automatizada, em que objetiva apenas acabar com o conflito sem de fato encontrar uma solução cabível.

Portanto, sob a perspectiva da análise econômica, em que pesa a premissa da maximização da utilidade frente a escassez dos recursos, há um bom custo-benefício na aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos nos processos de recuperação de empresa e falência, considerando o interesse na realocação dos bens dos empresários na economia e o retorno célere destes e, do outro lado, o ânimo dos credores em terem seus créditos satisfeitos ao máximo e em tempo razoável.

Tendo em vista ser recente a promoção da mediação e conciliação na Lei de Recuperação e Falência, ainda não há estatísticas plenamente capazes de demonstrar a utilização desses métodos pelos empresários insolventes e o quanto podem reduzir os custos de um processo. Para estudos futuros, sugere-se que seja realizada análise comparativa entre processos falimentares que utilizaram da mediação e conciliação e os que findaram de modo tradicional.

Por conseguinte, para ser alcançada a maximização da utilidade e redução dos custos

através dos métodos alternativos de conflitos, é necessário que esses sejam promovidos no âmbito do Poder Judiciário, assim como pelos advogados das partes, para, dessa maneira, tornar os processos de insolvência mais resolúveis no Brasil.

Assim, conclui-se que, a diminuição assimétrica das informações, proporcionada pelos métodos de conciliação e da mediação trazidas pelas inovações da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (14.112/2020), é eficiente para economizar e dissipar os custos da lide, ensejando melhor distribuição dos recursos para a garantia da continuação e funcionalização da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. 2020. Doing Business 2020. Washington, DC: Banco Mundial. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil>. Acesso em: 28 de nov. 2021.

BONILHA, Alessandra Fachada. A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado na recuperação judicial. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 57. ano 15. P. 385-410. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 156.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

CARVALHO, Cristiano. Direito tributário e Análise Econômica: uma introdução atualizada. In: YEUNG, Luciana (Org.). Análise Econômica do Direito: temas contemporâneos. São Paulo: Actual, 2020.

COASE, Ronald H. O problema do Custo Social. The journal of law & economics. Volume III. Universidade da Virgínia, 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito Comercial: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

DURÃES, Herbet Vieira; e ROCHA, Marcelo Hugo da. Direito empresarial. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2021.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. Trad. de Agavino R. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. Título original: Getting

to yes.

GONÇALVES, Oksandro. *Análise econômica do direito: resultado de pesquisa do Graed: livro I.* / Belo Horizonte: Senso, 2020. 530 p.

KAMEL, Antoine Youssef. *Mediação e Arbitragem [livro eletrônico]*/ Antoine Youssef Kamel. Curitiba: InterSaber, 2017.

LALAGUNA, Paloma Durán Y. *Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho.* Granada (Espanha): Editorial Comares, 1992.

MAZZEI, Rodrigo; e CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Breve Ensaio sobre a Postura dos Atores Processuais em Relação aos Métodos adequados de Resolução de Conflitos.* In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos.* Salvador: Juspodivm, 2017. (Coleção Grandes temas do Novo CPC v.9. Coord. Fredie Didier Jr.)

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial / Ricardo Negrão.* – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NIARARDI, George. *Direito Empresarial.* Pearson Education do Brasil. 2ª Ed. São Paulo. 2020.

PORTO, R. L. L., e SOUZA FILHO, F. A. (2005). *A justiça alocativa e critérios de avaliação dos mecanismos de alocação.* Anais do XVI Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos (ABRH), João Pessoa, Brasil.

POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law.* 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 153.

SILVA, Franklin Façanha da. *Objetivos macroscópicos da lei falimentar em face da análise econômica do direito.* Revista da AMDE. 2017 – Vol. 17.

TABAK, Benjamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas.* Revista de Informação Legislativa. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em: 19 nov. 2021.

TIMM, Luciano Benetti. CARVALHO, Cristiano. *Direito e Economia no Brasil. Análise econômica da Tributação.* 4. ed.- Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2021. Livro eletrônico. 27 páginas. Disponível em: <<https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/188674/epub/0?code=0rJaBuZqKkKzMiD4i1fLiGyktW7TAhR+rWYLNAAJ4y4Wo31ZrgGnl/U+V9gcXwWUwPAVPiYt7VwmY5ggHmnlUQ==>>. Acesso em: 14 de mar. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. *Comentários à Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (pp. 11-12). Editora Foco. Edição do Kindle.

WORLD BANK. *Doing Business 2020.* Washington, DC: 2020. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil>. Acesso em: 28 de nov. 2021.

A ameaça sistêmica à etnia indígena "Guajajara" no Maranhão

Marta Bethânia da Silva Santos Liberato

Acadêmica do curso de Direito, no 10º período, da Universidade Estadual do Tocantins- UNITINS. Artigo apresentado como requisito parcial para a obtenção de título em direito,

Francisco Kenedy Quinderé Aquino

Advogado (OAB/MA nº 13.199), Especialista em Direito Civil e Empresarial (DAMÁSIO/SP), Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional (UNITAU/SP).

Kamila Soares Leal

Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela UNITAU, Docente na Universidade Estadual do Tocantins.

RESUMO

Este estudo tem por finalidade abordar o processo histórico das afirmações legais do direito dos povos indígenas brasileiros à terra, analisando a etnia Guajajara no Estado do Maranhão. O objetivo deste artigo é trazer uma reflexão sobre o ambiente de consecutivas violências, bem como uma análise legal, bem como trazer as legislações recentes da temática. O artigo constituiu-se de uma pesquisa exploratória, sendo que como metodologia, optou-se por um levantamento bibliográfico, visando identificar quais as possíveis consequências em decorrência da violência que cerca a questão da demarcação de terras indígenas, em especial no tocante a etnia Guajajara, no Estado do Maranhão. Com base na pesquisa bibliográfica e documental, analisam-se os conflitos que atingem os povos indígenas e a concreta necessidade de demarcação como condição fundamental para a continuidade da vida indígena na realidade brasileira, como sendo fundamento dos direitos humanos previstos na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: povo indígena. violência. direitos humanos. etnia guajajara.

ABSTRACT

This study aims to address the historical process of legal assertions of the right of Brazilian indigenous peoples to land, analyzing the Guajajara ethnic group in the State of Maranhão. The purpose of this article is to reflect on the environment of consecutive violence, as well as a legal analysis, as well as to bring the recent legislation on the subject. The article consisted of an exploratory research, and as a methodology, a bibliographic survey was chosen, aiming to identify the possible consequences as a result of the violence that surrounds the issue of demarcation of indigenous lands, especially with regard to the Guajajara ethnic group, in the state of Maranhão. Based on bibliographic and documentary research, the conflicts that affect indigenous peoples and the concrete need for demarcation as a fundamental condition for the continuity of indigenous life in the Brazilian reality are analyzed, as the foundation of human rights provided for in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: indigenous people. violence. human rights. guajajara ethnicity.

INTRODUÇÃO

Os povos Tenetehara¹, mais conhecido pelos não indígenas como Guajajara, fala uma língua pertencente ao tronco tupi, habita diferentes regiões no Maranhão e constitui atualmente a maior nação indígena no estado, onde de acordo com a estimativa da FUNASA (2010)² estima-se que há aproximadamente 23.949 (vinte e três mil e novecentos e quarenta e nove) indígenas nas terras do estado do Maranhão. Estando estes localizados em terras no centro do Maranhão às margens dos rios: Pindaré, Mearim, Grajaú e Zutiwa. Importante ressaltar que há mais de 380 (trezentos e oitenta) anos, que estes povos vivem marcados por revoltas e grandes tragédias³.

Assim, será apresentado neste artigo a apreciação do fenômeno da violência contra os

¹ Alguns escrevem Tenetehara, porém os Guajajara aceitam apenas Tenetehar

² Informação extraída do site do ISA.

³ A revolta de 1901 contra os missionários capuchinhos teve como resposta a última "guerra contra os índios" na história do Brasil. Conhecida como massacre do Alto alegre.

povos indígenas do Brasil, analisando a etnia Guajajara no Maranhão. Nos últimos anos, diante dos números expressivos das mais diversas formas de violência, homicídios e da paralização de processos de demarcação e de projetos de lei como PL 2633/2020, conhecido como PL da Grilagem, por dispor sobre a regularização fundiária de ocupações incidentes em terras localizadas em áreas da União, povos indígenas de diversas regiões do país, se mobilizaram contra o que consideram agenda “anti-indígena”.

Ademais, há a Tese do “Marco Temporal” em pauta no STF em ação de reintegração de posse do Governo de Santa Catarina contra o povo Xokleng, Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365 a decisão pode mudar os rumos da demarcação das Terras Indígenas. A tese proposta visa uma interpretação restritiva da Constituição, de modo que os povos indígenas só teriam direito a áreas já ocupadas na data de promulgação da Constituição Federal, isto é, 5 de outubro de 1988 (CIDH, 2010)⁴.

O objetivo geral deste artigo é trazer uma reflexão sobre o ambiente de consecutivas violências, bem como uma análise legal, trazendo as legislações recentes sobre a temática, haja visto que o debate tem se intensificado, sobretudo, acerca da violência sofrida por estes povos e de como mecanismos legais e as lacunas legislativas podem intensificá-las (CIDH, 2018)⁵.

No tocante aos objetivos específicos está no que se refere a uma análise sucinta sobre o processo histórico da luta, as conquistas do direito dos povos indígenas à terra, em decorrência de suas lutas, e uma breve análise quanto as legislações vigentes e seus possíveis impactos para os povos indígenas, em especial a etnia Guajajara e conseqüentemente, a posição do Governo Brasileiro frente as normas jurídicas pertinentes ao tema e competentes para apreciarem os litígios.

O artigo se justifica pelo fato de que a invasão, ocupação e exploração do solo brasileiro foram e são determinantes para as transformações radicais que os povos originários passam no decorrer dos séculos, onde por meio da Constituição de 1988 foram reconhecidas as questões quanto a cultura indígena, inclusive reconhecendo os direitos dos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles, onde dentre os direitos fundamentais esse merece estudo abalizado por estar inserto no artigo 231, caput, da Lex Mater, pois a terra é um elemento fundamental para que toda e qualquer sociedade indígena sobreviva, visto tratar-se do espaço físico vital para a satisfação de suas diferentes necessidades (LOPES, 2001)⁶. Utilizando-se para tanto de uma pesquisa bibliográfica, descritiva e documental através do método exploratório e dedutivo.

E esse tem sido um dos temas mais debatidos na contemporaneidade gerando vários conflitos de interesse, pois as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são bens da união, mas a Constituição assegura a posse e o usufruto dessas terras aos indígenas, ou seja, há um direito dos indígenas as terras tradicionalmente ocupadas por eles (MENDES, 2014)⁷. O problema se dá no que tange a demarcação dessas terras sobre as quais os indígenas têm esses direitos, e são por meio destes processos de demarcações que ocorrem as intermináveis discussões sobre se aquelas terras podem ser consideradas tradicionalmente terras indígenas

4 CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: 2010.*

5 CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: 2010.*

6 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.*

7 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha / Gilmar Ferreira Mendes. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.*

ou não (LOUREIRO, 2017)⁸.

HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

Quando Cristóvão Colombo navegou até a América em 1492, pensou que havia chegado as Índias, batizando de índios os nativos que encontrou. Porém, apesar de terem sido generalizados nessa classificação, os índios não se viam como um povo unificado, pois eram divididos em uma variedade de etnias sem qualquer identificação entre si.

Estima-se que população naquela época de indígenas, eram de um a dez milhões de habitantes, no entanto, com a consolidação do domínio colonial, essa população foi vitimada por um processo de genocídio, tanto pela disseminação de doenças, bem como em decorrência da força das armas, situação que se estendeu até o século XX, com a expansão das fronteiras econômicas regionais. Na contemporaneidade, pode-se comprovar que a população indígena se reduziu em aproximadamente mais de 345.000 (trezentos e quarenta e cinco mil) seres humanos, distribuídos entre 215 (duzentos e quinze) sociedades indígenas (FUNAI)⁹.

A apropriação de terras indígenas pelos colonizadores destruiu muitas comunidades, comprometendo sua sobrevivência, tendo em vista que as atividades dos indígenas são tradicionalmente vinculadas a terra Almeida (2010)¹⁰. Por conta desse cenário a demarcação de terras indígenas é de suma importância. Assim sendo, o Poder Constituinte Originário de 1988 constitucionalizou direitos e garantias pertinentes às condições necessárias para a vida digna das comunidades indígenas, tais como: o direito à preservação da própria cultura (artigo 231, caput, da CF/88); o direito à educação na própria língua (artigo 210, § 2º, da CF/88); o direito à posse das suas terras e ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (artigo 231, caput e § 2º, da CF/88); à proteção direta do Ministério Público na defesa desses direitos e interesses (artigo 232 da CF/88).¹¹

Em 1961 foi criada a primeira e maior reserva indígena brasileira, o Parque Nacional do Xingu, essa conquista foi muito importante para a luta dos povos indígenas em busca de melhores condições de vida e demarcação de terras (COSTA; MELLO, 1999)¹². A Constituição de 1988 consolidou o direito dos indígenas a terra e ao uso conforme seus costumes e sua organização social, no entanto nos últimos anos muitas terras indígenas apresentam conflitos; há décadas buscam o reconhecimento dos seus territórios tradicionais Alterini, Corna e Vázquez (2005)¹³.

São mais de 800 (oitocentos) mil indígenas¹⁴ de 246 etnias que falam centenas de línguas, estando em mais de 700 (setecentas) terras que ocupam 13% do Brasil, onde a maioria fica na Amazônia Legal, que é o caso da etnia Guajajara. Regiões que engloba 09 (nove) estados brasileiros ricos em recursos naturais, por este motivo são constantemente ameaçadas e invadidas (Caldart *et al.* 2012)¹⁵.

8 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. – 8ª. Ed. rev., atual e ampl. - Salvador: Editora Juspuvim, 2017.

9 FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). *Os índios*. Presidência da República, Brasília, 2005

10 ALMEIDA, Maria Celestino de. *Os índios na história do Brasil* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

11 *Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

12 COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. *História do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Scipione, 1999.

13 ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M.; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Propiedad Indígena*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2005.

14 De acordo com a Funai (2016), existem 32 grupos não contatados (isolados) confirmados pelo órgão (Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoas/politica-indigenista?start=4>>

15 CALDART, Roseli Salete *et al.* (Orgs.). *Dicionário da educação do campo* Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde

Desde 2010 os conflitos por território mataram mais de 350 (trezentos e cinquenta) indígenas e muitos seguem ameaçados, onde nos últimos anos por exemplo 133 (cento e trinta e três) indígenas foram acolhidos pelo programa de proteção aos defensores de direitos humanos (CPT, 2015)¹⁶. Com a Constituição foi reforçado que o principal órgão do governo responsável por lidar com a questão indígena, seria a Fundação Nacional do Índio-FUNAI.

Na prática isso significa que a FUNAI deve identificar, demarcar e monitorar as terras indígenas, mas também é responsabilidade dela prestar apoio e proteção social. No entanto, a FUNAI tem limitações políticas e orçamentarias que acabam por prejudicar a demarcação e a defesa dos territórios e é nesse contexto que surge uma série de pressões (ISA, 2016)¹⁷.

EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA

Proteção aos direitos dos povos indígenas ante ao direito internacional e aos direitos humanos

A internacionalização dos direitos humanos surgiu de um movimento pós-guerra, trouxe uma visão mais contemporânea, por meio da Declaração Universal de 1948, de acordo com Piovesan, a autora cita Hanna Arendt, que afirma que os direitos humanos não “são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. Ainda, de acordo com a autora, a 2ª guerra significou uma ruptura com os direitos humanos e desta forma o pós-guerra representa a reconstrução, sobretudo apoiado no princípio da dignidade humana. Nas palavras dela:

[...] no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. (PIOVESAN, Flávia. Pg. 66. 2018)¹⁸.

OIT 107 (1957)	<p>Artigo 2º</p> <p>1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.</p> <p>2. Tais programas compreenderão medidas para: [...] b) promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida.</p>
OIT 169 (1989)	<p>Artigo 2º</p> <p>1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.</p> <p>2. Essa ação deverá incluir medidas:</p>

Joaquim Venâncio, São Paulo: Expressão Popular, 2012

16 CPT - COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no campo - Brasil 2015* Goiânia: CPT Nacional, 2015.

17 SA - INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Terras indígenas: ameaças, conflitos e polêmicas*. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org>>. » <https://pib.socioambiental.org>

18 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

	<p>a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;</p> <p>b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;</p> <p>c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças socioeconômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.</p>
ONU (2007)	<p>Artigo 3</p> <p>Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.</p>
ONU (2007)	<p>Artigo 6</p> <p>Todo indígena tem direito a uma nacionalidade.</p>
ONU (2007)	<p>Artigo 10</p> <p>Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.</p>

O quadro 1 demonstra a evolução da legislação indigenista no âmbito internacional. Verifica-se que a convenção da OIT (Organização Internacional do Trabalho)¹⁹ de número 107 adotada em 1957 foi um dos primeiros documentos relevantes, segundo Mariana Yokoya (2009)²⁰. Esta convenção tratou da integração dos povos indígenas e de promover o avanço dessas culturas, ainda não trouxe o conceito de autodeterminação dos povos indígenas que foi desenvolvido posteriormente, embora ela represente uma evolução, ainda perdura a ideia de integração dos povos indígenas à sociedade.

Essa perspectiva, segundo Yokoya (2009)²¹ que é assimilacionista, começa a mudar a partir da convenção da OIT 169 (1989), a autora ainda pontua que o termo “populações” indígenas foi substituído por “povos indígenas”. Na OIT 169 (1989) percebe-se medidas que visam tutelar os direitos dos povos indígenas e conceder-lhes as mesmas oportunidades que os demais membros da população, de maneira compatível com a forma de vida dos povos nativos.

Em 1988 a primeira versão da Declaração Universal sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi elaborada, todavia apenas em 2006 aprovou-se o rascunho e em 13 de setembro de 2007 a Declaração foi aprovada. Em ONU (2007)²² observa-se a ruptura com a cultura assimilacionista e com a integração desses povos à sociedade, para a autodeterminação dos povos. Assim como verifica-se uma preocupação com o direito indígena à terra.

Já no caso brasileiro, é tradição associar os direitos dos indígenas à política territorial desde o período colonial, é o que estaca Lopes (LOPES, 2006. Pg, 223)²³. A primeira carta magna do país e a primeira Constituição após a Proclamação da República excluíram a questão indígena, mas nas constituições seguintes foi observado a preocupação com os direitos indígenas,

19 *Derechos indígenas: lecturas comentadas del Convenio 169 de la OIT. México*

20 Yokoya Simoni, Mariana. "O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira.

21 Yokoya Simoni, Mariana. "O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira

22 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, UNIC/RIO, 2007.

23 LOPES, Ana Maria D'Ávila e Karine Rodrigues Mattos. *O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. Brasília, 2006.*

sobretudo à terra.

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O reconhecimento dos direitos indígenas, no que se refere ao seu território/terras, teve origem ainda no século XVII, quando a Coroa Portuguesa editou documentos jurídicos que buscavam coibir o processo de colonização trazendo respaldo aos direitos territoriais indígenas. O primeiro documento, ficou conhecido como sendo Alvará Régio, publicado no ano de 1680, pelo ordenamento jurídico do Estado Português. Posteriormente, houve a publicação da Lei de 06 de junho 1755, editada pelo Marquês de Pombal (SILVA, 2001)²⁴.

Os dois documentos jurídicos acabaram por reconhecer o caráter originário e imprescritível dos direitos indígenas sobre suas terras, surgindo assim o que o Direito Brasileiro dos Séculos XIX e XX denominou de instituto do Indigenato, assim, posteriormente foi consagrado como sendo Estatuto do Índio no ano de 1973 e em seguida por meio do artigo 231 da Constituição Federal de 1988²⁵.

No tocante aos processos demarcatórios no Brasil, estes sofreram grandes alterações ao longo do tempo, principalmente após a Aprovação do Estatuto do Índio. Foram ocasionados através das seguintes publicações do Poder Executivo: Decreto nº 76.999, em 08 de janeiro de 1976; Decreto nº 88.118, em 23 de fevereiro de 1983; Decreto nº 94.945 em 23 de setembro de 1987; Decreto nº 22, de 04 de fevereiro de 1991. Por fim, ficou instituído o Decreto nº 1.775, publicado em 08 de janeiro de 1996, documento este usado até os dias atuais (SANTILLI, Márcio, 1996/2000)²⁶.

A evolução do direito indígena dentro da pluridimensionalidade dos direitos humanos, leva a observação de que suas conquistas não ocorreram de forma crescente, uma vez que se verifica por meio da evolução legal os direitos destes, havendo inúmeros progressos e retrocessos que se sucederam desordenadamente, sendo reconhecidos constitucionalmente pela primeira vez, no Brasil na Constituição de 1934, que atribuiu a natureza jurídica de direito natural, também se vedou a alienação, inovou ao estabelecer a competência exclusiva da União legislar acerca de questões indígenas (CARNEIRO DA CUNHA, 1998)²⁷.

Art. 5º – Compete privativamente à União:

XIX – legislar sobre:

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. Permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. (BRASIL, 1934)²⁸.

Nas constituições seguintes de 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, houve poucas inovações. Na constituição seguinte de 1937 da ditadura do Estado Novo de

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

25 A Fundação Nacional do Índio – FUNAI é o órgão indigenista oficial do Estado Brasileiro. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967, veiculada ao Ministério da Justiça, é a coordenadora e principal executora da política indigenista do Governo Federal. Os direitos originários dos povos indígenas e seus respaldos encontram-se no endereço eletrônico do site do órgão.

26 SANTILLI, Márcio. *POVOS INDÍGENAS DO BRASIL 1996/2000*. Instituto Socioambiental. Acervo ISA. Pg. 163. 2000.

27 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Legislação indigenista do século XIX*. São Paulo: Edusp; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1993

28 BRASIL. *Constituição (1934)*. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934*.

Vargas, manteve-se o texto que tratava sobre os indígenas na íntegra. Já a Constituição de 1946:

Foi elaborada sob a égide de um processo duvidoso de redemocratização. Inobstante a formação do Congresso Constituinte e as inúmeras discussões existentes sobre o relacionamento entre o Estado e grupos indígenas, predominou a antiga ideologia de incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. (LOPES, 2006.Pg. 224)²⁹.

A constituição seguinte de 1967 a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, foram marcadas pela ditadura militar, onde trouxeram poucas inovações, cabe destacar que no artigo 4º se instituiu que as terras ocupadas pelos indígenas integravam o patrimônio da União:

Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União:

IV - As terras ocupadas pelos silvícolas. (BRASIL, 1967)³⁰.

A emenda constitucional acrescentou a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos a qualquer dos atos que tivessem por objeto o domínio, posse ou ocupação de terceiros a terras ocupadas por indígenas, sem direito a ação de indenização contra a União e a FUNAI, segundo Lopes e Mattos. (LOPES, 2006. Pg 224)³¹. O artigo 198 da emenda constitucional de 1969 dita que:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio. (BRASIL, 1969)³².

Na contemporaneidade a demarcação de terras indígenas é regida de acordo com o que está previsto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 e pela Lei 6.001 de 1973, que, ainda que anterior à Constituição, segue vigente naquilo que não a contraria e é regulamentada pelo Decreto 1.775/1996.

Constituição federal de 1988

A Carta Magna brasileira reconheceu os direitos originários exercidos pelos povos indígenas nas terras que tradicionalmente ocupam, competindo então à União demarcá-las, além de estabelecer uma proteção. O artigo 231 da Constituição Federal de 1988 dita que:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (BRASIL, 1988)³³

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve um maior amparo jurídico, de acordo com Pegorari:

²⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila e Karine Rodrigues Mattos. *O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito*. Brasília, 2006.

³⁰ BRASIL. *Constituição (1967)*. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 15 de março de 1967*

³¹ *Idem*.

³² BRASIL. *Ementa Constitucional nº 01 (1969)*. *Emenda Constitucional nº 01 de 1969 que edita o texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967: promulgada em 17 de outubro de 1969*.

³³ BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*.

O texto constitucional é bastante claro ao definir que são terras indígenas aquelas que os indígenas tradicionalmente ocupam. Além disso, é taxativo ao afirmar que sobre elas os indígenas detêm direitos originários, ou seja, anteriores à própria Constituição. Por isso o texto constitucional atribui à União, por meio de seu braço executivo, a competência de delimitar essas terras, seguindo um longo processo administrativo demarcatório pelo qual caberia dizer se uma terra é, ou não, terra indígena. (PEGORARI, 2017)³⁴.

Sendo uma das principais demandas da vida indígena, a terra, é apresentada como condição fundamental para haja a continuidade da vida, saúde, reprodução social, sua auto-determinação bem como seu etnodesenvolvimento. Essas mudanças constitucionais foram de fundamental importância, haja visto, que possibilitou visualizar novos horizontes para os povos indígenas no enfrentamento cotidiano no tocante aos seus desafios diante da possibilidade do respeito à diferença e reais necessidades para sua continuidade humana e social.

Terra indígena e a consagração ao direito à moradia e classificação jurídica das terras

Acerca da natureza jurídica das Terras Indígenas, de acordo com Pedro Lenza, são consideradas bens da União, destinadas à posse permanente dos indígenas, isto é, bens públicos de uso especial (LENZA, 2020. Pg. 1000)³⁵. O Código Civil define Bens Públicos como:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Zuliane indica que; “Os bens de uso especial são bens ou terrenos que são utilizados pelo próprio estado para execução de um serviço público especial.” (ZULIANE, 2020. Pg. 69)³⁶.

Cabe aqui frisar que os bens de uso especial estão afetados diretamente à realização de um serviço público, portanto, deve-se compreender que essa expressão está em sentido amplo, podendo abranger toda atividade de interesse geral, que esteja exercida sob autoridade ou fiscalização do Poder Público, não se destinando apenas ao uso direto pela Administração, podendo sim, ter por objeto o uso de particular como, por exemplo, a terra dos indígenas

A respeito da demarcação das terras, Batista disserta:

O procedimento de demarcação das terras indígenas é regulado pelo Decreto 1.775/96, que estabelece, em seu art. 2º, a necessidade de ser elaborado um estudo técnico antropológico e levantamento da área demarcada. A realização da etapa de levantamento da área a ser demarcada é imprescindível, ainda que já tenham sido realizados trabalhos de identificação e delimitação da terra indígena de maneira avançada. O descumprimento dessa etapa configura violação do devido processo legal administrativo e enseja vício de nulidade da demarcação. (Inf. 571, STJ). (BATISTA, 2020.Pg. 416)³⁷.

Dentre os direitos indígenas que foram reconhecidos por meio da Carta Magna de 1988, o direito fundamental às terras, é o principal alvo das reivindicações das comunidades indígenas nacionais. Para Lenza, a terra é a consagração ao direito de moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal e a expressão do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, colocado nos fundamentos da República (LENZA, 2020. Pg. 999)³⁸:

34 PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista Aracê. 2017.

35 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Saraiva, 2020.

36 Zuliane indica que; “Os bens de uso especial são bens ou terrenos que são utilizados pelo próprio estado para execução de um serviço público especial.” (ZULIANE, 2020. Pg. 69).

37 BATISTA, Tatiane. Direito constitucional. CP Lures, 2020.

38 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Saraiva, 2020.

CF. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

CF. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Mesmo sendo um direito fundamental, nota-se morosidade para demarcar as TIs (Terras Indígenas), onde por meio dos dispositivos constitucionais transitórios se estabeleceu o prazo de cinco anos para fazer a demarcação das terras, ato que foi ignorado, haja visto que, mesmo que o procedimento não seja extraordinariamente célere, é incabível dizer que tal procedimento possa demorar anos, ou até mesmo décadas, como é o caso de algumas demarcações.

A PROTEÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS NO MARANHÃO

No ano de 2019 houve um aumento no número de lideranças indígenas que foram assassinadas, é o que aponta o CPT (Comissão Pastoral da Terra) que desde 1985 coleta dados acerca da violência no campo. O Maranhão ficou em segundo lugar em assassinatos provenientes da violência no campo. Um caso emblemático foi de Paulino Guajajara, em novembro daquele ano, que embora tenha despertado atenção, as lideranças indígenas do Estado continuam lutando sob ameaça de morte em prol da proteção da floresta, a ONG Global Witness destacou em um relatório anual que a mineração, a extração de madeira e o agronegócio são as principais causas de conflito. (SACONI, 2020)³⁹

A negligência em relação a política indigenista se fez notar drasticamente no estado do Maranhão, onde madeireiros promovem verdadeiras caçadas aos indígenas que apresentam oposição ao desmatamento bem como à exploração madeireira ilegal. Cabe aqui frisar que ocorreram os assassinatos oito pessoas do povo Guajajara., onde algumas das vítimas tiveram partes de seus corpos arrancados e expostos pelos assassinos, deixando claro a violência e brutalidade contra esses povos.

Assim, cabe afirmar que negação da alteridade é um modo de operação da colonialidade, ocultando a existência do outro com o intuito de justificar a apropriação de seus bens, materiais e imateriais, e mesmo violentar suas vidas, em detrimento da regulação; uma vez que, inexistindo o outro, não se faz necessária a tutela estatal, abrindo o campo para a atuação dos dominantes em detrimento dos dominados.

AMEAÇA SISTÊMICA E INSTITUCIONALIZADA

Após mais de trinta anos da promulgação da Constituinte de 1988, os povos indígenas do Brasil ainda sofrem no que tange ao reconhecimento referente ao direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas, ainda enfrentando muitos embaraços para a efetivação desse direito fundamental. Como efetivação desse direito, podemos mencionar à inércia e/ou omissão do Estado brasileiro em cumprir o seu dever constitucional de demarcá-las. Em decorrência des-

³⁹ SACONI, João Paulo. Líder Guajajara é encontrado morto em terra indígena no interior do Maranhão. O Globo Brasil. 31/03/2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/lider-guajajara-encontradomorto-tiros-em-terra-indigena-no-interior-do-maranhao-24341690>

se contexto nos últimos anos ocorreu um crescente judicialização de controvérsias em torno do direito territorial indígena, onde em muitos casos, o Poder Judiciário acaba por dá palavra final a respeito do que venha ou não ser uma terra tradicionalmente ocupada para fins de demarcação.

A morosidade ou mesmo paralização total da demarcação na esfera administrativa é apontada por Brighenti (2015)⁴⁰ como uma violência sistêmica que para ser compreendida também se deve analisar a violência simbólica. Segundo o autor essa violência simbólica é caracterizada pela legitimidade do discurso dominante.

A morosidade no que tange a demarcação de terras, é de fato demonstrada por meio da lentidão da efetivação, onde no primeiro semestre de 2020 foram devolvidos 27 procedimentos de demarcação para à FUNAI, pelo Ministério da Justiça, devido à tese do “Marco Temporal”, que segundo Lenza (2020)⁴¹ é o entendimento de que as terras ocupadas por povos indígenas em tempo remoto e que já não estavam ocupadas na data da promulgação da Carta Magna de 1988, perdem o caráter de bens destinados a uso especial.

Como já foi ponderado anteriormente, se as terras indígenas se tratam de direito originário, tradicional, ele antecede a própria constituição, ademais, os conflitos no campo poderiam ser a causa egresso de muitos povos no passado.

A ETNIA INDÍGENA GUAJAJARA NO TERRITÓRIO DO ESTADO DO MARANHÃO

A etnia Guajajara está entre os povos mais numerosos do país e com uma longa e marcante história de contato, superior a 300 anos, de acordo com o Instituto Socioambiental. Ainda, conforme o ISA, todas as terras indígenas em que vivem estão localizadas no Estado do Maranhão, a mais extensa é a TI Araribóia, situada no município de Amarante/MA, com 413.288 hectares.

Também são conhecidos como Tenetehára, autodenominação, porém menos usual, o idioma nativo Guajajara pertence à família Tupi-Guarani. Quanto a demografia, de acordo com dados da Funai. Entretanto o número exato é desconhecido, segundo o site do Instituto Socioambiental.

Entre as principais atividades econômicas desse povo estão a lavoura e o artesanato, já a organização política atual se afastou dos modos tradicionais, para a chefia de cada aldeia, por exemplo, é preferível um cacique ou capitão que exerçam bem a diplomacia e saibam lidar com os órgãos governamentais.

METODOLOGIA

No que se refere a metodologia, trata-se de uma abordagem explicativa baseada em uma revisão de literatura. Tendo como objetivo trazer uma reflexão sobre o ambiente de consecutivas violências, bem como uma análise legal, bem como trazer as legislações recentes da temática. O artigo constituiu-se de uma pesquisa exploratória, sendo que como metodologia,

⁴⁰ BRIGHENTI, Clovis Antonio. *L Colonialidade do poder e a violência contra os povos indígenas*. Revista PerCursos. Florianópolis, v. 16, n.32, p. 103–120, set. /dez. 2015.

⁴¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. Saraiva, 2020.

optou-se por um levantamento bibliográfico, visando identificar quais as possíveis consequências em decorrência da violência que cerca a questão da demarcação de terras indígenas, em especial no tocante a etnia Guajajara, no Estado do Maranhão.

A coleta de dados se deu através de artigos, revistas, dissertações e livros, disponíveis de forma física ou virtual, gratuitamente. Foram incluídos artigos e/ou revistas, dissertações e livros em português, que se enquadraram no tema aqui exposto e que estavam disponíveis nas plataformas de pesquisa, Literatura Latino-americana, biblioteca eletrônica Scientific Electronic Library Online (SciELO), utilizando os seguintes descritores: direito a terras indígenas, Marco temporal, legislações a respeito dos direitos fundamentais dos indígenas, terras indígenas, cultura indígena, etnia Guajajara. Na busca dos dados foram excluídos da pesquisa, conteúdo em inglês e espanhol, artigos, revistas e livros pagos, bem como materiais que fogem do assunto aqui abordado.

A presente pesquisa, não possui qualquer método invasivo de coleta de dados, visando identificar os fatores que levam ao adoecimento mental dos estudantes universitários, agregando conhecimento sobre o assunto e mostrando que ele necessita de mais atenção e cuidado.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Como resultado acerca da temática do artigo em questão, cabe trazer que o reconhecimento e a demarcação de Terras Indígenas são de fundamental importância, para que haja a garantia da existência desses territórios. Onde, quanto mais os gestores e o legislativo demoram para demarcar uma área, mais ela fica vulnerável à invasão de grileiros, madeireiros e garimpeiros.

Os resultados obtidos por meio de todas as pesquisas bibliográficas utilizadas para dar arrimo a este artigo, demonstra que as experiências dos indígenas frente a demarcação de terras é legítima de acordo com a constituinte de 1988, e decisões que ferem essa legitimidade tendem a trazer maiores consequências aos povos indígenas, que por meio da terra, mantém condições de ter resguardado toda a sua cultura.

Vale aqui também ressaltar que, mesmo após demarcados, esses territórios não estão totalmente livres de ameaças, por isso, é preciso também garantir a integridade das TIs. Ainda cabe trazer como discussão que os Guajajara da TI Bacurizinho aguardam a demarcação da nova extensão de suas terras desde 1992, quando teve início o processo administrativo. Desde fevereiro de 2011, a demarcação física da TI se encontra paralisada por ações dos não-indígenas presentes, os quais impedem a instalação dos marcos, demonstrando a urgência da demarcação, para evitar maiores violações de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta dos povos indígenas, em especial dos Guajajara, no tocante a assegurar o direito de viver na terra por eles tradicionalmente ocupada, como pudemos ler nas narrativas acima, foi formalizada nos documentos do Estado datados ainda do ano de 1976.

Entretanto, vemos que o direito indígena de viver na terra reconhecida como de ocupa-

ção tradicional, apesar de afirmado pela demarcação e homologação da Terra Indígena, ainda permanece ameaçado em virtude da morosidade dos processos de demarcação, bem como por conta dos interesses capitalistas, uma vez que essas terras são em grande parte riscas em recursos naturais, chamando atenção de outras frentes políticas.

Embora os indígenas detenham a posse permanente da terra, garantida pela homologação, a existência da TI permanece sendo continuamente questionada por ações judiciais dos não indígenas.

Já está na iminência de ser julgado pelo STF o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, que tem por escopo as demarcações de terras e teve repercussão geral reconhecida pela Corte. Isso significa que a decisão tomada neste julgamento terá consequências para todos os povos indígenas do Brasil e que, portanto, deverá dar um norte ao destino à nação indígena brasileira e seus territórios.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Maria Celestino de. Os índios na história do Brasil Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M.; VÁZQUEZ, Gabriela A. Propiedad Indígena. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2005.

BATISTA, Tatiane. Direito Constitucional. CP lures, 2020.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 15 de março de 1967

BRASIL. Ementa Constitucional nº 01 (1969). Emenda Constitucional nº 01 de 1969 que edita o texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967: promulgada em 17 de outubro de 1969.

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

CALDART, Roseli Salete *et al.* (Orgs.). Dicionário da educação do campo Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, São Paulo: Expressão Popular, 2012

Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Legislação indigenista do século XIX. São Paulo: Edusp; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1993

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. História do Brasil. 11. ed. São Paulo: Scipione, 1999.

CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos). Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José: 2010.

_____. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José: 2018.

- _____. IX Uisim-RN: Simulação Inter Mundi – Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2015.
- CPT - COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo - Brasil 2015 Goiânia: CPT Nacional, 2015.
- Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, UNIC/RIO, 2008.
- FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). Os índios. Presidência da República, Brasília, 2005
- SA - INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Terras indígenas: ameaças, conflitos e polêmicas. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org>>. Acesso em: nov. 2016.
» <https://pib.socioambiental.org>
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. Saraiva, 2020.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática. – 8ª. ed. rev., atual e ampl. - Salvador: Editora Juspuvim, 2017.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila e Karine Rodrigues Mattos. O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. Brasília, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha / Gilmar Ferreira Mendes. – 6. ed. rev. e atual.
- PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista Aracê. 2017.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SANTILLI, Márcio. POVOS INDÍGENAS DO BRASIL 1996/2000. Instituto Socioambiental. Acervo ISA. Pg. 163. 2000.
- SACONI, João Paulo. Líder Guajajara é encontrado morto em terra indígena no interior do Maranhão. O Globo Brasil. 31/03/2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/lider-guajajara-encontradomorto-tiros-em-terra-indigena-no-interior-do-maranhao-24341690>
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- Yokoya Simoni, Mariana. "O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sob a perspectiva internacional e a brasileira.
- Zuliane indica que; “Os bens de uso especial são bens ou terrenos que são utilizados pelo próprio estado para execução de um serviço público especial.” (ZULIANE, 2020. Pg. 69).

Amparo legal para abandono afetivo inverso: cabe indenização moral?

Legal support for inverse affective abandonment: is it moral indemnity?

Bennet da Silva Ferreira

Graduando em Direito pela UNITINS

Karina Fernandes Silva

Graduando em Direito pela UNITINS

Elto Abreu da Silva

Mestre em Ciências Ambientais, Docente da Universidade Estadual do Tocantins

Kamila Soares Leal

Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela UNITAU, Docente da Universidade Estadual do Tocantins

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.11

RESUMO

O presente trabalho trata sobre o abandono afetivo inverso, que é a situação na qual os filhos deixam de dar o apoio emocional que os pais necessitam em sua velhice. Nesse aspecto, o objetivo é abordar os direitos dos idosos sob a óptica do direito familiar, além de demonstrar os efeitos jurídicos decorrentes do desamparo afetivo da pessoa idosa, bem como analisar o cenário atual dos direitos dos idosos no Brasil e realizar uma breve análise dos princípios da afetividade e da solidariedade que regem o direito de família e a importância de tais princípios para a efetiva responsabilidade no âmbito familiar. Para tanto, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental na legislação brasileira e em diversas decisões judiciais, através de uma abordagem qualitativa sobre o tema. Dessa forma, o resultado alcançado foi a possibilidade da reparação civil nos casos de abandono afetivo inverso, além da indenização moral decorrente da violação do princípio da afetividade do direito de família.

Palavras-chave: abandono afetivo inverso. pessoa idosa. reparação civil.

ABSTRACT

The present work deals with inverse affective abandonment, which is the situation in which children fail to provide the emotional support that parents need in their old age. In this aspect, the objective is to approach the rights of the elderly from the perspective of family law, in addition to demonstrating the legal effects resulting from the affective helplessness of the elderly, as well as analyzing the current scenario of the rights of the elderly in Brazil and carrying out a brief analysis of the principles of affection and solidarity that govern family law and the importance of such principles for effective responsibility within the family. For that, the methodology used was the bibliographical and documentary research in the Brazilian legislation and in several judicial decisions, through a qualitative approach on the subject. In this way, the result achieved was the possibility of civil reparation in cases of inverse affective abandonment, in addition to the moral indemnity resulting from the violation of the principle of affectivity of family law.

Keywords: inverse affective abandonment. elderly. civil repair.

INTRODUÇÃO

Atualmente o mundo vem passando por um processo de envelhecimento em massa, ou seja, há um crescimento acelerado do número de idosos em relação ao conjunto populacional. No Brasil, não é diferente, inclusive o aumento da população de idosos no país vem alcançando números mais expressivos do que se comparado ao cenário mundial. De acordo com o Departamento das Nações Unidas para assuntos Econômicos e Sociais, no que se refere as perspectivas da população mundial (2019), o número de brasileiros idosos de 60 anos ou mais era de 2,6 milhões em 1950, passou para 29,9 milhões em 2020 e deve alcançar 72,4 milhões em 2100. O crescimento absoluto foi de 27,6 vezes. Em termos relativos a população idosa de 60 anos ou mais representava 4,9% do total de habitantes de 1950, passou para 14% em 2020 e deve atingir o impressionante percentual de 40,1% em 2100.

De acordo com último dado do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a

média de vida do cidadão brasileiro alcançou um índice de 76,6 anos em 2019, entre os homens a média é de 73,1 anos e entre as mulheres 80,1 anos. Entre os especialistas existe a previsão de que a partir de 2050 um a cada três brasileiros será idoso.

Nesse contexto, percebe-se que a sociedade de maneira geral precisa se preparar para novos desafios advindos do envelhecimento populacional, tanto problema econômico, pelo fato da estrutura etária desfavorável, produtivamente falando, quanto por problemas sociais e familiares gerados por essa crescente população idosa.

Dentre tais impasses, encontra-se o abandono afetivo inverso, que consiste em uma omissão da família para com a pessoa idosa, deixando de prestar um amparo material quanto de afeto e carinho para os pais em sua velhice, segundo o Desembargador Jones Figueirêdo Alves, em entrevista concedida à revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) “Diz-se abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.”

Sendo assim, o abandono afetivo inverso tornou-se uma problemática para a sociedade contemporânea, não obstante fez-se também uma preocupação para o ordenamento jurídico, vez que o direito como uma ciência social busca regular e sanar os impasses sociais vigentes na sociedade. O que leva ao seguinte questionamento: existe possibilidade de reparação civil para o abandono afetivo inverso?

É nesse cenário, que o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar os efeitos jurídicos decorrentes do desamparo afetivo da pessoa idosa, além de analisar o cenário atual dos direitos dos idosos no Brasil e fazer uma breve análise dos princípios da afetividade e da solidariedade que regem o direito de família e a importância de tais princípios para a efetiva responsabilidade no seio familiar.

Para tanto, foi utilizado o método de pesquisa documental e bibliográfica qualitativa, onde abordará a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Civil de 2002, o Estatuto do Idoso, bem como fará análise da doutrina e da jurisprudência pertinente sobre o assunto, além de discorrer acerca do princípio da afetividade do direito de família e a possibilidade de reparação civil nos casos de abandono dos filhos para com os pais idosos, tal como demonstrar o caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil quando aplicada no âmbito familiar.

Desse modo, o trabalho abordará nas linhas seguintes, a priori, o aumento da população idosa no Brasil, com base em dados estatísticos atuais. Mais adiante, trata sobre o cenário atual dos direitos dos idosos no Brasil, abordando: a prioridade no atendimento, o transporte, a assistência à saúde, lazer e cultura, a prioridade de tramitação de processos na Justiça e a pensão alimentícia. Por fim, trataremos do princípio da afetividade e da solidariedade e o abandono afetivo inverso, bem como a responsabilidade civil aplicada no direito de família e a possibilidade de reparação em práticas de abandono afetivo inverso.

AUMENTO DA POPULAÇÃO IDOSA NO BRASIL

Ser considerado idoso, atualmente no Brasil, requer que o indivíduo tenha 60 anos de idade ou mais, segundo o que dispõe o art. 1º do Estatuto do Idoso, vejamos, “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

Segundo o que entende a Organização Mundial da Saúde (OMS), ser considerado sênior está relacionado com a economia do país. Em países desenvolvidos, o idoso terá 65 anos ou mais, já em países em situação de desenvolvimento, considera-se idoso aquele que possui 60 anos de idade ou mais, como é o caso do Brasil.

Ainda, o crescimento da população idosa, não somente no Brasil, mas também no mundo, está relacionada com o desenvolvimento socioeconômico do país que modifica a estrutura da sociedade, culmina na melhoria do sistema de saúde, além disso há a diminuição na taxa de fertilidade, tendo em vista que o número de filhos por mulher diminui, pelo fato de cada vez mais as mulheres se dedicarem à vida profissional.

Nesse sentido, a população idosa cresce significativamente, pois a expectativa de vida está concatenada com o progresso econômico do país e conseqüentemente melhora da qualidade de vida. Não diferente do cenário mundial, a população idosa no Brasil vem aumentando pontualmente, é o que confirma pesquisas recentes do Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatísticas (IBGE, 2018).

A população brasileira manteve a tendência de envelhecimento dos últimos anos e ganhou 4,8 milhões de idosos desde 2012, superando a marca dos 30,2 milhões em 2017, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Características dos Moradores e Domicílios. (IBGE, 2018)

A previsão das pesquisas mais recentes para esses números é de aumento. A OMS prevê que o número de idosos em 2050 seja de 2 bilhões de pessoas em todo o mundo, já dados do Ministério da Saúde preveem que em 2030 o número de pessoas idosas irá ultrapassar o número de pessoas entre 0 e 14 anos de idade. (JORNAL DA USP, 2018)

É nesse sentido que o Governo deve se preocupar e programar o futuro do país, tanto nos quesitos saúde e previdência social, quanto em diminuição da discriminação por idade, já que a futura população brasileira será majoritariamente de idosos.

No entanto, esses não são as únicas preocupações das autoridades em relação a população idosa, vez que tais pessoas são bastante discriminadas por sua idade, vivendo em situação de vulnerabilidade não somente financeira, mas também afetiva, já que o número de violência física, psíquica e emocional de idosos tem crescido também.

Segundo pesquisas realizadas em 2018 pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, houve um aumento de 13% nas denúncias por violência contra o idoso registradas no Disque 100. Sendo a maioria das agressões realizadas por netos ou filhos na própria residência do idoso. Além disso, a violência patrimonial, psicológica e emocional, foram mais relatadas do que abusos e violência física.

Nesse compasso, é que o abandono afetivo inverso tem se caracterizado e a procura

por reparação pelo dano emocional causado. O abandono fere os princípios da afetividade e da solidariedade que regem o Direito de Família, sendo que não se referem ao amor obrigacional, mas a obrigação de cuidar que a parentalidade traz.

A Constituição da República Federativa de 1988, em seu art. 229, reza sobre a responsabilidade familiar: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Quando esta norma constitucional é ferida e negligenciada, ocorre lesão a direito líquido e certo, e o portador deste direito lesado pode buscar a Jurisdição para ter seu direito assegurado ou reparado. Verificando a possibilidade do emprego da responsabilidade civil como sanção punitiva pedagógica.

Contudo, tendo em vista as considerações feitas, em que pese o aumento da população idosa e como consequência a discriminação por idade, problemas referentes ao sistema de saúde, à previdência social e, ao que mais interessa a este estudo, o abandono afetivo inverso, verifica-se a importância do tema no âmbito jurídico, cada vez mais presente em litígios nos tribunais brasileiros.

CENÁRIO ATUAL DOS DIREITOS DOS IDOSOS

O aumento da população idosa no Brasil traz consigo novos desafios, na área de políticas públicas, principalmente nos setores da saúde e previdência social, essa inclusive já foi alvo de reforma pela Emenda Constitucional nº 103/19.

Embora, a população idosa ainda enfrente muitos desafios para ter uma vida digna, pode-se dizer que houve bastante evolução no cenário jurídico-normativo relacionado a essa classe da população. Houve um avanço considerável no que diz respeito ao direito dos idosos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como com a elaboração da Lei 10.741, de 1 de outubro de 2003, o famoso Estatuto do Idoso.

Antes de tratar da proteção e dos direitos relacionados a pessoa idosa é importante esclarecer quem de fato é considerado um idoso no Brasil, de acordo com o Art. 1º da lei 10.741/2003 “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”. Ou seja, embora seja difícil definir o que seja velhice e suas variações a depender das diferenças fisiológicas de cada pessoa e das diferenças sociais de cada região do planeta, para a legislação brasileira considera-se idosa toda pessoa a partir dos 60 anos de idade.

Apesar de uma legislação específica que regule e proteja os direitos da pessoa idosa ainda ser recente no Brasil, encontra-se na Constituição Federal de 1988 no Título VIII, um capítulo destinado a tratar da família, da criança, do jovem, e do idoso, reforçando a preocupação do Poder Constituinte para com a chamada “terceira idade”, desse modo, é relevante destacar o caput do art. 230 da Carta Constitucional que nos apresenta os responsáveis pelas pessoas idosas, in verbis: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”.

Desse dispositivo podemos compreender que a família, a sociedade e o Poder Público são os responsáveis legais por amparar e assegurar os direitos da pessoa idosa, garantindo, de um modo geral, o bem-estar e o direito a vida, respeitando sempre o princípio máximo da Constituição Cidadã, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Observa-se que o Legislativo se baseou nessa previsão constitucional no momento da Elaboração do Estatuto do idoso, pois de forma semelhante dispõe em seu art. 3º que:

“Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

Tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto do idoso estabeleceu os responsáveis por amparar e assegurar os direitos da pessoa idosa, tendo a ciência destes se faz necessário apresentar alguns dos principais direitos assegurados à pessoa idosa no Brasil.

Prioridade no Atendimento

A priori, é importante tratar daquele que é um dos direitos mais conhecidos pela comunidade em geral, qual seja, o atendimento preferencial imediato e individualizado ao idoso junto aos órgãos públicos e privados que prestam serviço a população, como, por exemplo, hospitais, clínicas, bancos, lotéricas, supermercados, entre outros. Trata-se de um direito assegurado tanto pelo Estatuto do idoso, quanto pela lei nº 10.048/2000.

Devido ao aumento da expectativa de vida da população brasileira a Lei 13.466/2017 instituiu uma espécie de super prioridade aos idosos com mais de 80 anos, através da inclusão ao art. 3º da lei 10.741/2003 um segundo parágrafo, dispondo que: “Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos”.

Portanto, conforme a expectativa de vida aumenta, o Poder Público deve se atentar a essas novas realidades e ter um olhar mais empático para com essa parcela da população carente de necessidades especiais.

Transporte

Em relação aos transportes coletivos públicos os idosos receberam uma série de benefícios devido a sua idade mais avançada, a lei nº 10.048/2000 em seu artigo 3º dispõe que “As empresas públicas de transporte e as concessionárias de transporte coletivo reservarão assentos, devidamente identificados, aos idosos...”. O Estatuto do idoso no parágrafo 2º do artigo 39 ainda obriga os veículos de transporte coletivo a reservar 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de “reservado preferencialmente para idosos.

Outra vantagem assegurada aos idosos, nesse sentido, é a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, direito previsto tanto no Estatuto do idoso em seu artigo 39, quanto na Constituição Federal em seu artigo 230, §2º, vejamos: “Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”.

Para o uso desse benefício basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal

que faça prova de sua idade. Ainda, é assegurada no artigo 45 do Estatuto do Idoso, a reserva de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados.

Assistência à Saúde

O Estado garante o acesso universal e igualitário, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde do idoso. Nesse sentido, o art. 9 do Estatuto do Idoso dispõe que “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.”

Como já exposto anteriormente, a família, a comunidade, a sociedade e o Estado são os responsáveis por amparar e assegurar a efetivação dos direitos da pessoa idosa. Dessa forma, tendo em vista as debilidades que chegam com o avanço da idade além de uma série de cuidados a mais com a saúde, o Poder Público assegura atenção integral a saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, conforme dispõe o art. 15 do Estatuto do idoso:

“Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.”

Inclusive, é obrigação do Poder Público fornecer aos idosos, de forma gratuita, medicamentos, especialmente aqueles de uso continuado. Além de uma série de benefícios relacionados a saúde que ao idoso é disponibilizado pelo SUS.

Lazer e Cultura

O artigo 20 do Estatuto do idoso dispõe que “O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade”. Nesse sentido, como meio de garantir e promover a participação dos idosos em atividades culturais e de lazer o art. 23 do mesmo dispositivo legal assegura descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

Prioridade de Tramitação de Processos na Justiça

O idoso também dispõe do benefício da prioridade de tramitação de processos judiciais nos quais figure como parte ou interveniente, dessa forma, o Poder judiciário deverá atuar de forma mais célere, e tratar com prioridade os processos nos quais um dos polos da demanda tiver uma pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais.

Nesse sentido, o art. 71 da Lei Nº 10.741/2003 dispõe que “É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância”.

Pensão Alimentícia

Embora seja mais comum no judiciário ações alimentícias propostas dos filhos em face

dos pais, o contrário também pode acontecer, pois o filho maior de idade tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, dessa forma tem a obrigação de realizar o pagamento dos alimentos ao idoso que necessitar deste auxílio, tendo em vista que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, conforme dispõe o artigo 1.696 do Código Civil. O instituto da obrigação alimentar baseia-se nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Cidadã.

O direito a pensão alimentícia está previsto no art. 12 do Estatuto do Idoso, este dispositivo dispõe que a obrigação alimentar é solidária, embora todos os descendentes tenham a mesma obrigação, o idoso pode optar entre quais prestadores a ação será promovida.

Nesse sentido, o presente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul traz um exemplo de uma ação de alimentos proposta por ascendente contra descendente, na qual a corte julgou favorável a pensão alimentícia à idosa, pautado no dever de solidariedade e de assistência mútua entre os familiares.

APELAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR ASCENDENTE CONTRA DESCENDENTE. DEVER DE SOLIDARIEDADE E DE MÚTUA ASSISTÊNCIA ENTRE OS FAMILIARES. Os alimentos são cabíveis porque calcados na solidariedade existente entre os ascendentes e descendentes, principalmente quando demonstrado que a alimentanda é idosa, percebendo modesta renda proveniente de aposentadoria e demanda inúmeras despesas médicas. Hipótese em que a apelante não se desincumbiu de comprovar a impossibilidade de cumprir com a obrigação, ônus que lhe cabia, conforme dispõe a Conclusão n. 37 do Centro de Estudos desta Corte. Apelação desprovida. (TJ-RS; Apelação Cível, Nº 70083271635, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 11-12-2019) (grifo nosso)

Dessa forma, o filho que já alcançou a maior idade civil, em tese, tem a obrigação de cuidar de seus pais na velhice, pois é dever da família assegurar ao idoso a efetivação do direito à alimentação. Nesse sentido a ação de alimentos proposta por ascendente contra descendente já está totalmente pacificada no cenário jurídico brasileiro, e fundamenta-se na Constituição Federal, no Código Civil além do Estatuto do Idoso.

Portanto, definido quem é considerado idoso para a legislação brasileira, demonstrado quem são os responsáveis legais por garantir o seu bem-estar e tendo a ciência dos direitos específicos que eles possuem, pode-se inferir que, o idoso tem um rol de direitos estabelecidos em seu Estatuto e é dever da família e do Estado assegurá-los, e quando não cumpridos o idoso pode intentar uma ação judicial de reparação contra quem for omissor.

PRINCÍPIOS DA AFETIVIDADE E DA SOLIDARIEDADE E O ABANDONO AFETIVO INVERSO

O direito de família passou por uma evolução bastante significativa nos últimos anos desde a promulgação da Constituição de 1988, devido ao surgimento de novos arranjos familiares além da chamada família “tradicional” explícita no modelo patriarcal, como exemplo desses novos modelos temos a família monoparental, formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, a família mosaico, formada pela união de pais que têm filhos de outros relacionamentos, bem como, a família eudemonista, formada por uma parentalidade socioafetiva.

Diante dessas evoluções que a família brasileira vem passando, os tribunais em várias decisões vêm se posicionando em defesa dos laços de amor e afeto que unem a entidade fami-

liar, nesse sentido eis o posicionamento do STJ:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE ADOÇÃO PERSONALÍSSIMA - INSTÂNCIA ORDINÁRIA QUE EXTINGUIU O PEDIDO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR CONSIDERAR INEXISTIR PARENTESCO ENTRE PRETENSOS ADOTANTES E ADOTANDO E BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO - O TRIBUNAL A QUO CONFIRMOU A DECISÃO RECORRIDA E MANTEVE OS ADOTANTES HABILITADOS JUNTO AO CADASTRO - MENOR COLOCADO EM ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA NO CURSO DO PROCEDIMENTO - INSURGÊNCIA DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO INTRAFAMILIAR E DO CASAL TERCEIRO PREJUDICADO (FAMÍLIA SUBSTITUTA).

Cinge-se a controvérsia em aferir a possibilidade de adoção personalíssima intrafamiliar por parentes colaterais por afinidade, sem desprezar a circunstância da convivência da criança com a família postulante à adoção.

1. A Constituição Federal de 1988 rompeu com os paradigmas clássicos de família consagrada pelo casamento e admitiu a existência e a consequente regulação jurídica de outras modalidades de núcleos familiares (monoparental, informal, afetivo), diante das garantias de liberdade, pluralidade e fraternidade que permeiam as conformações familiares, sempre com foco na dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico.

2. O conceito de "família" adotado pelo ECA é amplo, abarcando tanto a família natural (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes) como a extensa/ampliada (aquela constituída por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade), sendo a affectio familiae o alicerce jurídico imaterial que pontifica o relacionamento entre os seus membros, essa constituída pelo afeto e afinidade, que por serem elementos basilares do Direito das Famílias hodierno devem ser evocados na interpretação jurídica voltada à proteção e melhor interesse das crianças e adolescentes. [...]

(REsp 1911099/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2021, DJe 03/08/2021) (grifo nosso)

Dessa forma, a Carta Magna consagrou, entre outros, os princípios da afetividade e da solidariedade como base fundamental das relações familiares. Sendo o afeto tão importante quanto um laço sanguíneo, pois atualmente entende-se que o amor e a boa convivência no núcleo familiar são tão importantes quanto a origem dos componentes de sua formação.

Princípio da Afetividade

Diante da importância trazida ao princípio da afetividade nas relações familiares, percebe-se um aumento do número de demandas que visam a reparação civil pela ausência de afeto entre familiares. Sob essa óptica, todos os posicionamentos judiciais em litígios de família são norteados pelos princípios da afetividade e da solidariedade.

Pode-se entender o princípio da afetividade como a base do direito de família, pois o afeto é considerado o elemento que dá origem ao grupo familiar, é o sentimento que une as pessoas e cria um vínculo entre elas, de modo que a inexistência do afeto prejudica a manutenção e o desenvolvimento da própria família.

Devido à grande importância do princípio da afetividade nas relações familiares é que o afeto ganhou previsão constitucional, como por exemplo no reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF/1988), bem como na igualdade entre filhos independente de sua origem (art. 227, § 6º, CF/1988), além de receber uma proteção especial por parte da jurisprudência nos tribunais brasileiros, como bem aponta o professor Paulo Lôbo:

“Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.” (LÔBO, 2018, p. 52)

Nesse sentido, independente do modelo que a família adote, o afeto é uma obrigação imposta aos pais em relação aos filhos e vice e versa, bem como aos outros parentes de modo geral, e aos cônjuges e companheiros, enquanto durar seu relacionamento.

Além de se encontrar presente, mesmo que de forma implícita, na Constituição, o princípio da afetividade também veio expresso no Código Civil ao definir as relações de parentesco “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (art. 1593, CC/2003). Dessa forma, as relações de parentesco na família, tem a mesma importância e dignidade, independentemente de sua origem, sejam elas consanguíneas ou não, de modo que todos os laços de família são protegidos pelo princípio da afetividade.

Princípio da Solidariedade

Outro princípio que norteia as relações familiares é o da solidariedade que diz respeito à assistência mútua entre os membros da família, tendo em vista que as pessoas que convivem no núcleo familiar compartilham tanto de laços de afeto como também certas responsabilidades entre si, gerando direitos e deveres decorrentes deste princípio.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias dispõe que:

“A lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CF 230).” (DIAS, 2016, pg. 74)

Como exemplo dessas responsabilidades decorrentes do princípio da solidariedade podemos destacar a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, conforme dispõe o art. 1.694 do Código Civil “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

Outro ponto importante de se destacar é o princípio da solidariedade relacionado a proteção ao idoso, tendo em vista que o Estatuto do Idoso garante em favor do alimentando (idoso), uma espécie de solidariedade passiva entre os parentes obrigados ao pagamento da pensão alimentícia. Nesse sentido, o art. 12 da Lei n. 10.741, de 2003, dispõe que “A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”.

Nesse sentido, já decidiu a terceira turma do STJ:

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA PELOS PAIS IDOSOS EM FACE DE UM DOS FILHOS. CHAMAMENTO DA OUTRA FILHA PARA INTEGRAR A LIDE. DEFINIÇÃO DA NATUREZA SOLIDÁRIA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS À LUZ DO ESTATUTO DO IDOSO.

- A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta.

- A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil.

- O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos.

- A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12).

Recurso especial não conhecido.

(REsp 775.565/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 143)

Em relação aos alimentos ao credor idoso, vale lembrar, ainda, que caso o alimentando ou seus familiares não detenham meios de prover seu sustento, tal responsabilidade deve ser estendida ao Poder Público através da assistência social, por força do art. 14 do Estatuto do idoso “Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.”.

Abandono Afetivo Inverso

Em virtude de o conceito moderno de família ter como fundamento a afetividade, as relações familiares devem ser pautadas nos laços de amor e carinho entre seus componentes, dessa forma, em decorrência do princípio da solidariedade, a família tem uma responsabilidade mútua de cuidado uns com os outros, seja dos pais com os filhos ou o contrário.

Nessa seara, o abandono afetivo se consuma quando um componente da família que tem a obrigação de prestar todo apoio emocional a parte mais vulnerável, seja uma criança ou idoso, se faz ausente, sendo omissa em relação à convivência familiar. Na maioria dos casos essa omissão acontece dos pais em relação aos filhos, por exemplo, quando, após um divórcio, o pai se afasta de seus descendentes, deixando de dar o apoio emocional que a criança necessita em seu crescimento.

Entretanto, o contrário dessa situação se mostra cada vez mais frequente em nossa sociedade, e quando essa omissão ocorre dos filhos em relação aos pais, damos o nome de abandono afetivo inverso, que é o objeto desse estudo.

Portanto, o abandono afetivo inverso caracteriza-se como uma negligência dos filhos em relação aos pais, em sua velhice, quando deixam de prestar uma assistência de cuidado e carinho, faltando com os deveres garantidos no art. 229 da Constituição Federal. Importante ressaltar que o pagamento da pensão alimentícia não é suficiente para descaracterizar o abandono afetivo inverso, nesta situação o que importa é a efetiva convivência familiar dos descendentes na vida de seus ascendentes, dando todo o apoio emocional necessário em uma fase tão difícil da vida.

Cabe ressaltar ainda que o abandono afetivo gera o direito a reparação indenizatória, conforme o Enunciado 8 do IBDFAM aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família e Sucessões “O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”.

O abandono afetivo inverso, como por exemplo a privação do idoso do convívio com a família gera consequências terríveis, como sentimentos de carência, desprezo e solidão, por isso é importante a reparação, como meio punitivo e pedagógico para evitar situações desse tipo. Nesse aspecto, Josieli Pani E Tayná Silva De Souza dispuseram em seu Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade Doctum De Serra (2020, p. 23).

“O intuito de trazer à tona a possibilidade de indenização por abandono afetivo inverso não é de aferir um valor monetário ao afeto, mas de possibilitar uma sanção àqueles que deixam de cumprir com seus deveres legais, desamparando seus pais em uma fase tão vulnerável como a velhice.”

Embora não tenha dispositivo legal próprio, o dever de amparo a pessoa idosa está previsto no art. 229 da CF/88 “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Ainda que o abandono afetivo inverso seja uma prática relativamente nova, merece uma atenção especial do âmbito legislativo, tendo em vista o aumento da população idosa em nossa sociedade, e que situações como essas tem acontecido cada vez mais, por isso a importância de regularizar esse tipo de situação, bem como a indenização necessária para idosos que sofrem esse tipo de abandono.

RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA NO DIREITO DE FAMÍLIA E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO EM PRÁTICAS DE ABANDONO AFETIVO INVERSO.

A priori, mister se faz salientar o que é a responsabilidade civil no âmbito jurídico. Para a ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz, responsabilidade civil nada mais é que:

“Aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral e/ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do statu quo ante ou em uma importância em dinheiro.” (2003, p. 34)

Ou seja, a responsabilidade civil trata de aplicar providências para coagir alguém, que tenha ameaçado ou lesado direito alheio, podendo este direito ser moral ou material, requerendo, assim, reparação justa.

Ademais, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, traz previsão legal para a reparação civil, assim dispondo: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Mais adiante, vem o mesmo diploma legal aduzir:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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”.

Sendo assim, tendo em vista o conceito acima supramencionado e os dispositivos legais apresentados, podemos concluir que: à medida que um direito, material ou patrimonial, é ameaçado ou lesado, incorre a possibilidade de reparação, haja vista a responsabilidade civil trazer consigo medidas que versem sobre a reparação ao dano causado.

Não obstante, a responsabilidade civil que faz parte das “Obrigações” no Direito Civil, aplica-se também a outras searas do direito, tal como ao Direito de Família. Seguramente, a obrigação de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da prática de um ato ilícito também incide no Direito das Famílias. Por certo, não se pode negar que as regas da responsabilidade civil invadem todos os domínios da ciência jurídica, ramificando-se pelas mais diversas relações jurídicas, inclusive os familiares. (FARIAS, 2013, p. 162).

É nesse toar que há no Direito de Família o princípio da solidariedade familiar que dispõe sobre a contraprestação entre os familiares. Este princípio está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 3º, inciso I, onde estão os objetivos da República. Vejamos: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário (MADALENO, 2013, p. 93).

Foi nesse sentido que o constituinte trouxe o artigo 229 da Constituição Federal de 1988, onde está implícito a solidariedade entre os familiares, “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Sendo assim, haja vista a responsabilidade civil se caracterizar pela ação ou omissão que o indivíduo comete lesando ou ameaçando direito alheio, considerando que o idoso tem o direito previsto na constituição de ser cuidado e amparado na velhice pelos filhos, tendo em vista que o direito de família tem como um de seus princípios o da afetividade que aduz sobre a reciprocidade de cuidado entre os familiares, presumindo que a responsabilidade civil pode ser aplicada ao direito de família, assim, conclui-se que há possibilidade de reparação civil para o abandono afetivo inverso.

Nessa seara a corte cidadã já se posicionou no sentido de cabimento da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo, conforme a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça – STJ (2012):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovada que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores

em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Embora a decisão tenha sido do abandono do pai em relação a prole, o inverso também pode ser utilizado de forma análoga. Destarte, a pessoa idosa que é abandonada afetivamente pelos filhos pode buscar a jurisdição para pleitear reparação civil em virtude do abandono que sofre de seus descendentes, porque o abandono aqui não é apenas afetivo no sentido de carinho e amor, nega-se ao idoso o direito de ser cuidado em sua velhice.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo fazer apontamentos sobre os efeitos jurídicos decorrentes do desamparo afetivo da pessoa idosa, ademais analisamos o cenário atual dos direitos dos idosos no Brasil e fizemos breve análise dos princípios da afetividade e da solidariedade que regem o direito de família, bem como a importância de tais princípios para a efetiva responsabilidade no seio familiar.

Após a explanação daquilo que é o abandono afetivo inverso, podemos afirmar que este pode ser caracterizado não somente pela falta de cuidado dos filhos para com os pais, mas também de ausência de afeto, esta última podendo causar danos morais e psicológicos aos idosos abandonados.

Do estudo, ainda podemos concluir que há um crescente aumento da população idosa no Brasil o que ocasiona também o desdobramento nos casos de abandono afetivo inverso em todo o país.

Haja vista, os direitos, em síntese mencionados, e a aplicabilidade dos princípios da solidariedade e da afetividade ao direito de família, certificamos com o estudo que há uma responsabilidade mútua entre os familiares de prestarem cuidados durante as fases de incapacidade dos componentes da família.

Destarte, sendo a responsabilidade civil traçada como uma ação ou omissão que pode gerar lesão a direito alheio, e tendo os idosos o direito de serem cuidados pelos filhos durante sua velhice, podemos apontar aqui uma conexão entre a responsabilidade civil e um direito adquirido, sendo este direito lesionado haverá a possibilidade de reparação civil.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. F. Abandono afetivo inverso pode gerar indenização. Revista IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 16 de jul. de 2013.

AGÊNCIA BRASIL. Número de denúncias de violência contra idosos aumentou 13% em 2018. Agência Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-06/numero-de-denuncias-de-violencia-contra-idosos-aumentou-13-em-2018> . Acesso em: 24 de set. de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Plano diretor. Brasília, 2001.

BRASIL. Lei 10.741/2003. Estatuto do Idoso. Brasília. 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 27 de abr. de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 de abr. de 2022.

BRASIL. Lei 10.048/2000. Lei de prioridade de atendimento. Brasília. 2000, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm. Acesso em 27 de abr. de 2022.

COLEÇÃO CONPEDI/UNICURITIBA - Vol. 7 - Direito de Família. Coleção Conpedi/Unicuritiba. Organizadores: Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano Rego Feitosa / Vladmir Oliveira da Silveira / Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago/ Marcos Alves da Silva / Valéria Silva Galdino Gardin. Título independente - Curitiba - PR: vol.7 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. v.7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JORNAL USP. Em 2030, Brasil terá a quinta população mais idosa do mundo. Jornal da USP, 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/em-2030-brasil-tera-a-quinta-populacao-mais-idosa-do-mundo/>. Acessado em 27 de abr. de 2022.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364>. Acesso em: 24 abr. 2022.

MADALENO, Rolf. Direito de família. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PARADELLA, Rodrigo. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.

TOBIAS, Rafaely Mendoza. A Constitucionalização do Direito de Família – Filiação Socioafetiva e Multiparentalidade. Jusbrasil. Disponível em: <https://rafstobias-adv1313.jusbrasil.com.br/artigos/1240098790/a-constitucionalizacao-do-direito-de-familia-filiacao-socioafetiva-e-multiparentalidade>. Acesso em: 24 de abril de 2022.

TARTUCE, Flavio. O Princípio da Afetividade no Direito de Família. Jusbrasil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia#:~:text=Min.,um%20dever%20jur%C3%ADico%20de%20conviv%C3%Aancia>. Acesso em 24 de abril de 2022.

UN/Pop Division: World Population Prospects <https://population.un.org/wpp2019/>

ALVES, J. F. Abandono afetivo inverso pode gerar indenização. Revista IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 16 de jul. de 2013;

Entre defesas e acusações: os desafios de um futuro incerto ao Tribunal Penal Internacional

Fernanda Miler Lima Pinto

Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.12

RESUMO

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado pelo Tratado de Roma e aprovado em 1998. A criação desse órgão constituiu um importante passo em âmbito internacional para se levar ao julgamento, em uma corte permanente, chefes de estado ou mesmo indivíduos comuns pela prática de delitos de alta gravidade, que costumavam ficar impunes. As origens para a criação da corte remontam ao período do fim da Segunda Guerra Mundial, um momento lastimoso, quando as atrocidades cometidas ultrapassaram os limites da barbárie, resultando em mais de 50 milhões de mortes. Percebendo esse contexto, os vencedores acordaram em instituir maneiras de punir o que passou a ser considerado crime contra a humanidade, e assim foram instituídos os tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Mais tarde, outros tribunais ad hoc foram criados para fazer cessar abusos cometidos em outras guerras durante o período, como no caso da intervenção nas guerras da Iugoslávia e da Ruanda. A atuação dessas cortes trouxe a possibilidade revolucionária de julgar pessoas que praticaram delitos graves em conflitos considerados de caráter doméstico, os quais até o momento não se enquadravam na legislação penal internacional. A partir disso, decidiu-se criar um tribunal permanente, para evitar a seletividade de tribunais ad hoc, como ocorreu na investigação e punição dos massacres em Camboja, nos 1970. Assim foi instituída a Corte Penal Internacional, sediada em Haia, na Holanda, a qual tem competência para julgar os chamados crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, genocídio e crime de agressão. O Brasil somente reconheceu a jurisdição do TPI em 2002, quando ratificou o pacto, após aprovação do Congresso Nacional. No entanto, dessa data até hoje, o TPI ainda é um desconhecido para muitos brasileiros. Esse trabalho é desenvolvido a partir de uma análise bibliográfica, buscando fontes nacionais e estrangeiras, artigos científicos, livros, matérias jornalísticas e entrevistas sobre o assunto. O objetivo aqui é apresentar e analisar algumas das principais críticas direcionadas ao TPI que estão contribuindo para sua instabilidade.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. instabilidades. futuro incerto.

ABSTRACT

The International Criminal Court (ICC) was established by the Treaty of Rome and approved in 1998. The establishment of this body was an important step in international environment to bring to trial in a permanent court, heads of state, or even ordinary individuals for committing high-gravity crimes that used to go unpunished. The origins of the creation of the court date back to the end of World War II, a pitiful moment when atrocities were committed beyond barbarism, resulting in over 50 million deaths. Realizing this context, the winners agreed to institute ways to punish what is now considered a crime against humanity, and so the Nuremberg and Tokyo courts were instituted. Other ad hoc courts were later set up to cease abuses committed in other wars during the period, such as intervention in the Yugoslavia and Rwanda wars. The performance of these courts has brought the revolutionary possibility of prosecuting people who have committed serious crimes in conflicts considered to be domestic, which so far have not been in international criminal law. Thus, it is decided to create a permanent court to prevent the selectivity of ad hoc courts, as occurred in the investigation and punishment of the massacres in Cambodia in the 1970s. Thus the International Criminal Court, located in The Hague, The Netherlands, which has jurisdiction to prosecute so-called crimes against humanity, war crimes, genocide and crime of aggression. Brazil only recognized the jurisdiction of the ICC in 2002, when it ratified the pact, after approval by the National Congress. However, from this date until today, the ICC is still unknown to many Brazilians. This work is developed from a bibliographical analysis, searching national and foreign sources, scientific articles, books, journalistic articles and interviews about this subject. The ob-

jective here is to present and analyze some of the main criticisms directed at the ICC that are contributing to its instability

Keywords: International Criminal Court. Rome Statute. instabilities. uncertain future.

INTRODUÇÃO

O Tribunal Penal Internacional (TPI) já figurou como alvo de diversas críticas, desde os anúncios de saída de países africanos às duras declarações do ex-presidente estadunidense, Donald Trump, atacando essa corte ao não reconhecer sua jurisdição, legitimidade e autoridade. Por outro lado, a corte de Haia também tem muitos defensores que buscam as origens desse órgão para justificar sua existência.

Esse trabalho é desenvolvido a partir de uma análise bibliográfica, buscando fortes nacionais e estrangeiras, artigos científicos, livros, matérias jornalísticas e entrevistas sobre o assunto. O objetivo aqui é apresentar e analisar algumas das principais críticas direcionadas ao TPI que estão contribuindo para sua instabilidade. A hipótese inicial que norteia a pesquisa defende que o funcionamento, a política e princípios do TPI, por estarem em desacordo com os movimentos da política global atual comprometem a sustentabilidade dessa corte.

A estrutura do exposto a seguir é organizada em, primeiramente, apresentar aspectos essenciais para compreender minimamente a história, os princípios e o funcionamento do TPI, para em seguida discutir aspectos que estão influenciando o futuro desse órgão. Os resultados de pesquisa demonstram que a hipótese inicial se sustenta, mas não sozinha, sendo necessário apresentar aspectos que a priori não tinham sido considerados como os motivos da saída dos países africanos do TPI e a força da rejeição de potências globais a essa corte.

UMA CORTE EM HAIA: HISTÓRIA, PRINCÍPIOS E CASOS

A história do direito internacional humanitário, em meio à admissão da existência de conflitos armados e à busca de limites às consequências de guerras, convergiu esforços no sentido de estabelecer padrões mínimos de cooperação e autolimitação entre países. A partir disso, impondo restrições ao exercício ilimitado da força, mesmo em situações adversas (conflitos armados), pôde-se construir a possibilidade de confluir normas de interesse recíproco e de inspiração ética (SABOIA, 2000, p. 02). O Tribunal Penal Internacional (TPI) é criado nesse ambiente.

O estatuto de Roma foi aprovado em 1998 e criou o TPI. Esse fato constituiu um importante passo em âmbito internacional para se levar ao julgamento, em uma corte permanente, chefes de estado ou mesmo indivíduos comuns, pela prática de delitos de alta gravidade, que costumavam ficar impunes, principalmente devido ao princípio da soberania. (LEWANDOWSKI, 2002).

Ao final do século XX, algumas circunstâncias motivaram a criação dessa corte, fomentadas por mais de 50 anos. Acerca disso, Saboia (2000, p. 02) destaca três pontos fundamentais: 1) O fim da guerra fria flexibilizou os alinhamentos ideológicos que impediam a movimentação do direito internacional nesse direção; 2) A globalização e interdependência entre os países

tornaram cada vez mais necessárias a construção de um conjunto normativo para as relações internacionais, inclusive como forma de proteção contra a atuação ilícita de atores não estatais; 3) Conflitos étnicos, raciais e religiosos acentuados pelas tendências de fragmentação do pós-guerra fria, nos quais ocorreram catástrofes humanitárias, colocaram em risco a ordem jurídica, a paz e segurança internacionais. Isso mobilizou atores internacionais e a opinião pública em favor da capacidade de sanção do direito internacional nessa situação.

A criação desse órgão constituiu um importante passo em âmbito internacional para se levar ao julgamento, em uma corte permanente, chefes de estado ou mesmo indivíduos comuns pela prática de delitos de alta gravidade, que costumavam ficar impunes. Os crimes investigados e julgados pelo Tribunal Internacional Penal são explicitados no artigo 5º do Estatuto de Roma, quais sejam: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão¹. Esses três primeiros delitos estão definidos nos artigos 6º, 7º e 8º, respectivamente, do estatuto de Roma. No entanto, acerca desse último, até pouco tempo, não existia uma definição concreta para o crime de agressão, a qual somente foi decidida em 2010, após acordo na Conferência de Campala, Uganda, que resultou na Resolução RC/Res.6².

Os efeitos das situações acima destacadas por Saboia ([200-?], p. 02) e a causa das atrocidades cometidas durante o período da Segunda Guerra Mundial, ultrapassando os limites da barbárie com mais de 50 milhões de mortes deram motivos para que os vencedores instituísssem maneiras de punir o que passou a ser considerado crime contra a humanidade. Dessa maneira, foram instituídos os tribunais de Nuremberg e de Tóquio.

Mais tarde, outros tribunais ad hoc foram criados para fazer cessar abusos cometidos em outras guerras durante o período, como no caso da intervenção nas guerras da Iugoslávia e da Ruanda. A atuação dessas cortes trouxe a possibilidade revolucionária de julgar pessoas que praticaram delitos graves em conflitos considerados de caráter doméstico, os quais até o momento não se enquadravam na legislação penal internacional.

A partir disso, decide-se criar um tribunal permanente, para evitar a seletividade de tri-

¹ Enrique Ricardo Lewandowski (2002, p. 192-193) explica resumidamente a definição desses crimes: “O Estatuto define o crime de genocídio como qualquer ato praticado “com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, compreendendo: (1) matar membros do grupo; (2) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (3) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; (4) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e (5) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Os crimes contra humanidade, qualificados como “qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque”, incluem: (1) homicídio; (2) extermínio; (3) escravidão; (4) deportação ou transferência forçada de populações; (5) encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; (6) tortura; (7) estupro; (8) escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; (9) perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; (10) desaparecimento de pessoas; (11) apartheid; e (12) outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas. São crimes de guerra os praticados em conflitos armados de índole internacional ou não, em particular quando cometidos como parte de um plano ou política para cometê-los em grande escala, abrangendo violações graves das Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados, especialmente: (1) homicídio doloso; (2) tortura e outros tratamentos desumanos; (3) ataque a civis e destruição injustificada de seus bens; (4) tomada de reféns; (5) guerra sem quartel; (6) saques; (7) morte ou ferimento de adversários que se renderam; (8) utilização de veneno e de armas envenenadas; (9) manejo de gases asfixiantes ou armas tóxicas; (10) uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; (11) emprego de escudos humanos; (12) morte de civis por inanição; (13) organização de tribunais de exceção; e (14) recrutamento de crianças menores de 15 anos.” O crime de agressão teve sua definição decidida somente em momento posterior. Flávia Piovesan (2012, p. 147) explica: “Em 11 de junho de 2010, o Working Group sobre o crime de agressão adotou a Resolução RC/Res6, que introduz a definição do crime de agressão, os elementos do crime e o exercício de sua jurisdição, visando à emenda do Estatuto de Roma pelos Estados partes. Nos termos da proposta, crime de agressão compreende planejar, preparar, iniciar ou executar um ato de agressão, que, por sua natureza, gravidade e impacto, constitua um manifesta violação à Carta da ONU, por parte de pessoa que esteja efetivamente no exercício do controle do Estado ou que diretamente tenha o controle político ou militar do Estado.”

² Essa resolução está disponível no endereço eletrônico: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>

bunais ad hoc, como ocorreu na investigação e punição dos massacres em Camboja, em 1970. Assim foi instituída a Corte Penal Internacional, sediada em Haia, na Holanda. O Brasil somente reconheceu a jurisdição do TPI em 2002, quando ratificou o pacto, após aprovação do Congresso Nacional³. No entanto, dessa data até hoje, o TPI ainda é um desconhecido para muitos brasileiros e enfrenta diversos problemas para ter sua importância reconhecida e garantir suas decisões. Essas dificuldades se justificam em grande parte também por conta dos princípios que deve seguir e seu histórico de julgamentos. Tendo em vista esses argumentos, destacam-se a seguir em tópicos separados alguns princípios caros ao TPI e também um breve panorama dos casos sob investigação e sob exame preliminar por essa corte.

Apontamentos acerca de alguns princípios do TPI

O Estatuto de Roma explicita em seus artigos 20 ao 24, os princípios gerais e também regras de aplicação. Acerca dessas, o artigo 21 determina uma hierarquia para a aplicação da lei:

[...] primeiro, o Estatuto de Roma, com as definições e elementos de crimes e regras de prova e processo; depois, aplicação dos tratados e os princípios e regras de direito internacional; não sendo possível a aplicação destes, serão aplicadas as normas e princípios da lei dos Estados onde o crime foi cometido, desde que estes sejam compatíveis com os princípios do direito internacional. (AMBOS, 2000, p. 25)

Essa medida, segundo Kai Ambos (2000, p. 25) demonstra que “a Corte pode passar de uma fonte a outra até chegar na lei aplicável. Na prática significa sempre a possibilidade de recorrer-se à lei nacional, na medida em que o direito internacional não prevê regras em muitas áreas, particularmente na parte geral.”

Os princípios consagrados pelo Estatuto do TPI são elencados por Marrielle Maia (2001, p. 73-75): 1) *Nullum crimen sine legem* (não há crime sem lei) – esse representa o conhecido princípio da legalidade, que consta no artigo 11, II, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 2) *Nulla poena sine legem* (não há pena sem lei) – a máxima também se relaciona com o princípio da legalidade, e determina que o condenado somente será punido mediante lei anterior que assim determine; 3) Irretroatividade – “Também ligada ao princípio da legalidade que busca eliminar a possibilidade de julgar, e de sentenças arbitrárias, mediante a aplicação de uma lei posterior ao feito, ou com base normativa prevista por um decreto ou outra disposição que não tenha status de lei.” (MAIA, 2001, p. 74); 4) Responsabilidade penal internacional individual – Esse princípio encontra amparo na jurisprudência do tribunal de *Nuremberg*⁴ e determina que os tribunais internacionais possuem a competência para investigar suspeitos e julgar acusados de crimes de alta gravidade compreendidos no direito internacional; 5) Exclusão de jurisdição sobre menores de 18 anos – Adota-se a proteção a crianças e adolescentes em conformidade com as convenções internacionais da ONU; 6) Irrelevância de função oficial – Determina que independentemente do cargo ou posição oficial que suspeitos e acusados de praticar os delitos aqui em comento deverão ser investigados e julgados por essa Corte, no momento do cometimento do crime ou posteriormente; 7) Responsabilidade de comandantes e outros superiores – Refere-se à responsabilidade dos chefes militares e outros superiores quanto aos seus comandos, incluín-

³ O texto do estatuto está disponível no endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm

⁴ Segundo documento disponível do site do Tribunal Penal Internacional (International Criminal Court - ICC), a transcrição de alguns pontos da conferência “Julgamento de Nuremberg”, em ordem do 60º aniversário do julgamento de Nuremberg, durante a presidência do juiz Philippe Kirsch, destaca-se o excerto: “The first principle is that individuals can and should be held accountable for the most serious international crimes. The judgment of the Nuremberg Tribunal famously declared, ‘Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.’ Ensuring accountability is important in itself, but it is also important because allowing impunity for widespread or systematic atrocities can have serious consequences for international peace.” (KIRSCH, 2006, p. 03)

do-se também a responsabilidade por omissão; 8) Imprescritibilidade – Os crimes de julgamento sob competência do TPI são imprescritíveis; 9) Elementos de intencionalidade – “Para os efeitos do Estatuto, entende-se que atua intencionalmente quem, em relação a uma conduta, propõe-se a incorrer nela; em relação a uma consequência, propõe-se a causa-la, ou é consciente de que a produzirá no curso normal dos acontecimentos.” (MAIA, 2001, p. 76); 10) Circunstâncias que excluem a responsabilidade penal – Previstas no artigo 31 do Estatuto de Roma; 11) Erro de fato ou erro de direito – “O erro de fato eximirá da responsabilidade penal, unicamente, se faz desaparecer o elemento da intencionalidade do referido crime; já o erro de direito constitui crime de competência do Tribunal.” (MAIA, 2001, p. 76). É considerado eximidor somente se desaparecer o elemento da intencionalidade. 12) Ordens superiores e disposições legais – As ordens superiores não são aceitas como circunstâncias eximidoras. Esse princípio já foi consolidado por outros instrumentos internacionais como a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado⁵ e a Convenção contra a Tortura⁶.

Além dessas características, Enrique Ricardo Lewandowski (2002, p. 192) destaca outros dois princípios: a complementaridade e a universalidade. O primeiro, talvez um dos mais notáveis para o TPI, versa que “a Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção.” (LEWANDOWSKI, 2002, p. 192). O postulado defende que em primeiro lugar os Estados tem o dever de reprimir os crimes capitulados pelo Estatuto de Roma, ainda mais porque o TPI não possui meios para fazer cumprir a pena determinada, ele precisa da cooperação dos estados para que haja uma repressão de modo mais eficaz. A Corte atua de modo subsidiário, quando as instituições nacionais falham no seu dever de investigar e julgar suspeitos e acusados no cometimento de crimes de alta gravidade contra a humanidade. Esse princípio leva em conta de modo determinante a soberania dos estados-parte. Gilberto Vergne Saboia (2000, p. 05) pontua que o TPI age numa lógica diferente dos tribunais *ad hoc*, visto que esses eram concorrentes e possuíam primazia sobre as cortes nacionais. O TPI, por outro lado, age em caráter excepcional, somente admissível nos casos em que se verifique a incapacidade e falta disposição dos Estados em processar os responsáveis.

O princípio da universalidade determina que “[...] os Estados-partes colocam-se integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações.” (LEWANDOWSKI, 2002, p. 192).

Percebe-se pois que o pleno funcionamento e eficácia do trabalho efetuado pelo TPI depende da cooperação dos Estados para garantir as decisões e a legitimidade dessa corte. Essa dependência acaba por fragilizar o órgão no caso de ele se encontrar em cenário hostil para sua existência.

Casos sob investigação e sob exame preliminar na corte de HAIA

O processo legal do TPI se divide e segue a ordem de (1) exames preliminares, (2) investigações, (3) fase de pré-julgamento, (4) fase de julgamento, (5) fase de apelação e (6) execução da sentença.

⁵ Artigo 6º, I, da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado: “Nenhuma ordem ou instrução emanada de qualquer autoridade pública, civil, militar ou de outra natureza, poderá ser invocada para justificar um desaparecimento forçado. Qualquer pessoa que receba tal ordem ou instrução terá o direito e o dever de não lhe obedecer.”

⁶ Artigo 2º, III, da Convenção contra a Tortura: “A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificção para a tortura.”

Os exames preliminares são como um juízo de admissibilidade feito pelo procurador (*Office of the Prosecutor*). Nessa fase, é determinado se há os requisitos mínimos para iniciar uma investigação pela Corte: Se há evidências de crime de suficiente gravidade sob a jurisdição do TPI, se a justiça nacional do país não está trabalhando no caso e há óbices para sua atuação e se a abertura das investigações serve aos interesses da Justiça e das vítimas. Se esses requisitos não forem preenchidos ou se os crimes não se encaixam naqueles sob a jurisdição do TPI, o caso não poderá ser investigado por essa corte.

Passado esse exame, preenchidos esses requisitos, avança-se à segunda fase: a investigação. Depois de juntar evidências e identificar os suspeitos, a acusação requer aos juízes do TPI para emitir um mandado de prisão (para isso, conta-se com a cooperação dos estados para fazer a captura e a transferência dos acusados ao TPI) ou uma convocação de apresentação (se o acusado não comparecer voluntariamente, é emitido um mandado de prisão).

No estágio do pré-julgamento, três juízes são encarregados de confirmar a identidade do suspeito e assegurar que esse compreende as acusações que lhe recaem. Após, a acusação, a defesa e o representante legal das vítimas são ouvidos e dentro de 60 dias, os juízes decidem se o caso possui robustez em evidências que o comprovem a existência e se ele tem condições de prosseguir para a fase de julgamento. Essa é a próxima etapa do processo, onde perante três juízes, a acusação deve provar sem dúvidas a culpa do acusado.

Feito isso, os juízes analisam todas as evidências e emitem um veredito de culpa, que possibilita a emissão de uma sentença. Os juízes podem sentenciar uma pessoa a cumprir mais de 30 anos de aprisionamento ou até mesmo, prisão perpétua. Os juízes também podem ordenar reparação às vítimas.

Em seguida, abre-se o período de apelações, que tanto pode ser requerida pela defesa quanto pelo procurador, no que se refere ao veredito de culpa ou à sentença. A apelação é decidida por cinco juízes da câmara de apelações, que nunca são os mesmos das fases anteriores. Essa assembleia determina se a decisão apelada será mantida, alterada ou rejeitada. A decisão proferida nessa fase é um julgamento final, a não ser que a câmara de apelações decida que o julgamento deverá ser refeito.

A última fase se dá com a execução da sentença que tem vigor nos países comprometidos com o Estatuto de Roma e são esses os responsáveis por possibilitar que a decisão dessa corte seja cumprida, pois o TPI não possui força policial e nem órgão de execução. Por esse motivo, é essencial ao funcionamento desse tribunal a cooperação dos estados, especialmente para fazer capturas, transferir presos para o centro de detenção em Haia, congelar bens de suspeitos e fazer cumprir as sentenças.

Até o presente momento, nove casos estão sob exame preliminar no TPI, provenientes dos seguintes países: Afeganistão, Colômbia, Guiné, Iraque/Reino Unido, Nigéria, Palestina, Filipinas, Ucrânia e Venezuela.

Os casos sob a fase de investigação são dos países: Uganda, República Democrática do Congo, Sudão (Darfur), República do Quênia, Líbia, Costa do Marfim, Mali, República Centro-Africana (dois casos), Geórgia, Burundi, Bangladesh/Myanmar.

Uma das principais críticas ao Tribunal Penal Internacional se refere à prevalência de in-

investigações direcionadas aos países africanos. Dos estados listados acima, dez dos doze investigados são originados do continente africano e dois dos nove casos sob exames preliminares são de países da África. Isso significa que mais de cinquenta por cento dos casos se concentram nessa região do globo.

Ao todo, 122 países são estados partes do Estatuto de Roma. Desse número, 33 são estados africanos, 18 são asiáticos, do Leste-Europeu também são 18, 28 originam-se da América Latina e dos Estados Caribenhos, enquanto 25 são da Europa Ocidental e outros estados. Deve-se levar em consideração que a seletividade aos estados africanos não é o único problema que o TPI tem enfrentado. Alguns países que são potências mundiais (sobre os quais recaem graves acusações de crimes de alta gravidade e repercussão global) não ratificaram o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e são abertamente contra essa corte, como o ex-presidente estadunidense, Donald Trump, já deixou claro em pronunciamentos⁷.

O NEBULOSO FUTURO DO TPI

O objetivo proposto por esse trabalho não é de tentar prever o futuro ou fazer afirmações e juízos sobre o valor do Tribunal Penal Internacional, a ideia é buscar conhecer os ataques fervorosos à corte e como isso fragiliza o órgão, de modo a tornar o cenário hostil para sua manutenção. Três pontos já mencionados aqui devem ser retomados nesse momento: 1) o fator da complementaridade (a corte somente age nos países que ratificaram seu estatuto e de forma subsidiária, respeitando a soberania dos estados) e da cooperação (a corte é dependente da cooperação de seus estados partes para ver suas decisões cumpridas); 2) o caso da seletividade penal aos países africanos; e 3) a rejeição de algumas potências mundiais ao TPI.

O primeiro ponto destacado, quanto aos princípios da complementaridade e cooperação do TPI, reflete como o ordenamento jurídico mundial se organiza muito mais íntimo de uma ideia de soberania territorial que de justiça universal pautada em valores humanos. Paula Escarameia (2003, p. 27) expressa claramente essa relação ao afirmar que

As características de uma ordem jurídica mais conservadora, que reflecte a essencialidade da soberania e que olha a organização mundial, primordialmente, não como um conjunto comum de interesses e valores de indivíduos unidos pelos mesmos, mas fundamentalmente como uma divisão territorial sobre a qual Estados exercem soberania, está, contudo, claramente reflectida noutros aspectos do Estatuto, designadamente no facto de este ser um tratado interestadual, de ser necessário o consentimento de algum Estado para que o Tribunal exerça jurisdição sobre o caso em questão (imediate ou mediatamente, como quando o Conselho de Segurança o refere) e pela ideia da complementaridade.

Apesar dessa realidade, no princípio das negociações, o TPI era cotado para fazer parte da Organização das Nações Unidas (ONU), aplicável a todos os estados que participam dessa organização. No entanto, como ensina Paula Escarameia (2003, p. 28), a ideia foi abandonada e o consenso determinou que o TPI “[...] seria constituído por tratado interestadual que vincularia, naturalmente, nos termos do art. 36º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, apenas os Estados Partes no mesmo.”

7 O ex-presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, já declarou publicamente que não apoia o Tribunal Penal Internacional. Trump afirmou que o TPI não possui jurisdição, legitimidade nem autoridade e que os EUA nunca abriram mão de sua soberania. Além disso, o ex-presidente acreditava que o TPI age na contramão da justiça e do devido processo legal ao atrair para si o papel de jurisdição universal sobre os cidadãos de cada país. Outro ponto forte do seu discurso é a declaração que a América é governada por americanos, e que rejeitam a ideologia de globalismo e abraçam a doutrina do patriotismo”. (Essas declarações estão disponíveis no canal da CNBC Television, no endereço eletrônico: <https://www.youtube.com/watch?v=IYt3hsAWZnk>)

Para além disso, o Tribunal não tem uma jurisdição universal, sendo necessário, nos termos do art. 12º, que o Estado da nacionalidade do presumível autor ou o do território em que o crime ocorreu sejam partes do Estatuto ou tenham expressamente concordado com a dita jurisdição, salvo se a entidade que refere a situação for o Conselho de Segurança. Deste modo, situações, muito frequentes, em que o autor e o território são de um Estado não Parte, ficam de fora da dita jurisdição, o que reflecte, evidentemente, o pendor intergovernamental de prevalência do conceito de soberania do Estado sobre o de protecção dos direitos humanos dos indivíduos vítimas dos crimes em questão. (ESCARAMEIA, 2003, p. 28)

Por esses motivos, percebe-se a primeira dificuldade para esse órgão se manter de forma efetiva e eficaz. Enquanto a soberania funcionar como óbice para a protecção dos direitos humanos e de valores caros à democracia, o problema de legitimidade e autoridade do TPI dificilmente será dissolvido.

Nesse sentido, vale convidar ao debate o segundo argumento elencado no primeiro parágrafo desse tópico: o caso da seletividade do TPI com os países africanos. Como foi dito anteriormente, se a ideia de protecção dos direitos humanos não for colocada como algo universal e a necessidade de investigar, julgar e punir crimes contra a humanidade não for uma prioridade, é muito difícil imaginar que um estado poderá fortalecer um órgão que poderá fazer aquilo que ele se omite ou mesmo prejudicar seus protegidos.⁸ A África, desde o princípio, foi uma grande aliada do Tribunal de Haia, sendo o continente com mais estados signatários do estatuto de Roma (33 países). Além disso, a procuradora Fatou Bensouda, em entrevista, alerta para essa crítica, argumentando que a África sempre se engajou na causa do TPI, com representatividade na corte e tendo casos como o de Uganda, República Democrática do Congo, República Centro-Africana, Mali e Costa do Marfim em que os próprios países chamaram o TPI para investigar e processar seus acusados, porque se sentiam incapazes de fazer isso (4.3 INTERVIEW, 2016, on-line).

No entanto, os problemas já mencionados e também com causa do terceiro ponto aqui elencado (a forte crítica das potências globais que não reconhecem o TPI) trouxeram outras consequências. Em outubro de 2016, a relação da África com o TPI sofreu uma ruptura. Três estados africanos (Burundi, África do Sul e Gambia) expressaram publicamente sua intenção em denunciar o estatuto de Roma e se desvincular da corte penal internacional. “Os estados africanos acusam o TPI de ter, para com África, uma atitude neocolonialista e racista, que se traduz numa perseguição e humilhação de líderes africanos.” (GARRIDO, 2017).

A fixação e prevalência de casos direcionados ao continente africano acaba por fortalecer também a já conhecida e propagada relação entre negritude e criminalidade, conforme foi salientado pelo advogado Courtenay Griffiths em entrevista ao jornal *Al Jazeera* (INSIDE, 2016, on-line). Griffiths (INSIDE, 2016, *on-line*) também ressalta que a maior parte do TPI é formado por países colonialistas (como França, Alemanha, Espanha e Itália) e que é chegada a hora do continente africano tomar as rédeas do seu próprio destino e fortalecer as suas instituições.

De fato, a falta de cooperação mundial no sentido de responsabilizar sem limites espaciais e pessoais robustece essa ideia. Nessa senda, Carlos Cerda Dueñas (2017, p. 132) assevera:

⁸ Segundo William A. Schabas (2017, p. 01): “Prosecution for war crimes, however, was only conducted by national courts, and these were and remain ineffective when those responsible for the crimes are still in power and their victims remain subjugated. Historically, the prosecution of war crimes was generally restricted to the vanquished or to isolated cases of rogue combatants in the victor’s army. National justice systems have often proven themselves to be incapable of being balanced and impartial in such cases”.

Sin desestimar el significado que tiene el retiro que anunciaron tres países africanos, la CPI ha padecido, desde su creación, el embate de algunos países que no solo se han negado a ratificar el Estatuto sino que han sido hostiles y abiertos opositores a su existencia, lo que aunado a las críticas recurrentes (procesos largos, solo cuatro sentencias en catorce años, la señalada recurrencia a países africanos, su ambigüedad sobre la complementariedad, etc.) han ralentizado su desarrollo y consolidación. El hecho de que entre sus 123 miembros no figure Estados Unidos, China, Rusia, India o Israel há contribuido a reforzar la sensación de que buscar presuntos criminales africanos es más sencillo (Ferrer, 2016), pero también signiica la merma de la universalidad pretendida con su creación y deja la percepción de que estos no miembros cuentan con el privilegio de la eximición, por lo que sus nacionales quedan al margen de persecuciones en un halo de impunidad.

O caso se torna mais delicado porque a União Africana (UA) está passando por um momento de tensão crescente com o TPI, de forma muito fundamentada pelos argumentos anteriormente expostos. A UA estuda maneiras de fortalecer seus órgãos judiciários, propondo um tribunal unificado (fusão do Tribunal de Justiça da União Africana com o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos) denominado Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (TAJDH), com jurisdição sobre crimes internacionais. (GARRIDO, 2017)

A medida parece ser uma resposta condizente para o cenário atual em que uma justiça universal se distancia cada vez mais em detrimento de um mundo compartimentalizado.

No entanto, são várias as dúvidas – de natureza jurídica e de relações internacionais –, suscitadas pela criação de um tribunal penal africano. A relação futura entre o TPI e o TAJDH, por omissão da sua clarificação no estatuto do TAJDH, faz prever uma relação difícil entre os dois tribunais. Contudo, parece-nos que a complementaridade entre o TPI e as jurisdições regionais e desejável e este deve cooperar com o TAJDH, no auxílio de meios humanos e materiais, permitindo ao TAJDH ser um ator relevante no combate à impunidade no continente africano. Há também a destacar o mérito dos estados africanos na criação deste órgão judiciário que é inovador ao nível da proposta que faz, quer na economia de recursos, quer na regionalização do direito internacional penal. Independentemente das motivações políticas que estão na base da criação deste órgão e do alargamento das suas competências, valera a pena acompanhar o processo de ratificação do seu estatuto, a instalação do tribunal e a sua atuação futura. No caso de a experiência do TAJDH se revelar um sucesso, então o modelo africano pode ser replicado nos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (o europeu e o interamericano). Podemos estar a testemunhar uma mudança significativa no paradigma da justiça internacional e no combate à impunidade em qualquer parte do mundo. (GARRIDO, 2017)

Levando em consideração essas percepções de Rui Garrido sobre as transformações que esse impasse com o TPI pode gerar e as diversas e crescentes críticas à corte de Haia, resta se perguntar qual o futuro desse órgão e do direito penal internacional. Questionamento esse, que resiste e assiste paciente o desenrolar dos próximos capítulos da política global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal Penal Internacional (TPI) surgiu em um momento de desestabilização e descrédito do modelo anterior, em que os estados com suas cortes nacionais eram os únicos responsáveis para investigar e processar crimes de guerra. Desse modo, na maior parte dos casos reinava a impunidade, justamente porque os responsáveis pelos crimes ainda estavam no poder do estado e suas vítimas continuavam subjugadas (SCHABAS, 2017). Desse modo, Schabas (2017) explica que historicamente a persecução de crimes de guerra estava nas mãos dos vencedores e poderosos, de modo que a justiça nacional dos estados se provou incapaz de ser razoável e imparcial nesses casos.

Com o objetivo de ser uma corte permanente para evitar a seletividade proveniente dos

predecessores tribunais ad hoc, o TPI foi criado pelo Estatuto de Roma e aprovado em 1998. Desde 2002, quando se tornou efetivo com a ratificação de 60 países, o TPI que não trabalha com jurisdição retroativa, tem poucos casos em sua análise e muitas críticas ao redor do mundo.

Esse trabalho objetivou destacar alguns aspectos essenciais da história, princípios e casos do TPI, de modo a expor algumas das críticas mais contundentes a essa corte e questionar por fim o futuro desse órgão. Essa discursão se pauta em três pontos onde residem alguns dos principais problemas enfrentados pelo TPI: 1) a dependência da complementaridade e da cooperação; 2) o caso da seletividade penal aos países africanos; e 3) a rejeição de algumas potências mundiais ao TPI.

A hipótese confrontada é em parte derrubadas ao perceber que a crise de legitimidade, autoridade e sustentabilidade do TPI não depende unicamente das ações dessa corte, mas principalmente do cenário político global em que ela se insere nesse momento e das declarações de países expressamente contrários à corte. Isso se deve a um desejo mútuo de fazer com que esse tribunal seja efetivo e de enfrentar e reduzir o problema da impunidade em crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e de agressão, o que não parece ser um propósito de consenso global. Por esse motivo, países que pensam numa linha contrária acabam se vendo sobrecarregados, enquanto outros sujeitos globais acusados de graves delitos se escusam da responsabilidade amparados em sua soberania e não obediência ao estatuto do TPI.

Sem a intenção de discutir o valor dos julgamentos e a imparcialidade da corte, mas de analisar o quão favorável é o ambiente atual para a manutenção do TPI, observa-se que o futuro da corte parece atravessar densas nuvens de hostilidades.

REFERÊNCIAS

4.3 INTERVIEW with ICC Prosecutor Fatou Bensouda. [S. l.]: Centre for Innovation - Leiden University, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RfQDvPpsT2g>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados. Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 47/133, de 18 de Dezembro de 1992. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecProtTodPesDesFor.html> > Acesso em: 30 nov. 2019

BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm > Acesso em: 30 nov. 2019

BRASIL. Decreto 4.3888, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> >. Acesso em: 30 nov. 2019

DUEÑAS, Carlos Cerda. Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional. Revista

Criminalidad, Bogotá, v. 2, n. 59, p. 125 - 138, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v59n2/1794-3108-crim-59-02-00125.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

ESCARAMEIA, Paula. Prelúdios de uma Nova Ordem mundial: o Tribunal Penal Internacional. IDN – Revista Nação e Defesa, 2ª série, n. 104, p. 11-35, primavera 2003. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/62686060.pdf>> Acesso em 30 nov. 2019

GARRIDO, Rui. Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?. Relações Internacionais, Lisboa, n. 54, p. 55-71, jun. 2017. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992017000200005&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 30 nov. 2019.

INSIDE Story - Does the ICC target African states? [S. l.]: Al Jazeera English, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ha7vkb6BE7I>. Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Legal Process. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#legalProcess>> Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Situations and Cases. Disponível em: < <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx> > Acesso em: 30 nov. 2019

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. The States Parties to the Rome Statute. Disponível em : <https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx> Acesso em 30 nov. 2019

KIRSCH, Philippe. Applying the Principles of Nuremberg in the International Criminal Court. International Criminal Court, 2007. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf > Acesso em: 30 nov. 2019

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. Estud. av., São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Aug. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 Nov. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABÓIA. Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. Revista CEJ. Vol. 4, n. 11, mai./ago, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_saboia.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SCHABAS, William A. An Introduction to the International Criminal Court. 5 ed. New York: Cambridge University Press, 2017.

WHY is the International Criminal Court under attack? - BBC News. [S. l.]: BBC News, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CxfHYjg6MOU>. Acesso em: 30 nov. 2019

Direito ao envelhecimento numa perspectiva de gênero

**Right to aging from a gender
perspective**

Renata Maldonado Silveira Romão

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.13

RESUMO

O presente estudo pretende abordar o direito ao envelhecimento a partir da perspectiva de gênero. Em uma sociedade onde a vaidade e o anseio pela longevidade tornam-se cada vez mais o ideal desejado, envelhecer pode parecer fracasso. Às mulheres, em especial, tal projeção pode ser ainda mais cruel. Ao estado cabe o cuidado amplo da população através da elaboração e prática de políticas públicas a fim de garantir direitos fundamentais à saúde e renda dignos, amparado na isonomia, atendendo aos desiguais na medida de sua desigualdade, como meio de aparar arestas e efetivar o acesso a tais direitos. Contudo, não se pretende criticar ou arvorar a bandeira do “abaixo à ditadura da beleza”, mas sim discutir a liberdade de ser e estar também envelhecendo. Mas qual seria o papel do direito diante de tal cenário social, onde é preciso pedir desculpas por envelhecer? É sobre isso que se pretende dialogar, especialmente no que concerne ao direito, ao trabalho e as relações sociais.

Palavras-chave: direitos humanos. trabalho. gênero. sociedade. saúde. políticas públicas.

ABSTRACT

This study intends to approach the right to aging from a gender perspective. In a society where vanity and the longing for longevity increasingly become the desired ideal, getting old can seem like failure. To women, in particular, such a projection can be even more cruel. The state is responsible for the broad care of the population through the elaboration and practice of public policies in order to guarantee fundamental rights to health and dignified income, supported by isonomy, serving the unequal to the extent of their inequality, as a means of trimming edges and effecting access to such rights. However, it is not intended to criticize or raise the flag of “down with the dictatorship of beauty”, but rather to discuss the freedom to be and be aging too. But what would be the role of the law in such a social scenario, where it is necessary to apologize for getting old? This is what we intend to discuss, especially with regard to law, work and social relations.

Keywords: human rights; labor; genre; society; health; public policy.

INTRODUÇÃO

Há tempos envelhecer deixou de ser visto com naturalidade pela sociedade e a busca por instrumentos que adiam o inevitável, envelhecer e morrer, perseguidos com afinco. Ou seja, sob o mote do cuidado da saúde, produtos e técnicas milagrosos prometem retardar as marcas dos anos vividos. Não há que se preocupar o leitor, aqui não se pretende criticar os procedimentos estéticos e a beleza. Apenas abordar como a busca por padrões de beleza e estética afetam de formas diferentes mulheres e homens e os porquês.

Sobre as óticas do direito, filosofia e sociologia é que se vai percorrer ao longo desse estudo, onde há mais perguntas que respostas.

Como a sociedade vem ao longo dos anos encarando o processo de envelhecimento humano é um dos pilares desse trabalho e a pergunta que se pretende buscar respostas: Estaria o direito ocupado dessas questões?

DIREITO, SOCIEDADE E QUESTÕES DE GÊNERO

Se por um lado é dever do estado propiciar meios para o envelhecimento digno da população e a elaboração de políticas públicas com viés isonômico, de outro podem estar os anseios da população em seus mais diversos nichos.

Corroborando com esse entendimento é a lição de Lenza a seguir:

...diante da vida em sociedade, devemos pensar, também, a necessidade de serem observados os deveres, pois muitas vezes o direito de um indivíduo depende do dever do outro em não violar ou impedir a concretização do referido direito.

...

Dever de efetivação dos direitos fundamentais: sobretudo os direitos sociais e garantias das instituições públicas e privadas. Estamos diante da necessidade de atuação positiva do Estado, passando-se a falar em um Estado que tem o dever de realizar os direitos, aquela ideia de Estado prestacionista. (LENZA, p.1181, 2020)

Ainda nessa toada está a legislação - estatuto do idoso - lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Em consonância com a constituição federal estabelece garantias ao envelhecimento:

Art. 8.º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9.º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Não se olvidando da importância da formação da sociedade nela encontram-se alguns porquês dessa junção humana. E à ótica do professor Dallari, a sociedade tem uma finalidade que está amparada na liberdade humana e a descreve a partir de várias correntes doutrinárias, entre as quais aqui se destaca:

O homem tem consciência de que deve viver em sociedade e procura fixar, com objetivo da vida social, uma finalidade condizente com suas necessidades fundamentais e com aquilo que lhe parece mais valioso.

Surge, entretanto, uma dificuldade: se cada home é dotado de inteligência e de vontade, e se – como verificamos a cada passo – o que é mais valioso para um é completamente desprovido de valor para outro, como estabelecer uma finalidade que atenda aos desejos de toda sociedade? Essa finalidade deverá ser algo, um valor, um bem, que todos considerem como tal, daí a primeira conclusão de que a finalidade social é o bem comum. (DALLARI, 2002, p. 23)

Dessa feita, louvável pensar a sociedade reunida sob o propósito do bem comum e, por isso, seja mola propulsora das políticas sociais.

Ao passo que uma sociedade minimamente organizada seja capaz e deseje propiciar aos seus cidadãos vida digna e envelhecimento sadio deverá notadamente um longo caminho percorrer. Especialmente porque sob a égide do capitalismo não há muito espaço para partilhas, esforço comum, solidariedade e afins. Ao contrário, o prejuízo é partilhado e o lucro não.

Se por um lado, as estruturas políticas e econômicas dirigem a sociedade, de outro é preciso lembrar que a cada nova crise, guerras ou tormentas, os direitos das minorias sejam mitigados, especialmente das mulheres (BEAUVOIR, 1967).

Não é possível fechar os olhos à discriminação de gênero, ainda nesse século, dado

que muita disparidade subsiste. E, por isso, estudar a temática se torna dever. Nesse tocante é a lição a seguir:

Os gêneros, entendidos na ótica binária em que a ordem do gênero e a heterossexualidade hegemônica os colocam, apresentam-se não apenas como uma das bases centrais dos processos de opressão e privilégio no quadro de relações de dominação, mas e em consequência, são centrais no processo de intersecção com outras matrizes de dominação (Collins, 2000), como 'raça', sexualidades, classe, idade, entre outras. Assim, estudar o gênero implica um duplo processo: um entendimento do modo como se estruturam os processos assimétricos do eixo de dominação gênero e, por outro lado, uma leitura que compagina o modo como o gênero se intersecta, é reformulado e se cruza com outras relações de privilégio e de opressão, como mostra Conceição Nogueira (2011) e os trabalhos na linha da interseccionalidade. (OLIVEIRA e AMÂNCIO)

De acordo com os autores, opressão e dominação levam consigo instrumentos centrais de manutenção de privilégios, dentre aqueles, o gênero e a idade que aqui são objetos de estudo.

Trazendo novamente contribuição estrangeira para o debate, a percepção de que muito do que se atribui à discriminação de gênero em relação à mulher, em especial à entrada no mercado formal de trabalho também está atrelada ao aspecto educacional. Conforme assevera Amâncio:

A procura da escolaridade, a todos os níveis de ensino, que marcou a sociedade portuguesa da altura, acompanhando o progressivo aumento da escolaridade obrigatória nos anos 80 foi particularmente expressiva no caso das mulheres, cujo atraso era bem mais acentuado, visto que em 1988 a taxa de analfabetismo das mulheres (21%) era, ainda, quase o dobro da dos homens (11%). Para as gerações mais jovens, em particular, o percurso ao longo do sistema educativo foi particularmente bem-sucedido e, no fim da década de 90, as mulheres já constituíam a maioria da população que entrava no ensino superior. A participação das mulheres no trabalho pago, já iniciada no período da guerra colonial, acentuou-se, com a sua entrada em muitas profissões qualificadas e até aí quase exclusivamente masculinas, como a medicina e o direito, acompanhando a criação de novos serviços, como um sistema universal de assistência na saúde (o SNS), e órgãos de soberania, nomeadamente uma magistratura e um ministério público independentes. Para além da sua participação na construção das instituições democráticas, a participação das mulheres seria crucial para o desenvolvimento de áreas fundamentais para o progresso e a modernização do país, como a ciência. Este percurso das mulheres portuguesas, marcado por um forte progresso, no plano da educação e da autonomia econômica, sobretudo nas comparações com as gerações mais velhas, não foi favorável ao desenvolvimento de uma consciência das discriminações que as atingiam e que eram abundantemente evidenciadas pela investigação e difundidas pelos organismos internacionais. Numa iniciativa pioneira de Maria de Lourdes Pintasilgo tinha sido criada, em 1975, a Comissão da Condição Feminina (C.C.F.), no âmbito do Ministério dos Assuntos Sociais, por ela presidido na altura, organismo que viria a ser institucionalizado em 1977, com a missão de “apoiar todas as formas de consciencialização das mulheres portuguesas e a eliminação das discriminações contra elas praticadas, em ordem à sua inserção no processo de transformação da sociedade portuguesa, de acordo com os princípios consignados na Constituição”. A existência deste organismo, mesmo antes da adesão do país ao Conselho da Europa (1976) e à Comunidade Europeia (1986) veio dar visibilidade a formas de desigualdade social durante muito tempo remetidas para o domínio da “natureza” ou da fatalidade, mesmo num contexto social de fraca consciência sobre o caráter estrutural da discriminação e da violência contra as mulheres. Para retardar esta consciência contribuiu ainda o efeito do backlash contra o feminismo que se difundiu na década de 80 e que foi amplamente divulgado em Portugal pelos media. (AMÂNCIO, p. 19, 2017).

Na aceção dos autores um pilar importante na eliminação ou ao menos redução das discriminações contra as mulheres, é nada menos que propiciar acesso à educação formal e de qualidade de maneira obrigatória.

Assim, um apontamento, ao menos curioso de se destacar, é o grande abismo escolar

que separava mulheres e homens portugueses nos anos anteriores a 1980, quando então se tornou obrigatório o ingresso escolar, sendo até então o número de mulheres analfabetas o dobro de homens. Em cerca de uma década após a política pública educacional, as mulheres já representavam a maioria dos ingressantes no ensino superior.

Corroborando com a tese de que empoderar uma mulher é plantar e regar semente, quando uma mulher se empodera ela leva consigo outras tantas e reverbera a seu redor as conquistas coletivas.

Se de uma banda mulheres senhoras de si influenciam outras, de outra há marcas sociais que explicam o porquê de tanta disparidade presente, a isso se dá o nome de pluri jornada de trabalho, ou seja, para ocupar os espaços acadêmicos e de trabalho não se desvencilharam dos afazeres domésticos que ainda são predominantemente realizados por mulheres no Brasil.

Para elucidar, importa observar a pesquisa realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia Aplicada - em 2005 e demonstra que:

De acordo com os resultados para 2005, pode-se afirmar que os afazeres domésticos constituem um grupo de atividades predominantemente femininas. No país, 109,2 milhões de pessoas de 10 anos ou mais de idade declararam exercer atividades relacionadas com os afazeres domésticos; sendo que, deste conjunto, 71,5 milhões são mulheres. Em termos absolutos, é a população adulta de 25 a 49 anos de idade que mais realiza afazeres domésticos. Não obstante, considerando a população em cada grupo etário, observa-se que é a população de 50 a 59 anos de idade que despense maior parte do seu tempo em afazeres domésticos (24,3 horas semanais).

As desigualdades de gênero na realização dessas atividades são ainda mais visíveis quando se considera a população total de acordo com o sexo e os grupos de idade. Verificou-se que somente 51,1% dos homens realizam afazeres domésticos enquanto que entre as mulheres esse percentual é de 90,6%. É no Nordeste que se observa a menor participação dos homens nos afazeres domésticos (46,7%) enquanto que no Sul se evidencia a maior taxa (62%). Uma possível explicação para esta participação um pouco mais baixa dos homens nordestinos nos afazeres domésticos pode estar ligada aos aspectos culturais locais, que valorizam o “machismo” já que existe uma forte correlação positiva entre a realização de afazeres domésticos e o sexo feminino. (BRASIL, 2007, p.10)

Como bem abordado no estudo, e na falta de outra análise mais recente, é de se entristecer diante desse cenário que faz acumular responsabilidades ao público feminino.

FEMINIZAÇÃO DO ENVELHECIMENTO

Termo cunhado nos anos 2000, é bastante inteligível, pois de logo aponta para um maior número de mulheres que chegam nessa fase da vida em comparação ao de homens. O que em tese não seria um problema. Entretanto, quando não é respeitado o processo natural e mulheres são renegadas às atividades profissionais que antes empenhavam sob o prisma da idade, pode se tornar discriminatório e pior, um risco social.

E sobre isso assevera ALMEIDA:

Dessa forma, considerando a mulher nesse processo de feminização da velhice e destacando as mudanças e transformações positivas e negativas que esse traz para a vida das idosas, essa realidade merece atenção especial e reforça o dever e a importância da sociedade, do Estado e também da família em busca de ações concretas que visem a minimização das desigualdades sociais e culturais existentes nas vidas das mulheres idosas, reduzindo sua exposição às situações de risco social. Vale ressaltar que essas ações devem considerar as idosas de hoje e, também, todos os que se tornarão parte da

população idosa no futuro. Assim, uma ação importante é o incentivo à educação ao longo da vida, que pode diminuir as desigualdades em termos financeiros, aumentando o acesso ao mercado de trabalho, bem como o acesso aos direitos dos idosos e seu conhecimento, entre outros aspectos. Destaca-se, ainda, que essas ações devem se estender para todas as pessoas idosas, inclusive no que se refere à velhice masculina. (ALMEIDA, p.17, 2015)

Sob o aspecto físico, inegável que há diferenças biológicas importantes entre mulheres e homens, especialmente marcos como a menarca e a menopausa causam alterações severas às mulheres. Sobre isso é a análise MORAIS:

Na vida reprodutiva das mulheres existem marcos concretos e definitivos que sinalizam diferentes fases ou passagens de suas vidas. Pode-se afirmar que a chegada dos 50 anos é um desses marcos imbuído de significantes implicações biopsicossociais. Este marco do envelhecimento da mulher é a menopausa, que corresponde à parada definitiva da menstruação por 12 ou mais meses, marcando o fim dos períodos ou ciclos menstruais, devido a senescência do eixo reprodutivo, saindo da fase reprodutiva para não reprodutiva. (MORAIS, 2018 , p.20)

Ainda sobre as alterações hormonais que desencadeiam na aparência física, culminando no aspecto aparência física. Conforme destaca MORAIS:

Acredita-se que o estrógeno tenha um efeito protetor sobre o acúmulo de gordura intra-abdominal, aumentando o estoque de gordura na área glúteo-femural e inibindo o estoque na região abdominal. A queda desse hormônio durante a menopausa parece promover um efeito negativo sobre o metabolismo das gorduras, resultando na transição de um padrão ginecóide para um padrão andróide de distribuição de gordura com aumento da deposição adiposa principalmente a nível abdominal, comumente identificadas em mulheres na TM e pós-menopausa e que tem um impacto sobremaneira na imagem corporal. (ibidem, p.21)

Na lição de Cash *apud* Moraes, observa-se grande questão social que atormenta muitas mulheres em fase de envelhecimento. O que deveria ser algo natural da vida, envelhecer, ganha contornos de sofrimento sob o aspecto imagem e aceitação social. Veja-se:

A Imagem Corporal foi definida por Cash e Pruzinsky (2002), como sendo uma construção multifacetada baseada em componentes perceptivos: percepção da aparência física, pensamentos, sentimentos e atitudes sobre o corpo. É como as pessoas encaram sua própria encarnação, sendo, portanto, uma parte complexa do senso de identidade pessoal, com determinações multidimensionais, tais como condições econômicas, culturais, influência da mídia e determinantes sociais. A necessidade criada socialmente de um corpo “padrão” que se diferencia entre os gêneros, associado as percepções intrínsecas de cada pessoa sobre o que considera apropriado, assim como as alterações corporais próprias do envelhecimento, estão entre as principais causas de mudanças da percepção corporal, que podem ocasionar uma diferença entre a imagem desejada e a imagem real, gerando a insatisfação com a imagem corporal. (ibidem, p. 22).

Pode-se concluir que muito da auto insatisfação com a estética feminina se dá por influentes externos, tais como bombardeamento das mídias e alta cobrança social.

Para ALMEIDA, homens e mulheres são atingidos de maneiras diferentes pela velhice:

Goldani (1999) também argumenta no mesmo sentido. Para essa autora, homens e mulheres vivem de formas diferentes, portanto, ao envelhecer, também apresentam características diferenciadas. Fatores sociais e genéticos como: gênero, raça, classe social, situação conjugal e cuidados prévios com a saúde, possibilitam aos idosos envelhecimentos específicos. Uma característica importante e que deve ser considerada é que a mulher brasileira não teve, em muitos casos ao longo de sua vida, trabalho remunerado, noutros, essa mulher era trabalhadora doméstica ou fazia parte do mercado informal, deixando de ter garantida a sua aposentadoria. Ainda deve-se levar em conta o fato de as mulheres receberem salários menores que os homens. (ALMEIDA, 2008 , p.336)

A partir dessa análise é possível concluir que sob o aspecto do trabalho há mais impacto negativo a atingir mulheres. Especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil, que

conta com sobrecarga de afazeres domésticos não remunerados ou mal remunerados às mulheres. O que em grande modo afeta o impacto que o envelhecimento trará ao público feminino, especialmente no acesso ao trabalho e à renda.

É certo que podem ser encontrados comportamentos velhos em pessoas jovens e o contrário também. Ainda assim, não é factível dissociar os aspectos estéticos do preconceito advindo do etarismo que é definido pela psicóloga e idealizadora do blog etarismo, WINANDY, conforme a seguir:

O termo "ageism" foi cunhado pelo gerontologista Robert Butler (1969) para definir uma forma de intolerância relacionada com a idade, com conotações semelhantes ao "racismo" e "sexismo", direcionada às pessoas idosas. Palmore (1999), ampliou o uso do termo para preconceito ou discriminação contra ou a favor de um grupo etário.

Nos Estados Unidos o termo vem sendo discutido desde a década de 60 em diversos contextos. Para dar uma idéia, em 1967, o congresso norte americano promulgou o Age Discrimination in Employment Act, para proteger os trabalhadores com idade acima dos 40, passo importante no combate ao etarismo institucional, praticado por instituições ou organizações através de suas políticas e práticas. (WINANDY, 2020, p.1)

Atrelada ao etarismo estão os medos de envelhecer e ser excluído do mercado de trabalho e o apercebimento da fobia de envelhecer, cunhada como gerascobia. E nisso é também a abordagem:

Sim, porque em nossa sociedade eternamente jovem, pique e inteligência não podem caminhar com os avanços da idade! Quando uma pessoa faz 60 anos no Brasil algo acontece misteriosamente, levando a beleza, sensualidade, inteligência e sucesso profissional para outra dimensão e ela tem que começar do zero, como se tudo o que conquistou fosse apagado de sua biografia. Temos todos que nos reinventar para viver o tal do "terceiro ato", nossa ressurreição frente a morte metafórica a qual somos submetidos.

Talvez seja essa a explicação para a Gerascofobia, traduzida por um medo irracional de envelhecer. Esse pânico costuma estar relacionado com mudanças na aparência, declínio na saúde, possibilidade de dependência na velhice e medo da solidão. O mais preocupante é que atinge muitas vezes pessoas na faixa dos 30/40 anos, que precisam de terapia...

A complexidade do envelhecimento passa por questões biológicas, psicológicas, sociais e culturais, já que modifica a nossa relação com o tempo, gerando mudanças em nossa relação com o mundo e com a nossa história. E para piorar, a velhice nos torna vítimas do etarismo, um preconceito contra o qual não nos preocupamos antes de sermos o alvo. A velhice traz sentimentos de perda, uma espécie de luto antecipado pela perda de si mesmo. Luto daquilo que fomos e que jamais voltaremos a ser. Luto daquilo que está por vir, algo desconhecido, que assusta. Por isso, o processo é dolorido. Envelhecer bem, aceitar a velhice, pois por mais que consigamos retardar as marcas do tempo no espelho, o enfrentamento psicológico só é possível se essa morte anunciada for bem elaborada. A fórmula para isso varia de pessoa para pessoa, mas a aceitação pode ser o primeiro passo. (WINANDY, 2020, p. 1)

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO

Acredita-se que o papel do estado na inclusão das pessoas em processo de envelhecimento e dos idosos seja atuação multifacetária. Uma primeira toada na elaboração de políticas públicas de acesso a renda e formação profissional aos adultos e na manutenção da renda aos idosos que já não dispõem de força de trabalho.

Numa segunda, em políticas públicas que incentive a iniciativa privada na contratação e manutenção de postos de trabalho às pessoas adultas que gozem de força de trabalho, além

daquelas já existentes em relação às pessoas com deficiência. Isso porque, como é sabido, a empresa deve cumprir sua função social, como dispõe a Constituição Federal de 1988.

Importante destacar o PNETD (Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente), elaborado e apresentado em 2010 na ocasião da 1ª Conferência Nacional de Trabalho Decente, resultou de um amplo processo de consulta tripartite, de diálogo e de cooperação entre diversos órgãos do governo, conforme se verifica o site do Ministério do Trabalho e Previdência. No referido plano se define trabalho decente como trabalho produtivo adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna. Entretanto, atualmente pouco se sabe sobre a continuidade do projeto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o debruçar sobre as questões que envolvem o envelhecimento e seus estímulos sociais, é possível concluir que há muito o que se evoluir enquanto sociedade. Seja para a quebra de preconceitos como o etarismo, seja pela aceitação social dos desiguais e suas desigualdades.

Mas também urgente se faz o estabelecimento de políticas públicas efetivas na educação, saúde e renda pensadas para atender as pessoas adultas em processo de envelhecimento e aos idosos. Uma vez que se tem observado um aumento da expectativa de vida da população, essa vivência seja garantida de maneira saudável e natural.

Não se olvide do papel da iniciativa privada, sendo que a ela cabe papel fundamental inclusivo das pessoas sob seus mais variados aspectos, classe social e idade.

É por isso que se verifica em relação às mulheres ponto sensível que está, em sua maioria, mais afetada pelo envelhecimento. Não porque envelheça mais ou mais rapidamente que os homens, mas em razão de acúmulos de tarefas e pelas cobranças estéticas as encontrarem mais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alessandra Vieira. A Feminização da Velhice: em foco as características socioeconômicas, pessoais e familiares das idosas e o risco social. *Textos & Contextos* (Porto Alegre), v. 14, n. 1, p. 115 - 131, jan./jun. 2015. Disponível em <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/download/19830/13313/#:~:text=RESUMO%20%E2%80%93%20Dentro%20do%20processo%20de,ser%20sin%C3%B4nimo%20de%20viver%20melhor>. (acesso em 25/05/2022)

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. Tradução de Sérgio

Milliter. Difusão Européia do Livro, São Paulo, 2a ed., 1967.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Estatuto do Idoso / Ministério da Saúde*. – 2. ed. rev. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. 70 p. – (Série E. Legislação de Saúde)

DALALRI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 24.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAIS, Maria Socorro Medeiros de. Imagem corporal e qualidade de vida em mulheres de meia idade e idosas: um estudo transversal. Disponível em <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/25602> (acesso em 01/05/2022).

NASCIMENTO, Ana Júlia Domingues do. Memória e envelhecimento: narrativas sobre questões de gênero e do mundo do trabalho. Disponível em <http://repositorio.bc.ufg.br/handle/ri/15463> (acesso em 30/05/2022).

OLIVEIRA, João Manuel de; AMÂNCIO, Lígia. Gêneros e Sexualidades. Edição Centro de Investigação e de Intervenção Social (CIS-IUL)/Lisboa, 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henrique. Ensaio sobre Direitos Fundamentais e Inclusão Social. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.

WINANDY, Fran. Por que falar sobre Etarismo? Disponível em: www.etarismo.com.br. (Acesso em 01/06/2022).

_____. Age shaming, gerascofobia, etarismo e outros que tais: quão grande é o seu medo de envelhecer? Disponível em: <https://www.etarismo.com.br/news/age-shaming-gerascofobia-etarismo-e-outros-que-tais-quao-grande-e-o-seu-medo-de-envelhecer/> (Acesso em 13/06/2022).

Análise da (in)constitucionalidade do inquérito policial frente aos princípios do contraditório e ampla defesa

Analysis of the (in)constitutionality of the police investigation in relation to the principles of contradictory and broad defense

Vinicius dos Santos Claro

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS

Taylesson dos Santos Lima

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS

Kamila Soares Leal

Professora orientadora. Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela UNITAU, Docente na Universidade Estadual do Tocantins.

Elton Abreu da Silva

Professor orientador. Doutorando em Direito pela FADISP de São Paulo - SP. Mestre em Ciências Ambientais pelo Programa de Pós-graduação da Universidade de Taubaté, Docente da Universidade Estadual do Tocantins.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.14

RESUMO

A presente pesquisa visou apresentar os princípios do contraditório e da ampla defesa, em conjunto com o inquérito policial, observando a intrínseca relação entre eles. O inquérito policial é o procedimento responsável pelas investigações de delitos, com o intuito de buscar o autor e a materialidade dos fatos, a partir dele que é montado o conjunto probatório suficiente para a proposição de uma ação penal, sendo o meio mais utilizado para isso, no país. Ainda, o contraditório e a ampla defesa são direitos constitucionais que asseguram ao investigado/acusado informações sobre os fatos, garantindo o direito a resposta quanto ao procedimento implantado e a defesa de cada ato o qual está sendo suspeito. Devido a isso, esse estudo tem o intuito de observar se é (in)constitucional de aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, observando a natureza jurídica do inquérito e os princípios do contraditório e da ampla defesa, sob a perspectiva da doutrina e jurisprudência pátria. No desenvolvimento da pesquisa foi possível visualizar que, em relação a (in)constitucionalidade do inquérito policial perante os princípios do contraditório e ampla defesa, não há unanimidade doutrinária e jurisprudencial, mas evidencia-se a importância desse instituto e desses direitos para a aplicação da legislação constitucional no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: inquérito policial. contraditório. ampla defesa. (In)Constitucional.

ABSTRACT

This research aimed to present the principles of contradictory and broad defense, together with the police investigation, observing the intrinsic relationship between them. The police investigation is the procedure responsible for investigations of crimes, with the aim of seeking the author and the materiality of the facts, from it that is mounted the evidential set sufficient for the proposition of a criminal action, being the most used means for this, in the country. Furthermore, the contradictory and the broad defense are constitutional rights that ensure the investigated/accused information about the facts, ensuring the right to answer as to the procedure implemented and the defense of each act that is being suspected. Because of this, this study aims to observe whether it is (un)constitutional application of the contradictory and the broad defense in the police investigation, observing the legal nature of the investigation and the principles of contradictory and broad defense, from the perspective of the doctrine and jurisprudence of the homeland. In the development of the research it was possible to visualize that, in relation to the (in)constitutionality of the police investigation before the principles of contradictory and broad defense, there is no doctrinal and jurisprudential unanimity, but the importance of this institute and these rights for the application of constitutional legislation in the legal system is evidenced.

Keywords: police inquiry. contradictory. broad defense. (In)Constitutional.

INTRODUÇÃO

Utilizado como o meio extrajudicial para a obtenção de informações, investigando o crime/infração, sendo presidido pelo Delegado de Polícia, servindo como base para a incidência da ação penal ou providências cautelares, o Inquérito Policial possui o intuito de expor a respectiva autoria do crime e sua materialidade, se configurando em uma persecução penal extrajudicial,

devido a soma da atividade investigatória com a propositura da ação penal.

Sob a égide de Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p.108) o inquérito policial é “o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.

Em continuidade, tem-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, que são basicamente a possibilidade de o investigado/acusado oferecer resposta contra a acusação, utilizando todos os meios legais de defesa.

Segundo o entendimento de Martino (2013, p. 19) “No processo penal, a aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa tem fundamento em não poder haver condenação sem defesa, ou falta de defensor do réu, com a finalidade de assegurar as partes o exercício das prerrogativas inerentes à bilateralidade do juízo”.

Porém, devido ao fato de o inquérito policial possuir a natureza de procedimento administrativo inquisitivo, não há unanimidade quanto ao cabimento do contraditório e ampla defesa nesse procedimento, principalmente quando se analisa a doutrina e a jurisprudência pátria.

A problemática da presente pesquisa visa esclarecer quanto a (in)constitucionalidade do inquérito policial, devido a sua natureza jurídica, mesmo sem garantias da aplicação total dos princípios do contraditório e a ampla defesa no inquérito policial.

O artigo tem como objetivo geral compreender a constitucionalidade do procedimento do inquérito policial e sua relação com o direito ao contraditório e a ampla defesa. Para tanto, o objetivo específico, é analisar o inquérito policial, sua natureza jurídica, o princípio do contraditório e o da ampla defesa, a possibilidade de aplicação desses princípios na fase pré - processual, e a (in)constitucionalidade quanto a presença dos princípios no processo.

A sua relevância está voltada para a proteção dos direitos fundamentais constitucionais, pois a não aplicação destes princípios no inquérito pode atingir os direitos a liberdade, igualdade processual, acesso a informação e a defesa, podendo afetar a produção de provas, e o bom desenvolvimento das investigações e da efetivação da justiça.

A metodologia usada para o desenvolvimento do presente trabalho foi a pesquisa exploratória, a fim de que por meio desse estudo haja um aprofundamento e entendimento do objeto da pesquisa, por meio de fontes secundárias, coletando informações, principalmente por meio da análise doutrinária e jurisprudencial.

O desenvolvimento do trabalho é composto por cinco capítulos, sendo o primeiro deles uma análise acerca do inquérito policial, em seguida a compreensão da sua natureza jurídica, após adentraremos no tópico dos princípios do contraditório e da ampla defesa, verificando as suas aplicações no procedimento do inquérito policial e a (in)constitucionalidade deste, após será exposta as considerações finais da pesquisa.

O INQUÉRITO POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em 20 de setembro de 1871, foi regulamentada a Lei 2.033, por meio da edição do Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, que fundamentou o Inquérito Policial no Brasil. Segun-

do o seu artigo 42, faz parte do inquérito policial todas as diligências necessárias para que os fatos criminosos sejam descobertos, bem como os seus autores, cúmplices e as circunstâncias em que ocorreram, estas devendo ser documentadas.

Entretanto, tem-se conhecimento que existia um procedimento inominado, responsável por apurar as infrações penais, desde os primórdios da civilização humana. No Brasil, o propulsor para a formação do inquérito policial atual, foi a Lei nº 261, que em meados de 1841 reformou o Código de Processo Criminal de 1832, criando o cargo de Delegado de Polícia, com uma hierarquia entre os agentes da Polícia.

Essa lei, em seu artigo 4º, impôs que as Autoridades Policiais remetessem os dados, provas e esclarecimentos que obtiverem sobre um delito, para que os juízes competentes à época analisassem para a formação da culpa, sendo obrigatório que a investigação fosse escriturada, com o intuito de que não ocorresse erros quanto ao responsável pela formação da culpa do agente.

Logo, como já citado, o grande marco para o inquérito veio com a Lei nº 2.033/71, dispondo que a investigação criminal competia exclusivamente aos Chefes, Delegados, e Subdelegado de Polícia.

Artigo 10. Aos Chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia, além das suas atuais atribuições tão somente restringidas pelas disposições do artigo antecedente, e § único, fica pertencendo o preparo do processo dos crimes, de que trata o art. 12 § 7º do Código do Processo Criminal até a sentença exclusivamente. Por escrito serão tomadas nos mesmos processos, com os depoimentos das testemunhas, as exposições da acusação e defesa; e os competentes julgadores, antes de proferirem suas decisões, deverão retificar o processo no que for preciso.

§ 1º Para a formação da culpa nos crimes comuns as mesmas autoridades policiais deverão em seus distritos proceder às diligências necessárias para descobrimento dos factos criminosos e suas circunstâncias, e transmitirão aos Promotores Públicos, com os autos de corpo de delito e indicação das testemunhas mais idôneas, todos os esclarecimentos coligidos; e desta remessa ao mesmo tempo darão parte a autoridade competente para a formação da culpa.

Porém, somente com a edição do Decreto de nº 4.824/71 que surge a nomenclatura 'Inquérito Policial', adotada até os dias atuais. Ademais, a implementação do decreto do Código de Processo Penal de 1941, que vigora até hoje, acomodou o inquérito policial como o meio legal apto para averiguar da autoria e materialidade das infrações penais, sendo realizado pela Polícia Judiciária, presidido pelo Delegado de Polícia, conforme o art. 144, §4º, da Constituição Federal prevê (CORREIA, 2019).

Portanto, o Inquérito Policial é todos os atos que são praticados no processo de investigação sobre um certo crime ou infração já cometidos por um indivíduo ou mais, também responsável por determinar as variáveis que caracterizam o(s) suspeito(s); formado por uma série de protocolos distintos da Polícia Civil ou de outras instituições, que facilitam a organização lógica das informações levantadas no processo.

Para Lopes (2014) o inquérito é formado por posicionamentos construídos no decorrer do processo de investigação em torno de um suspeito, precisando de uma sólida fundamentação com conceitos que devem fazer parte das ações efetivas da polícia, facilitando entender os caminhos percorridos pelo investigado no momento em que praticou o ato ilegal.

Outrossim, Tourinho traz em sua doutrina que “o inquérito policial é, pois, o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo” (2012, p. 230).

Destarte, o Código De Processo Penal brasileiro não traz uma definição específica, e nem aborda a função deste procedimento. Mas, dispõe que o inquérito policial é entendido como um processo preliminar ou preparatório para a ação penal, utilizando de atos administrativos para esclarecer um fato definido como infração penal, que precedem a ação penal.

Ato contínuo, o inquérito se configura como um procedimento administrativo, de caráter informativo, estudado dentro do direito processual penal em decorrência de medidas coercitivas voltadas ao indiciado, sendo a presença do Estado-juiz necessária.

Além disso, por possuir características inquisitoriais, a autoridade policial tem o poder de direcionar as investigações, inquirindo testemunhas, o(s) suspeito(s), buscando a verdade dos fatos, não havendo definição expressa do que deve ser feito, sendo facultativa a participação do suspeito nas investigações, não estando subordinado aos princípios do contraditório e ampla defesa (SILVA, 2017, p. 8).

Nessa fase processual, não existe acusação formal ao agente, marcada apenas pela investigação do possível autor de um delito, não sendo o momento da realização de uma defesa, desqualificando a necessidade de que haja contraditório e ampla defesa.

Como base desse entendimento tem-se o art. 5º da Constituição Federal de 1988, inciso LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; sem menção dos casos de investigação (BRASIL, 1988).

Como já citado, todas as investigações devem ser documentadas nos autos do inquérito, facilitando a compreensão de quem analisará o caso, possibilitando a reconstrução das provas que mais se assemelham a realidade dos acontecimentos do fato. A autoridade policial tem que se ater a natureza investigativa do procedimento, apurando a infração ou crime ocorrido, vedado a formação de juízo de valor, sendo o inquérito unidirecional (SILVA, 2017, p. 9).

Evidenciando a finalidade de reunir provas capazes de convencer o membro do *parquet* responsável por oferecer a denúncia, ou que o ofendido ofereça a queixa crime, expondo a materialidade e o indicio de autoria, para que o titular da ação vá a juízo, com informações probatórias o suficiente para o juiz julgar a demanda.

Visando resguardar a inquisitorialidade do inquérito, a investigação e a comprovação da materialidade e autoria do ato ilícito, o inquérito policial é sigiloso, desde que esse seja necessário para esclarecer os fatos ou exigido pela sociedade. Inclusive para advogados, impedindo envolvimento nessa fase de apuração, ficando estes autorizados apenas em casos em que o inquérito não está sob sigilo, art. 7º, III, XIV (BRASIL, 1994).

Ainda, se caracteriza como discricionário, pois a autoridade policial não possui uma forma previamente estabelecida, escrita, de como iniciar o procedimento investigativo, este tendo que observar apenas os limites legais vigentes, podendo se utilizar de convicção pessoal, desde que fundamentada em lei, não havendo uma forma certa de realização.

Por conseguinte, sob a perspectiva de todas essas peculiaridades relativas ao inquérito policial, entendendo que se trata de um instituto investigativo e que desqualifica a necessidade de defesa, esse ainda possibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantindo os direitos do acusado e a aplicação da justiça, temáticas que serão abordadas nos tópicos seguintes.

NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

Sabe-se que, o Inquérito Policial é uma das ações estatais, se configurando como um ato administrativo que se instaura antes de iniciar a fase processual, ou seja, é entendimento pacífico da corrente doutrinária que o inquérito possui natureza jurídica de um procedimento administrativo (VIEIRA, 2016, p.130).

O sistema processual é constituído por uma fase anterior ao processo, fase pré-processual, para apuração da delicto e autoria. Essas investigações são realizadas pela chamada polícia Judiciária, que faz parte do Poder Executivo, embora auxilie o juiz, por isso a nomenclatura.

Em relação ao seu entendimento como procedimento, Badaró (2016, p.124) expõe essa característica ocorre pela forma que o legislador o prevê, em uma série de atos a serem executados pela autoridade policial, indicando como se inicia, as diligências a serem praticadas, a maneira como deve ocorrer os atos investigatórios, prazo, e o termino do inquérito.

Porém, há também uma corrente doutrinária minoritária que entende o inquérito policial como uma natureza jurídica judicial, possibilitando ao indiciado ter acesso as mesmas garantias e direitos que o acusado no processo penal, conforme prevê o texto constitucional (FRANÇA, p.4).

OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Antes de adentrar a temática exposta neste subtítulo, é importante trazer algumas considerações preliminares. Em seu artigo 5º, LIV, a Constituição Federal de 1988 traz que: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", dando fundamentação ao surgimento do princípio do devido processo legal. Na concepção de Gilmar Mendes:

É provável que a garantia do processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional [...] Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. (MENDES e BRANCO, 2020, p. 787-788)

[...] O princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça (MENDES e BRANCO, 2020, p. 789).

Observa-se a amplitude do princípio do devido processo legal, demonstrando a sua profunda relação com o direito ao contraditório e a ampla defesa, e as demais garantias constitucionais, pois este possui características subsidiárias e gerais em relação aos demais direitos, sendo utilizado pelos tribunais como uma referência holística capaz de englobar os demais direitos/

princípios específicos.

Em ato contínuo, o direito ao contraditório é um princípio que possui força constitucional, estando disposto no O artigo 5º, LV:

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, entende-se que o princípio do contraditório é a garantia de que os atos processuais possam se desenvolver de forma bilateral, dando a parte ré/acusado a possibilidade de participar ativamente de cada fase deste, podendo contrariar a acusação e agir em cada ato, no momento oportuno; visando a igualdade e a liberdade processual para responder pelos atos ilícitos praticados, além de ser o meio para a efetivação da ampla defesa.

A doutrina descreve essa garantia como: (BIRAL, 2015, p. 33, *apud* NETTO, 2006, p. 127)

O princípio do contraditório, mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo judicial ou administrativo, é, portanto, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, logo se poder falar, com propriedade, em direito contraditório, ou Anspruch aufrechtliches Gehor, como fazem os alemães.

Sendo assim, esse princípio constitucional assegura as partes o direito de impugnar os atos processuais, expondo a sua versão dos fatos, evitando possíveis casos de abuso de poder, garantindo a dialética no processo, possibilitando ambas as partes a terem ciência dos atos e a participarem destes, dando chances iguais de convencimento do órgão julgador.

Ademais, as constituições anteriores a vigente (CF de 1988) dispunham que o princípio do contraditório deveria ser utilizado em toda a persecução penal, desde a fase investigatória até o processo em si. Surgindo divergências quanto a sua aplicação após a promulgação da Constituição de 1988.

Por conseguinte, o princípio da ampla defesa, presente também no art. 5º, LV da CF, basicamente é o dever do Estado de conceder que o acusado efetue uma defesa completa para o delito que lhe foi imputado; assegura constitucionalmente uma defesa com os meios de provas possíveis, podendo esta ser técnica ou pessoal.

A defesa técnica se dá por meio do acompanhamento de um profissional de direito (advogado, defensor, dativo ou ad hoc), impedindo a ausência de defesa; já a defesa pessoal ocorre por meio do próprio acusado, podendo este trazer a sua versão dos fatos em seu interrogatório, contribuindo com a investigação, ou se recusando a produzir provas contra si, permanecendo em silêncio quando interrogado.

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (Súmula Vinculante nº 14 do STF).

Sob o entendimento de Alexandre de Moraes (2020, p. 232)

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário.

Sobre essa temática, André Ramos Tavares (2012, p. 761) expõe que:

Ampla defesa é o asseguramento de condições que possibilitam ao réu apresentar, no processo, todos os elementos de que dispõe. Entre as cláusulas que integram a garantia da ampla defesa encontra-se o direito à defesa técnica, a fim de garantir a paridade de armas (par conditio), evitando o desequilíbrio processual, a desigualdade e injustiça processuais.

(...) Também integra a ampla defesa o direito a ser informado da acusação inicial (o que é praticamente um pressuposto para que haja direito de defesa), e de todos os fatos arrolados, assim como do impulso oficial e dos demais atos da outra parte, o que envolve o direito à publicidade ou, no caso de processo sigiloso, o direito de acesso.

(...) Contraditório é decorrência direta da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio).

Para esclarecer melhor esses conceitos, De Sá e Perantoni trazem que (2015, p.13, *apud* GRINOVER, 2006, p. 63)

Defesa e Contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantia. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Em suma, fica evidente a correlação entre o princípio do contraditório e da ampla defesa, podendo até ter suas garantias confundidas, porém, o contraditório além de estar inserido na ampla defesa, ainda é uma exteriorização desta, não sendo viável um estudo no qual os dois não sejam abordados em conjunto.

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE: APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Em relação a aplicação do Contraditório e da Ampla Defesa no Inquérito Policial, não há unanimidade doutrinária sobre a temática, parte do entendimento de não cabimento do contraditório e ampla defesa no inquérito fundamenta-se na concepção de que o inquérito é um procedimento administrativo inquisitivo, não havendo acusação e nem podendo haver defesa nesse momento, apenas com o oferecimento da denúncia ou queixa; sendo o inquérito peça informativa figurando apenas o indiciado (só passa a ser acusado na ação penal).

Seguindo essa linha interpretativa tem-se Tourinho Filho (2012), o qual afirma que a expressão presente no art. 5º, LV, 'processo administrativo', não diz respeito ao inquérito policial, mas sim aos processos administrativos da administração pública.

Ainda, Ana Biral (2015, p.57, *apud* PEDROSO, 2001, p.71-72) sob o ponto de vista do doutrinador Almeida Pedroso, expõe que:

Justamente porque carece o inquérito do contraditório penal, nenhuma validade tem, para a prolação de um decreto condenatório, a prova testemunhal que, embora colhida em juízo, reporta-se a depoimento anterior, prestado por ocasião da *informatio delicti*. A remissão assim feita, a par de censurável e de retirar do testemunho sua espontaneidade, desnatura a fase judicial da instrução, por colocar em ângulo sombrio o princípio do contraditório

e por transportar, para a fase judicial, a feição inquisitiva do caderno administrativo, onde o depoimento foi carreado sem o descortino da defesa do acusado.

Em contrapartida, a parte da doutrina que defende a existência do contraditório e ampla defesa no inquérito policial, utiliza-se como fundamento o mesmo art. 5º, LV da CF, alegando que a expressão ‘acusados em geral’ engloba o indiciado (LOPES JÚNIOR, 2014).

Ademais, interpretando extensivamente a letra de lei, ao analisar a parte do texto em que fala sobre ‘processo administrativo’, pode-se fazer correspondência com ‘procedimento administrativo’, pois já aconteceu equívoco parecido por parte do legislador ao tratar “Do Processo Comum” e “Do Processo Sumário”, os quais o correto seria utilizar procedimento; não sendo justificativa plausível para restringir aplicação do artigo 5º, LV, CF, ao inquérito policial (BRITO, 2017).

O Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte decisão sobre o tema:

O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é -enquanto dominus litis -o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial [...]. Extraído do acórdão proferido do Habeas Corpus n. 73271/SP, rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma Brasília, j. 19.3.1996.

Ratificando a decisão supracitada, tem-se Ary Lopes Jr. (2013), expondo que as provas que são levadas ao juízo possuem o poder de influenciar a interpretação e decisão judicial, e estas são colhidas na fase investigatória, que é o inquérito, podendo o acusado ter suas garantias constitucionais não asseguradas, sendo lesado, devido a ausência do contraditório.

Outrossim, a atuação do advogado no inquérito corrobora o entendimento de que há o contraditório e a ampla defesa no procedimento, tendo o indiciado conhecimento sobre todos os atos. Principalmente ao observar a Súmula Vinculante nº 14, a qual dá ao defensor o direito de acessar as provas obtidas pela polícia na investigação, evidenciando a tendência da jurisprudência quanto a efetivação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

Além do mais, as novas atualizações doutrinárias ratificam essa linha de pensamento, as quais passarão a versar sobre o juiz das garantias, Lopes Junior (2014) expõe que “Sem dúvida, é imprescindível instaurar uma fase intermediária contraditória, por um juiz distinto daquele que irá sentenciar [...] aquele que atua na instrução preliminar para autorizar ou denegara prática das medidas que limitem direitos fundamentais”.

Ademais, há juízes considerando a importância da presença do contraditório e ampla defesa na fase pré-processual, levando em consideração está para proferir a decisão que acha cabível, após avaliação do caso, como:

APELAÇÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO MAJORADO. CRIMES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CORRUPÇÃO DE MENORES. INSUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS COLHIDOS À LUZ DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL QUE NÃO SE SOBREPÕEM À PROVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS QUE SE

IMPÕE.

De acordo com o disposto no Art. 155 do Código de Processo Penal, os elementos informativos colhidos na investigação preliminar podem ser usados apenas de maneira subsidiária, complementando a prova, não sendo idôneos para fundamentar exclusivamente a condenação criminal, uma vez que colhidos sem a participação dialética das partes. **Considerando a insuficiência dos elementos fático-probatórios, produzidos à luz do contraditório e da ampla defesa, que indiquem tenham os réus Leandro e Paulo cometido os crimes narrados na denúncia, a absolvição dos réus é medida que se impõe.** RECURSO PROVIDO. (grifo nosso)

(TJ-RS - APR: 70084404607 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 23/11/2020, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: 25/01/2021)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. VIOLAÇÃO AO ART. 155, DO CPP. INOCORRÊNCIA. PROVAS PRODUZIDAS EM INQUÉRITO POLICIAL. CORROBORADAS COM PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA OBSERVADOS. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. INCIDÊNCIA ERRO DE TIPO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Depoimentos com confissão extrajudicial corroborados por outros meios de prova, notadamente depoimento dos policiais, com provas produzidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa, são aptos a sustentar condenação. II - A falta do questionamento no momento oportuno leva à preclusão da matéria, a qual deixa de ser apreciada pelo Tribunal de origem, padecendo do necessário questionamento, incidindo os enunciados sumulares ns. 282 e 356, sob pena de supressão de instância. III - Para a interposição amparada no permissivo constante do art. 105, III, c, da Constituição Federal, não se mostra suficiente aduzir a similitude, deve-se demonstrar realizando o devido cotejo analítico nos moldes regimentais exigidos pelo art. 255, § 1º, do RISTJ, a demonstrar invocada divergência jurisprudencial e, principalmente, a similitude fática. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso)

(STJ - AgRg no AREsp: 1205027 RN 2017/0297418-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 13/03/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2018)

Dessa forma, o contraditório e a ampla defesa permitem que casos de abusos de poder sejam reduzidos ou até eliminados, resguardando o que está disposto na constituição ao tratar o investigado como sujeito de direito, com condições de defesa eficazes, minimizando possíveis falhas ocorridas na fase acusatória.

Outrossim, também há julgados que se expressam contra a aplicação do contraditório e ampla defesa na fase pré-processual:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. NULIDADE DOS INTERROGATÓRIOS REALIZADOS NA FASE POLICIAL. INDEPENDÊNCIA DA PROVA UTILIZADA PARA A CONDENAÇÃO E A SUPOSTA ILICITUDE. INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. PRESCINDIBILIDADE. PEÇA INFORMATIVA QUE NÃO SE SUBMETE A CONTRADITÓRIO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PEÇA INCOATIVA QUE PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 41 DO CPP. DISCUSSÃO SUPERADA. SENTENÇA PROLATADA. INVERSÃO DA ORDEM DE INTERROGATÓRIO DOS ACUSADOS. PROVIDÊNCIA QUE MELHOR SE ADEQUA AOS POSTULADOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ART. 400, CAPUT, DO CPP. PRECEDENTE DO STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE. PRECLUSÃO. INDEFERIMENTO DE REMARCAÇÃO DE AUDIÊNCIA E CONCESSÃO DE PRAZO PARA ALEGAÇÕES ESCRITAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ART. 403, CAPUT, DO CPP. NÃO OITIVA DE TESTEMUNHAS REFERENCIADAS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTOS FINAIS. OMISSÃO NA SENTENÇA. NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MATÉRIAS ALCANÇADAS PELA PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. QUESTÃO SUPERADA COM A CONDENAÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS RESPALDADAS

NO ACERVO PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS DE AGENTES DE POLÍCIA. VALIDADE. APROVEITAMENTO DAS INFORMAÇÕES COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO DEMONSTRADAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. PLEITO DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA EM GRAU DE RECURSO. INÍCIO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em nulidade do interrogatório realizado na fase policial quando a prova utilizada para a condenação não guarda relação com a suposta ilicitude. **A ausência de advogado durante o inquérito policial não constitui mácula, uma vez que a peça tem natureza informativa, sendo até mesmo dispensável para a propositura da ação penal, e não se submete, necessariamente, aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ademais, eventuais nulidades no procedimento policial não tem o condão de comprometer a ação penal.** Não é inepta a denúncia que preenche os requisitos insertos no art. 41 do Código de Processo Penal, expondo o fato criminoso e suas circunstâncias, a qualificação do acusado, e a classificação da infração, além de apresentar o rol de testemunhas. A alegação de inépcia da exordial resta superada com a prolação da sentença condenatória, que entendeu não só pelos indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, mas, também, pela sua procedência. Consoante art. 563 do Código de Processo Penal, vige na legislação processual o princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual a ausência de prejuízo à parte obsta a decretação da nulidade relativa. Tratando o interrogatório do réu como meio de defesa, e não só como de prova, a realização do ato ao final da instrução, independente do rito previsto, é providência que melhor atende os postulados do contraditório e ampla defesa. Consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sua composição plenária no julgamento do Habeas Corpus nº 127.900/AM, o interrogatório deve ser o último ato em todos os procedimentos penais. Nos termos do art. 571, II, do CPP, eventuais nulidades ocorridas na instrução criminal devem ser arguidas em fase de alegações finais, sob pena de preclusão. O indeferimento do pedido de redesignação de audiência, quando desprovido de fundada razão, não implica em cerceamento de defesa, notadamente quando não traz prejuízo à persecução penal. A apresentação de alegações finais orais decorre de expressa previsão legal, ex vi art. 411, §§ 4º e 7º do Código de Processo Penal. É defeso à parte alegar nulidade a que tenha dado causa, a teor do art. 565 do Código de Processo Penal, dispositivo reflexo do postulado venire contra factum proprium. Opera-se a preclusão de alegada nulidade da sentença por ausência de fundamentação quando a matéria não é desafiada por meio de embargos declaratórios, notadamente se o tema pode ser conhecido no julgamento de eventual recurso de apelação, face a amplitude do efeito devolutivo. O argumento de ausência de justa causa para a ação penal resta superado com a condenação, quando o julgador conclui pela comprovação do crime e definição da autoria. Preliminares rejeitadas. Provadas a autoria e materialidade delitivas pela convergência das provas produzidas no inquérito policial e em juízo, impõe-se a condenação. É válido o testemunho prestado por policiais se não há nenhum indício de que tenham interesse em prejudicar o acusado. **Segundo a inteligência do art. 155, caput, do Código de Processo Penal, o magistrado pode se valer de informações trazidas pelo inquérito policial, desde que corroboradas com os demais meios de prova, amealhados sob o pálio do contraditório.** A dúvida razoável acerca da estabilidade e permanência da suposta associação para o tráfico deve ser resolvida à luz do princípio da presunção de inocência, com a consequente absolvição do acusado. In dubio pro reo. Consoante a hodierna jurisprudência dos Tribunais Superiores, a condenação mantida em segundo grau de jurisdição, ainda que não passada em julgado, admite o início da execução penal, sem que se ofenda o princípio da inocência, de modo que a custódia, antes cautelar, não deve mais ser encarada sob o enfoque do art. 312 do Código de Processo Penal. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ-BA - APL: 00001358520178050265, Relator: Inez Maria Brito Santos Miranda, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 12/11/2018)

Portanto, observa-se por meio das jurisprudências e doutrinas expostas que há presença de um certo nível de contraditório e ampla defesa no inquérito policial, mesmo que essa aplicação não ocorra igual na esfera judicial. Por conseguinte, tem-se o entendimento da 6ª Turma do Tribunal de Justiça de Goiás, Rel. Min. Anselmo Santiago:

Para que seja respeitado, integralmente, o princípio do contraditório a prova obtida na fase policial terá, para ser aceita, deve ser confirmada em juízo, sob pena de sua desconsi-

deração. Tal significa que, acaso não tipificada na fase judicial, a solução será absolver o acusado.

Com isso, ao pesquisar as jurisprudências nacionais, que tratem da (in)constitucionalidade da aplicação do contraditório e ampla defesa no inquérito policial, obtêm-se algumas decisões que retratam a inconstitucionalidade da utilização somente do inquérito policial para pautas as decisões criminais, não podendo penalizar a utilização dos elementos adquiridos na fase investigatória para a formação do convencimento do julgador, caso seja complementar a prova produzida perante o contraditório judicial.

CORREIÇÃO PARCIAL. INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA A DECISÃO JUDICIAL QUE, AO RECEBER A DENÚNCIA, DETERMINOU O DESENTRANHAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL DOS AUTOS PRINCIPAIS E O SEU APENSAMENTO À DENÚNCIA, BEM AINDA PROIBIU QUALQUER MENÇÃO E/OU UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS INFORMATIVOS CONSTANTES NO INQUÉRITO POLICIAL, SALVO AQUELES CONSIDERADOS NÃO REPETÍVEIS, EVITANDO-SE, DESSE MODO, A CONTAMINAÇÃO HERMENÊUTICO-PSICOLÓGICA DO MAGISTRADO PELO ACESSO INDISCRIMINADO AO CONTEÚDO DO INQUÉRITO POLICIAL. **INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL COMO FUNDAMENTAÇÃO EM DECISÕES CRIMINAIS.** DECISÃO QUE ACERTOU QUANTO AO CONTEÚDO, MAS EQUIVOCOU-SE NO QUE TOCA À FORMA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE OPERADO NA DECISÃO? DIFUSO/CONCRETO OU INCIDENTAL? QUE NÃO É IRRESTRITO/ABSOLUTO E ESTÁ SUJEITO A CONTROLE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIGÊNCIA DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE SEGUE SENDO AFIRMADA PELA CORTE GUARDIÃ DA CONSTITUIÇÃO, AO MENOS ENQUANTO ESTIVER SUSPENSO O ART. 3º-C, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, INTRODUZIDO PELA LEI 13.964/2019. **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA QUE É OBSERVADA.** NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 12 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONFIGURADA. INVERSÃO TUMULTUÁRIA DOS ATOS LEGALMENTE PREVISTOS. CORREIÇÃO PARCIAL PROVIDA. **Nada obstante a louvável preocupação do Juiz prolatora da decisão no que toca à contaminação psicológico-hermenêutica do Juiz que tem amplo acesso, na audiência criminal, aos elementos inquisitoriais constantes no inquérito policial, o controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental operado na decisão vergastada não é absoluto e está precipuamente sujeito a controle por parte do Supremo Tribunal Federal, o qual ? ao menos enquanto o Art. 3º-C, § 3º do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, estiver suspenso -, segue dando vigência ao Art. 155 do Código de Processo Penal, não sendo defeso a utilização de elementos informativos constantes na investigação para a formação da convicção do julgador, desde que tais sejam complementares à prova produzida à luz do contraditório judicial, em conformidade, pois, com a Constituição Federal. Decisão ora impugnada que, ao proibir a menção e a utilização dos elementos do inquérito policial (salvo aqueles não repetíveis), traz consequências graves para o exercício constitucional da acusação e da defesa, violando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa insertos no inciso LV do Art. 5º da Constituição Federal, bem ainda negando vigência ao Art. 12 do Código de Processo Penal, que dispõe que o inquérito policial acompanhará a denúncia ou a queixa sempre que a elas servir de base.** Inversão tumultuária de atos e fórmulas legais que enseja o provimento da presente Correição Parcial. CORREIÇÃO PARCIAL PROVIDA. (Correição Parcial Criminal, Nº 70083466946, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em: 13-02-2020)

(TJ-RS - COR: 70083466946 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 13/02/2020, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/02/2020)

Assim, fica claro que a inconstitucionalidade ocorre quanto a ausência da aplicação do princípio do contraditório e ampla defesa na fase judicial, e quanto a utilização apenas do inquérito para basear as decisões judiciais.

Sendo permitido a presença desses princípios no inquérito policial, de forma limitada devido à fase acusatória, e importante a presença do inquérito como base para formular o convencimento do magistrado, não sendo vedada a utilização de informações da investigação para

complementar provas que respeitem esses princípios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Insta frisar que a presente pesquisa possui o intuito de esclarecer sobre o procedimento do inquérito policial e sua relação com o direito ao contraditório e a ampla defesa. Demonstrou-se que há divergências quanto as linhas de pensamento doutrinárias e jurisprudências sobre a aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito, expondo o entendimento dos que não veem como viável a aplicação, e dos que acreditam que esses direitos, na prática, fazem parte desse procedimento extrajudicial.

O inquérito policial é a fase pré-processual, marcada pela investigação policial do fato ilegal, acarretando na ação penal ou no arquivamento do caso. Tem natureza administrativa e inquisitória, tendo a necessidade de estar de acordo com a Constituição Federal vigente, possibilitando a observação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, mesmo que de forma diferente da aplicação na fase judicial.

Essa afirmação tem como base o art. 5º, LV, CF (em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa), que apesar de o legislador ter utilizado terminologias distintas, a interpretação da doutrina e jurisprudência deixou claro que este inciso é aplicável no inquérito policial.

Com a utilização do contraditório no procedimento extrajudicial, ele passa a ter valor probatório, já a ampla defesa pode e deve estar presente desde o início das investigações, permanecendo durante e após o inquérito, permitindo ao investigado que seus direitos sejam resguardados, seguindo os fundamentos constitucionais.

Ainda, a presente pesquisa evidenciou que a aplicação do contraditório e da ampla defesa, em conjunto, nessa fase investigatória, garantem que o investigado tenha seus direitos fundamentais resguardados, possibilitando o direito a defesa técnica e pessoal, a ciência de todos os atos do procedimento, e a contradição de quaisquer provas, minimizando a ocorrência de erros advindos dessa fase tão importante para o processo.

Ademais, a pesquisa ainda demonstra que não é inconstitucional a presença do contraditório e ampla defesa na fase pré-processual, tanto que parte da doutrina e da jurisprudência reconhece a aplicação, justamente pela sua natureza jurídica de cunho investigativo e administrativo. Mas é inconstitucional a ausência desses princípios na fase judicial, por se tratar de uma fase que exige a presença ativa da acusação e da defesa; e pautar a decisão da ação judicial somente no inquérito policial, sem usar outros meios de provas.

Em suma, o objetivo do presente trabalho foi atingido, demonstrando a natureza acusatória e administrativa do inquérito policial, a possibilidade quanto a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa na fase de persecução penal extrajudicial, por meio de uma análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa; evidenciando a constitucionalidade do procedimento e o cumprimento do que está disposto da Constituição Federal vigente.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 4ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016.

BIRAL, Ana Maria Eller. O Princípio Do Contraditório No Inquérito Policial. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário “Antônio Eufrásio De Toledo” De Presidente Prudente. São Paulo, p. 67, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm>. Acesso em: 08 de abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Código do Processo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm>. Acesso em: 08 de abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 14 de abr. 2022.

BRITO, Ronaldo Figueiredo; DE BARROS JÚNIOR, Jurandy Severo. A ampla defesa no inquérito policial. Revista Saber Digital, v. 9, n. 01, p. 1-13, 2017.

CORREIA. Danilo Moraes. O Inquérito Policial no Direito Brasileiro. Jus.com.br, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75595/o-inquerito-policial-no-direito-brasileiro#_ftn1>. Acesso em: 09 de abr. 2022.

DE SÁ, Robson Paiva Ribeiro; PERANTONI, Felipe Zanovello. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL. DIREITO EM CONSTRUÇÃO, 2015.

FEGURI, Fernanda, E.S.F.; BELLINELLO, Rogério. Princípio Do Contraditório E Ampla Defesa No Inquérito Policial, 2015. Disponível em: <<https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2019-08-28-15670161587161.pdf>>. Acesso: 09 jun. 2022.

FRANÇA, Bruno Bertunes; DE CASTRO, Luís Felipe Perdigão. Os Princípios Do Contraditório E Ampla Defesa No Inquérito Policial. Disponível em: <http://unidesc.edu.br/nip/wp-content/uploads/2017/05/Bruno-Bertunes-Fran%C3%83%C2%A7a_DIREITO.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 93464, Rel. Min. Anselmo Santiago. Goiás, 28 de maio de 1998. <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502176/recurso-especial-resp-93464-go1996-0023210-5>>. Acesso em: 09 jun. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINO, Felipe Silva. A (in) aplicabilidade das garantias da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, p. 50, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5193/1/RA20826874.pdf>>. Acesso em: 13 de abr. 2022.

MENDES, G. F; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 36º ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020.

RECH, Vinícius. O princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial dentro de uma perspectiva constitucional. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 4, n. 1, p. 241-258, 2016.

SILVA, Solange Santos. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Inquérito Policial. 2017. Disponível em: <<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/1702/1/PRINC%c3%8dPIO%20DO%20CONTRADIT%c3%93RIO%20E%20DA%20AMPLA%20DEFESA%20NO%20INQU%c3%89RITO%20POLICIAL.pdf>>. Acesso em: 12 de abr. 2022.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Edmundo Brescancin. A Lei 13.245/2016 e a Permanência do Caráter Inquisitório no Inquérito Policial. Opinio Iuris, v. 99704, 2016, p.127-. Disponível em: <https://www.editoradeviant.com.br/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2017/10/Opinio-Iuris.pdf#page=127>. Acesso em: 02 de jun. 2022.

Alienação parental: circunstâncias, consequências e prevenção

Parental alienation: circumstances, consequences and prevention

Maria Aparecida Silva Moura

Acadêmica do curso de direito na UNITINS

Karla Késsia de Lima Pereira

Orientadora da disciplina de TCC na UNITINS, Especialização em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências de Wenceslau Braz, Brasil (2014), professora da Universidade Estadual do Tocantins.

Elto Abreu da Silva

Orientador da disciplina de TCC, Doutorando em Direito, FADISP de São Paulo - SP, Mestre em Ciências Ambientais, Especialista e mestre em Direito Administrativo, Especialista em Direito Processual Civil.

Kamila Soares Leal

Mestra em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté, Brasil (2020) professora mestra da Universidade Estadual do Tocantins.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.15

RESUMO

O presente estudo tem como tema a Alienação Parental, que se caracteriza como a interferência psicológica na criança ou adolescente, geralmente cometida pelo genitor guardião, a fim de afastar o outro genitor ou sua família do(a) menor. O estudo a ser feito foi motivado por ser algo decorrente da desconstrução da família que, mediante tal ruptura, por si só, já é um trauma emocional para o menor envolvido. A metodologia utilizada para esse estudo foi a seguinte: quanto a sua natureza, ela é classificada como básica; quanto aos seus objetivos, ela é exploratória; quanto à abordagem do problema, se caracteriza como qualitativa e, quanto aos procedimentos técnicos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica. Seus principais objetivos são conhecer quais circunstâncias são consideradas Alienação Parental, as consequências dessa ação na vida da criança ou adolescente e quais as formas de se prevenir tal ato. Conclui-se que os danos psicológicos que a vítima de alienação parental adquire podem ser extremamente prejudiciais para ela durante toda a sua vida. Portanto, na constatação de tal ato, o genitor que não o praticou deve recorrer à justiça para que as devidas medidas sejam tomadas, levando sempre em consideração o que é melhor para a criança ou adolescente.

Palavras-chave: alienação. genitores. divórcio. menor de idade.

ABSTRACT

The present study has as its theme Parental Alienation, which is characterized as the psychological interference in the child or adolescent, usually committed by the guardian parent, to distance the other parent or his/her family from the minor. The study to be carried out was motivated by being something resulting from the deconstruction of the family that, through such a rupture is already an emotional trauma for the minor involved. The methodology used for this study was as follows: in terms of its nature, it is classified as basic; as to its objectives, it is exploratory; regarding the approach to the problem, it is characterized as qualitative and, regarding the technical procedures, bibliographic research was used. Its main objectives are to know which circumstances are considered Parental Alienation, the consequences of this action in the life of the child or adolescent and what are the ways to prevent such an act. It is concluded that the psychological damage that the victim of parental alienation acquires can be extremely harmful for her throughout her life. Therefore, in the finding of such an act, the parent who did not practice it must resort to justice so that the appropriate measures are taken, always considering what is best for the child or adolescent.

Keywords: alienation. parents. divorce. minor.

INTRODUÇÃO

A Alienação Parental (AP) é um tema que deve ser estudado com profundidade, seriedade, e divulgado em todos os meios por se tratar de caso recorrente no cotidiano de muitas famílias e que, uma vez feita na vida do menor, causa danos psicológicos e emocionais tão profundos que, na maioria das vezes, são difíceis de mensurar os danos, traumas e consequências, estendendo-se até mesmo na fase adulta.

O estudo a ser feito foi motivado por ser algo decorrente da desconstrução da família que, mediante tal ruptura, por si só, já é um trauma emocional para o menor envolvido. A Alienação Parental consiste na interferência psicológica da criança ou adolescente, geralmente cometida pelo genitor guardião, a fim de afastar o outro genitor ou sua família da vida da criança ou do adolescente.

Desta forma, tem-se como problemática da pesquisa a seguinte questão: Em quais cenários ocorre a alienação parental e o que pode ser feito para prevenir essa ação?

A prática caracteriza-se como toda interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos pais, pelos avós ou por qualquer adulto que tenha a criança ou o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância.

A metodologia utilizada para esse estudo foi a seguinte: quanto a sua natureza, ela é classificada como básica; quanto aos seus objetivos, ela é exploratória; quanto à abordagem do problema, se caracteriza como qualitativa e, quanto aos procedimentos técnicos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica.

Seus principais objetivos são: conhecer quais circunstâncias são consideradas Alienação Parental, as consequências dessa ação na vida da criança ou adolescente e quais as formas de se prevenir tal ato.

No primeiro capítulo o assunto é tratado de uma forma ampla, mostrando como ocorre a alienação parental, contendo citações da legislação específica.

No segundo capítulo constam dados e estatísticas das vítimas (crianças e adolescentes) adquiridas no portal do IBGE.

O terceiro capítulo trata sobre a rebeldia, que sendo um dos principais distúrbios decorrentes da AP, decidiu-se reservar um capítulo para detalhar o assunto.

No quarto capítulo é tratado sobre todos os danos recorrentes da alienação parental, de forma explicativa.

Nos capítulos quinto e sexto, é trabalhado a prevenção e como ela poderá funcionar e ter eficácia na prática.

VISÃO GERAL DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental ocorre quando um dos pais influencia o filho (criança ou adolescente) a repudiar o outro genitor. Não importa se é o pai ou a mãe que difame o outro para o menor envolvido, em qualquer situação é caso de alienação parental.

Sempre que um dos genitores ou mesmo os avós (ou qualquer outro que tenha a guarda do menor) tentar influenciar o menor a repudiar o pai ou a mãe, será considerado caso de Alienação Parental.

Há até uma Legislação específica sobre o assunto, que é a Lei 12.318/2010. Segundo ela, a Alienação Parental ocorrerá sempre que um dos genitores, avós, ou quem tiver a guarda ou vigilância do menor, cometer alguma dessas condutas:

- Promover ou induzir que a criança ou adolescente repudie um dos genitores (esse é o exemplo mais comum, é quando se fica falando mal de um dos pais para a criança ou adolescente);
- Causar danos à formação do relacionamento da criança ou adolescente com um dos pais;
- Efetuar campanha de incapacidade do comportamento do genitor no desempenho da paternidade ou maternidade;
- Tornar o desempenho da autoridade parental difícil;
- Prejudicar a relação da criança ou adolescente com o genitor;
- Esconder intencionalmente informações pessoais relevantes sobre a criança ou jovem de um dos pais, incluindo mudanças na escola, assistência médica e endereço;
- Fazer falsas alegações contra um dos pais, parentes ou avós para impedir ou dificultar sua coabitação com o menor;
- Mudança sem motivo, para dificultar o contato do menor com o outro pai, parente ou avô.

A lei que dispõe sobre a Alienação Parental, nos seus artigos 3º ao 8º, ainda diz o seguinte:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial. (BRASIL, 2010, s/p)

Vê-se, ao observar a lei, que todos os atos realizados têm como objetivo a garantia dos direitos da criança e/ou adolescente em primeiro lugar, assegurando-lhe direitos como o de conviver com ambos os genitores e suas famílias, o de ter acompanhamento de profissionais da psicologia, se for necessário, entre outros.

A alienação parental usualmente ocorre no momento em que há uma separação judicial litigiosa. Nestes casos, haverá um juiz incumbido pelo processo que versa sobre a custódia dos filhos menores.

Segundo Teixeira (2022), na hipótese de prática de um dos atos descritos acima, qualquer pessoa poderá notificar o juiz responsável, solicitando declaração de comprovação da alienação parental. Ou o próprio juiz pode declará-lo, se duvidar do fato. Assim, poderá ocorrer:

- O processo passa a ter tramitação prioritária;
- Será ouvido o Ministério Público
- Serão tomadas as medidas necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente (inclusive para assegurar a convivência com o genitor prejudicado ou viabilizar a efetiva reaproximação entre eles, se for o caso).
- O juiz poderá designar perícia psicológica ou biopsicossocial para averiguar a ocorrência.

Caso seja comprovada a ocorrência, o juiz poderá:

- Advertir o alienador;

- Estipular multa ao alienador;
- Alterar o regime de guarda do menor, aumentando o período de convivência com o genitor prejudicado;
- Inverter o regime de guarda do menor;
- Alterar a guarda para guarda compartilhada;
- Determinar a fixação cautelar do domicílio do menor;
- Declarar a suspensão da autoridade parental. (TEIXEIRA, 2022, s/p)

Poderá o juiz decidir-se por somente uma dessas medidas ou mais de uma de forma cumulativa, conforme o caso. Ademais, quem praticar atos de alienação parental poderá ser responsabilizado civil e criminalmente pelos atos praticados.

Nos Estados Unidos, Europa e Canadá, não é necessário ter leis contra a alienação parental, pois essas condutas são fortemente combatidas, sejam ou não consideradas alienação parental.). (GARDNER, 1998).

Segundo Warshak (2001), nesses países essa norma sempre foi muito utilizada, por exemplo, a aplicação da norma conhecida como cláusula amiga dos pais ou a cláusula amiga dos pais, inclui a busca por aquele progenitor ser mais generoso ao permitir o relacionamento da criança com o outro progenitor, a preferência do progenitor pela guarda unilateral ou a residência principal do filho, pois esse progenitor indicaria maturidade para colocar os interesses dos filhos à frente dos seus.

No Brasil, ainda que essa disposição esteja incluída no artigo 7º da Lei 12.318/10, entende-se que o juiz sempre insiste em ignorar essa regra inevitável e não apenas permitir, mas também premiar os pais que usem os filhos para outra coisa. (VILELA, 2020).

De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias. (BRASIL, 2010, s/p)

Uma legislação que pune quem impede a convivência da criança com qualquer um dos seus dois genitores, não é necessária uma legislação específica de alienação parental.

Dessa forma, a lei brasileira é única e necessária para a realidade do país e deve ser utilizada como meio para fazer cessar aquela prática de atos de alienação que se inicia, antes mesmo da instalação da alienação parental, como também deve ser utilizada, quando infelizmente a criança já passa a recusar um dos seus genitores, diferente do que ocorre nas legislações estrangeiras que se utilizam do conceito de alienação parental apenas e tão somente, quando se tem a recusa injustificada do filho. (RAMOS, 2014)

Tendo em vista que o conceito de alienação parental é específico do setor de saúde mental e que a legislação nacional não manteve o conceito puro e simples, é difícil aplicar a lei nos acórdãos aqui decididos. De fato, os psicólogos, em sua área de atuação, buscam a ocorrência de alienação parental (a recusa da criança em morar com os pais), principalmente no caso de comportamentos específicos com um de seus pais, porém, essa é uma situação introduzida pela lei 12.318/10. (VILELA, 2020)

Assim, fica claro que nem todos os casos precisam ser avaliados por um psicólogo, uma vez que encerraram uma determinada situação (alienação parental), que se observada, deve haver aplicação da lei, se reconhecida pelo juiz, sem a ajuda de profissionais de saúde mental.

A legislação brasileira, conforme explica Varela (2020), versa sobre a alienação parental formando, dessa forma uma conceituação jurídica que impeça o estabelecimento da Alienação Parental. Isso não se faz essencial nas leis de alguns países, pois eles condenam todos os atos que provoque o afastamento de qualquer dos genitores do convívio do filho.

Com efeito, o direito estrangeiro baseia-se nas regras de que a criança necessita, para um desenvolvimento saudável para viver com ambos os pais. (VARELA, 2020)

Para essas leis, portanto, só interessa o conceito de alienação parental, quando um filho rejeita injustamente um de seus genitores, em razão de comportamentos que o impedem, sendo amplamente negada a coabitação do filho com o cônjuge, independentemente dos motivos desses comportamentos. (VILELA, 2020)

No entanto, conforme expõe Vilela (2020), tem havido uma tendência de os juízes estrangeiros criarem um conceito jurídico de alienação parental, findando de vez com os pareceres e obstáculos de caracterização desse fato.

Para esses julgadores, basta ter um filho, recusando um genitor e essa recusa ser injustificada, para se considerar a alienação parental, e o julgador, assim, pode tomar todas as medidas para fazer cessar aquela prática, colocando o filho a salvo daquela situação, sem a necessidade da realização de prova técnica. (VILELA, 2020, s/p)

Nos estudos de outros países, há recomendação da precisão de alteração/inversão da tutela do genitor afastado, em face da alienação parental grave, como forma de apenas pôr fim a essa grave situação, sem maiores controvérsias, em todos os tribunais estrangeiros. (GARDNER, 1998)

Com efeito, coloca Gardner (1998) esses estudos e juízes estrangeiros reconhecem que a alienação parental grave é algo que coloca em risco a saúde mental das crianças e que a gravidade da situação prejudica as crianças, prejudica o bom desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Como forma de acabar com essa prática de alienação, no Brasil, o juiz não outorga a custódia ao genitor que praticou a Alienação Parental.

De todas as decisões de reversão de guarda em favor do genitor afastado, observa-se que o juiz procura o genitor com as melhores condições para essa efetivação, de modo que a prática da Alienação Parental foi apenas um dos fatores considerados para a concessão da tutela, mas não foi o principal fator para esta seleção.

Em quais cenários ocorrem a alienação parental

Os números oficiais do Censo, divulgados no ano de 2011 pelo IBGE, mostram que se encontram, no Brasil, por volta de 45 milhões de crianças e adolescentes (o número refere-se à faixa etária de 0 a 17 anos).

Somente as crianças, que são facilmente alienadas (leva-se em consideração que os adolescentes possuem capacidade para diferenciar a mentira da verdade), têm-se cerca de 39

milhões (0 a 12 anos), conforme o IBGE/2011. (MFPR, 2012)

Boa parte delas estão em famílias com pais não divorciados. As pesquisas acerca de filhos com pais divorciados são entre os anos de 2003 e 2010. De acordo com o IBGE, 618.363 crianças e adolescentes com menos de 18 anos no Brasil, são filhos de pais divorciados. (MFPR, 2012)

O IBGE ainda afirma que o divórcio no Brasil tem uma taxa de 1,8 a cada 1 mil pessoas e 0,5 a cada 1 mil de separações. Além do mais, casais sem filhos representam 40,3% e com filhos acima de 18 anos são 22%. Entre os anos de 2000 e 2010, foi de 3,7 milhões, tendo 70% deles consensual. (MFPR, 2012)

Entre o período de 2003 e 2010, o IBGE realizou uma pesquisa baseada em registros civis, onde constatou que 428.326 casais que se separaram judicialmente tinham filhos. (MFPR, 2012)

Constatou-se também em uma pesquisa do IBGE que 80% dos filhos de pais divorciados recebem chantagens emocionais dos genitores. (MFPR, 2012)

A este tipo de cenário, o psicólogo Arnaldo Santos dá o nome de Síndrome de Alienação Parental (SAP). Essas atitudes podem ser feitas de forma consciente ou não. Com isso, os genitores deveriam observar as situações para que o filho não sofra psicologicamente, que podem não ter solução no futuro. (MFPR, 2012)

Para melhor compreensão, alienação parental seria tornar o filho ou filha, fora de si, sem discernimento. O IBGE mostra que mais de 20 milhões de crianças são alvo de alienação parental. (MFPR, 2012)

A questão da rebeldia

Conforme o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito da Família, 2012), cerca de 72% dos adolescentes infratores que cometeram crimes graves e homicídios moram em casas com pais divorciados. (ROQUE; CHECHIA, 2015)

Também é indicado em dados que crianças podem ter duas vezes mais chances de ter um baixo rendimento escolar, como também ter atitudes rebeldes entre os 6 a 12 anos, quando são criadas sem a presença do pai. (COELHO, 2020)

Entre os anos de 2015 e 2020 a taxa de suicídio ou tentativa triplicou entre pessoas de 16 a 19 anos. (COELHO, 2020)

Três a cada quatro suicídios ou tentativas, foram realizados em casas com pais ausentes ou indiferentes. Na Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, é considerado no seu artigo 2º “Ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.” (COELHO, 2020)

Compreendeu-se que a simples ação dos progenitores/tutores a alienação parental é o bastante para causar danos mentais na criança dessa forma o Brasil foi o primeiro país a criar leis caracterizando-a. (VILELA, 2020).

O filho inicia um sentimento de raiva e ódio contra um dos pais induzido pelo outro progenitor ou tutor, recusando-se a dar atenção, nega as visitas ou conversas, além de acreditar em coisas ruins sobre o pai ou mãe. (COELHO, 2020)

OS DANOS CAUSADOS

Os pais têm a obrigação de proteger os filhos à cerca de suas desavenças, fazendo com que os vínculos e sentimentos entre pai/mãe e filho não sejam afetados e nem desfeitos. (MPPR, 2012)

Os pais são as primeiras referências que os filhos têm de mundo e de sociedade, dessa forma, a alienação parental deforma a visão que os filhos tem, impactando todos os aspectos de sua vida, podendo prejudicar o filho em sua formação intelectual e cognitivo. (MPPR, 2012)

Muitas consequências negativas podem ocorrer com os filhos diante a alienação parental, o divórcio já é uma situação em que a criança ou adolescente sofre bastante estresse, quando não é lidada de forma sensata, a própria separação já pode ser o suficiente para trazer traumas aos filhos. (TEIXEIRA, 2022)

Quando a separação se torna litigiosa, os filhos podem presenciar situações de brigas e conflitos entre os pais, podendo ocorrer a alienação parental, onde os sentimentos das crianças podem entrar em conflitos e dúvidas. Os problemas psicológicos mais comuns nessas situações são os sentimentos de culpa e sentir-se angustiado, apresentar quadros de depressão e ansiedade e desenvolver alguns medos, dificuldade na aprendizagem e desenvolver também a “Síndrome da Alienação Parental”. (TEIXEIRA, 2022)

A OMS reconhece a “Síndrome da Alienação Parental” como uma doença, integrando desde 2018 a classificação mundial de doenças. É percebida quando o filho passa a ver o pai ou a mãe de forma negativa ou até mesmo com ódio, e ocorre através da frequente conduta de alienação por parte de um dos pais. (TEIXEIRA, 2022)

As informações sobre alienação parental no Brasil são insuficientes, de acordo com o IBGE existem 60,8 milhões de crianças e adolescentes no Brasil, o Datafolha aponta que 20 milhões são filhos de pais separados, e 80% sofrem com essa situação. (VILELA, 2020)

Prevenção

A guarda compartilhada é uma forma de se evitar a alienação parental, pois o filho pode conviver de forma igual com os pais, foi implementada na legislação através da Lei 13.058/2014, e se torna vantajosa para os filhos em caso da separação dos pais. (VILELA, 2020)

Art. 1º Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1.583

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será

aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.” (NR)

Art. 1.584.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (NR)

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.” (NR) “

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - Dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (BRASIL, 2014, s/p).

Quando a guarda é unilateral, o vínculo do filho com um dos pais pode ser enfraquecido, dando abertura a prática da alienação parental pelo pai/mãe responsável pela guarda do filho. (TEIXEIRA, 2022)

Na guarda compartilhada, o convívio do filho com ambos os pais é dividido igualmente,

fazendo com que o vínculo não seja enfraquecido, dessa forma pode-se evitar dor e sofrimento causado pela separação e possíveis problemas psicológicos. (TEIXEIRA, 2022)

Dessa forma, a guarda compartilhada deve ser usufruída de forma benéfica pelos pais, levando em consideração o que é o melhor para as crianças. Para que não se desenvolva a Síndrome da Alienação Parental na psique dos filhos é necessário detectar os comportamentos e imediatamente receber ajuda de um psicólogo para que o tratamento seja iniciado. (VILELA, 2020)

O juiz pode estabelecer que os pais ou tutores, como também os filhos façam psicoterapia. Assim que a prática for identificada, de imediato deve-se impedir e adotar maneiras de preservar e reestabelecer a integridade mental dos filhos, sendo sugerido que todos os envolvidos sejam acompanhados por psicólogos, podendo ainda ser levado a situação para a área judicial. (VILELA, 2020)

Ocorrendo sinais de alienação parental em ações acompanhadas pela Vara da Família, é dada prioridade no processo, tendo obrigatoriedade do Ministério Público na ação, com medidas adotadas pelo juiz para assegurar a integridade mental dos filhos. (TEIXEIRA, 2022)

Dessa maneira, de forma urgente o juiz estabelecerá, conforme instruído o Ministério Público, as medidas provisórias essenciais para que a integridade psicológica da criança seja preservada, de forma que assegure o convívio com o pai/mãe prejudicado, ou até mesmo proporcionar a aproximação entre eles, se esse for caso. (MPPR, 2012)

Se confirmado o ato da alienação parental, o juiz poderá designar a composição do laudo da situação, conforme a perícia psicológica ou a biopsicossocial. (MPPR, 2012)

Dessa forma, para se realizar o laudo de identificação da alienação parental, poderá ser feitas avaliações psicológicas, entrevistas individuais com as partes envolvidas, análise de documentos, históricos dos relacionamentos, como suas separações, estudo dos incidentes em ordem cronológica, avaliação de suas personalidades e manifestações da criança sobre acusações contra o pai/mãe. (VILELA, 2020)

É assegurado na legislação a garantia aos filhos de visitação assistida, com exceção em situações em que sejam avaliados possíveis riscos a integridade física ou mental dos filhos. De forma que os pais e os filhos são encaminhados para sessões com psicólogo. (MPPR, 2012)

Prevenção na prática

Para integralizar o Estatuto da Criança e do Adolescente, foi criada a Lei 12.318/10, a partir da necessidade da jurisprudência, é extremamente comum acontecerem casos de alienação, existindo a tempos na história do judiciário, tendo exemplos muito próximos desse ato. (GALVÃO; NETO, 2019)

É necessária a percepção dos prejuízos para a formação da criança, como emocional, moral e psicológico, fazendo com que não se desenvolva em ambiente familiar harmônico, facilitando o aparecimento de dificuldades em muitas relações saudáveis ao decorrer de sua vida, deixando evidente que não necessariamente acontecerá com todas as pessoas, mas com grandes chances de desenvolvimento de distúrbios de comportamento que prejudicarão a criança em sua vida. (COELHO, 2020)

Conforme indicado na legislação, existem as seguintes penalidades: de acordo com o grau da violência, a lei inicia na advertência até a alteração da guarda, com a possibilidade de o alienador perder a tutela do seu filho, com estudos comprovando que a maioria dos alienadores são os guardiões. (GALVÃO; NETO, 2019)

Como existe um menos nos processos judiciais, eles ocorrem em segredo de justiça. Podem ser feitos de forma inconsciente, advindos de traumas, repulsa ou antipatia pelo outro, causados pela separação. Existem pais conscientes dos danos que podem causar aos seus filhos e o fazem mesmo assim, despejando em seus filhos ações que geram angústia, distorcendo seu psicológico contra o outro progenitor. (VILELA, 2020)

É dever dos responsáveis preservar os filhos dos problemas externos relacionados ao divórcio. No que tange a guarda compartilhada, é direito do responsável que não detém a tutela no momento, fiscalizar a forma como a guarda está sendo realizada, conforme fundamentado no artigo 1.589 do código civil. (VILELA, 2020)

A Síndrome da Alienação Parental é percebida quando suas ações ocorrem com frequência e intensidade causando traumas mentais na criança. Instalando-se uma doença, ocorrendo interferências psicológicas na formação da vítima, pela repetição das ações fazendo com que o desenvolvimento da criança seja interrompido. (GALVÃO; NETO, 2019)

Os estágios da Síndrome da Alienação Parental podem ser classificados em estágio leve, moderado e grave, sendo eles:

Leve: quando é sofrida a alienação, mas ainda existe o convívio entre as partes;

Moderado: quando a criança inicia a rejeição ao alienado, pois já está afetada pela alienação, já mudando suas ações;

Grave: quando se chega nesse estágio, o tratamento já se torna mais difícil, pois a criança já rejeita totalmente o alienado, mesmo que de forma inconsciente.

Acontece uma conflite de lealdade, a criança não consegue discernir o que seu guardião fala, e acaba acreditando em tudo que lhe é contado, deixando evidente que a alienação parental é uma prática constante e a síndrome da alienação parental se instala ao decorrer dessa prática, desenvolvendo os traumas e prejuízos causados aos filhos que são alvos dessas ações. (NETO; QUEIROZ; CALÇADA, 2015)

Quando a criança já está diagnosticada no estágio grave é extremamente difícil sua recuperação, pois as ações tomadas normalmente não adiantarão se não criar um vínculo com o pai/mãe prejudicado, e esses vínculos são destruídos pela prática da alienação. Com isso, necessita-se a recriação de laços, tentando assim reverter a situação. Olhando pela ótica da estatística, pessoas em estágio grave de alienação parental apresentam tendências a não terem relacionamentos saudáveis, tendo predisposição a usar drogas e álcool, podendo ocorrer em muitos casos o suicídio. (NETO; QUEIROZ; CALÇADA, 2015)

Quando ocorre uma intervenção cognitiva e comportamental, não é área do Direito que trata e sim a área da saúde, portanto é necessário contar com essa área de estudo para trabalhar as questões psicológicas. São necessários laudos feitos de forma minuciosa, para se ter uma real melhora no quadro do menos afetado, pois são necessários entrevistas para investigação dos

fatos decorrentes da separação e poder indicar o melhor tratamento. (GALVÃO; NETO, 2019)

O poder judiciário trabalha com pessoas que apresentam problemas, dessa forma é necessário ter o entendimento, para analisar as situações de forma a encontrar a melhor saída levando em conta os interesses na criança e seu bem-estar. (GALVÃO; NETO, 2019)

É observado a forma como estão sendo tratados e assegurados esses interesses. Segue alteração dos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 do Código Civil, para determinar o significado da expressão guarda compartilhada e dispor sobre sua aplicação:

Art. 1º Esta Lei estabelece o significado da expressão guarda compartilhada e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Art. 2º A Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1.583. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Art. 1.584. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002, s/p)

Deve sempre estar alerta sobre o comportamento do outro genitor da criança, quanto aos seus avós ou qualquer outro responsável, e ao comportamento dos filhos. São comuns que crianças que recebem esse tipo de alienação apresentem sinais emocionais comuns como a ansiedade, podem se tornar agressivos ou nervosos e apresentar quadros de depressão. Mudanças de humor sem razão explícita pode também ser indício de que esta sofre de alienação parental.

A comunicação é de extrema importância com os filhos para saber identificar em que estado se encontram, também observar as condutas do outro genitor para avaliar se está ocorrendo comportamentos que possam ser identificados como alienação parental. Caso seja identificado o problema, ações são necessárias para evitar consequências.

É indicado conversar com o alienador caso seja possível, advertindo-o, de forma sensata sem acusações, tentando resolver o problema e não julgar nem condenar o outro. Com isso, ajuda psicológica deve ser requerida, independentemente das ações tomadas por advogados junto ao juiz da causa, com intuito de buscar o melhor para a criança. (TEIXEIRA, 2022)

O profissional ideal para avaliar essas situações é o psicólogo, pois ele saberá mensurar os traumas causados a criança ou adolescente. Conseguindo montar um tratamento específico para reverter a situação e mitigando as sequelas deixadas pela alienação, tratando para que o quadro não evolua causando problemas em sua vida futura. (TEIXEIRA, 2022)

Por último, é necessário cessar os atos de alienação, da forma mais amigável possível, caso isso não ocorra o juiz deverá ser avisado imediatamente por meio do advogado. (TEIXEIRA, 2022)

Dessa forma o juiz poderá tomar medidas necessárias para acabar com a alienação. Quando se tem a consciência que está ocorrendo Alienação Parental é preciso agir para não prejudicar a vida dos filhos. Com isso é necessário que o tema seja abordado e que seja cada vez mais estudado para que as informações cheguem ao maior número de pessoas para saber dos prejuízos que a Alienação Parental pode causar

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi constatado que os menores, filhos de pais divorciados, são os mais vulneráveis durante a separação sendo que os pais têm papel fundamental na formação da criança, onde são eles a primeira e principal referência de valores sociais, amor, respeito, princípios e ética.

Justamente nesse cenário é quando ocorre a maioria dos casos de Alienação Parental, onde o genitor que ficou responsável pela guarda do(a) filho(a) incita-o a repudiar o outro genitor. Percebeu-se que a forma mais eficaz de prevenir que isso ocorra é através da adoção da guarda compartilhada, pois assim o menor conservará o relacionamento afetivo com ambos os pais.

Os objetivos traçados no início desse estudo foram alcançados, pois foram expostas as circunstâncias em que ocorre a Alienação Parental, as consequências sofridas pelo(a) filho(a) no decorrer do ato e como esse(a) será afetado(a) em sua fase adulta e, investigado meios para prevenir tal ato.

A Lei 12.318/2010 deixa evidente as consequências para os progenitores praticantes de tal ato, trabalhando com ferramentas para proibir suas práticas. Dessa forma, deixa-se em evidência que toda a sociedade deve possibilitar as crianças oportunidades de crescimento saudável, fisicamente e mentalmente.

Fica evidente que os danos psicológicos causados por atos de alienação parental são altamente prejudiciais para a criança ou adolescente, podendo ser levados traumas por toda a sua vida. Por isso, com sinais de alienação parental, o genitor prejudicado deve levar essa questão à justiça para que se tome atitudes coerentes com o ato, sempre lembrando que se deve buscar o melhor para os filhos.

Quanto às limitações da pesquisa, verificou-se, no decorrer de sua realização, o levantamento de dados foi uma etapa onde encontrou-se dificuldades por causa do pouco material sobre o assunto divulgado nos últimos anos.

Apesar de se ter alcançado os objetivos desse estudo, mesmo com pouco material atualizado disponível, seria importante a realização de mais pesquisas na área da Alienação Parental para se obter resultados mais precisos e significativos para a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, 11 fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 mai. 2022.

_____. Lei Federal nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 04 mai. 2022.

_____. Lei Federal nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Brasília, DF, 22 dez. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 04 mai. 2022.

COELHO, A. Alienação Parental: Causas e Efeitos! Disponível em: <https://andregcoelho.jusbrasil.com>.

br/artigos/934381039/alienacao-parental-causas-e-efeitos. Acesso em: 10 jun. 2022.

GALVÃO, M. I. R. NETO, A. H. S. A alienação parental prevista na Lei nº 12.318/2010 e suas consequências. 2019. Disponível em

GARDNER, R. A. *The Parental Alienation Syndrome: A Guide for Mental Health and Legal Professionals*, Creative Therapeutics, 1998

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ (Paraná). Estatísticas: Alienação Parental. 2012. Disponível em

NETO, A. O. QUEIROZ, M. E. M. CALÇADA, A. Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial. 2015. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1952.html>. Acesso em: 12 jun. 2022.

RAMOS, S. *Código da vida*. 2ª edição. São Paulo: Planeta, 2014.

ROQUE, Y.C. CHECHIA, V. A. Síndrome de alienação parental: consequências psicológicas na criança. 2015. Disponível em: <https://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/36/30102015191548.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2022.

TEIXEIRA, M. J. O. Alienação parental, o que é e como agir. 2022. Disponível em: <https://marcojean.com/alienacao-parental/#:~:text=Em%20caso%20de%20cometimento%20de,declara%C3%A7%C3%A3o%2C%20caso%20suspeito%20da%20ocorr%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 11 jun. 2022.

VARELA, M. Alienação parental: contextualização e análise da Lei no Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.mariliavarela.adv.br/post/alienacao-parental-contextualizacao-e-analise-da-lei-no-brasil>. Acesso em: 08 jun. 2022.

VILELA, S. R. Alienação parental: contextualização e análise da Lei no Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.mariliavarela.adv.br/post/alienacao-parental-contextualizacao-e-analise-da-lei-no-brasil>. Acesso em: 10 jun. 2022.

WARSHAK, R. A. Current Controversies Regarding Parental Alienation Syndrome. *American Journal of Forensic Psychology*, [S.l.], v. 19 (3), p. 29-59, 2001. Disponível em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/warsha01.htm>. Acesso em: 16 mar. 2020.

A estrutura do sistema de justiça brasileiro e a implantação do Juiz de Garantias

Patrick Pereira Machado

Patrick Pereira Machado, acadêmico(a) do Curso de Direito da Universidade do Planalto Catarinense – UNIPLAC

Marco Antônio Souza Arruda

Professor universitário e advogado inscrito na OAB/SC n. 39.863, especialista em Direito Tributário pelo IBET/SC, Presidente em exercício da OAB Lages.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.16

RESUMO

A Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, incluiu no Código de Processo Penal a figura do Juiz das Garantias. Ocorre que a aplicação deste novo instituto jurídico tem sido extremamente debatida pelo Conselho Nacional de Justiça, pelos Tribunais Superiores e pela doutrina, principalmente no que se refere a sua (in)constitucionalidade, visto que sua introdução no cotidiano forense, em tese, demandaria uma enorme mudança na estrutura judiciária e, conseqüentemente, enorme destinação de recursos. Nesse sentido o objetivo de estudo deste trabalho é debater sobre a capacidade do sistema jurídico brasileiro atual para receber e aplicar o Juiz de garantias na sua atual estrutura judiciária. A metodologia utilizada nesta pesquisa pode ser classificada, quanto à abordagem, como qualitativa e o método utilizado foi o dedutivo, pois buscou-se analisar a constitucionalidade de um dispositivo inserido no corpo do ordenamento jurídico e contextualizá-lo através de artigos e dispositivos de lei, além de doutrinas que possa responder o questionamento acerca da temática debatida.

Palavras-chave: Juiz de Garantias. direito penal. pacote anticrime.

ABSTRACT

Law No. 13,964/19, popularly known as the "Anti-Crime Package", included in the Code of Criminal Procedure the figure of the Judge of Guarantees. It happens that the application of this new legal institute has been extremely debated by the National Council of Justice, Superior Courts and the doctrine, especially with regard to its (in)constitucionality, since its introduction in the forensic daily life, in thesis, would require a huge change in the judicial structure and, consequently, huge allocation of resources. In this sense, the objective of studying this work is to discuss the capacity of the current Brazilian legal system to receive and apply the Judge of guarantees in its current judicial structure. The methodology used in this research can be classified, as for the approach, as qualitative and the method will be deductive, because it seeks to analyze the constitutionality of a device inserted in the body of the legal system and contextualize it through articles and provisions of law, in addition to doctrines that can answer the question about the theme under debate.

Keywords: Judge of Guarantees. criminal law. anticrime package.

INTRODUÇÃO

Em 24 de dezembro de 2019 foi promulgada a Lei nº 13.964, que, entre tantas modificações significativas à legislação penal e processual penal brasileira, contemplou a figura do “juiz das garantias”.

Conhecida popularmente como Pacote Anticrime seu objetivo seria a salvaguarda dos direitos do suposto réu e a garantia da imparcialidade no decorrer do julgamento, uma vez que, a fase investigativa e processual estaria a cargo de magistrados distintos durante o decorrer do processo.

Apesar dessa novidade trazer uma nova possibilidade para o judiciário com inúmeros benefícios o instituto também apresenta pontos negativos e gera dúvidas quanto a sua possibi-

lidade de efetiva aplicação, haja vista que juristas e estudiosos questionam acerca estrutura do judiciário, que não comportaria tal inovação.

A maioria esmagadora das comarcas dispõe de somente um juiz em seu quadro funcional, e a maior parte do sistema judiciário possui apenas uma única vara, onde estes mesmos magistrados atuam em colaboração com diversas outras comarcas que não possuem juízes titulares, tornando assim inviável a sua aplicação.

O juiz de garantias é alvo de debate frente as recentes polêmicas enfrentadas em relação a um possível ativismo no judiciário, onde muito se discute a questão da imparcialidade do juiz, ressaltando a importância do tema na atualidade, visto que este dispositivo legal implantado pela Lei Nº 13.964/2019, teoricamente traz grandes vantagens ao sistema judiciário penal e a isonomia probatória, porém ainda se questiona a sua necessidade e a sua eficácia.

Há muito se aguardava uma ampla reformulação no Código Penal, incluindo os campos de processo penal, execução penal e leis penais especiais e assim, seria consagrada uma legislação coerente e sistêmica do velho Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal e de diversas leis penais especiais já ultrapassados.

Acaba então surgindo o Pacote Anticrime, que tinha como proposta uma abrangência de forma muito mais rigorosa o trato com os criminosos, especialmente os pertencentes às organizações criminosas.

No entanto, essa “ferramenta” encontra-se suspensa pelo Supremo Tribunal Federal com a justificativa de um possível colapso do sistema Judiciário Penal, pois o impacto orçamentário, o qual não foi previsto traz à baila o questionamento acerca da modificação profunda no ordenamento jurídico a qual deveria ter partido do próprio Poder Judiciário.

Notoriamente, a criação do juiz das garantias foi a matéria mais discutida quando da promulgação do pacote anticrime, até mesmo com sua inconstitucionalidade ainda duvidosa e suspensa no Supremo Tribunal Federal – STF desde 22 de janeiro de 2020. Portanto, essa pesquisa acadêmica não se prestará à avaliação do mérito.

Trata-se de uma análise metodológica baseada na pesquisa bibliográfica dos dispositivos legais que se referem à figura do juiz das garantias se das mudanças sistêmicas do Código de Processo Penal, com base na revisão de literatura científica, artigos de doutrinadores disponíveis online, e-books e discussões de obras publicadas até março de 2021 sobre o pacote anticrime.

O presente trabalho busca estudar o instituto, atendo-se a analisar o papel dessa figura e os pontos positivos e/ou negativos inerentes à matéria, através de análises baseadas em estudos das publicações de juristas e doutrinadores sobre o tema, além de possibilitar um novo debate acerca de sua eficácia.

REFERENCIAL TEÓRICO

O Código Penal e a Lei nº 13.964 – “Pacote Anticrime” e as modificações significativas para o Direito Penal.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a prática acusatória como regra, no entanto, possui alguns aspectos do sistema Inquisitivo, o qual retira do acusado o direito à ampla defesa e contraditório (NETO; CARVALHO, 2021).

Segundo Neto e Carvalho (2021, p. 1):

O sistema Inquisitivo é adotado, no mínimo, para a primeira fase da colheita de provas (Inquérito Policial), visto que é mais eficiente e célere. Dessa forma, a doutrina defende, no Brasil, a existência do sistema misto, sendo o Inquisitivo predominante na fase pré-processual (Inquérito Policial) e o Acusatório predominante na Ação Penal.

Segundo Zan (2015) o Código Penal de 1940 nada mais é do que o retrato dos interesses e preocupações da sociedade à época em que foi editado, sendo um fruto de amplas discussões dogmáticas, mantendo-se consentâneo com aos modelos estatais diversos.

A redação do Código de 1940 trouxe os crimes contra a pessoa, contra o patrimônio e contra a propriedade imaterial nos primeiros títulos da Parte Especial. Seguidos pelos crimes contra a organização do trabalho, contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos, contra os costumes, contra a família e, somente nos últimos títulos, os crimes contra a incolumidade pública, contra a paz pública, contra a fé pública e contra a administração pública (ZAN, 2015, p. 236).

O Código Penal brasileiro foi criado pelo do Decreto-Lei 2.848, em 1940, pelo então presidente da República, Getúlio Vargas. Ao ser editado, o atual Código substituiu aquele que vigorava anteriormente por 50 anos, este, por sua vez, criado em 1890, trazendo a mudança na maioria penal, sendo esta a sua principal modificação (STF, 2009).

Até 1940 o Brasil considerava os limites de 9 a 14 anos para punir criminalmente. Até os 9 anos o autor de ato infracional era considerado imputável. Entre os 9 e 14 anos cabia ao juiz analisar se a pessoa que cometeu determinada infração teria agido com discernimento, e, portanto, poderia ser considerado criminoso. A partir dos 14 anos já era considerada a maioria penal. Somente com o novo CP a maioria aumentou para os 18 anos de idade (STF, 2009, n.p).

Após a mudança, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, tiveram que se adequar aos novos dispositivos de lei, sendo assim, tiveram que incluir medidas de segurança à criança e ao adolescente e disciplinar as faltas cometidas por menores (STF, 2009).

Isso demonstra que, ao longo dos anos tiveram várias modificações significativas que fizeram com que fossem se adequando as novas demandas surgidas na sociedade como um todo (STF, 2009).

Outras modificações também trouxeram contribuições importantes para o Código Penal. Segundo o Supremo Tribunal Federal (2009, n.p.):

No início da década de 1990 a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) também trouxe contribuições para o Código Penal. A partir dessa lei, os crimes mais graves passaram a ter punição específica mais rígida. Entre outras inovações, a lei tornou inafiançáveis os crimes de sequestro, tortura, tráfico de entorpecentes e estupro. Além disso, determinou que os autores de crimes hediondos não teriam direito ao benefício da progressão da pena,

obrigando-os a cumprir dois terços da condenação em regime fechado.

Ainda vale mencionar sobre a progressão de regime, que, sob decisão dos ministros relata que cabe ao juiz da execução penal analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada apenado, individualizando a pena (STF, 2009).

Especificamente sobre a progressão de regime, o STF alterou a regra a partir do julgamento do Habeas Corpus (HC 82959). O julgamento ocorreu em 2006 e o Plenário da Corte, por seis votos a cinco, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8072/90, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

Sendo assim, O Código Penal Brasileiro passa a adotar vários princípios, inclusive o instituto da substituição da pena por penas restritivas de direitos e ainda a previsão expressa da progressão do regime de cumprimento de pena, em seus arts. 32 a 44, respectivamente.

Já sobre o Pacote Anticrime Renato Brasileiro de Lima diz que (2020, p. 7):

a Lei n. 13.964/19, divulgada pela mídia como "Pacote Anticrime" representa a maior mudança da legislação criminal nacional desde a entrada em vigor da Lei n. 7.209/84, a qual reformou a Parte Geral do Código Penal. A Lei n. 13.964/19 foi oriunda do Projeto de Lei n. 10.372/18, elaborado por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, e do Projeto de Lei n. 882/19, o qual foi proposto pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro.

O pacote anticrime alterou, dentre outras leis, o Código Penal e o Código de Processo Penal. De todas, certamente essa foi a que sofreu o maior número de modificações, a começar pelo juiz das garantias, tema deste trabalho, que, em tese, foi criado para garantir a imparcialidade do juiz e será discutido posteriormente (PELICHIO; CARVALHO, 2022).

O pacote anticrime traz uma gama de modificações que alteram/melhoram os dispositivos de lei existentes com atualizações a fim de endurecer as leis e diminuir a impunidade (PELICHIO; CARVALHO, 2022).

O primeiro dispositivo do Código Penal alterado pelo pacote anticrime foi o artigo 25, que teve a inclusão, em seu dispositivo, de um parágrafo único que dispõe sobre a legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Pela interpretação, percebe-se a ampliação dos excludentes de ilicitude no que se refere a legítima defesa.

Outra mudança significativa para o Código Penal é a pena de multa, que traz alterações em seu texto original do art. 51 do CP (PELICHIO; CARVALHO, 2022).

A alteração promovida serve para elucidar as dúvidas surgidas desde a promulgação da Lei 9.268, em 1996, conforme demonstrado abaixo:

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Debatendo ainda as modificações propostas pela nova lei, ainda há uma outra alteração que é bastante significativa e trata do limite das penas, no artigo 75 do CP:

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Essa modificação aumenta para 40 anos a pena, antes prevista em 30 anos. Grande parte da doutrina aprova essa modificação, uma vez que a expectativa de vida do brasileiro aumentou.

Vale ressaltar que tal regra, por ser prejudicial, não pode retroagir.

Conforme explica Pelicho e Carvalho (2022) aplica-se somente aos fatos ocorridos após a vigência da nova legislação. Ainda, deve-se atentar à Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal, que deverá ser lida à luz da mudança promovida pelo Pacote Anticrime, aplicando-se o limite de quarenta anos :

A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução (STF, súmula 751).

A nova norma também mostra nova possibilidade de que em casos de prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal. Este acordo significa que o investigado não será denunciado, desde que cumpra as medidas propostas no acordo (GHERSEL, 2020).

A também chamada **Lei do Crime Organizado** sofreu incontáveis alterações com a introdução do pacote anticrime no mundo jurídico. Visando **inviabilizar a atuação de chefes do crime organizado e desestimular a atividade dos demais membros**, algumas medidas foram tomadas (NOVO, 2020):

- Determinação de que os **líderes das organizações criminosas armadas** cumpram inicialmente a **pena privativa de liberdade em estabelecimentos penais de segurança máxima**;
- **Restrição à progressão de regime, ao livramento condicional e a outros benefícios** ao apenado que **continua mantendo vínculos com a organização criminosa**.

E tema de discussão deste artigo, a lei nº 13.964, traz a figura do juiz de garantias, contextualizadas a seguir.

O juiz de garantias: breve introdução e alguns aspectos na Lei nº 13.964

Antes de contextualizar sobre o Juiz de Garantias é importante ressaltar que no Brasil dispõe-se de um modelo de processo penal acusatório, criado através do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, norma esta concebida durante período ditatorial, inspirado no Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Codice Rocco) (CNJ, 2020).

A nova norma federal, Lei nº 13.964/2019, traz modificações nas legislações penal e processual penal com o objetivo do endurecimento do combate às associações criminosas e o

aperfeiçoamento do quadro normativo penal brasileiro.

Sua vigência ocorreu após a *vacatio legis* de trinta dias, período considerado curto por alguns juristas diante das diversas e consideráveis mudanças que não constavam do texto original do Poder Executivo (ALTRÃO, 2020).

Sendo assim, é de grande relevância a transcrição de parte da Exposição de Motivos do Anteprojeto (BRASIL, 2009, p. 17), pois permite compreender os motivos que justificam a criação do juiz de garantias:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Para Figueiredo & Velloso (2020, n.p.), o Código de Processo Penal foi o diploma legislativo mais alterado pela nova lei, com a implementação do juiz das garantias, a possibilidade de acordo de não persecução penal, a alteração sistemática da cadeia de custódia e do arquivamento de inquéritos, dentre outros temas de relevância processual.

Esse entendimento vai de encontro com a decisão, em medida cautelar, do Ministro Luiz Fux, que entendeu que a nova norma trata-se de uma Reforma do Poder Judiciário, realizada por outros poderes que não o próprio Judiciário e também, o fato de ter sido aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, não funciona como argumento apto a minimizar a legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade (STF. ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300, 6.305/ DF Min. Rel: Luiz Fux, 2020).

Nesse contexto de alterações, surgiu a figura do juiz das garantias que exercerá o controle da investigação criminal, cuja criação desde a promulgação da lei federal tem gerado maior repercussão em todo o pacote anticrime. Essa alteração merece uma reflexão acadêmica, o que aqui se propõe, a seguir (STF. **ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6305/DF. Ministro Relator: Luiz Fux, 2020**).

A Lei nº 13.964/2019 instituiu a figura do Juiz de garantias que exercerá o controle da investigação criminal, a seguir a visão de alguns estudiosos sobre a sua aplicação trarão a baila os questionamentos.

Ribeiro (2010, n.p.) afirma que:

A intenção do legislador, ao criar a figura do juiz das garantias, foi de assegurar, primordialmente, o sistema acusatório. Não é coincidência que, já no art. 4º do projeto de reforma do CPP, tal referência é estabelecida expressamente: “o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Afirma Fernanda Valente (2020) que a alteração impactará fortemente o orçamento do

Poder Judiciário, o que viola o novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional 95/2016.

Concordando ou não com a adequação do juiz das garantias no Brasil é fato que a implementação de novos direitos e de novas políticas públicas gera custos ao Estado e que necessitam de discussão mais extensa pelo Poder Legislativo, considerados outros interesses e prioridades também salvaguardados pela Constituição Federal de 1988. Uma vez que a realidade das comarcas brasileiras hoje, não possui condições de agregar essa nova figura (ALTRÃO, 2020).

O argumento para sua implementação, conforme os defensores do instituto do juiz de garantias, é principalmente a questão da imparcialidade do magistrado, já que como o juiz durante a fase de investigações tem contato com o procedimento, isto afetaria diretamente a imparcialidade do julgador. Uma vez que, durante o inquérito policial o magistrado apresentaria progressivamente um convencimento acerca da culpabilidade do réu (OLIVEIRA; CARDOSO, 2021).

Os defensores da figura do juiz de garantia afirmam que a atuação de dois julgadores permite o salutar exercício de duas visões distintas: uma atuante no controle da investigação e uma outra independente averiguando as provas e decidindo o mérito. Os críticos à implementação dessa figura defendem que a participação do juiz a produção da prova seria indispensável para que ele possuísse um entendimento diferenciado do caso, que não seria possível ser atingido pela mera documentação processual (CUNHA; XAVIER, 2021, n.p).

A ideia ora implementada parte da premissa de que o juiz atuante na fase preliminar da persecução penal (inquérito policial) e que tem contatos com elementos de investigação, pode ter sua imparcialidade fragilizada ao formar concepções e tender a reafirmá-las. Com efeito, a Lei nº 13.964/2019 insere os arts. 3-A a F no Código de Processo Penal, determinando a existência de dois juizes durante a persecução penal originária, sendo um deles o responsável pela garantia dos direitos fundamentais durante o inquérito policial, e o outro, o responsável pela instrução judicial e pela prolação de sentença (FIGUEIREDO; VELLOSO, 2020).

O juízo de garantias, assim, afigura-se com o ente destinado à verificação permanente da legalidade das investigações. Sempre que chamado a decidir, deve realizar, agora sim sem medo do vínculo do comprometimento da imparcialidade futura, a plena cognição dos elementos de informação constantes nos autos e realizar o julgamento baseado na visão que tem, pelo que pode ler, do *fumus comissi delicti* de modo a somente limitar um direito do sujeito passivo se for absolutamente necessário, e sem que isso implique - ainda que presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* - e em um a quebra da imparcialidade objetiva quando do julgamento do mérito (RIBEIRO, 2010. p. 970).

Visando a garantia da imparcialidade do juízo e do órgão acusatório, também existe a possibilidade de recusa do julgador e do promotor. Impõe-se o livre sistema de produção de provas, vedando-se, no entanto, a obtenção de provas ilícitas. E, em alguns setores, prevê a participação direta do povo no julgamento de crimes pelo tribunal do júri (ALTRÃO, 2020).

Ainda sobre a importância da imparcialidade, Schunemann (2012, n.p. *apud* CUNHA; XAVIER, 2021, n.p):

a Teoria da Dissonância Cognitiva apontaria que as pessoas buscam manter a harmonia entre conhecimento e opinião por meio de atos involuntários. Assim, um juiz que se debruçou sobre a produção de provas involuntariamente se comprometeria com o conjunto probatório produzindo o que, potencialmente, poderia produzir um julgamento enviesado na tentativa involuntária de se confirmar hipóteses pré-concebidas.

A teoria da dissonância cognitiva foi desenvolvida na psicologia social, esta teoria anali-

sa as formas de reação de um indivíduo frente a suas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de consonância, mudar uma crença ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos que reduzam a dissonância e conseqüentemente a ansiedade e o estresse gerado. É natural que o indivíduo busque como mecanismo de defesa do ego, encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. É um anseio pela erradicação das contradições cognitivas (OLIVEIRA; CARDOSO, 2021).

A aplicação da teoria da dissonância cognitiva no processo penal foi pioneiramente implantada pelo jurista alemão Bernd Schunemann, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão na medida em que precisa lidar com duas opiniões antagônicas no processo, acusação e defesa, e por fim sua opinião sobre o caso apresentado, dessa forma considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la (OLIVEIRA; CARDOSO, 2021).

A Lei Anticrime decorre do Projeto de Lei (PL) nº 10.372/2018, da Câmara dos Deputados, que reuniu propostas oriundas de comissão coordenada pelo Ministro do STF, Alexandre de Moraes, no ano de 2018, bem como do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 2019. Neste último, foi reconhecido como “Pacote Anticrime”.

O texto final aprovado, embora tenha regramentos gestados no Poder Legislativo, aproxima-se mais das proposições decorrentes da comissão citada do que as encampadas pelo Governo Federal (DEZEM; SOUZA; BRASIL; 2020).

Sua aprovação decorreu de costura política que retirou os aspectos mais controvertidos do texto, a ponto de ter o PL nº 10.372/2048 recebido 408 votos a favor, 9 contrários e 2 abstenções (DEZEM; SOUZA; BRASIL; 2020).

Encaminhado para sanção presidencial, duas semanas após, houve vetos em mais de vinte pontos, apesar dos quase quarenta sugeridos pela Advocacia-Geral da União, pela Casa Civil e pelo Ministério da Justiça (DEZEM; SOUZA; BRASIL; 2020).

Apesar de proposta de veto oriunda deste último ao chamado “juiz de garantias”, foi sancionado. Subseqüentemente à sanção presidencial, com vetos, a Lei Anticrime se viu questionada perante o STF. Certamente contribuiu para tanto a falta de maior debate do aprovado com a sociedade e especialistas na matéria.

Segundo texto redigido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020, p. 11):

O “juiz das garantias” não é uma cogitação de agora, pois já estava contemplado no Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, que trata da instituição do novo Código de Processo Penal, tendo-se submetido a amplo debate pela comunidade jurídica desde então.

Sendo assim, não se trata de nova instituição e sim da inserção da nova possibilidade atualmente, demonstrando que, já se tratava de discussão anterior e que até os dias atuais não se achou meios possíveis a sua implementação devido as dificuldades do judiciário brasileiro.

A Lei 13.964 traz em seu art. 3^a a seguinte disposição:

Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 d3e outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações: (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide

ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

“Juiz das Garantias

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.¹

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente : [...].

Assim, o juiz das garantias conforme a nova legislação atuará na fase investigativa expedirá mandados de prisão provisória, prorrogará a prisão preventiva, promoverá a busca e apreensão, e determinará a interceptação telefônica quando necessária e, também, questões como obtenção de provas e outras medidas relacionada ao andamento processual conforme dispositivo de lei.

Ao juiz das garantias também compete aceitar ou não a denúncia elaborada pelo Ministério Público nas ações penais incondicionadas ou queixa-crime, no caso de ações penais de natureza privada. Já o juiz da instrução ficará responsável somente pela sentença (FIGUEIREDO; VELLOSO, 2020).

O juiz de garantias, assim, afigura-se com o ente destinado à verificação permanente da legalidade das investigações. Sempre que chamado a decidir, deve realizar, agora sim sem medo do vínculo do comprometimento da imparcialidade futura, a plena cognição dos elementos de informação constantes nos autos e realizar o julgamento baseado na visão que tem, pelo que pode ler, do *fumus comissi delicti* de modo a somente limitar um direito do sujeito passivo se for absolutamente necessário, e sem que isso implique - ainda que presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* - e em um a quebra da imparcialidade objetiva quando do julgamento do mérito (RIBEIRO, 2010. p. 970).

Para Capez (2020), o pacote anticrime foi criado como forma de aperfeiçoamento da legislação penal e processual com algumas inovações significativas, incluindo o juiz de garantias, que tem como proposta atuar na fase investigatória e outro magistrado dando andamento na instrução e julgamento.

Nesse sentido, Lopes Jr (2020, n.p.) diz que: “[...] o juiz das garantias é o guardião da legalidade, mas a ele é vedada a determinação de perícias ou requisição de documentos de outros órgãos para investigar, e também, ao juiz do processo, diante ao disposto no art. 3º-A”.

Nucci (2021) ressalta que todo ato investigatório é de competência do juiz das garantias e, se outro magistrado assim fizer, ficará impedido de atuar no processo-crime, considerando-se juízo singular ou colegiado. O mesmo acontece com a referência ao art. 5º, do CPP, ou seja, o juiz das garantias pode até participar das investigações lá descritas, mas o juiz da instrução, jamais.

Conforme cita Lima (2020, p. 103):

[...]com o passar dos anos e com a constatação de que uma simples separação das funções de defender, acusar e julgar não era mais eficaz para garantir a efetivação de um sistema acusatório se o magistrado responsável pelo julgamento do feito pudesse determinar a produção de provas *ex officio*, isto é, sem ser incitado a se manifestar, maculando, por conseguinte, a sua imparcialidade, viu-se a necessidade de dar à separação das referidas funções um aspecto material, proibindo, desse modo, o juiz de determinar a produção de provas sem ser provocado para tanto, tal como bem fez o artigo 3ºA, caput, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19.

Assim nasce mais uma causa de impedimento para a atuação do juiz do processo (instrutor), seja ele o único da Comarca ou apenas um dos membros de colegiado (art. 3º-D, da Lei n. 13.964/2019). Também, prevê expressamente que, nas comarcas onde funcionar somente um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, complementa o autor (NUCCI, 2021).

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

A ideia parte da premissa de que o juiz atuante na fase preliminar da persecução penal e que tem contato direto com os elementos de investigação, pode ter sua imparcialidade fragilizada ao formar concepções e tender a reafirmá-las e por isso o debate acerca dessa temática ainda é tão polêmica.

A inclusão do denominado juiz das garantias no Código de Processo Penal (arts. 3º-A ao 3º-F), a partir da promulgação da Lei nº 13.964, em 24 de dezembro de 2019, foi recebida com diferentes reações pela comunidade jurídica. De um lado, o instituto foi celebrado, atendendo a uma antiga reivindicação de parcela da doutrina, baseada, inclusive, em estudos de direito comparado, de convencionalidade e de tratados, e, por outro, foi rechaçado, com clamores de inconstitucionalidade e de dificuldades na sua implementação (STRECK, ZANCHET, 2021, p. 753).

Para Fernanda Valente (2020) essa alteração impacta fortemente o orçamento do Poder Judiciário, o que viola o novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional 95/2016.

Essa afirmação seria um dos maiores motivadores da decisão do Ministro Luiz Fux, uma vez que este relata na ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300, 6.305 que para a implementação do Juiz de Garantias seria necessária a reforma do judiciário, que não compete ao próprio judiciário essa reforma e sim a outros poderes (STF. ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300, 6.305/ DF Min. Rel: Luiz Fux, 2020).

Juiz de Garantias no Processo Penal

O sistema processual penal brasileiro há muito necessita de reformas. Não é novidade que seu ordenamento tem se mostrado ineficaz e moroso no que diz respeito à solução dos conflitos da sociedade em geral, é um sistema falho e muitas vezes lento, além de caro aos cofres públicos (STRECK, 2009).

A doutrina majoritária classifica o nosso sistema processual penal como misto, em virtude da prevalência de características inquisitórias na fase pré-processual (fase de inquérito) e de características acusatórias na fase processual (LIMA, 2018).

Afirma-se que a fase pré-processual brasileira é inquisitorial, e a fase processual, por sua vez, acusatória, já que é marcada pelo contraditório e pela ampla publicidade dos atos processuais. Assim, devido a essa duplicidade de características, costuma-se dizer que o sistema processual penal brasileiro é misto, já que predomina o sistema inquisitório na fase preliminar ou pré-processual, e o sistema acusatório na fase processual (LIMA, 2020).

No mesmo sentido, Nucci (2021, p. 82) também defende ideia de que o sistema brasileiro

é (ou era) o misto em razão da persecução penal ser dividida em duas fases (fase de investigação e fase processual), sendo a primeira de caráter inquisitivo e a segunda marcada pelo caráter acusatório.

Porém a evolução histórica e a situação em que se encontra nosso país parece acabar por gerar um sistema incapaz de proteger tanto o interesse da sociedade quanto o dos indivíduos ou sejam vítimas, sejam ofensores.

Assim, o que sempre que se questionava sobre a natureza da sistemática processual no Código de Processo Penal vigente, pela doutrina majoritária, restou pacificada no caput do art. 3º-A, é acusatória. Ressalta-se, contudo, que há outras disposições em leis especiais e na própria Constituição que permitem ao juiz natural, práticas instrutórias e acusatórias, o que dificulta tal afirmação (LOPES JR, 2020).

Percebe-se um enorme descompasso entre a postura de repressão da criminalidade a todo custo para alguns alimentada pela absoluta impunidade de outros e por outros (CARVALHO, 2006).

Isso acontece em partes por uma certa incompatibilidade entre a conjuntura do sistema inquisitorial, originalmente trazido na redação do Código de Processo Penal e um sistema acusatório, que tende a ser mais compatível com a Constituição de 1988 e os valores mais humanizados daquela chamada Constituição Cidadã. No afã de resolver excessos trazidos pelo primeiro tipo de desenho, e tentando atualizar o processo penal ao espírito da atualidade representado por nossa Carta Magna, é que se introduz o Juiz de Garantias (CUNHA, XAVIER, 2021, n.p).

Para tanto, analisando essas questões debatidas acima, e baseada nessas mesmas afirmações tem-se a justificativa da criação do juiz de garantias. Pois:

É bem verdade que nosso Código de Processo Penal vigente é bastante antigo, editado num contexto histórico-político-social completamente diferente do atual, não sendo de se olvidar que sobre o seu texto já se estenderam três estruturas constitucionais diferentes, sendo a mais marcante delas a da atual Constituição da República de 1988, a denominada “Constituição Cidadã”. Mas também não podemos esquecer que, durante toda a vigência do CPP de 1941, muitas alterações legislativas e sedimentação de jurisprudência, sobretudo da Suprema Corte nacional, já têm procurado adaptar a aplicação do CPP de 1941 à evolução ocorrida à luz do Direito Constitucional e do arcabouço de princípios democráticos por ele marcados em nosso sistema. (GOMES *et al*, 2008, p. 24-25).

Baseado nisso, o Juiz de garantias, como já citado anteriormente, não se trata de nova instituição. O debate já é antigo e data desde 2009. Juiz das garantias será, segundo a Exposição de Motivos do referido Projeto de Lei, o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. Conforme expressa, o arrazoado do PLS n. 156/09 (GOMES, 2010).

Ainda para Souza e Ritt (2020, p. 1):

A implementação do novel sujeito processual, o qual já vinha sendo discutido no projeto do novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010), suscitou enorme repercussão na doutrina e em órgãos e instituições representativas do Poder Judiciário, levando ao ajuizamento de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal suspendesse a eficácia dos novos artigos referentes ao juiz das garantias. Portanto, os dispositivos referentes a essa figura estão vigentes, mas ainda não tem aplicabilidade.

Sendo assim, somente em 2019 cria-se de fato a figura do Juiz de Garantias no ordenamento jurídico brasileiro, conforme explicam Souza e Ritt (2020, p.1):

A Lei n.º 13.964/2019, cunhada de “Pacote Anticrime”, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura do juiz das garantias, o conceituando como aquele responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos individuais, atuando desde a instauração do inquérito policial ou comunicação de prisão, até o recebimento da denúncia ou queixacrime.

Dessa forma, Cunha e Xavier (2021, n.p) destacam os impactos do juiz de garantias no processo penal:

[...]o Juiz de Garantias trará impactos no processo penal, destacadamente, quando de uma investigação criminal em que se realizem diligências e provas que requeiram autorização prévia. Assim, o Juiz de Garantias atuará em busca e apreensões, prisões (temporária ou preventiva), audiência de custódia e na condução de provas, podendo, finalmente, trancar a investigação ou receber a denúncia, caso em que outro juiz realizará a instrução e julgamento.

Presume-se que o juiz que profere atos decisórios na fase de investigação não é suficientemente imparcial para presidir o processo e proferir sentença, razão pela qual ficará impedido de atuar no processo.

Já para Daniel Kessler Oliveira (2013), o objetivo maior é o de evitar (ou mitigar) a contaminação do órgão julgador a partir de hipóteses fáticas extraídas previamente (ou seja, antes do contraditório pleno e da ampla defesa) dos atos informadores do inquérito policial. Isto porque é certo e inegável, a influência dos elementos colhidos na investigação sobre o julgamento final do processo, mesmo sem questionar a capacidade ou a idoneidade do órgão julgador. Importante agora é fazer valer a regra da separação de juízes, para fazer valer a imparcialidade.

Sobre a imparcialidade Oliveira e Cardoso (2021, p. 8) dizem que: “O conceito de imparcialidade em termos usuais e atuais da língua portuguesa passou a ser naturalmente aceito como algo não parcial, que aprecia e julga sem vínculo equitativo, prudente no tratamento. É tratada como sinônimo de justo, reto, equitativo e neutro”.

Considera-se, enfim, que quem decretou prisões e deferiu ou indeferiu pedidos de revogação, que determinou interceptações telefônicas ou busca e apreensão etc., já terá formado seu juízo sobre a culpabilidade do investigado na fase pré-processual, por isso deve ficar impedido de atuar durante a instrução e julgamento do processo. Do contrário, o processo seria mera repetição do inquérito policial cujo investigado já estaria pré-julgado e por isso tanto se fala no quesito parcialidade quando este tema vem à tona (QUEIROZ, 2020).

Oliveira e Cardoso (2021, p. 8) ainda destacam que:

Para melhor eficiência e aplicabilidade da nova sistemática processual proposta pela lei 13964/2019 se faz necessário buscar incansavelmente a complexa garantia da imparcialidade objetiva e subjetiva do julgador, não sendo o bastante ter um juiz, o julgador deve reunir qualidades mínimas para estar apto a desempenhar seu papel.

Queiroz (2020, n.p) ressalta a importância da separação dos papéis no instituto do Juiz de garantias.

O que é característico desse sistema é a separação, em órgãos distintos e independentes, das funções de acusar, defender e julgar. Como regra, a acusação cabe ao Ministério Público, e, excepcionalmente, ao querelante, isto é, ao próprio ofendido ou seu representante legal. Apesar disso, o MP, cuja atuação é regida pelo princípio da legalidade penal, só pode acusar se tiver justa causa para tanto. Além disso, nada impede que postule a absolvição ou recorra em favor do réu. Afinal, o compromisso fundamental do MP é com a defesa da ordem jurídica e do regime democrático (CF, art. 127), aí incluída a defesa das garantias do réu, inclusive, razão pela qual não lhe é dado acusar arbitrariamente, mas

justamente e sem excessos (QUEIROZ, 2020, n.p).

Sendo assim, no sistema acusatório o juiz não pode se valer das funções da acusação e por isso fica definido que na fase investigatória, não se pode determinar a produção de prova, nem requisitar inquérito policial ou decretar prisão ou medida cautelar de ofício (LIMA, 2020)

Portanto, de todas as discussões doutrinárias, parece claro que o legislador optou por uma “estrutura acusatória” para o processo penal brasileiro, deixando a gestão das provas nas mãos das partes e proibindo que o juiz substitua a acusação nesse quesito; ou seja: o juiz não pode fazer as vezes da acusação para efeito de determinar as provas que sejam necessárias para a provada imputação (CAPEZ, 2020).

O juiz já não poderá, portanto, converter a prisão em flagrante em prisão temporária ou preventiva, exceto se houver requerimento do MP ou representação da autoridade policial. Está revogado o art. 5º, II, primeira parte do CPP, que permitia a requisição de inquérito policial pelo juiz. O juiz que tiver conhecimento de infração penal deverá oficial aos órgãos competentes para a adoção das providências cabíveis (LIMA, 2020).

Oliveira e Cardoso (2021, p. 18-19) discorrem sobre as mudanças trazidas pelo Juiz de Garantias:

A mudança paradigmática exposta acima, está no fato da instituição do juiz de garantias significar um demorado e importante passo na consolidação do sistema acusatório, na proporção em que retira o magistrado que vai atuar no processo da fase investigatória, resguardando sua imparcialidade. Mas apesar de tal aspecto inovador, os dispositivos legais impugnados, ao contrário do que se alega, não criam 19 cargos públicos, não invadem a autonomia organizacional dos tribunais e não geram imediatamente aumento de despesas, a resistência se dá por apego ao conformismo, vaidade corporativa e desrespeito às diretrizes constitucionais a tempos disposta de forma implícita

Importante esclarecer que até o presente momento, todas as disposições legais mencionadas nesse trabalho sobre o juiz das garantias encontram-se suspensas por decisão monocrática do ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux.

Explicado todos esses fatores relevantes, resta a pergunta crucial para os desdobramentos dos debates acerca do tema. A figura do juiz de garantias traz mais benefícios ou prejuízos dado a situação do sistema judiciário atual?

Segundo Cunha e Xavier (2021, n.p):

Lançando mão de uma analogia, a adoção ou não de um sistema dotado do Juiz de Garantias consistiria naquilo que Hart chamaria de hard case. Independente da posição a que alguém se alinhe, é inegável que um cuidadoso sopesamento de valores deve ser efetuado para que se chegue ao equilíbrio ótimo entre os benefícios e os prejuízos de que decorre tal escolha.

Os autores refletem sobre as dúvidas que a figura do juiz de garantias traz baseadas na realidade do ordenamento jurídico brasileiro. É inegável a divergência de pensamentos acerca do tema e até mesmo sobre sua constitucionalidade.

MATERIAIS E MÉTODOS

Para entender a metodologia que compõe o trabalho, Minayo (2013, p.16) diz:

Entendemos por metodologia o caminho do pensamento e a prática exercida na abordagem da realidade. Ou seja, a metodologia inclui simultaneamente a teoria da abordagem (o método), os instrumentos de operacionalização do conhecimento (as técnicas) e a criatividade do pesquisador (sua experiência, sua capacidade pessoal e sua sensibilidade).

O artigo trata-se de revisão de literatura através da pesquisa bibliográfica:

A pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc., até meios de comunicação orais: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas (MARCONI; LAKATOS, 2013, p. 183).

O método de abordagem utilizado nesta pesquisa é o indutivo, a técnica de pesquisa utilizada foi de documentação indireta, bibliográfica e documental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode deixar passar a importância do debate acerca do juiz de garantias, uma vez que este é uma figura processual que garante uma maior concretude à persecução penal e à proteção dos direitos individuais do investigado.

Contudo, conforme analisado ao longo do trabalho, revendo os posicionamentos de inúmeros juristas, a inserção abrupta de tal mudança de paradigma no processo penal, desacompanhada de um maior debate a respeito do tema, de critérios claros e objetos para aplicação e de uma reforma sistêmica do processo penal, não importará em um real progresso na seara processual.

Pode se afirmar que é possível inclusive obter um processo contrário de evolução, pois, a forma como a figura foi inserida pelo Pacote Anticrime tem o condão de gerar um tumulto no ordenamento jurídico atual além de uma insegurança jurídica, uma vez que, intencionalmente ou não, acaba estabelecendo uma presunção de parcialidade muito danosa à figura do atual juiz, o qual também deve atuar na salvaguarda de direitos individuais, independente da fase processual.

É sabido que não se deve esgotar um tema tão polêmico, porém relevante neste único artigo.

Do ponto de vista acadêmico, é imprescindível debater as diversas vertentes necessárias ao tema, como apontar os erros relacionados ao avanço da figura do juiz de garantias para a afirmação de um processo que seja efetivamente acusatório, bem como afirmar que seja uma figura benéfica dada a situação atual do sistema judiciário brasileiro.

Sendo assim, impõe-se o reconhecimento da adequação da figura do juiz de garantias ao texto constitucional, bem como ao paradigma contemporâneo, o qual exige, ainda mais, a concretização da imparcialidade judicial.

Uma vez que já vive-se em uma insegurança jurídica, onde o ativismo do judiciário parece tomar conta, é imprescindível discutir a questão da imparcialidade, porém sem esquecer a estrutura do judiciário, que, não comporta tal figura atualmente.

Os compreensíveis e naturais problemas para a efetivação do juiz de garantias devem ser compreendidos e devem ser sanadas as dificuldades aventadas em tempo razoável, o que sabe-se que no Brasil, não é uma tarefa fácil.

Não é razoável dizer que a separação entre juiz de garantias e juiz de instrução gere prejuízos. Teoricamente a proposta em si demonstra o contrário, uma vez que deve reforçar a imparcialidade, a qualidade e especialidade das decisões, bem como a afirmação da Constituição Federal.

Todavia, em um aspecto é necessário estar em absoluta concordância com aqueles que criticam o juiz de garantias: a mudança poderá se tornar inócua se a magistratura não compreender que o juiz de garantias é e deve ser um baluarte das garantias e da Constituição e não mais um investigador ou parceiro da investigação. Para isso, já há a polícia e o Ministério Público, figuras essenciais da democracia e do estado de direito.

Como abordado dentro do próprio estudo, a intenção é que o país adote em suas leis o enfrentamento com rigor do crime em todos os aspectos. Mantendo sempre o equilíbrio e, fundamentalmente, com um processo penal que respeite a Constituição.

O papel do bacharel de direito e posteriormente enquanto juristas, é afirmar as garantias constitucionais que foram legadas literalmente.

Mesmo assim, a figura do Juiz de Garantias, trazida pela Lei 13.964/2019 traz inúmeros benefícios ao ordenamento jurídico brasileiro. Há de se notar que é necessário um aperfeiçoamento em alguns pontos do instituto, no entanto, sua aplicação é de suma importância e irá, com certeza, preservar o sistema acusatório na nossa persecução penal, preservando e garantido direitos fundamentais do acusado.

Em suma, a sua maior importância será no âmbito da imparcialidade do julgador, que será preservada de forma concreta.

Os problemas logísticos e de estrutura apontados por alguns doutrinadores e juristas podem ser facilmente contornados através de meio eficientes, incluindo a distribuição cruzada e a utilização de sistema online, além de incentivar a abertura de novos concursos, que estão represados e são muito necessários.

Apesar de violar dispositivos constitucionais, vale a pena ter a medida implementada no nosso ordenamento jurídico, tendo como exemplo os seus bons resultados em outros países do mundo, com estrutura política e legislativa similares as do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALTRÃO. João Gabriel Fantinassi. O pacote anticrime (Lei nº13.964/2019) e o Juiz das Garantias. JusBrasil/artigos. Dez. de 2020. Disponível em: <https://joaogfatialtrao.jusbrasil.com.br/artigos/1135776259/o-pacote-anticrime-lei-n-13964-2019-e-o-juiz-das-garantias#footnote-2>. Acesso em 02 de março. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Pre-sidência da República, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 20 de março de 2022.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 março de 2022.

BRASIL. LEI Nº 7.960 DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989. Brasília, 21 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em 30 de março de 2022.

BRASIL. LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Brasília, 24 de dez. de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 15 de março de 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. ADIN 6.298/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6298&processo=6298>. Acesso em: 01 de abril de 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. ADIN 6.298/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6298&processo=6299>. Acesso em: 30 de março de 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. ADIN 6.298/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6298&processo=6300>. Acesso em: 12 de março de 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. ADIN 6.298/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6298&processo=6305>. Acesso em: 30 de março de 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso do Processo Penal. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (e-book). Disponível em: <https://books.google.com.br/>

[books?id=s3PWDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=s3PWDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false). Acesso em: 05 de abril de 2022.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz de Garantias no poder Judiciário Brasileiro. 2020. [E-book].

CUNHA, W. F. da.; XAVIER, E. C. O juiz de garantias e seus efeitos sobre o processo penal: adequando o processo penal aos preceitos constitucionais. Jus.com.br [artigo]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92045/o-juiz-de-garantias-e-seu-efeito-sobre-o-processo-penal-adequando-o-processo-penal-aos-atuais-preceitos-constitucionais>. Acesso em: 10 abr. 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 [livro eletrônico]. 1. ed. Revista dos Tribunais: 2019. Paginação irregular.

RIBEIRO, Paulo Victor Freire. O Juízo de garantias: Definição, regramento, consequências. Rev. Fac. Dir. Univ. SP. V. 105. Jan/dez. 2010. [PDF].

FIGUEIREDO & VELLOSO ADVOGADOS ASSOCIADOS. Estudo da lei anticrime esquadrinha as

mudanças nas legislações penal e processual penal. Migalhas de Peso, janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/317896/estudo-da-lei-naticrime-esquadrinha-as-mudancas-nas-legislacoes-penaleprocessual-penal>. Acesso em 10 abr. 2022.

GHERSEL, G. As principais mudanças do Pacote Anticrime no Direito Penal e no Processo Penal. JusBrasil. [artigo]. 2020. Disponível em: <https://giovannagh-ersel.jusbrasil.com.br/artigos/795269951/as-principais-mudancas-do-pacote-anticrime-no-direito-penal-e-no-processo-penal#:~:text=A%20lei%20n%C2%BA%2013.394%2F19,mudan%C3%A7as%20relevantes%20na%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal&text=O%20Ministro%20da%20Justi%C3%A7a%2C%20S%C3%A9rgio,no%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Penal>. Acesso em: 12 abr. 2022.

GOMES, A. F. O Juiz de Garantias. [Artigo online]. Disponível em: http://www.-elciopinheirodecastro.com.br/documentos/artigos/03_05_2011.pdf. Acesso em: 21 abr. 2022.

LIMA, R. B. de. Pacote anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por Artigo. Salvador: Ed. JusPodivm.2020. [PDF].

LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.(e-book). Disponível em: <https://books.google.com.br/bo-oks?id=>

MARCONI, M. de. A.; LAKATOS, E. M. Fundamentos da Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 2003. [PDF].

MINAYO, M.C (org). Pesquisa social: teoria, método e criatividade. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. [E-book].

NETO, O. A. ; CARVALHO, R.C.V. de. Lei 13.964/2019: A importância do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro. [Artigo]. UNICEUB. 2021. [PDF].

NOVO, B. N. As mudanças na legislação penal e processual penal com o novo pacote anticrime. ConJur. [artigo]. 2020. Disponível em: <https://www.conteudo-juridico.com.br/consulta/artigos/54192/as-mudanas-na-legislao-penal-e-processual-penal-com-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 12 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964 de 24.12.2019. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. [PDF].

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A atuação do julgador no Processo Penal Constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4916/1/447625.pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

OLIVEIRA, J. de J.; CARDOSO, L. L. A. O juiz de Garantias e a imparcialidade como princípio supremo no processo penal. [artigo].2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18535/1/Artigo%20Final%20-%20TCC.pdf>. Acesso em 12 fev. 2021.

PELICHO, F. G.B; CARVALHO, A. R. Juiz das garantias como meio eficaz de assegurar o direito fundamental à imparcialidade do sistema de justiça penal. Brazilian Journal Development. Curitiba: vol. 8. n.4. abr. 2022. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/45968/pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

QUEIROZ, David. A Permeabilidade do Processo Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. [PDF].

RIBEIRO, Paulo Victor Freire. O Juízo de garantias: Definição, regramento, consequências. Rev. Fac. Dir. Univ. SP. V. 105. Jan/dez. 2010.[PDF].

SOUZA, E. F. de.; RITT, C. F. Os impactos da Figura do Juiz de Garantias no ordenamento jurídico brasileiro. XXVIII Seminário de Iniciação Científica. Out. 2020. Ijuí. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br>. Acesso em: 15 abr. 2021.

STF. Supremo Tribunal Federal. 70 anos do Código Penal: Legislação em constante evolução. JusBrasil. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/-2499171/70-anos-do-codigo-penal-legislacao-em-constante-evolucao#:~:text=At%C3%A9%201940%20o%20Brasil%20considerava,portanto%2C%20poderia%20ser%20considerado%20criminoso>. Acesso em: 22 abr. 2021.

STRECK, L.L.; ZANCHET, G. de. O. O Juiz das Garantias na Lei nº 13.964/2019: a Imparcialidade do Julgador e as Indevidas Críticas contra Sua Constitucionalidade. RDP. Brasília, 2021, nº 98 v.18. Mar/abr. 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4644/p-df>. Acesso em: 22 abr. 2021.

VALENTE, Fernanda. Juiz das garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux. Conjur, janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-aterferendo-plenario>. Acesso em 31 de Setembro de 2021.

ZAN, M.A. ANÁLISE HISTÓRICA DO CÓDIGO PENAL DE 1940 Parte Especial: Títulos IV e V. Rev. Sapere Aude. Ano 3. Vol. 1. Ano 3. Março/2015. Disponível em: <http://revistasapereaude.org/index.php/edicoes/anos-anteriores/ano-3-vol-1-12/ano-3-volume-8-marco-2015/send/80-03-2015-ano-3-volume-8/199-10-analise-historica-do-codigo-penal-de-1940-pg-227-a-245>. Acesso em: 25 abr. 2021.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por permitir que tudo isso acontecesse, pois sem ele nada seria possível.

A minha mãe, Maria do Carmo, minha irmã, Ana Luiza e meu pai Helto, pelo apoio, moral, emocional e por me aturarem até mesmo nos meus momentos de extremo estresse. Sei que não foram fáceis.

Aos meus amigos em especial a Gabrielle Rosa e Gabriele Albuquerque, que no meio de todo esse transtorno que é a faculdade não me deixaram surtar e sair correndo.

Ao meu professor orientador, Marco Antônio, pela dedicação, carinho e tempo prestado.

Impossível também deixar de agradecer a minha psicóloga, Rejane Dutra Bergamaschi que me ajudou muito, pois o meu maior monstro é a minha ansiedade e ela é a pessoa que doutrina o meu monstrinho.

E a mim mesmo, por todos os dias de frio, calor, chuva, dias de choro, risos e tudo que a faculdade proporciona, pois se não fosse por mim nada aconteceria.

E por derradeiro a todos que direta ou indiretamente fizeram parte de minha formação, o meu muito obrigado.

A contribuição do núcleo de prática jurídica para a formação integral do bacharel em direito

The contribution of the legal practice nucleus to the comprehensive training of the bachelor in law

Robson de Carvalho Bezerra

Licenciado em Filosofia. Instituto de Estudos Superiores do Maranhão-IESMA. Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins-UNITINS

João Victor Gonçalves Santos

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins-UNITINS

Irineu Vagner Junior Valoeis

Advogado, Especialista em Direito do Trabalho Direito e Processual do Trabalho. Docência do Ensino Superior, Professor na Universidade Estadual do Tocantins-UNITINS

Kamila Soares Leal

Advogada, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Pessoal-UNITAU. Professor na Universidade Estadual do Tocantins-UNITINS

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.17

RESUMO

O estudo “A contribuição do Núcleo de Prática Jurídica para a formação integral do bacharel em Direito” tem por objetivo discutir a contribuição das atividades desenvolvidas pelo Núcleo de Prática Jurídica (NPJ), bem como, a efetividade da correlação entre teoria e prática. Portanto, a pesquisa buscou responder o seguinte questionamento: qual a importância do Núcleo de Prática Jurídica para a formação integral do bacharel em Direito. A justificativa para a realização da pesquisa deu-se mediante a necessidade de apontar as contribuições que ocorrerem na relação teoria- prática dos graduandos após a introdução à prática forense e pelas competências adquiridas no NPJ. Para a realização da pesquisa, a metodologia foi baseada no Método bibliográfico, qualitativo e descritivo. Quanto à forma, a pesquisa foi desenvolvida a partir da perspectiva exploratória no intuito de se obter maior familiaridade com o tema abordado. No tocante à abordagem, se deu no modo qualitativo. Para os procedimentos técnicos, utilizou-se de Pesquisa Bibliográfica com base em diversos autores da área jurídica. Como conclusão pretendeu-se perceber que o Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) pode responder aos anseios da formação dos referidos bacharéis do curso de Direito.

Palavras-chave: formação integral. prática jurídica. bacharel. direito.

ABSTRACT

The study "The contribution of the Legal Practice Center to the full training of a bachelor of Law" aims to discuss the contribution of the activities developed by the Legal Practice Center (NPJ), as well as the effectiveness of the correlation between theory and practice. Therefore, the research sought to answer the following question: what is the importance of the Legal Practice Center for the full training of bachelors in Law. The justification for conducting the research was the need to point out the contributions that occur in the theory-practice relationship of undergraduates after the introduction to forensic practice and the skills acquired in the NPJ. To carry out the research, the methodology was based on the bibliographic, qualitative and descriptive method. As for the form, the research was developed from an exploratory perspective in order to obtain greater familiarity with the topic addressed. Regarding the approach, it was done in the qualitative way. For the technical procedures, a Bibliographic Research was used based on several authors in the legal area, such as: AGUIAR (1996); GOMES (2011) and PEREIRA (2011). As a conclusion, it was intended to understand that the Nucleus of Legal Practice (NPJ) can respond to the desires of the formation of the referred bachelors of the Law course.

Keywords: Formation. Legal Practice. Bachelor.

INTRODUÇÃO

O Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) é um espaço de organização interna criado pelas Instituições de Ensino Superior (IES), para que os estudantes do curso de Direito tenham a oportunidade de vivenciar e aplicar na prática os conhecimentos teóricos assimilados em sala de aula. Nesse sentido, os futuros operadores do Direito são acompanhados, no NPJ, por profissionais formados e inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que orientam, coordenam e supervisionam as atividades desempenhadas.

Destarte, verificamos a salutar importância que o núcleo de prática jurídica possui para os cursos de graduação em Direito, reverberando-se que, somente a partir da aplicação do conteúdo didático em experiências e situações concretas do dia-a-dia é que se torna possível desenvolver um efetivo exercício profissional mais próximo da realidade e compatível com as demandas e necessidades da sociedade.

Deste modo, cada instituição deve oferecer e estabelecer no curso de Direito o conteúdo mínimo que determina a obrigatoriedade da prática jurídica para aquele que aspira a obtenção do grau de bacharel em Direito. Essa orientação encontra-se na portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação.

No documento, há a definição de quais as atividades podem ser desenvolvidas pelo NPJ, nesse caso à saber: atuação em audiências e sessões; redação de peças processuais; visitas a órgãos judiciários; técnicas de negociação coletivas e arbitragens e conciliação.

Nesse mesmo diapasão, o Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) deve estabelecer um contato direto entre acadêmico e população por meio de palestras, reuniões e prestação de assistência jurídica à comunidade. O NPJ funciona como uma integração entre pesquisa e prática jurídica e, também, entre Universidade e população.

De acordo com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o ensino jurídico no Brasil foi, recentemente, denominado de educação jurídica. Vale ressaltar que apresenta, ainda, sérios problemas e as críticas que recebem vão desde a metodologia ao próprio conhecimento disseminado em sala de aula. Contudo, verifica-se que tal problemática se insere no quadro geral da educação superior em nosso país.

No contexto da educação jurídica, a presente pesquisa terá por objeto o Núcleo de Prática Jurídica (NPJ), objetivando responder sobre a necessidade de sua contribuição na formação do bacharel em Direito, além de verificar como ocorre sua implementação e quais os diferenciais qualitativos de sua execução. Por tratar-se de estudo descritivo e qualitativo, será realizado com base no método bibliográfico.

O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

O conhecimento da universidade como um espaço de emancipação humana, como se tem neste século XXI, foi formulado após lutas e batalhas travadas em busca da efetivação e consolidação de uma instituição com qualidade social da educação superior. A universidade tem seus primórdios, que remontam na Idade Média, mas a institucionalização da educação superior no Brasil é recente, datada na década de 1920, como explica Saviani (2008, p. 13).

O trabalho educativo é o ato de produzir, direta e intencionalmente, em cada indivíduo singular, a humanidade que é produzida histórica e coletivamente pelo conjunto dos homens. Assim, o objeto da educação diz respeito, de um lado, à identificação dos elementos culturais que precisam ser assimilados pelos indivíduos da espécie humana para que eles se tornem humanos e, de outro lado e concomitantemente, à descoberta das formas mais adequadas para atingir esse objetivo.

Em se tratando da tecnologia educacional, o significado pode ser constituído, então, a partir da perspectiva de Sampaio e Leite (1999, p. 25), quando definem essa temática como um

[...] estudo teórico-prático da utilização das tecnologias, objetivado o conhecimento, a análise e a utilização crítica destas tecnologias, ela serve de instrumento aos profissionais e pesquisadores para realizar um trabalho pedagógico de construção do conhecimento e de interpretação e aplicação das tecnologias presentes na sociedade.

Nessa perspectiva, para Saviani (2008), um processo de desenvolvimento que efetivamente considere o homem como preocupação central, terá a educação como setor fundamental. Diante disso, observa-se que a tecnologia se bem utilizada pode beneficiar o trabalho pedagógico na escola, com propostas dinamizadoras do conhecimento. Além disso, atuando como um processo de comunicação e construção do saber escolar por estudantes e professores.

Ainda sobre a educação superior, o artigo 208, inciso V, da Constituição Federal de 1988, estabelece como dever do Estado com a educação à garantia do “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (BRASIL, 1988).

As transformações do ensino superior no Brasil nas últimas décadas remetem a algumas características básicas do sistema. Essas características constituem o marco delimitador das condições em que as transformações ocorreram e ganharam significado.

Conforme Cardoso (2007), a evolução tecnológica trouxe para educação novas possibilidades de informação e conhecimento, ou seja, novos processos educacionais utilizando a multimídia como estratégia diferenciada na elaboração do conteúdo, combinando e interligando com outras ferramentas didáticas (som, imagem, texto). Assim, permitindo novas possibilidades de ensinar pelo professor e aprender pelo aluno.

Abreu (2020) afirma que, por meio do uso da tecnologia no dia a dia da sociedade, é natural que essa se faça cada vez mais presente na educação. A competência de gerir pessoas passou a ser uma habilidade que não era simplesmente parte de um processo, mas uma habilidade a fim de garantir a existência das instituições de ensino, permeando, dessa forma, todos os níveis das organizações.

O ambiente escolar precisa proporcionar aos estudantes de todas as idades o acesso às diversas formas de conhecimento, além da aproximação com a cultura e arte. No ensino regular básico, isto é, no Ensino Fundamental e Médio, essa proximidade é facilitada devido ao maior investimento do governo nessas modalidades. Já no que se refere à Educação de Jovens e Adultos (EJA), a situação é diferente.

A gestão participativa juntamente com os novos recursos e tecnologias, por sua vez, tem sua importância efetiva na preocupação em manter a competitividade através do capital humano, fazendo com que as instituições de ensino se mobilizem e aperfeiçoem todo o seu planejamento mudando, assim, a mentalidade organizacional.

Porém, muitos professores preferem manter-se na zona de conforto, permanecendo com o uso dos tradicionais métodos de ensino (quadro e giz) ou porque possuem receio de enfrentar o “diferente” e tomar a iniciativa de criar novas formas de ensino ou por preferirem continuar em um patamar de acomodação quando as metodologias de ensino-aprendizagem em sala de aula.

O ensino superior: recursos didáticos, ambientes e aparelhagem tecnológica

Para Machado e Matos (2015), os recursos didáticos tecnológicos são potencializadores na produção do conhecimento e se dividem em 03 categorias: impressos, audiovisuais e colaborativos.

A primeira divisão, refere-se aos recursos didáticos impressos. Esses são familiares aos alunos, de fácil utilização e transporte, por permitir que anotações sejam feitas e, ainda, porque podem ser lidos em diversos lugares, a qualquer tempo, respeitando o ritmo de aprendizagem individual do estudante. No entanto, é necessário tomar cuidado, pois 'como são utilizados' não deve ser configurado em um recurso didático aliado a uma prática pedagógica simples.

Os recursos audiovisuais permitem a combinação de imagens estáticas e dinâmicas, imagens reais, atuais, de arquivo e de simulação com vários tipos de som. São poderosas ferramentas para enfatizar e sintetizar pontos fundamentais, ratificar e repetir os conteúdos mais importantes.

Já os recursos didáticos colaborativos, segunda categoria mencionada neste tópico, surgem a partir da interligação de computadores em rede permitindo a integração dos conteúdos disponíveis em outras mídias, assim, favorecendo a interatividade e produção colaborativa. Esses recursos didáticos são muito utilizados em cursos online, pois incentivam a formação de grupos de estudo e a comunicação entre professor e alunos e desses entre si.

A era do conhecimento mudou a base do valor econômico de ativos de informação através da comunicação integrada e tecnologia da informação. Agora, a batalha competitiva é a busca pelas melhores pessoas, no que se refere a capacitação, e ambientes de trabalho, porque essas são as criadoras do verdadeiro valor.

Portanto, para que o educador tenha uma efetiva e duradoura permanência no ambiente educacional, é importante que o gestor desenvolva uma estratégia organizacional em que cada passo da organização deve ser um desafio encarado principalmente por aqueles que efetivamente colaboraram para que ele existisse, juntamente com a participação efetiva das pessoas da organização.

Os aparelhos tecnológicos para o uso no ensino e formação dos professores, são fundamentais, pois a sugestão e implantação de um processo deste nível somente serão possíveis se ele conhecer as bases da organização: visão, missão, e valores e, mais que isso, conhecer a equipe. O ser humano só se desenvolve quando é visto em sua integralidade, como um ser social, e não apenas como uma engrenagem do processo.

Desse modo, os benefícios proporcionados pela aplicação e utilização correta dos recursos e aparelhos tecnológicos vêm ao encontro das necessidades básicas que uma instituição precisa a fim de melhorar seu desempenho quanto à gestão da organização e, por consequência, aprimorá-la de um modo geral. Nesse sentido, pode-se mencionar que "no planejamento são definidos os objetivos a serem alcançados, bem como quais são as ações e atitudes que a empresa deve adotar para atingir os resultados esperados" (MAXIMILIANO, 2004, p. 107).

Desta forma, a tendência natural de toda instituição de ensino é crescer e se desenvolver, para isso, o professor passa por um processo lento e gradativo que o conduz ao exato

conhecimento de si próprio e a plena realização de suas potencialidades. A eficiência de suas atividades relaciona-se diretamente com a capacidade de sobreviver, adaptar-se, de manter sua estrutura e tornar-se independente da função particular que preenche.

Assim, essas instituições, tanto com fins lucrativos como as sem fins lucrativos, empregam as técnicas mais adequadas às circunstâncias que se apresentam, elas se orientam por análises objetivas do mercado e pela sensibilidade gerencial dos profissionais que ficam à frente da organização. Sobre a temática, é possível deixar claro que:

A utilização desses instrumentos, porém, não pode estar desvinculada aos trabalhos de planejamento e avaliação do ensino. Planejar é, antes de qualquer coisa, decidir. As decisões vinculadas ao planejamento e uso dos instrumentos são de fundamental importância para a constituição de algum método de ensino que propicie qualidade no ensino (FLORES *et al.* 2010, p.4).

Diante do exposto, observa-se que os professores sentem dificuldade de manipular essas novas tecnologias que existem, pois diante de tantas questões mencionadas, há, ainda, o receio de revelar essa dificuldade diante dos alunos. Os mesmos sabem que algumas mudanças são necessárias, mas não conseguem fazê-las, sentindo-se não preparados para enfrentar o “diferente”.

O uso da data show ou projetores de imagem em geral é uma ferramenta tecnológica cada vez mais utilizada pelos professores como recurso pedagógico. As vantagens são muitas, pois ele permite que se escape do ritmo comum das aulas expositivas em lousas e, também, facilita a observação de imagens e animações didáticas.

Fernandes (2010), afirma que, o ensino superior não deve se limitar ao espaço da sala de aula, visto que essa ciência tem como objetivo o estudo dos fenômenos que ocorrem na superfície terrestre e das relações do homem com o homem e desse com o meio. Assim, focar no mundo exterior a sala de aula, onde esses fenômenos ocorrem de fato e podem ser presenciáveis pelos alunos pode incorrer em um erro.

Ao fazer uso das tecnologias, é necessário que os professores tenham clareza de como explorar corretamente os recursos tecnológicos e qual é mais eficiente para desenvolver determinadas atividades, pois as tecnologias são ferramentas e precisam ser aplicadas, considerando cada situação em particular, para que assim seja possível que os professores atinjam os objetivos almejados.

Compreende-se então que, o planejamento é de suma importância para que os recursos tecnológicos sejam melhores utilizados. Planejamento é uma competência que contribui bastante para o desenvolvimento das atividades e auxilia todas as funções, com pensamento em longo prazo, pois cria planos de ação necessários para se atingir os objetivos, levando em consideração os cenários atuais, pois as mudanças serão baseadas na análise dos ambientes externos e internos, mediante recursos disponíveis.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Aponta-se que a discussão sobre a qualidade do Ensino Jurídico no Brasil é quase tão antiga quanto sua inauguração. Desse modo, as dificuldades nas primeiras décadas de implementação dos cursos podem ser exemplificadas pelo Decreto Número 14, sancionado pelo Im-

perador Dom Pedro II em 24 de agosto de 1835, o qual flexibilizava os concursos admissionais de professores, tendo em vista que a oferta de vagas era sempre maior que a quantidade de inscritos qualificados (BRASIL, 1835).

Assim, tal normativa aponta, primeiramente, para a escassez de profissionais capacitados para a docência no contexto de criação dos cursos, no início do Século

XIX. Porém, em segundo lugar, também indica o desinteresse na carreira por parte dos advogados que aqui se encontravam. Assim, não conseguindo ocupar as vagas necessárias para as disciplinas, rebaixava-se a exigência para o cargo, o que comprometia consideravelmente a qualidade do ensino.

Destarte, o Decreto número 43, de 19 de agosto de 1837, também flexibilizava a frequência mínima dos alunos, a fim de evitar reclusões em massa, visto que, pelo reduzido corpo docente disponível, era comum que tanto alunos quanto professores se ausentassem das aulas (BRASIL, 1837).

No entanto, não obstante a hipótese de que o discurso do ensino superior no Brasil, principalmente no que se refere ao Ensino Jurídico, data de muito antes da própria existência das Faculdades de Direito, os primeiros estudos específicos sobre o tema são bem mais recentes, datados apenas da segunda metade do século XX.

Até então, as críticas e publicações sobre o Ensino Jurídico se resumiam a desabafos intelectuais e análises de conteúdos jornalísticos, ora realizadas pelos educandos e educadores que haviam vivenciado a experiência dos cursos jurídicos, ora por jornalistas, políticos e juristas visionários, que viam a péssima qualidade oferecida nas Faculdades de Direito.

O sistema de ensino superior é constituído por Instituições de Ensino Superior (IES) públicas e privadas. O setor público abrange organizações públicas federais, estaduais e municipais gratuitas e mantidas pelos respectivos poderes; o segmento privado é formado por IES de diferentes segmentos, tais como confessionais, comunitárias, filantrópicas e particulares.

Segundo Bastos (2000), as escolas de Direito no Brasil resistiram ao caráter de universalização do ensino jurídico, preservando faculdades isoladas e autônomas para não serem transformadas em departamentos dentro das universidades. Hoje, são raras as exceções em que as escolas de Direito são organizadas como centros de conhecimento ou institutos.

Para Abramowicz (2013), a perspectiva econômica promete que a educação é uma importante ferramenta para superar oportunidades desiguais, sendo considerada uma importante equalizadora. O retorno sobre o investimento em capital é elevado, e isso é benéfico para as crianças desfavorecidas, bem como para a sociedade de modo geral.

A inovação do ensino jurídico requer uma revisão do modelo didático pedagógico, pois a mera regulação de conteúdos e formas não produz nada de novo, apenas organiza e reproduz o já existente ou o reelabora. A formação de profissionais que atendam a demanda original atual reivindica novos métodos de ensino, sob pena de continuarem sendo uma utopia, pois torna-se impossível a construção de um novo paradigma com o modelo tradicional e generalista já sucumbido.

Segundo Mota (2007, p. 1226-1238), “o ensino jurídico deve, portanto, ser capaz de

apreender a importância da linguagem da ciência do direito, por ser a um só tempo, disciplina prática e compreensiva”. Com isso, a inovação diante do ensino superior é primordial para a capacidade de assimilar e incentivar o entendimento de novos modelos de ensino.

O ensino jurídico e a inovação

A inovação trata-se do processo de invenção, adaptação, mudança e evolução da atual atividade e/ou modelo organizacional melhorando e facilitando a vida ou trabalho das pessoas. A cada momento da história da evolução tecnológica, percebe-se que há uma interação entre incentivos e oportunidades que favorecem as instituições.

Segundo Rocha (2003, p.130) “as inovações tecnológicas, historicamente tem sido responsáveis por deslocar oportunidades de trabalho e de ensino, abrindo possibilidades para uns e fechando muitas definitivamente para outros”. Portanto se há inovações na tecnologia existem, também, oportunidades de crescimento para as empresas se forem usadas corretamente, de acordo com suas necessidades. Ela favoreceu, também, a gestão organizacional, pois com a sua adaptação houve melhoramentos nas ferramentas e conseqüentemente nos modelos de gestão.

Sem dúvida alguma, o ambiente de ensino superior é o local onde são encontrados novos padrões, novas técnicas e mesmo teorizações que são incorporadas ou testadas ao longo de certo tempo. Todo esse cenário é percebido em prol de que as instituições de ensino possam andar de mãos dadas com a modernidade e com as novas ferramentas que as fazem mais destacadas em diferenciais competitivos.

Conforme Fávero (2006, p. 19), a universidade é um espaço principal que se constitui num palco de discussões sobre a sociedade, “deve ser um espaço em que se desenvolve um pensamento teórico-crítico de ideias, opiniões, posicionamentos, como também a condução de propostas e alternativas para solução dos problemas”. O ensino híbrido, por exemplo, veio para ficar, mas ainda existem dúvidas que fazem com que a comunidade, com foco nos estudantes ou interessados nessa metodologia, confundam o que ele é e qual a sua formatação de fato. Se trata de um modelo educacional em que parte do processo acontece no ritmo do aluno – quando e onde ele quiser – e a outra parte é presencial e supervisionado por um professor.

Entretanto, o principal é que essas duas partes estejam conectadas, fazendo com que o processo de ensino-aprendizagem seja eficaz.

Dessa maneira, para o ensino superior, esse novo modelo se tornou cada vez mais visto, considerando que as novas tecnologias e inovações estão em ritmos acelerados. Com base nisso, cabe as universidades se atualizarem e manterem seus professores cada dia mais preparados para essa realidade.

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Conhecido como NPJ, o Núcleo de Prática Jurídica é um espaço que possibilita aos acadêmicos do curso de Direito, colocarem em prática os conteúdos teóricos aprendidos. Essa atividade costuma ser aplicada aos estudantes a partir do 7º período, visto que, já lhes foram possibilitados agregar uma hermenêutica jurídica e esses apresentam mais conhecimentos e

conseguem aproveitar da melhor forma essa experiência.

Esses órgãos são criados pela faculdade e oferecem atuações referentes à advocacia, com atendimento ao público, além de atividades relacionadas ao Ministério Público, Magistratura e outras áreas do curso. As atividades são acompanhadas por profissionais inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e, em geral, os atendimentos feitos pelos NPJ's são voltados à população carente, que não consegue arcar com os custos da contratação de um advogado particular.

Nesse diapasão, os estudantes também praticam a responsabilidade social, exercendo uma atividade que beneficia toda a sociedade e garante melhores condições a quem, de outra maneira, teria muita dificuldade para defender seus direitos judicialmente.

Por tais razões, a Portaria nº 1.886/94 foi além da questão do estágio curricular e exigiu que este fosse acompanhado de outras atividades importantes para a formação prática do futuro bacharel, tendo lugar o que se denominou Núcleo de Prática Jurídica (NPJ). Esse nasceu com a Resolução nº 09/2004, que ao subdividir a formação do bacharel em Eixo de Formação Fundamental, Eixo de Formação Profissional e Eixo de Formação Prática, destacou nesse último o Núcleo de Prática Jurídica. Eis o que dispõe o artigo 7º da Resolução:

Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.

§ 1º O Estágio de que trata este artigo será realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia; em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio das IES, para a avaliação pertinente.

§ 2º As atividades de Estágio poderão ser reprogramadas e reorientadas de acordo com os resultados teórico-práticos gradualmente revelados pelo aluno, na forma definida na regulamentação do Núcleo de Prática Jurídica, até que se possa considerá-lo concluído, resguardando, como padrão de qualidade, os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica.

Destarte, é importante destacar a Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, que fixa as diretrizes curriculares e conteúdo mínimo dos cursos de Direito.

PORTARIA Nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico.

O Ministro da Educação e do Desporto, no uso das atribuições do Conselho Nacional de Educação, na forma do artigo 4º da Medida Provisória nº 765 de

16 de dezembro de 1994, e considerando o que foi recomendado nos Seminários Regionais e Nacional de Cursos Jurídicos, e pela Comissão de Especialistas de Ensino de Direito da SESu - MEC, resolve:

Art. 10. O estágio de prática jurídica, supervisionado pela instituição de ensino superior, será obrigatório e integrante do currículo pleno, em um total de 300 horas de atividades práticas simuladas e reais desenvolvidas pelo aluno sob controle e orientação do núcleo correspondente.

§ 1º O núcleo de prática jurídica, coordenado por professores do curso, disporá instalações adequadas para treinamento das atividades de advocacia, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para atendimento ao público.

De acordo com a mesma, o estágio supervisionado em prática jurídica será obrigatório, devendo existir um NPJ coordenado por professores do curso, com instalações adequadas para as atividades.

Dessa forma, vale a ressalva, caracterizado que Núcleo de Prática Jurídica não é apenas atendimento ao público, mas a esta tarefa não deve o Núcleo se omitir. Cada Faculdade de Direito deve, segundo as diretrizes propostas e mencionadas anteriormente, designar os professores orientadores dos respectivos discentes para acompanhá-los no Núcleo.

Na visão do professor Roberto Aguiar, "as faculdades de Direito não podem se cingir a fornecer noções aguadas de técnicas normativas. Elas devem dialogicamente construir instrumentais que propiciem um aumento de consciência de seus discentes, a fim de que eles sejam minimamente aptos para entender o contexto onde vão operar e o sentido de sua ação no mundo" (AGUIAR, 1996, p. 131).

Assim, para Aguiar (1996, p. 131) pensar em um órgão desse tipo é entender que

[...] as faculdades de Direito não podem se cingir a fornecer noções aguadas de técnicas normativas. Elas devem dialogicamente construir instrumentais que propiciem um aumento de consciência de seus discentes, a fim de que eles sejam minimamente aptos para entender o contexto onde vão operar e o sentido de sua ação no mundo".

Conclui-se que a presença do Núcleo de Prática Jurídica nos cursos de Direito é uma necessidade indiscutível.

Diferença entre estágio supervisionado, escritório-modelo e núcleo de prática jurídica

O Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) é um local, dentro da IES, onde se realizam as atividades do eixo de formação prática, previsto na Resolução nº 09/2004. No escritório-modelo, são desenvolvidas as atividades práticas reais que a lei considera como de assistência judiciária gratuita e, em algumas instituições, também as atividades simuladas atinentes à advocacia.

Contudo, a principal crítica feita ao estágio restrito ao escritório-modelo era que a formação prática não era completa, uma vez que se direcionava somente à formação do advogado. Já o estágio supervisionado é a atividade curricular obrigatória que contempla as ações do escritório-modelo e uma série de outras, todas desenvolvidas pelo e no Núcleo de Prática Jurídica.

Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.

§ 1º O Estágio de que trata este artigo será realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia; em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio das IES, para a avaliação pertinente.

§ 2º As atividades de Estágio poderão ser reprogramadas e reorientadas de acordo com

os resultados teórico-práticos gradualmente revelados pelo aluno, na forma definida na regulamentação do Núcleo de Prática Jurídica, até que se possa considerá-lo concluído, resguardando, como padrão de qualidade, os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica

O Núcleo de Prática Jurídica é, pois, mais amplo que o escritório-modelo, o qual, por sua vez, é o lócus de desenvolvimento das atividades do estágio supervisionado. A Resolução nº 09/2004 prevê a existência do NPJ sem, contudo, detalhar sua estrutura. Assim, as instituições têm se utilizado dos parâmetros apostos pela Portaria nº 1.886/94, a qual prevê que ele disporá de instalações adequadas para treinamento das atividades profissionais de advocacia, magistratura, Ministério Público e demais profissões jurídicas, incluindo o atendimento ao público.

As atividades desenvolvidas devem ser exclusivamente práticas, abarcando redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, visitas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociação coletiva, arbitragens e conciliação, tudo sob controle, orientação e avaliação do Núcleo de Prática Jurídica. Sugere, ainda, que tais atividades podem ser complementadas por convênios entre Defensoria Pública ou outras entidades públicas e privadas, ou até mesmo em juizados especiais, a se instalarem nas dependências da própria IES.

AS CONTRIBUIÇÕES E VANTAGENS DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA AO DESENVOLVIMENTO DO ESTUDANTE

O Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) é fundamental na formação do acadêmico (a), visto que, traz aprendizados e benefícios que serão levados para toda a vida, sobretudo no que diz respeito ao exercício da advocacia. Decerto que, a principal função do NPJ é colocar o estudante em contato com as vivências e as práticas da advocacia. É nesse momento que ele terá um contato com as atividades que vai encontrar no mercado, após pouco tempo de formação acadêmica. As rotinas são exercidas em diversos exercícios, que mostram de forma realista o que vai ser visto em breve.

Verifica-se que a estrutura curricular dos conteúdos teóricos é um fato no estudo do Direito, de forma que, as leis precisam estar devidamente compreendidas e, para isso, muito conteúdo escrito é consumido, entretanto, nada substitui a prática. Todo esse conhecimento precisa ser exercido e, na faculdade, o NPJ é um recurso fundamental.

Pode-se afirmar que o ápice do NPJ é o contato dos alunos com casos reais, onde é prestada a assistência jurídica a pessoas que, comprovadamente, não têm recursos para pagar um advogado. Esse é um aprendizado único ao estudante que está prestes a se formar e pode aplicar seus conhecimentos ajudando a comunidade.

Assim, a diversificação das áreas do Núcleo de Prática Jurídica contribui de forma fundamental na formação do discente. Contudo, esse contato real possibilita tirar aprendizados para decidir em qual área do Direito poderá se especializar.

O NPJ também ajuda o estudante a ter proximidade com diferentes experiências. Fato esse que contribui para uma formação completa, pois no início da carreira o advogado pode ser com casos de todos os segmentos.

A internet e os novos modelos de ensino híbrido

Por não existir fronteiras físicas na internet e pela facilidade que ela proporciona para uma empresa divulgar os seus produtos e estreitar o relacionamento com o seu público, a corporação tem a possibilidade de melhorar a sua imagem e obter notoriedade e reconhecimento da sua marca mundialmente.

Segundo Kotler (2008), os benefícios fornecidos às empresas por meio dos serviços online são muitos, alguns deles são as adaptações rápidas às condições do mercado, os menores custos, o desenvolvimento de relacionamento com o cliente e o tamanho da audiência.

Em se tratando do ensino híbrido, criar um ambiente virtual especialmente para que o estudante desenvolva as atividades e pesquisas propostas é vantajoso para que a rotina de estudos tradicional, de tempo e de ritmo tenha mais controle. As habilidades do futuro caracterizam um desenvolvimento global dos alunos, que vai além dos conteúdos básicos das disciplinas curriculares, mas que podem ser estimulados na vivência em sala de aula. São elas:

Pensamento crítico e aprendizagem ativa. Criatividade e originalidade.

Resolução de problemas complexos. Flexibilidade cognitiva.

Inteligência emocional. Trabalho em equipe.

Gestão de pessoas. Negociação.

Tomada de decisões.

Orientação a serviços (CHIAVENATO, 2014, p. 87).

Para Chiavenato (2014), as organizações passam por mudanças constantes, diante disso, cabe ao gestor e equipe se prontificarem a solucionar e se adaptarem as mudanças do mercado, tornando-se competitivos e, além disso, se colocando no lugar do cliente, que busca a cada dia mais qualidade no serviço consumido.

A PRÁTICA JURÍDICA NO BRASIL

No Brasil, o profissional que deseja alcançar bons resultados profissionais deve aprimorar e atualizar constantemente sua prática jurídica. Nesse âmbito, a prática jurídica é um conjunto de atividades jurídicas necessárias para atuar efetivamente de acordo com a lei, órgãos administrativos, órgãos públicos e outras instituições.

As escolas de Direito foram realmente criadas para atender às necessidades da burocracia de um Estado nacional em emergência. Por essa razão, o ensino jurídico, inicialmente, privilegiou a formação política, em lugar de uma formação exclusivamente jurídica.

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania (BRASIL, 2011).

Para Morgado (2003), a Ordem dos Advogados do Brasil mostra-se empenhada em co-

laborar com a melhora da qualidade dos cursos jurídicos no país. Embora sem poder de veto, integra a Comissão do Ministério da Educação e Cultura para reconhecimento e credenciamento dos cursos jurídicos.

A evolução da legislação que regulamenta o ensino jurídico no Brasil, e regulamenta os critérios de criação e reconhecimento dos cursos jurídicos revela uma sensibilidade maior quanto a importância da interação teoria e prática, reforçando o papel dos núcleos de prática como ferramenta de aprendizagem.

Quanto ao aspecto pedagógico, Menezes (2013), salienta que, não há como negar a influência que a prática exerce sobre o aprendizado, pois a maioria das metodologias aplicadas nos últimos tempos se utiliza de tal elemento como instrutivo e vital para o conhecimento pleno, sobretudo, se o método em questão for o do construtivismo ou o da pedagogia autônoma.

O procedimento didático está centrado no educador, pressupõe um mundo completamente determinado cujas leis competem a inteligência conhecer, desvendar. Sendo que aprender é então, retirar a capa da ignorância, ensinar é revelar a verdade. O professor mostra, apresenta e o aluno contempla e assimila. (SAVIANI, 2003, p. 65).

Para tanto, compreende-se que, o Direito é um Parlamento diferenciado, um Tribunal, a conjunção geral de uma sociedade anônima, um estabelecimento penitenciário. É indispensável, por isso, apagar da mente dos jovens a ideia de que o Direito seja algo encerrado nas fórmulas misteriosas dos Códigos onde não é possível ver e nem tocá-lo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do trabalho, pode-se compreender que, os Núcleos de Prática Jurídica são ferramentas indispensáveis no processo de formação profissional e aplicação prática de conhecimentos teóricos adquiridos no desenvolver do ensino do Direito, apresentando-se como um organismo imprescindível ao processo de aprendizagem desta ciência.

De tudo que se discorreu até o momento, fica evidenciado que o elemento prático é tão importante quanto o teórico na formação do aprendizado. No contexto jurídico, no entanto, falta ser analisado como se comporta e quais os reflexos que exerce no universo profissional e no universo acadêmico dos Cursos de Direito.

As novas exigências fazem com que as instituições tomem frente de processos mais dinâmicos, estimulando sua estrutura interna, seus processos e exigindo, também, que a composição de sua equipe e parceiros sejam cada vez mais preparados e de acordo com as novas necessidades apresentadas.

Na busca de instrumentos que permitam o enfrentamento desse cenário, apresentam-se como aliados os Núcleos de Prática Jurídica, que muito embora sejam concebidos pela legislação como indispensáveis à existência dos cursos jurídicos, não são na maioria bem aproveitados, devido as diversas dificuldades de estrutura de ensino do país, bem como citados em tópicos anteriores desta pesquisa.

Assim, o papel da tecnologia também faz parte da sala de aula para que as aulas sejam mais dinâmicas e participativas, com o intuito que o estudante aprenda e se desenvolva ao longo do curso. Cada um desses recursos tem características específicas e todos podem e devem

ser usados em benefício do trabalho pedagógico, pois se completam, auxiliando na formação integral do futuro profissional que auxiliará a sociedade no que se refere as questões do âmbito jurídico.

REFERÊNCIAS

ABRAMOWICZ, Anete. Educação e diferenças. São Paulo: Papyrus, 2013. 187 p. AGUIAR, Roberto A. R. de. 1996. "A Contemporaneidade e o Perfil do Advogado,"

págs. 129-141 em Conselho Federal da OAB, OAB Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares, Brasília, DF, Conselho Federal da OAB.

ABREU, Nicolle. Recursos tecnológicos. Disponível em: <https://www.sistemadeensinoph.com.br/blog/recursos-tecnicos-educacao-saiba-como-aplicar/>. Acesso em 24/04/2021.

BASTOS, Aurélio Wander. O Ensino Jurídico no Brasil. 2ª edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2000.

BRASIL. Decreto Número 14, de 24 de agosto de 1835. Altera os estatutos dos Cursos Jurídicos na parte relativa ao exame em concurso as cadeiras dos mesmos cursos, quando se der a hipótese de haver um só opositor. Rio de Janeiro: Palácio do Rio de Janeiro, 1835.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de novembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Decreto Número 43, de 19 de agosto de 1837. Mandando admitir a matricula os Estudantes que não tiverem comparecido em tempo a fazer ato e outras disposições. Rio de Janeiro: Palácio do Rio de Janeiro, 1837.

CADORSO, Gustavo. A mídia na sociedade em rede. Rio de Janeiro, FGV, 2007.

CHIAVENATO, Idalberto. Administração: teoria, processo e prática. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2014.

CUNHA, Conceição Maria da. Introdução – discutindo conceitos básicos. In: SEED-MEC Salto para o futuro – Educação de jovens e adultos. Brasília, 1999.

FLORES, Bárbara de Oliveira *et al.* Materiais didáticos: Alternativas á pratica de geograia. In: ENCONTRO NACIONAL DOS GEÓGRAFOS, 16., 2010, Porto Alegre. Anais do XVI Encontro Nacional de Geógrafos. Porto Alegre, 2010. p. 04. Disponível em: <<http://www.agb.org.br/evento/download.php?idTrabalho=2969>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1996.

FERNANDES, Éder. UMA PROPOSTA INOVADORA PARA O ENSINO DE

GEOGRAFIA NO ENSINO MÉDIO. In: Anais do XVI Encontro Nacional de Geógrafos. UFRGS: Porto

Alegre, 2010.

FÁVERO, Maria de Lourdes de A. A Universidade no Brasil: das origens à Reforma Universitária de 1968. In: Educar, Curitiba, n. 28, p. 17-36, 2006. Disponível em: Acesso em: 26 mai. 2021.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. Princípios de Marketing. 12ª ed. Editora> Pearson Universidades., 2008.

MACHADO, Mércia Freire Rocha Cordeiro. MATOS, Elizete Lúcia Moreira. O planejamento e uso dos recursos didáticos tecnológicos no apoio às aulas expositivas. In: FERREIRA, Jacques de Lima. (Org.). Formação de Professores: Teoria e Prática Pedagógica. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 148-170.

MAXIMILIANO, Antônio César. Teoria Geral da Administração: da revolução urbana a revolução digital. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORGADO, Roberto. Práticas jurídicas: tendências e desafios. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/983/Pratica-Juridica-tendencias-e-desafios>. Acesso em 03/06/2021.

MOTA, Marcel Moraes. Ensino e raciocínio jurídicos: ensinar ou ensinar a pensar?. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007.

MENEZES, Gláucio. C. V. A prática jurídica e os núcleos de pratica do curso de Direito. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24083/a-pratica-juridica-e-os-nucleos-de-pratica-dos-cursos-de-direito>. Acesso em 03/06/2021.

NOVO, Benigno. N. O direito romano. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65952/direito-romano>. Acesso em 03/06/2021.

PEREIRA, N. C. F. O núcleo de prática jurídica no currículo do curso de direito para o fortalecimento do acesso ao judiciário na formação do bacharel em Direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, 2011. p. 8764-8783.

ROCHA, Ivan. N. Gestão de organizações: pensamento científico, inovação, ciência e tecnologia, auto-organização, complexidade e caos ética e dimensão humana. São Paulo: Atlas, 2003. 230 p.

OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.oab.org.br/>. Acesso em: 23/10/2019.

SAMPAIO, Marisa Narcizo & LEITE, Lígia Silva. Alfabetização tecnológica do professor. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

SAVIANI, Demerval. Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações. Campinas: Autores Associados, 2003.

SAVIANI, Dermeval. Educação brasileira: estrutura e sistema. 10. ed. Campinas: Autores Associados, 2008.

SILVA, P. E. Vocabulário Jurídico. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Direito penal e segurança da informação: por uma teoria jurídica dos crimes informáticos à luz das ciências tecnológicas e economia política

Divo Augusto P. A. Cavadas

Docente de Ensino Superior Efetivo da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Procurador do Município de Goiânia (GO). Advogado. Doutorando em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em História pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO). Especialista em Filosofia e Direitos Humanos. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Bacharelado em Engenharia de Software pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.18

RESUMO

O direito penal no século XXI é contextualizado com outras áreas do conhecimento, muitas das quais derivadas de outras ciências além da puramente jurídica. Nesse sentido, haja vista a atual quadra de desenvolvimento da revolução industrial, a segurança da informação enquanto segmento privilegiado da engenharia de software encontra azo nos crimes informáticos, cuja incidência cada vez maior no mundo fenomênico enseja a elaboração de estudos convergentes a uma teoria jurídica dos crimes informáticos. Esse é o tema do presente estudo, cujo recorte lógico envolve o estudo dos crimes informáticos à luz da interdisciplinaridade do direito penal e da segurança da informação, sob recorte geográfico dirigido à legislação brasileira sobre a matéria e recorte cronológico que envolva as primeiras duas décadas do século XXI. Logo, diante de uma metodologia exploratória e calcada em levantamento bibliográfico de obras referenciadas sobre direito penal, segurança da informação, engenharia de software e economia política, sustenta-se uma teoria jurídica dos crimes informáticos como emergência dos estudos jurídico-penais no século XXI.

Palavras-chave: direito penal. crimes informáticos. tecnologia. segurança da informação.

ABSTRACT

Criminal Law in the 21st century is contextualized with other areas of knowledge, many of which are derived from sciences other than purely legal. In this sense, given the current stage of development of the industrial revolution, Security of Information as a privileged segment of Software Engineering finds ground in computer crimes, whose increasing incidence in the phenomenal world gives rise to studies converging to a legal theory of computer crimes. This is the subject of the present study, whose logical approach involves the study of computer crimes in the light of the interdisciplinarity of Criminal Law and information security, under a geographical frame directed to the Brazilian legislation on the matter and a chronological frame that involves the first two decades of the XXI century. Therefore, in the face of an exploratory methodology and based on a bibliographic survey of referenced works on Criminal Law, Security of Information, Software Engineering and Political Economy, a legal theory of computer crimes is supported as an emergence of criminal legal studies in the 21st century.

Keywords: criminal law. computer crimes. technology. security of information.

INTRODUÇÃO

As primeiras décadas do século XXI são marcadas pelo recrudescimento dos eventos característicos da pós-modernidade não apenas como momento histórico de consequências no âmbito da sociologia, mas também como paradigma científico que influencia a elaboração de estudos no âmbito das ciências humanas e sociais aplicadas.

Nesse sentido, os fenômenos que são comuns na atual quadra do processo civilizatório e ainda permanentes na relação entre sujeitos de direito internacional público (e.g. guerras e conflitos armados) intensificam-se pelo uso da tecnologia no espectro das chamadas “guerras cibernéticas”. No âmbito interno dos Estados, entes públicos e pessoas tornam-se vítimas da

atuação de crackers que invadem dispositivos informáticos para diversas finalidades criminais especialmente ligadas à constrição patrimonial dos ofendidos.

O estudo dos crimes informáticos, portanto, não pode se limitar à interpretação da dogmática jurídica criminal de forma estanque, senão contextualizada e sob reinterpretação prospectiva com outras áreas do conhecimento diretamente ligadas ao fenômeno em testilha, o que envolve a segurança da informação como segmento privilegiado de estudo a engenharia de software, que a partir do século XXI reivindica autonomia científica doutras áreas típicas da tecnologia da informação, tais como a ciência da computação, engenharia da computação, sistemas de informação, e análise e desenvolvimento de sistemas.

Ademais, os crimes informáticos ou cibernéticos têm seu desenvolvimento alinhado à atual quadra histórica do modo de produção capitalista, na medida em que a quarta revolução industrial apresenta vicissitudes no contexto da pós-modernidade que alteram a epistemologia característica da teoria do delito, apresentando novas categorias delitivas que dialogam com uma visão crítica da dogmática jurídico-penal, da criminologia e da política criminal.

Os países de capitalismo central dedicam-se mais à pesquisa e desenvolvimento no âmbito da segurança da informação, de modo a viabilizar a proteção de dados pessoais e evitar a tutela penal repressiva. Todavia, aos países de capitalismo periférico como o Brasil a ampliação do arcabouço normativo penal torna-se política pública privilegiada, o que se crê equivocado, na medida em que a tutela preventiva administrativa incorre em maior economia de recursos do erário frente a tutela repressiva criminal.

O objeto de pesquisa do presente estudo remete-se aos crimes informáticos, previstos no Decreto-Lei Federal n. 2.848/1940 (Código Penal Brasileiro – CP/1940), e estudados pela doutrina apenas a partir dos últimos anos do século XX, nada obstante a evolução tecnológica da informática desde 1960. O recorte lógico envolve a reivindicação de uma teoria jurídica dos crimes informáticos, que se intenta comprovar; o recorte geográfico traz como foco a análise do ordenamento jurídico brasileiro; e o recorte cronológico situa-se nas primeiras duas décadas do século XXI, no espectro da pós-modernidade.

A problematização da pesquisa subjacente ao presente estudo envolve as seguintes indagações: qual o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro aos crimes informáticos? É possível interpretar os crimes informáticos à luz da interdisciplinaridade com outras áreas do conhecimento, em especial a segurança da informação? É possível reivindicar uma teoria jurídica dos crimes informáticos a partir do século XXI?

O objetivo geral deste estudo é o de apresentar os crimes informáticos e a regulação de tais atos ilícitos penais no ordenamento jurídico brasileiro. Os objetivos específicos, por sua vez, são os de introduzir uma epistemologia própria da interpretação de tais delitos, bem como reivindicar uma teoria jurídica dos crimes informáticos à luz de ciências tecnológicas como a engenharia de software, em que a segurança da informação é matéria de interesse.

A hipótese sustentada neste trabalho acadêmico norteia-se pela urgência na estrutura de uma teoria jurídica dos crimes informáticos nos limites da interdisciplinaridade do direito penal, da segurança da informação e da engenharia de software, considerando a autonomia didática e científica inerente a esta última a partir do século XXI.

A metodologia aplicada à pesquisa, enfim, é de natureza exploratória e qualitativa, baseada no levantamento bibliográfico de obras referenciadas no âmbito do direito penal, segurança da informação, engenharia de software e economia política, considerando as claras repercussões que os crimes informáticos produzem na economia dos países capitalistas.

Desta forma, o presente trabalho augura iniciar o debate para maior aprofundamento posterior acerca dos crimes informáticos e de que forma podem ser interpretados à luz de uma hermenêutica multidisciplinar, interdisciplinar e com pretensão transdisciplinar, na esteira da teoria do pensamento complexo propugnada pelo filósofo francês Edgar Morin (1990).

INTERSECÇÕES ENTRE DIREITO PENAL E SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

O direito penal ao longo do século XX passa a receber a influência da abordagem jurídica dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, característicos da teoria geracional dos direitos humanos (cf. BOBBIO, 2004). Os interesses transindividuais passam a influenciar a teoria do delito, na medida em que o bem jurídico-penal recebe uma leitura cada vez mais contextualizada com as normas constitucionais das democracias ocidentais. Logo, sustenta-se ser o bem jurídico-penal de cariz constitucional (cf. PRADO, 2019) o referencial teórico mais seguro para a compreensão desse fenômeno, que viceja a partir do último século e promove crescente interdisciplinaridade com outras áreas do conhecimento.

Nesse ínterim, as ciências ligadas ao amplo conceito de tecnologia da informação tem amplo desenvolvimento teórico e aplicação prática ao longo do século XX, com destaque para a ciência da computação, a partir da qual originam-se gradativamente outras ciências e áreas do conhecimento tecnológico, com destaque para a engenharia da computação e engenharia de software (cf. PRESSMAN e MAXIM, 2021).

Uma das disciplinas de progressivo interesse no desenvolvimento da informática é a segurança da informação, na medida em que a proteção de dados pessoais e a privacidade dos usuários de dispositivos tecnológicos (hardware) compostos de logiciários que viabilizam a execução de programas de computador por meio de algoritmos (software).

A velocidade com que se desenvolvem as ciências tecnológicas no século XX com a consequente adaptação do direito penal a tais mudanças socioeconômicas estruturantes, e que viabilizará a teoria jurídica dos crimes informáticos, pode ser considerada um dos reflexos da quarta revolução industrial na ciência jurídica. Importante a preleção de Klaus Schwab (2016, p. 40) sobre os impactos da quarta revolução industrial aos países em desenvolvimento, em especial aqueles que não estejam próximos do desenvolvimento tecnológico (em hardware e software) esperados pelo modo de produção capitalista pós-século XXI:

Ha um cenário desafiador para os países de baixa renda, isto é, saber se a quarta revolução industrial levará a uma grande "migração" das fabricantes mundiais para as economias avançadas, algo bastante possível caso o acesso a baixos salários deixe de ser um fator de competitividade das empresas. A capacidade de desenvolver fortes setores da indústria transformadora que sirvam a economia global com base nas vantagens dos custos e um caminho de desenvolvimento já muito utilizado para que os países acumulem capital, transfiram tecnologia e aumentem os rendimentos. Caso esse caminho se feche, muitos países terão de repensar seus modelos e estratégias de industrialização. Se e como as economias em desenvolvimento podem aproveitar as oportunidades da quarta revolução industrial será uma questão importantíssima para o mundo; e essencial que sejam feitas

mais pesquisas e reflexões para compreendermos, desenvolvermos e adaptarmos as estratégias necessárias. O perigo é que a quarta revolução industrial poderia causar uma dinâmica de jogadas do tipo "tudo ao vencedor" entre países, bem como dentro deles. Isso causaria um maior número de conflitos e tensões sociais e criaria um mundo menos coeso e mais volátil, especialmente porque as pessoas estão hoje muito mais conscientes e sensíveis às injustiças sociais e às discrepâncias das condições de vida entre diferentes países.

Nesse sentido, a segurança da informação é disciplina própria de ciências tecnológicas como a engenharia de software, que especialmente a partir do século XXI autonomizou-se da ciência da computação e da engenharia da computação para se configurar como segmento do conhecimento e profissional próprio. É importante, nesse ponto, trazer à lume as reflexões de Carvalho e Lorena (2017, p. 168) sobre o escopo e importância da engenharia de software, o que repercutirá nas considerações a serem tecidas sobre a segurança da informação e sua relação com o direito penal e com uma teoria jurídica dos crimes informáticos:

[...] **engenharia de software** é uma disciplina de Engenharia que engloba todos os aspectos de produção de software, desde os estágios iniciais de especificação de sistemas até a manutenção do sistema depois de ele ter sido colocado em uso. Por ser uma disciplina de Engenharia, ela aplica teorias, métodos e ferramentas em que essas são apropriadas. Deve ser observado que são buscadas soluções para os problemas de produção de software, mesmo na ausência de teorias e métodos aplicáveis. As restrições existentes, financeiras e da organização são levadas em consideração no processo produtivo. A engenharia de software não se preocupa apenas com os aspectos técnicos relacionados ao desenvolvimento de software, incluindo também atividades como gerenciamento de projetos e desenvolvimento de teorias, métodos e ferramentas que auxiliem na produção de software.

Logo, para a adequada elaboração de logiciário de programa de computador baseado em algoritmos (software), há a necessidade de se cumprir um requisito de confiabilidade do sistema, o que se reputa como principal objetivo da segurança da informação. Ao se evitar a vulnerabilidade a malwares e outros softwares invasores ou nocivos, a disciplina da segurança da informação aproxima-se do direito criminal no que concerne aos delitos informáticos.

POSSIBILIDADE DE UMA TEORIA JURÍDICA DOS CRIMES INFORMÁTICOS

Os crimes informáticos são fruto da proteção de bens jurídicos transindividuais pelo direito penal, no limiar do século XX. A partir do século XXI, com o recrudescimento da pós-modernidade e suas consequências históricas, sociais, econômicas e políticas, a proteção de dados pessoais como corolário da segurança da informação torna-se uma emergência para a sociedade e o direito penal é interpretado e aplicado à luz da interdisciplinaridade de tais áreas do conhecimento.

As reflexões de Damásio de Jesus e José Antonio Milagre (2016, p. 19) sobre o predomínio de uma sociedade da informação no século XXI, nesse sentido, merecem acolhida, nos termos que seguem:

E a sociedade da informação (ou para muitos, pós-industrial) tem, sim, seus riscos. Pode ser chamada de sociedade dos riscos. Riscos que podem ser aceitos e riscos que devem ser mitigados. E um deles está associado à criminalidade digital. Ao considerarmos que nem todo o cidadão decidiu ingressar mas lançado foi no universo digital, constitui-se presa fácil nas mãos de especialistas em crimes cibernéticos, os crackers (repise-se, e não hackers – estes, pesquisadores de segurança da informação), que exploram as intimidades dos sistemas e também dos processos desenvolvidos sobre a tecnologia da informação para a prática de delitos. Um mundo onde os crackers são os mais fortes. A tecnologia

revela um poder imenso a programadores, profissionais de segurança e a qualquer um que conheça a fundo suas intimidades. E o grande problema é o uso deste poder para más finalidades, sobretudo em um país onde educação digital (que não se confunde com aulas de informática) passa longe das escolas. Não podemos aceitar que na sociedade da informação vigore a lei de talião, autotutela ou a lei do mais forte, mas é sabido que o Direito deve prevalecer, fazendo valer a justiça nos conflitos entre cidadãos desta sociedade digital. Faz-se preciso o mínimo de controle para fazer frente àquele que realiza uma conduta antissocial cibernética. Ser internauta não é delito, assim como ser cidadão não é infração criminal, mas ambos, internauta ou cidadão, podem praticar, sim, infrações. É cediço que, pelo princípio da legalidade, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Ninguém pode ser responsabilizado por fato que a lei desconsidera como de relevância penal.

A compreensão de que existe uma cidadania digital (“e-cidadania”) torna possível a aplicação do direito penal para proteção de bens jurídicos relevantes em tal ambiente, a que parte da doutrina considera espécie da assim intitulada quarta geração de direitos humanos (BONAVIDES, 2011), no espectro do direito à informação, resguardado pela segurança da informação.

A possibilidade de uma teoria jurídica dos crimes informáticos, nesse sentido, dialoga com a atual quadra do modo de produção capitalista, na medida em que a quarta revolução industrial traz à lume no século XXI vertiginoso desenvolvimento tecnológico, pelo que torna as pessoas cada vez mais vulneráveis a sujeitos ativos de crimes informáticos ou cibernéticos.

Acerca das nuances que caracterizam o modo de produção capitalista e o exercício do direito potestativo de punir (*jus puniendi*) do Estado, com reflexos no âmbito da criminologia, é importante apresentar a perspectiva da teoria da criminologia radical de Juarez Cirino dos Santos, que traz relevante aporte conceitual neste mister, em especial quanto às relações travadas entre os sistemas jurídicos e o modo de produção capitalista. Preleciona o referido jurista em obra de referência (SANTOS, 2018, p. 107):

A Criminologia Radical trabalha com a hipótese de que a crise do Direito é determinada pela crise do capitalismo, como modo de produção de classes: as contradições internas do modo de produção rompem os limites das formas ideológicas da vida social, de modo que o Direito esgota a capacidade de “fragmentação” da solidariedade da classe trabalhadora e o Estado exaure o potencial de domínio político pelos aparelhos tradicionais de controle social. Nessa fase, a estratégia das classes trabalhadoras consiste em mobilizar lutas dentro da lei, em torno da lei e, mesmo, a despeito da lei (Picciotto, 1979, p. 172-77) e, nessas condições, a questão das formas de poder que mediatizam o domínio do capital assume a maior relevância: para as classes trabalhadoras são muito diferentes as condições da “democracia liberal” (garantia das liberdades democráticas), do “bonapartismo” (destruição da legalidade, hipertrofia do executivo, parlamento desnaturado e judiciário intimidado) e do “fascismo” (governo da força bruta e do terror policial do capital monopolista).

No contexto pós-moderno, pode-se afirmar que a profusão de agentes privados sem que haja regulamentação, ainda que branda, do ambiente virtual, poderá conduzir a um estado de arbítrio por parte das corporações que predominam em semelhante ambiente, mormente no âmbito das redes sociais, o que também viabiliza, por consequência, a ocorrência de crimes informáticos praticados de forma direta ou indireta na rede mundial de computadores.

O Brasil, nesse desiderato, adotou como política pública a regulamentação branda (sem controle estatal, de modo a se garantir os cânones do Estado democrático de direito) por meio da Lei Ordinária Federal n. 12.965/2014 (Lei do Marco Civil da Internet) e da Lei Ordinária Federal n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), além das alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei Federal n. 2.848/1940) promovidas pela Lei Ordinária Federal n. 12.737/2012 (especialmente o crime de invasão de dispositivo informático tipificado no art. 154-A) e pela Lei Ordinária Federal n. 14.155/2021 (tipificando o delito de fraude eletrônica nos

termos do art. 171, §2º-A).

A incidência de crimes informáticos, outrossim, torna-se cada vez maior num cenário desenhado de evolução da engenharia de software baseada na inteligência artificial, em que algoritmos preditivos podem ser influenciados por softwares nocivos relacionados com a prática de tais crimes. Nesse desiderato, cabem as considerações de Guimarães (2019, p. 1.566):

O que costuma acontecer com a máquina é que ela é “treinada” para ter uma determinada reação frente a tal signo, porém, levando em conta a possibilidade de um significado novo a partir do contexto, resta clara a enorme dificuldade de promover alguns avanços tecnológicos. A ferramenta que tem sido utilizada para a otimização dessa adaptação da máquina com as variações de significados dos signos linguísticos é a interação da inteligência artificial, com simulação de diálogos. Quanto mais os “softwares” possam ser programados para desenvolver habilidade na troca informações com o ser humano em linguagem natural, maior será sua interação.

Logo, torna-se necessária uma compreensão dos crimes informáticos mais alinhada com as diversas ciências que envolvem a atividade de tecnologia da informação, em especial a engenharia de software que tem na segurança da informação disciplina de evidente relevo. A hermenêutica, nesse sentido, como ciência da interpretação alinhada com a ciência jurídica, deve se nortear por óptica multidisciplinar, interdisciplinar e com pretensão transdisciplinar a fim de contemplar uma adequada interpretação e aplicação das normas sancionatórias por crimes informáticos.

Uma teoria jurídica dos crimes informáticos, portanto, deve passar pelo crivo das ciências tecnológicas a fim de se perfectibilizar no mundo fenomênico e teórico. As lições de Damásio de Jesus e José Antonio Milagre (2016, pp. 31-32), nesse sentido, tornam-se providenciais e alinham-se com o sustentado no presente estudo:

Este pode ser, data venia, um dos principais erros de grande parte dos doutrinadores e legisladores sobre o tema: confundirem técnica com conduta. A falta de apoio técnico – especialistas em tecnologia e segurança da informação em setores legislativos – leva o legislador brasileiro à criação de tipos penais incoerentes. Vírus de computador não é conduta incriminável, phishing scam (dependendo da técnica empregada) pode também não ser, muito menos o sniffing. Não raro, entretanto, encontramos livros classificando tais artefatos ou técnicas como condutas incrimináveis, logo, potenciais tipos criminais! Um grande erro. [...] Conhecer a técnica é fundamental para o operador do Direito. Não se pode exercer com dignidade a advocacia em direito digital sem conhecer a fundo as técnicas. Não se pode jogar todas as técnicas na mesma bacia de um suposto comportamento considerado criminoso. Muitas técnicas utilizadas por crackers descaracterizam o pretenso tipo penal. Muitas técnicas, ainda, desviam a conduta da descrita no tipo. Muitas condutas protegidas pela tutela penal não abrangem determinadas técnicas. Diga-se, muitas técnicas isoladamente praticadas não representam condutas incriminadoras. Ter tal sensibilidade é fundamental para que se evitem injustiças e para que se faça uma boa defesa em processos envolvendo crimes informáticos. Tanto para defensores como para autoridades, é mister que não se considere a máxima “o que vale é a conduta, pouco importando a técnica”. Esta é a luta do advogado criminal informático: impedir as arbitrariedades do Estado, desconhecedor da informática e ansioso em penalizar cidadãos, seja como for.

A sensibilidade do jurista desconhecedor das vicissitudes características das ciências tecnológicas deve nortear sua interpretação sobre os tipos penais estatuídos pela legislação do século XXI que sanciona os crimes informáticos. Semelhantemente, a aderência da opinião de atores técnicos das ciências tecnológicas na apreciação de tais delitos em processos criminais é uma emergência a ser composta tanto no direito processual penal quanto na prática jurídica criminal.

Não basta apenas a oitiva característica do meio de prova pericial: há que se acolher a opinião de estudiosos (cientistas da computação, engenheiros da computação e engenheiros de software) desde a fase de investigação preliminar (por meio da estruturação de instituições próprias de Polícia Científica a que se reivindica autonomia frente a instituições hodiernas de Polícia Judiciária, de modo a manter-se com pretensão de imparcialidade na elaboração dos laudos periciais competentes), na medida em que os crimes informáticos apresentam nuances que os tornam diferentes da criminalidade hodierna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal no século XXI encontra-se progressivamente alinhado à perspectiva da pós-modernidade, na medida em que bens e interesses transindividuais passam a ser objeto de interesse tanto em doutrina quanto em jurisprudência. A proteção de direitos humanos de terceira dimensão (na teoria de Vasak, difundida por Bobbio), e mesmo de quarta ou quinta dimensões (na teoria de Paulo Bonavides) tornam-se relevantes no âmbito teórico e da práxis jurídico-penal.

Considerando que o direito criminal deve permear uma compreensão multifacetada que envolva o que abalizada doutrina cognomina de ciência total do direito penal (cf. DIAS, 2001), sob epistemologia que contemple a dogmática jurídico-penal, a criminologia e a política criminal, os delitos informáticos ou cibernéticos despontam no século XXI como uma nova forma de criminalidade, a que pode ser categorizada como delito econômico lato sensu (cf. CAVADAS, 2018).

Os crimes informáticos, dessa forma, devem ser estudados sob hermenêutica que não se obste aos lindes da ciência jurídica, mas que dialogue com outras áreas do conhecimento, mormente aquelas ligadas às ciências tecnológicas, como a ciência da computação, a engenharia da computação e a engenharia de software, na medida em que nem todo logiciário que aplique algoritmos a programas de computador é, per se, sinal de materialidade de conduta delitiva.

Nem toda técnica empregada nos variados e dinâmicos segmentos da tecnologia da informação pode ser considerada conduta lesiva a bem jurídico penalmente tutelado, sob pena da incidência de um direito penal hipertrofiado e simbólico. O Brasil, ainda não integrado às lideranças globais na segurança da informação e desenvolvimento tecnológico, deve manter um ambiente de negócios favorável sem perda do rigor com a prática de crimes informáticos.

Logo, uma teoria jurídica dos crimes informáticos deve permear temas próprios às disciplinas típicas das ciências tecnológicas mencionadas, em especial a segurança da informação, na medida em que a proteção de dados pessoais reputa-se como manutenção da higidez da cidadania digital a todos aqueles que realizam atividades no meio virtual, o que se torna hodierno a partir das primeiras décadas do século XXI, com a expansão das atividades financeiras por bancos e outros agentes econômicos por meio do uso de aplicativos digitais.

A emergência da estruturação de uma teoria jurídica dos crimes informáticos dotada de feição própria, com princípios setoriais específicos e normas especiais, também aproximará o Brasil dos países de capitalismo central que já dispõem de parque tecnológico desenvolvido e mercado consumidor consciente de seus direitos e obrigações na cadeia de produção, bem como no mercado de consumo.

Enfim, visando a uma hermenêutica própria aplicada aos crimes informáticos que seja alinhada a ciências jurídicas e ciências tecnológicas, propôs o presente estudo a integração em maior escala do corpo técnico dessa área ao sistema jurídico, na medida em que o arcaísmo ainda predominante em setores da comunidade jurídica dificulta a compreensão de conceitos e aplicações por vezes comezinhas na área de tecnologia da informação.

Não é suficiente, pois, o mero deferimento de meio de prova pericial na instrução processual criminal, mas também é necessário o fortalecimento e estruturação das instituições de Polícia Científica de modo a viabilizar a opinião de peritos técnicos no âmbito da fase de investigação preliminar.

A autonomia de tais instituições da Polícia Judiciária, nesse sentido, garantirá a não interferência da Autoridade Policial, sujeito parcial que possui interesse na conclusão das investigações – seja pela lavratura de relatório em prol de indiciamento, seja na promoção de arquivamento ao Ministério Público.

É importante ressaltar que a Autoridade Policial no âmbito do direito processual penal é parcial no sentido apresentado, e que a pressa na conclusão da fase de investigação preliminar também revela pretensão de parcialidade, que a garantia de imparcialidade deferida ao laudo pericial da Polícia Científica afasta, o que é especialmente relevante nos crimes informáticos, realizados no ambiente virtual mas cujas repercussões também podem impactar o ambiente real.

O fortalecimento de instituições que possam reunir acervo probatório idôneo externo à pretensão punitiva dos órgãos de persecução penal é consoante a atual quadra evolutiva do modelo acusatório de processo penal, expressamente previsto no Código de Processo Penal Brasileiro (Decreto-lei Federal n. 3.689/1941) e sustentado pela doutrina (cf. TOURINHO FILHO, 2012; TÁVORA e ALENCAR, 2015). Para tanto, é necessária uma releitura das funções deferidas especialmente às instituições de Polícia Científica, de modo a autonomizá-las da Polícia Judiciária propriamente dita.

Portanto, os crimes informáticos constituem-se em categoria delitiva ancorada na pós-modernidade e com franco desenvolvimento a partir do século XXI, que exigem interpretação multidisciplinar e interdisciplinar, e que denotam as vicissitudes da atual quadra do modo de produção capitalista, sendo possível uma abordagem alinhada com a economia política para se analisar uma teoria jurídica dos crimes informáticos sob a influência das ciências tecnológicas e da economia, visto que inseridos no conceito de crimes econômicos *lato sensu*.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CARVALHO, André C. P. L. F.; LORENA, Ana Carolina. Introdução à Computação: hardware, software e dados. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

CAVADAS, Divo Augusto P.A.. Da distinção ontológica entre crimes econômicos em sentido amplo e estrito. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5624, 24 nov. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69741>. Acesso em: 31 mai. 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal.

Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, pp. 1555-1588, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.260>. Acesso em 30 mai. 2022.

JESUS, Damásio Evangelista de; MILAGRE, José Antonio. *Manual de Crimes Informáticos*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORIN, Edgar. *Introduction à la pensée complexe*. Paris: ESF, 1990.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRESSMAN, Roger S.; MAXIM, Bruce R. *Engenharia de Software: uma abordagem profissional*. Tradução: Francisco Araújo da Costa. 9. ed. Porto Alegre: AMGH, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 4. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Um pouquinho mais de Kelsen: alguns apontamentos sobre a interpretação na Teoria Pura do Direito

Maria Aparecida Martins de Paula

É Mestranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie e bolsista do Fundo Mackenzie de Pesquisa e Inovação (MackPesquisa) no Projeto de Pesquisa “Segurança Jurídica Coletiva” do Grupo “Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito”. É mestre em Matemática Aplicada pela USP, especialista em Direito Tributário pelo IBET, especialista em Direito Processual Civil pelo Damasio, bacharel em Direito pela PUC-Campinas e graduada em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). É Auditora-Fiscal da Receita Federal desde 1997, tendo sido conselheira titular do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de 2014 a 2020. Atualmente atua como julgadora de processos administrativos tributários na 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (DRJ08).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.19

RESUMO

O escopo deste trabalho é o estudo da interpretação das normas jurídicas segundo as diretrizes dadas na Teoria Pura do Direito. Kelsen visava purificar a metodologia da ciência jurídica e diante da constatação de que seria impossível descrever a interpretação das normas jurídicas sem a consideração axiológica, Kelsen retirou o tema da interpretação sua Teoria, qualificando-o como um processo de “política do Direito”. Para Kelsen, em matéria de interpretação, o cientista do direito poderia ir somente até a fixação da moldura, com os conteúdos possíveis para a norma interpretanda. Na pesquisa, efetuada sob o método dedutivo, busca-se analisar se efetivamente seria possível a separação proposta por Kelsen, além de conhecer um pouco mais sobre a Teoria que marcou definitivamente a ciência do direito.

Palavras-chave: Teoria Pura do Direito. Kelsen. interpretação. moldura. ideologia.

ABSTRACT

The scope of this work is the study of the interpretation of legal norms according to the guidelines given in the Pure Theory of Law. Kelsen aimed to purify the methodology of Science of Law and upon the consideration that it would be impossible to describe the interpretation of legal norms without the axiological consideration, Kelsen removed the subject of interpretation from his Theory, qualifying it as a process of "Law Policy". For Kelsen, in terms of interpretation, the law scientist could only go to the fixing of the frame, with the possible contents for the interpreting norm. In the research, carried out under the deductive method, seeks to analyze whether effectively would be possible the separation proposed by Kelsen, besides knowing a little more about the theory that definitely marked the Science of Law.

Keywords: Pure Theory of Law. Kelsen. interpretation. frame. ideology.

INTRODUÇÃO

Muito já se discutiu sobre Kelsen e sobre a Teoria Pura do Direito, mas as suas relevantes contribuições para a ciência do direito, a profundidade dessa Teoria e a fidelidade de Kelsen ao conhecimento científico são sempre um convite a outras reflexões sobre sua obra.

Pretende-se aqui falar um pouquinho mais de Kelsen, sob a perspectiva da interpretação jurídica, mas se trata apenas um relato do humilde exercício de aprendizagem desta autora em pesquisa efetuada na bibliografia, utilizando o método dedutivo, por ocasião da segunda oportunidade que estuda este importante teórico do Direito e do Estado, filósofo e sociólogo, procurando, em certa medida, fugir dos rótulos e das ideias preconcebidas das primeiras lições.

A partir da modernidade, o Estado adquire um papel relevante na construção do direito, do que surgiu a tendência no pensamento jurídico contemporâneo denominada de juspositivismo que vincula de certa forma, em graus e formas diferentes, o fenômeno jurídico ao fenômeno da autoridade estatal, sendo Hans Kelsen seu maior formulador, que busca sua fundamentação teórica na filosofia do idealista alemão Immanuel Kant (MASCARO, 2020).

Registra Miguel Reale (1985) que a nota que jamais desapareceu da teoria de Kelsen é a condição transcendental de Kant, pressuposto de algo a ser verificado no plano da experiência. Nessa linha, sobre a alegação de que Kelsen seria formalista, Reale (1985) alerta para que isso não seja visto de maneira tão ingênua, eis que, sob influência de Kant, Kelsen acreditava que o elemento formal jamais se apresentaria como algo válido em si e por si, mas como uma estrutura aplicável a determinada porção ou a determinado momento da experiência.

Em linhas gerais, para Kant, o processo de conhecimento envolve a matéria (as coisas externas ao homem) e a forma (o ser humano), sendo que esta é responsável pela organização da qual decorre o conhecimento. O conhecimento, segundo Kant, não se daria sem os conceitos básicos “a priori” (categorias) colocados pelo próprio sujeito, ou seja, o sujeito participaria da construção do conhecimento através das categorias que utiliza. A lógica transcendental de Kant é a forma de pensar construída a partir de estruturas que independem da experiência e que considera os potenciais de conhecimento acerca da natureza, que trouxe os delineamentos para Kelsen colocar a norma fundamental como a “razão legisladora” para o conhecimento jurídico (SGARBI, 2020, p. 69-71).

É possível que, para elaborar sua Teoria Pura do Direito, Kelsen tenha sido influenciado também pelo panorama que integrou sua formação da cultura universalista, tolerante, antifanática, democrata, liberal e individualista (WESENDOCK, 2002).

Embora a Teoria Pura do Direito tenha sido a contribuição mais genial de Kelsen, não se pode olvidar de outras contribuições suas como historiador das ideias (*Sociedade e Natureza*, 1943), crítico dos ordenamentos jurídicos, estudioso de Jurisprudência sociológica, teórico da justiça e analista da paz (REALE, 1985).

Em que pesem as críticas que se faz às limitações epistemológicas do positivismo lógico, Kelsen criou todo um sistema intelectual no século XX que muito contribuiu para o reforço do Estado de Direito, das garantias constitucionais e da democracia como procedimento (SANTOS, 2015 *apud* PECORA).

NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

Segundo Bobbio (2006, p. 212), em sentido geral, “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”.

Explica Bobbio (2006) que, sendo a linguagem um complexo de signos, a necessidade da interpretação surge porque: a) é puramente convencional a relação entre o signo e a coisa significada; b) existe um certo desajuste entre a palavra e a ideia, sendo esta mais complexa que aquela; e c) o significado de cada palavra depende do contexto em que ela está inserida.

O problema da linguagem e sua interpretação é também um problema relevante para o direito. Ao disciplinar a conduta humana, “as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser”. (FERRAZ JR, 1994, p. 255)

Embora o legislador utilize as palavras da linguagem cotidiana, pode também lhe atribuir um sentido técnico, diverso do seu uso na linguagem comum. A determinação do sentido corre-

to das normas traz consequências na orientação para o comportamento das pessoas. O jurista deve compreender o texto e “determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema” (FERRAZ JR, 1994, p. 256).

A hermenêutica jurídica ocupa-se do estudo e da sistematização dos processos aplicáveis para interpretar as normas jurídicas. É a teoria científica sobre a arte de interpretar. Por sua vez, interpretar é determinar o sentido e o alcance da norma jurídica, é extrair dela tudo que nela se contém. A interpretação é a aplicação da hermenêutica, ou seja, esta determina as regras que regem a primeira. (MAXIMILIANO, 2001, p. 1)

Com a codificação normativa na idade Contemporânea, a hermenêutica desenvolveu-se com a necessidade de ferramentas de controle e previsibilidade para a interpretação jurídica, em busca de maior objetividade no processo de aplicação das normas aos casos concretos (MASCARO, 2020).

A Escola Histórica, representada principalmente por Savigny em matéria de hermenêutica, iniciou suas reflexões indagando se a hermenêutica deveria buscar a vontade da lei (*voluntas legis*) ou a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) (MASCARO, 2020).

Num primeiro momento, Savigny acreditava que a interpretação das normas jurídicas deveria se fixar apenas naquilo que a lei dizia, mas depois, na segunda fase de seu pensamento, postulou que o direito deveria exprimir o espírito do povo (*Volksgeist*), ou seja, a interpretação teria um maior horizonte do que o direito posto, com base na vida social e cultural do povo, mas com referencial em institutos sociais tradicionais, em oposição à positividade burguesa (MASCARO, 2020).

Durante o século XIX e o início do século XX outras perspectivas de interpretação das normas jurídicas foram formuladas, dentre as quais cabe destacar o movimento do direito livre, no qual o direito deveria adaptar-se à realidade social (MASCARO, 2020).

Nesse contexto histórico, Hans Kelsen, com a Teoria Pura do Direito, descarta as visões pré-juspositivistas ou ecléticas, restringindo a ciência do direito aos dados técnicos extraídos das normas jurídicas, excluindo a hermenêutica do âmbito da ciência do direito, eis que esta não conseguiria “alcançar a sistematização de métodos e técnicas hermenêuticos” (MASCARO, 2020).

APLICAÇÃO DO DIREITO

A aplicação do Direito é o enquadramento de um caso concreto na norma jurídica adequada (MAXIMILIANO, 2001). O conceito de aplicação não se confunde com o de interpretação, eis que esta tem por objeto a norma, enquanto aquela cuida da relação entre a norma e o caso concreto.

A norma jurídica contém uma previsão genérica e abstrata (hipótese normativa) que representa uma classe de situações reais possíveis. Quando alguma dessas situações descritas na norma se realiza no plano concreto desencadeia a consequência jurídica que integra essa mesma norma jurídica sob a forma de proposição (BERCOVICI, 2007).

Contudo, em face da abstração da previsão normativa ocorre um certo afastamento da realidade, gerando um hiato entre a norma jurídica e o evento ocorrido (DINIZ, 2013), também

causado pela necessidade de tradução do evento real em linguagem jurídica (qualificação jurídica), dificultando o processo de aplicação do Direito. A decisão da autoridade judicial ou administrativa traz o resultado desse processo de aplicação do Direito.

A análise do juízo deliberativo efetuado pela autoridade competente sugere a existência de um silogismo: a) premissa maior constituída pela norma geral; b) premissa menor como a descrição do caso sob conflito; e c) ato decisório como conclusão (FERRAZ JR, 1994). Embora Ferraz Jr. depois descarte essa descrição silogística por empobrecer o processo decisório, acredita-se que ela contenha uma descrição útil desde que, considerando as dificuldades decorrentes do distanciamento da norma geral do evento ocorrido, visualizar a complexidade da construção de cada um dos componentes do silogismo.

Com efeito, a hipótese normativa não é uma simples descrição abstrata e genérica, mas traz em si elementos prescritivos para tipificar uma *facti species*, o que também ocorre com a consequência da norma (FERRAZ JR, 1994). Também a premissa menor envolve a dificuldade de descrever em linguagem apropriada o evento ocorrido no mundo fenomênico com a leitura das provas. Nesses dois itens do silogismo deverá ainda o aplicador enfrentar a vaguidade e ambiguidade dos conceitos jurídicos (FERRAZ JR, 1994).

ALGUMAS NOTAS SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, tem o objetivo de estabelecer “uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico”, conforme declarou o próprio autor no Prefácio à segunda edição (Kelsen, 2009a). Nessa oportunidade também salientou Kelsen que o “problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”.

A *Teoria Pura* foi primeiro editada em 1934, teve uma versão intermediária francesa publicada em 1953 (*Teórie Pure du Droit* com tradução de Henri Thévenaz), e depois foi publicada a sua segunda edição em 1960 na qual foi adicionada como apêndice a *Teoria da Justiça*, que, no entanto, não integra a versão da obra traduzida em língua portuguesa denominada Teoria Pura do Direito, que ora se analisa.

Cabem aqui as ressalvas de Sgarbi (2020) de que a “pureza” a que se refere Kelsen é da teoria, e não do Direito, eis que este é resultado de política e valores, o que não desconhecia Kelsen, que “tinha plena consciência da multiplicidade de perspectivas teóricas a partir das quais o fenômeno jurídico poderia ser abordado” (REIS, 2002). Entendia Kelsen que, para descrever o Direito, a ciência jurídica deveria se libertar de todos os elementos que lhe eram estranhos (KELSEN, 2009a).

O objetivo de Kelsen era purificar a metodologia da ciência jurídica, e não o fenômeno jurídico em si, como se vê nos seguintes trechos da Teoria Pura do Direito:

(...) De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política (...) Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos

pela natureza do seu objeto (KELSEN, 2009a, p. 1-2)

Kelsen transforma a ciência do Direito numa ciência pura de normas, ou seja, o direito deveria ser descrito pela ciência sob o enfoque da norma, e não do fato social ou do valor. Para Kelsen, “cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental” (FERRAZ JR, 2009 *apud* COELHO).

Dessa forma, a ciência do Direito foi submetida por Kelsen a dupla depuração, como sintetiza Maria Helena Diniz (2013), primeiramente das influências sociológicas, liberando-a da análise de aspectos fáticos ligados ao direito, depois da ideologia política, apartando-a dos aspectos valorativos.

Este rigor científico estava sendo reclamado pelo momento histórico de profunda indecisão por qual passava a ciência do direito, sob influência da sociologia, da psicologia, da economia, da política, etc., de forma que, nesse contexto, a purificação da ciência do direito efetuada por Kelsen foi uma atitude revolucionária (REALE, 1985).

A ESTRUTURA ESCALONADA DAS NORMAS JURÍDICAS

Sob influência de seu discípulo, Adolf Merkl, Kelsen tomou a teoria do escalonamento das normas jurídicas como parte essencial no sistema da Teoria Pura do Direito, que permite que as normas jurídicas sejam elaboradas a partir de outras normas jurídicas (WALTER, 2009b, p. 50).

Na estrutura escalonada das normas, uma norma jurídica em grau superior regula a produção de outra norma jurídica em grau inferior, estabelecendo-se uma graduação entre elas, o que fundamenta a própria validade da norma jurídica e seu pertencimento no ordenamento jurídico, a partir, em última análise, da denominada “norma fundamental”, a *Grundnorm* (KELSEN, 2009b).

Afinal, para Kelsen as normas de direito não valem em razão de determinado conteúdo, o qual pode abrigar qualquer descrição de conduta humana existente no mundo: “Uma norma vale como norma jurídica apenas porque foi estabelecida de modo bem determinado, criada segundo uma regra bem determinada e estabelecida de acordo com um método específico” (KELSEN, 2009b, p. 123).

Nessa esteira, a “norma fundamental”, embora seja na Teoria Pura do Direito a suposição inicial sobre a qual repousa todo o ordenamento jurídico e as situações de fato constituídas por ele, não é considerada uma norma jurídica em si: “Ela é apenas a expressão da necessária suposição de todo o conceito positivista do material jurídico. Não vale, já que não é criada num procedimento jurídico, como norma jurídica positiva, não é instituída, mas – como regulamento de todas as imposições jurídicas, como procedimento jurídico positivo – é aceita” (KELSEN, 2009b, p. 125).

Como esclarece Karam (1985), na estrutura escalonada, embora a norma jurídica seja decorrente de um ato decisório do Poder, ela deve estar autorizada por uma norma anterior e superior, que lhe dá validade e fundamento. Dessa forma, a “ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma

construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KARAM, 1985).

A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO KELSEN

O tema da interpretação jurídica foi tratado no Capítulo VIII na edição de 1960 da Teoria Pura do Direito. Kelsen localiza o problema da interpretação em conexão com a teoria da formação escalonada do ordenamento jurídico, descrita acima, definindo a interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 2009a, p. 387).

Kelsen identifica a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, nas seguintes hipóteses: a) numa sentença judicial ou num ato administrativo, ao dar conteúdo à norma individual deduzida da norma geral na sua aplicação ao caso concreto; b) na aplicação da Constituição a um grau inferior no processo legislativo; c) na aplicação de normas de direito internacional num caso concreto por um governo, órgão administrativo ou tribunal; e d) em negócios jurídicos etc. De outro lado, a interpretação do Direito no âmbito privado, pode também ser efetuada pelos indivíduos, que devem observar o Direito e evitar sanções, e especialmente pela ciência jurídica, que descreve o direito. (KELSEN, 2009a)

Prossegue Kelsen (2009a) esclarecendo que, na aplicação do Direito a norma do escalão superior regula o ato que produzirá a norma do escalão inferior, determinando o processo e o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar. Contudo, diante da impossibilidade da norma do grau superior vincular todos os aspectos do ato através do qual é aplicada, sempre fica uma margem de livre apreciação, de forma que a norma do grau superior tem “o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (Kelsen, 2009a, p. 388). Assim, o ato jurídico em que o Direito é aplicado é parcialmente indeterminado.

Nessas hipóteses de indeterminação do grau inferior, seja ela intencional ou não, surgem diversas possibilidades para conformação do ato jurídico que efetiva ou executa a norma do grau superior. Nas palavras de Kelsen (2009a, p. 390), o Direito a aplicar forma “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.

Assim, para Kelsen, o resultado da interpretação jurídica seria a própria fixação dessa moldura com o conhecimento das possibilidades que se conformam às várias expressões verbais da norma do escalão superior, de forma que, como resposta à interpretação, haveria várias soluções potenciais de igual valor, em que pese o fato de que apenas uma delas vá depois ingressar no direito positivo por ato do órgão aplicador do Direito.

Nessa esteira Kelsen rejeita a ideia de que, para a lei aplicada ao caso concreto, haveria uma única solução correta cuja adequação poderia encontrar fundamento no próprio Direito, ou seja, não haveria no Direito positivo um método segundo o qual fosse possível fazer a opção por uma das várias significações verbais da norma.

Segundo Kelsen, a escolha pela significação verbal adequada não seria um problema de teoria do Direito, mas de política do Direito, semelhante em certa medida à criação de leis pelo legislador. A seguinte passagem da Teoria Pura demonstra essa comparação:

(...) A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença entre esses dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. (...) (KELSEN, 2009a, p. 393)

Dessa forma, como esclarece Ferraz Jr., quando um órgão competente se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, produz por ato de vontade, um enunciado normativo vinculante, de forma que essa força de vinculação provém da própria competência do órgão (FERRAZ JR., 1994, p. 261).

A pessoa que pronuncia o direito como intérprete autorizado, como diz Mascaro (2020), “na condição de autoridade formalmente constituída pelo Estado, está revestido de um poder que chancela uma determinada visão sobre as coisas”.

Reconhece Kelsen que a interpretação autêntica, feita pelo órgão aplicador do Direito, ainda que direcionada a um caso concreto, é uma atividade criadora de Direito, na qual se pode, inclusive, “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2009a, p. 394). Ressalva, no entanto, que isso só ocorre na interpretação autêntica que produz uma norma individual quando a decisão do órgão aplicador do Direito é definitiva.

Assinala Karam (1985) que, no pensamento de Kelsen, a decisão judicial cria efetivamente uma norma jurídica individual, que não representa meramente a descoberta e declaração de um direito já pronto, havendo um caráter constitutivo na aplicação da norma geral ao caso concreto, nestes termos:

O grande valor do pensamento Kelseniano foi haver assinalado o poder criador da norma individualizada. E, assim, embora sob forma silogística, dando a impressão de que se trata de raciocínio meramente dedutivo, o poder criador do juiz se revela a cada passo, nas sentenças que prolata, para ultrapassar os próprios fins que inspirou o legislador histórico e realizar os fins objetivos do direito (KARAM, 1985).

Kelsen não faz distinção entre atos de criação e atos de aplicação do direito: um mesmo ato jurídico poderia representar simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção de uma norma inferior, tratando-se de um processo que se desenvolve desde a norma fundamental até a norma individual, como bem observa Karam (1985):

(...) É a norma fundamental pois que determina a criação da Constituição. A criação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais, representadas pela legislação e pelo costume. A aplicação dessas normas gerais realiza a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas.

Somente a execução do ato coercitivo estatuído por estas normas individuais – o último ato do processo de produção jurídica – se opera em aplicação das normas individuais que a determinam sem que seja, ela própria, criação de uma norma.

Neste processo dinâmico, o Direito como que se realimenta a cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização sempre crescente. (KARAM, 1985).

Na verdade, Kelsen utilizou-se de estratégia genial para retirar parte da interpretação

das normas (a escolha dentro da moldura) da sua Teoria Pura: Kelsen inseriu essa parte da interpretação dentro do processo de aplicação do Direito, processo do qual também resulta a criação de outra norma jurídica pela autoridade competente, dentre as quais o próprio legislador; depois equiparou as demais autoridades competentes para criar normas jurídicas com o próprio legislador, do qual ninguém discorda que a atuação está inserida no ramo da política.

Para a interpretação não autêntica, que não é efetuada por um órgão competente, no entanto, Kelsen subtrai a possibilidade de escolha “fora da moldura”, eis que ela não seria vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica, correndo-se o risco de poder ser considerada por este um delito.

Por fim, no que concerne à interpretação não autêntica efetuada pelo cientista do direito, Kelsen nega-lhe o caráter de “criação jurídica”, sendo considerada “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas” e, portanto, “incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito” (KELSEN, 2009a, p. 395).

A interpretação científica, para Kelsen, teria a função apenas de explicitar a moldura, evidenciando o campo de possibilidades semânticas da norma, sem fazer a defesa de um sentido em particular, já que isto estaria relacionado à política jurídica (SGARBI, 2005).

Ao aplicador da norma, que faz a interpretação autêntica, é concedida a possibilidade de escolher o sentido adequado dentro da moldura (ou até fora dela) e produzir a norma por um *ato de vontade*, enquanto ao cientista do direito somente seria permitido ir até a definição da moldura, o que se coaduna com o fato de que o que Kelsen almejou foi purificar a ciência do Direito e não o Direito em si. Nessa linha, é importante mencionar a divisão efetuada por Kelsen entre as atividades do cientista e do aplicador do direito, como descrita por Isaac Reis:

Assim, além de estabelecer, a partir do princípio da pureza metodológica, um campo específico para o saber jurídico sobre o Direito (sic), Kelsen ainda divide-o em dois, conforme utilizem um discurso descritivo ou prescritivo acerca das normas como enunciados de dever-ser: de um lado, a atividade do aplicador do direito, de conteúdo prescritivo, que intenta direcionar condutas humanas, deduzindo, da estrutura lógica do ordenamento jurídico, uma norma aplicável ao caso concreto sob exame; do outro, a postura do cientista do direito, cujo atuar consiste em conhecer o objeto da ciência jurídica e descrevê-lo segundo um discurso dotado de coerência lógica interna (proposicional). É quanto a esta última que Kelsen exige a neutralidade de um puro ato de conhecimento, purificado de toda vontade, de toda preferência pessoal, de toda ideologia e de todo valor (REIS, 2002).

ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO NA (FORA DA) TEORIA PURA DO DIREITO

Como visto, segundo Kelsen, a interpretação poderia ser considerada ciência do direito somente até a determinação das várias possibilidades de aplicação da norma, sendo que escolha de um dos conteúdos da norma já se realizaria sob as regras da política. Como diz Ferraz Jr., (1994), querer identificar o melhor sentido para a norma seria ultrapassar as fronteiras da ciência, ou seja, não seria possível se estabelecer uma teoria dogmática da interpretação.

Como coloca Fábio Ulhoa Coelho, Kelsen não aceita a discussão na ciência do direito sobre o método adequado para se alcançar a verdade contida na norma:

(...) A hermenêutica tradicional – chame-se assim – reduz-se à discussão sobre o método exegético mais adequado para se alcançar a verdade contida na norma, algumas vertentes propondo a pesquisa dos fatores históricos, outras pressupondo a logicidade do

sistema normativo etc. Kelsen desqualifica tal discussão. Todas as significações reunidas na moldura relativa à norma têm rigorosamente igual valor, para a ciência jurídica. Quando o órgão aplicador do direito opta por atribuir à norma interpretanda uma das significações emolduradas, não realiza ato de conhecimento, mas manifesta sua vontade. (COELHO, 2009, p. 59):

Um ponto positivo é que o reconhecimento de que a hermenêutica não poderia ser tratada na Teoria Pura confirma que Kelsen compreendeu a magnitude da área de conhecimento da hermenêutica e a impossibilidade de ela ser tratada sem considerações acerca de valor na sua Teoria. Kelsen não despreza que há uma atividade cognoscitiva na interpretação levada a efeito pelo órgão aplicador do Direito, apenas entende que essa matéria estaria no âmbito de outras normas não jurídicas (Moral, Justiça, bem comum etc.), o que também conduz ao caráter interdisciplinar da hermenêutica.

Lenio Streck (2014) observa que Kelsen apostou “na discricionariedade do intérprete (no nível da aplicação do direito) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia “a salvo” da subjetividade, da axiologia, da ideologia etc.”.

Em que pese a coerência de Hans Kelsen com seus princípios metodológicos, de conferir ao saber dogmático o caráter eminentemente científico, Ferraz Jr. (1994) revela sua frustração com a explicação de interpretação jurídica dada por Kelsen, na medida em que não fornece nenhuma base para a hermenêutica dogmática, além de não explicar a diferença entre uma opinião não técnica de uma manifestação fundamentada de um doutrinador.

Nessa linha, enfrentar a questão se haveria uma verdade hermenêutica, se poderia se chegar a uma interpretação verdadeira com métodos racionais dados pela ciência, é o que Ferraz Jr. denominou de o “desafio Kelseniano”.

A frustração descrita por Ferraz Jr. também foi sentida por esta autora de uma outra forma, dentro da sua experiência profissional, que se questionou:

Então estaria fora da ciência do direito todo o meu trabalho de julgadora administrativa, realizado por horas a fio de estudos e reflexões, com muita pesquisa na doutrina de ciência do direito e na jurisprudência judicial e administrativa para encontrar a melhor decisão a ser tomada e a sua correspondente fundamentação? Tudo isso seria um mero ato de minha vontade decorrente da competência dada pelo mandato de julgadora? Para que todas aquelas longas discussões no órgão colegiado, aquela dificuldade de convencer ou de ser convencida pelos pares, se tudo seria um ato de “vontade” do órgão? Como seria então formada a “vontade” de um órgão colegiado?

Não é o objetivo deste artigo resolver o “desafio Kelseniano”, descrito por Ferraz Jr., tampouco criticar Kelsen por não ter resolvido este problema. Afinal, o fato de Kelsen ter excluído esse tema da sua Teoria Pura do Direito isentava-o da responsabilidade de tratar o assunto naquela oportunidade. Preocupa-se aqui com a verificação da possibilidade de se efetuar a separação da interpretação da ciência do Direito como feito por Kelsen, não pela hermenêutica em si, mas pelo Direito como objeto de estudo.

Karl Larenz, embora compreenda a preocupação de Kelsen de impedir tendências ideológicas na ciência do Direito, o que demandaria realmente contínua autorreflexão crítica neste ramo do conhecimento para impedir isso, entende, com razão, que a afirmação de Kelsen de que a ciência do Direito seria incapaz de atingir juízos corretos acaba por “jogar a criança fora com a água do banho”¹ (LARENZ, 1991). Assim, Kelsen com o seu objetivo de purificar a ciência do

¹ Segundo Alair Chaves (2016), “A expressão “jogar a criança fora com a água do banho” tem sido usada como metáfora para atos em que, no propósito de livrar-se de algo secundário ou indesejado, perde-se também o valioso e essencial”.

direito, acabou por lhe retirar a sua própria essência.

Fábio Ulhoa Coelho descreve o paradoxo trazido pela teoria da interpretação de Kelsen:

(...) Ora, se o conhecimento do direito somente seria científico se reduzido à apresentação do elenco das significações atribuíveis a cada norma jurídica, impondo-se total silêncio na questão acerca de qual delas deveria prevalecer sobre as demais, então não se pode conhecer com rigor o exato conteúdo das normas, já que afirmar o seu sentido único é função não científica (COELHO, 2009, p. 69-70).

Como bem explica Larenz (1991), não se discute que há um ato de vontade na decisão judicial, mas a interpretação e a aplicação da norma ao caso concreto requerem, antes de tudo, “actos de julgamento, que se fundam, entre outras coisas, na experiência social, na compreensão dos valores e em uma concepção correcta dos nexos significativos”. Trata-se, “em larga medida, de processos de pensamento objectiváveis e comprováveis por outrem, não de simples «actos de vontade», ou «estatuições»” (LARENZ, 1991, p. 107).

Da fala de Larenz depreende-se dois pontos fundamentais para o tema que se analisa: a) o direito não pode ser estudado sem a compreensão da complexidade social na qual se insere; e b) embora a interpretação e a aplicação da norma envolvam uma parcela de vontade da autoridade competente, há uma parte desse processo que pode ser estudada por métodos da ciência do direito.

O fato de Kelsen ter deixado de dar resposta, dentro da sua Teoria Pura, ao problema se haveria uma interpretação verdadeira, acaba por expor um aspecto importante da hermenêutica jurídica, de que ela é uma relação de poder, como bem assinala Mascaro (2020):

(...) O jurista, como agente formalmente competente para argumentar e julgar, interpreta a partir de sua prática de poder, reconhecendo-a e posicionando-se a partir das possibilidades daí advindas. Essa hermenêutica do poder passa pela norma jurídica, mas nela não se encerra. Ela se estabelece envolvendo relações sociais, arcabouço linguístico, referências culturais, conhecimentos, hábitos e previsões em relação a partes, tribunais e impactos sociais etc. Interesses, estratégias, posições sociais, visões de mundo e poder impõem as concretudes da hermenêutica jurídica. (...)

Contudo esclarece Mascaro (2020) que a natureza da hermenêutica é social: em que pese a decisão individual sobre a interpretação decorra imediatamente do poder da autoridade jurídica, ela não opera isoladamente a partir de opiniões originais e neutras, mas a partir de um horizonte de mundo que é social. Mais precisamente, a “subjetividade que interpreta o mundo é constituída socialmente, por meio de referências gerais que são externas ao próprio sujeito” Mascaro (2020).

Nessa linha, um aspecto do qual a hermenêutica ou a ciência do direito não pode se separar é a ideologia, que pode ser brevemente conceituada como a representação que a sociedade faz de si mesma, a qual pode não corresponder ou corresponder apenas parcialmente à realidade, como esclarece Luiz Fernando Coelho (1985):

(...) a ideologia é uma concepção do mundo, do homem e da sociedade que, na medida em que contém elementos ideais que respondem a interesses de um grupo social, em determinado momento histórico, orienta a conduta dos homens na sociedade (...) A ideologia é pois um conjunto de representações, de carácter mítico ou religioso ou filosófico, ou mesmo científico, que tendem a condicionar o comportamento social, geralmente em proveito de uns e em detrimento da grande maioria.

A hermenêutica jurídica é constituída a partir da estrutura de reprodução da realidade

social na forma de ideologia, eis que o intérprete só se manifesta segundo a concepção que tem de si próprio e do mundo com as referências que lhe são constituintes (MASCARO, 2020).

Em verdade o problema maior é da própria Teoria Pura do Direito, e não da hermenêutica em si, já que a dimensão crítica e valorativa contida nesta não pode também ser apartada do Direito.

Por ironia do destino, o purismo de Kelsen demonstrou a capacidade de o Direito acolher qualquer ideologia, o que pode servir para justificar a falta de comprometimento com a justiça, levando a um conformismo decorrente da necessidade de aplicar o Direito sem questioná-lo, afinal, o fascismo e o nazismo promoveram todas aquelas atrocidades em nome da lei. (WESENDOCK, 2002)

Kelsen acreditava que a ciência deveria ser orientada pela neutralidade objetiva, o que é rejeitado pela epistemologia contemporânea, que reconhece a existência da valoração mesmo no âmbito das ciências positivas, bem como que não há nenhuma ciência livre de pressupostos axiológicos (REALE, 1985).

Ensina Radbruch (*apud* WESENDOCK, 2002), a lei positiva já carrega consigo um valor, mas é melhor tê-la em homenagem à segurança jurídica, contudo juntamente com a segurança jurídica devem ser considerados também a justiça, como elemento essencial da interpretação, e a conveniência, em segundo plano; afinal, muitas vezes, a formalidade legal pode encobrir a injustiça.

Luiz Fernando Coelho (1985) analisa a neutralidade ideológica na Teoria Pura do Direito sob o aspecto externo e interno. Segundo o autor, externamente a Teoria de Kelsen fornece apenas uma estrutura de pensamento lógico-formal a ser preenchida pela ideologia do momento histórico, de forma que acaba por ser mais um instrumento de manipulação à disposição dos donos do poder.

Sob o aspecto interno, Coelho (1985) retrata a ideologia remota da Teoria Pura como herança da civilização europeia, guiada por uma cosmovisão racionalista e mecanicista na busca da verdade científica. Já a ideologia interna próxima que integra a Teoria de Kelsen revelar-se-ia, para Coelho, na redução do direito ao esquema formal de imputação (*dado A deve ser B*), que, na realidade, não se trata da descrição neutra de um fenômeno, mas de sua elaboração ideológica.

No final das contas, ainda que sem essa intenção, Kelsen acaba contribuindo para os detentores do poder e servindo a seus propósitos ideológicos, ao dar ares de cientificidade à alienação do jurista, que se afasta da problemática social, política e econômica para ater-se à norma posta (COELHO, 1985).

Os pressupostos da Teoria Pura do Direito lhe retiravam a neutralidade pretendida:

Mas Kelsen não se deu conta que sua teoria não estava elaborando um sistema de conhecimentos a partir de um objeto dado, mas construindo um objeto que suportasse um tipo de conhecimento que Kelsen pretendia neutro, como ideal de cientificidade. Tal construção, com o material que positivismo lógico, o positivismo filosófico, o racionalismo e a herança kantiana colocavam à sua disposição, não poderia ser em princípio neutra, mas engajada, vinculada a seus pressupostos, a suas finalidades conscientes ou inconscientes (COELHO, 1985)

Esse entendimento é ratificado por Reale (1985) que afirma que, embora Kelsen não o reconhecesse, “o axiológico se infiltrava em suas concepções”.

Como salienta Wesendock (2002), não é possível negar à ciência do direito a sua dimensão axiológica, voltada aos valores, que é pressuposto do direito. Na verdade,

(...) Kelsen está marcado pela ideologia do Estado liberal burguês de Direito, e são os valores dessa ideologia que dão um sentido axiologicamente plausível à sua construção científica. Porém quando Kelsen tenta se despir de sua própria ideologia, seu formalismo mostra seus aspectos mais negativos, e a pureza e o desinteresse da construção científica não compensam a perda de outros valores (WESENDOCK, 2002).

No que concerne à interpretação, outro problema relevante na Teoria Pura do Direito apontado por Mascaro (2020), é que, embora para fins meramente didáticos se separe o fenômeno decisório do direito em três momentos distintos – i) compreensão das normas jurídicas e suas relações, ii) interpretação da norma jurídica e iii) aplicação efetiva da norma interpretada ao caso –, na realidade, essa separação não se torna possível:

(...) a hermenêutica não é um processo que se inicia apenas depois de ter sido escolhida a norma a ser aplicada a cada caso concreto. A decisão do jurista, a partir de seus interesses e posições, orienta a escolha das próprias normas e dos métodos hermenêuticos mais apropriados a determinados fins. A hermenêutica se constrói em face desse todo. Toda compreensão do caso concreto, da norma que se lhe aplica ou não, é expressão da decisão jurídica tomada como um processo complexo. (...) (MASCARO, 2020)

Dessa forma, na realidade, não há possibilidade de fazer a separação proposta por Kelsen entre a fase da fixação da moldura, com as várias expressões verbais da norma do grau superior, e a fase da escolha de uma delas para ingressar no direito positivo pela autoridade competente, eis que não são fases que ocorrem concretamente de forma sucessiva e autônoma.

Ademais, na primeira fase da interpretação, segundo a divisão colocada por Kelsen, a escolha do rol de conteúdos possíveis para a norma interpretada que integrará a moldura também não é uma atividade meramente normativa. Também nessa fase poder-se-ia dizer que há uma parte de “política do Direito” que orienta a atividade da autoridade competente.

Caso fosse possível dividir a atividade de interpretação cronologicamente como propôs Kelsen nas duas fases (definição da moldura e escolha de um conteúdo da norma jurídica entre os possíveis), ainda assim, a autoridade jurídica poderia usar, no seu processo intelectual, de normas “não jurídicas” para orientar suas alternativas na definição da moldura.

Como entende Inés Weyland (1986), é questionável se a objetividade total poderia ser alcançada mesmo na determinação dos limites de significado das normas jurídicas (fixação da moldura), eis que o intérprete não poderia prever a gama completa de significados que poderiam legitimamente ser dados às normas jurídicas pelos órgãos aplicadores, os quais, por sua vez, poderiam sempre justificar seu entendimento em algum dispositivo normativo. De outra parte, coloca Weyland que a dificuldade para se determinar os conteúdos possíveis da moldura é a mesma que envolve a escolha de um desses conteúdos, nestes termos:

It is, however, questionable whether total objectivity can be achieved even in determining the boundaries of meaning of legal norms. As Kelsen points out, legal science can rely on a number of methods of interpretation which will often justify conflicting conclusions and perhaps all one can say, is that any meaning which is extracted from the norm according to some acknowledged method of interpretation must be included within its frame. No interpreter could possibly foresee the full range of meanings that may legitimately be given to legal norms by organs of application. Hence the task attributed to him by Kelsen, though fe-

asible in theory, will seldom be accomplished in practice. Legal organs, on the other hand, will rarely fail to find some justification for the meaning they have chosen, in the wording of the statute, the presumed intention of the legislator, considerations of policies or principles, various rules of interpretation and presumptions, the purpose of the statute, and so on.²⁷

Just as there is no method for determining the correct interpretation of a norm, there is no recognized procedure for establishing the limits of permissible interpretations. Hence the boundaries are fluid rather than fixed. This fact reduces considerably the possibility of conflicts but also shows that it is not always possible to determine with total objectivity whether two norms conflict. (WEYLAND, 1986)

Dessa forma, a fixação da moldura com os conteúdos possíveis para a norma interpretada, mantida dentro da ciência do Direito por Kelsen, também sofre do mesmo problema da escolha de um desses conteúdos, fase apartada do Direito. Todas as duas fases da interpretação precisariam de normas “não jurídicas” na acepção de Kelsen, o que demonstra a inutilidade da divisão efetuada por ele. Todas essas duas fases da interpretação não estão livres da ideologia da manifestação do intérprete.

Também pode ocorrer, como se observa frequentemente na prática, de as soluções potenciais contidas na moldura não serem de igual valor como queria Kelsen, ou seja, alguma das alternativas pode já nascer, na fixação da moldura, com maior probabilidade do que as outras para ser o conteúdo escolhido para a aplicação da norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora Kelsen não tenha menosprezado a amplitude da hermenêutica como área de conhecimento, acabou por retirar da ciência do direito uma das suas partes essenciais, que completa o ciclo de produção da norma jurídica na estrutura do escalonamento das normas idealizado por Kelsen que vai da norma fundamental a cada norma individual criada pela autoridade competente.

Não se discute que a interpretação e a aplicação da norma envolvam o aspecto vontade da autoridade competente, como proposto por Kelsen, mas há uma parte desse processo que pode ser estudada por métodos da ciência do direito, cuja análise não se incluiu nas poucas linhas deste trabalho, mas pode ficar para uma próxima oportunidade.

Assim como as demais ciências, a ciência do direito não prescinde de pressupostos axiológicos, não podendo ser orientada como pensava Kelsen pela neutralidade objetiva. Os próprios pressupostos da Teoria Pura do Direito, marcados pela influência de Kant e pela cosmovisão europeia racionalista e mecanicista na busca da verdade científica, retiram-lhe, já de início, a neutralidade pretendida por Kelsen. Ademais, se a ciência do direito descreve apenas uma estrutura lógico-formal, ela abriga a ideologia daquele momento histórico e serve aos próprios donos do poder.

A hermenêutica jurídica e o próprio direito não podem ser legitimamente estudados sem a compreensão da complexidade social na qual se inserem. O intérprete não pode emitir opiniões neutras, mas somente a partir de sua subjetividade decorrente também do mundo em que vive, reproduzida sob a forma de ideologia. Uma das tarefas das ciências sociais, inclusive do direito, é revelar a ideologia inconsciente dos discursos e analisá-la criticamente.

Na realidade não é possível a separação proposta por Kelsen entre a fase da fixação da

moldura e a fase da escolha de um dos seus conteúdos para ingressar no direito positivo, eis que não são fases que ocorrem concretamente de forma sucessiva e autônoma como idealizou Kelsen. Ademais, as duas fases da interpretação envolvem a ideologia contida na manifestação do intérprete e demandam os mesmos métodos para a escolha dos conteúdos da norma, não havendo utilidade em se colocar uma fase dentro da ciência do direito e outra fora.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Considerações sobre a qualificação jurídica. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 12, n. 2, p. 62-68, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CHAVES, Alaor. A criança, a água do banho e o relativismo cognitivo. [18 de março de 2016]. Disponível em <http://alaorchaves.com.br/a-crianca-a-agua-do-banho-e-o-relativismo-cognitivo/>. Acesso em 04 jun. 2021.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir (Orgs.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 46-68.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prólogo: Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KARAM, Munir. A sentença como fato criador de normas. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir (Orgs.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 135-147.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009a.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática científica do direito*. 6. ed. rev. da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2009b.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6. ed. reform. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1991.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2020, E-book.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REALE, Miguel. A visão integral do Direito em Kelsen. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir (Orgs.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1985, p. 15-30.

REIS, Isaac. Interpretação na Teoria pura do Direito. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 23, n. 45, p. 11-30, 2002.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Prefácio. In: PECORA, Gaetano. Introdução ao pensamento político de Hans Kelsen. Tradução de Carlos Magno Spricigo Venerio. Curitiba: Juruá, 2015.

SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SGARBI, Adrian. Hans Kelsen e a Interpretação Jurídica. Novos Estudos Jurídicos, v. 10, n. 2, p. 277-292, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. E-book.

WALTER, Robert. A Teoria Pura do Direito. In: KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática científica do direito. 6. ed. rev. da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2009b.

WESENDOCK, Tula. Kelsen e a interpretação do direito. Direito e democracia, v. 3, n. 2, p. 413-426, 2002.

WEYLAND, Inés. Idealism and Formalism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts. In: TUR, Richard; TWINING, William L. Essays on Kelsen, p. 249-269, 1986.

Aspectos Jurídicos da Ação Rescisória – Prova Nova

Luiz Felipe da Silva Lobato

Advogado e Professor Universitário na Universidade Módulo – Caraguatatuba – SP. Atua como Secretário de Assuntos Jurídicos no município de São Vicente – SP. É formado no Curso de Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté – SP, Pós Graduação em Direito Público, Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Salesiana de Lorena – SP, Mestrado pela faculdade IDP- Instituto Direito Público de São Paulo e Doutorando na FADISP – Faculdade Autônoma Direito de São Paulo.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.20

PREMISSAS GERAIS

Primeiramente, importante abordar o termo jurídico “trânsito em julgado”, que temos como referência o momento no qual a decisão de judicial (decisão, sentença ou acórdão) fica imutável, seja por ausência de instrumento jurídico possível para a alteração, por esgotamento das vias, ou pelo cumprimento do prazo estabelecido sem ato jurídico que vise sua alteração.

Inobstante a isso, no direito brasileiro temos a previsão do instituto jurídico da ação rescisória, justamente sendo o meio procedimental cabível que visa buscar alternativas e hipóteses de cabimento que possam ter sido descobertas após o trânsito em julgado e que o demandante não tinha conhecimento ao tempo da ação originária, assim, se determinada prova tivesse sido apresentada na fase instrutória o provimento jurisdicional seria favorável ao demandante e o caminho tomado pelo judiciário seria diferente.

Logo, o presente trabalho visa atuar em um aprofundamento do estudo sobre ação rescisória, mais especificamente sobre o inciso VII do artigo 966 do Código de Processo Civil “provas novas”, onde por sua vez, para dar espaço a esta nova redação, houve a substituição do texto “documentos novos” do rol taxativo, previsto no código de processo civil de 1973.

Dessa maneira, este estudo visa entender a aplicação da nova redação e o cabimento da ação rescisória com fundamento em provas novas, grifando pontos importantes no estudo como conceito, início do prazo de prescrição do momento da descoberta, e a comprovação da indisponibilidade e/ou a ignorância em relação a prova, bem com seu caráter e força para alteração do rumo traçado da decisão transitada em julgado, passando ainda por aspectos gerais do procedimento rescisório.

CONSIDERAÇÕES SOBRE AÇÃO RESCISÓRIA.

A desconstrução da coisa julgada na decisão de mérito é o objetivo principal da ação rescisória (Juízo rescindente), sendo o objetivo secundário eventual a viabilização de um novo juízo da causa atacada (Juízo rescisório).

É uma ação autônoma e independente que se reveste de exceção, possível em apenas alguns casos taxativos e cuidadosamente inseridos no código de processo civil de forma limitativa. A exceção na aplicação da ação rescisória deve-se ser levada em conta a coisa julgada concretizada no processo em que é convalidada a segurança jurídica.

A Ação rescisória é uma ação que visa desconstituir a coisa julgada e, eventualmente, viabilizar um novo juízo sobre a causa. Tendo em conta que a coisa julgada concretiza no processo judicial o princípio da segurança jurídica substrato irredutível do Estado Constitucional a sua propositura só é admitida em hipóteses excepcionais, devidamente arroladas, de maneira taxativa, pela legislação¹.

A ação rescisória é a ação autônoma de impugnação, que tem por objetivos a desconstituição da decisão judicial transitada em julgado e, eventualmente, o rejuízo da causa. Ela não é recurso, exatamente porque dá origem a um novo processo para impugnar a decisão judicial. A ação rescisória pressupõe a coisa julgada, diferentemente do recurso, que impede o

1 MARIONI, Luiz Guilherme – Ação Rescisória do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório – Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 17.

transito em julgado e mantem o estado de litispendência ou de pendencia do processo².

Assim, podemos caracteriza-la como uma ação autônoma de impugnação, que objetiva a desconstrução judicial, já transitada em julgada, cuja decisão, sentença ou acórdão esteja envenenada com um ato ou fato jurídico previsto como exceção, originando assim a possibilidade de ação rescisória.

Em regra, não possui efeito suspensivo, com exceção da concessão da tutela provisória para o autor da demanda rescisória.

Não obstante a isso, ressalta-se que na ação rescisória o pedido de rescisão é sempre desconstitutivo; o pedido de rejuízo assume a natureza da causa originária, a que se pretende ver rejuída e pode ter o caráter declaratório, constitutivo, condenatório. Ainda, a eficácia da decisão será em princípio “ex nunc”, porém, poderá ter eficácia “ex tunc” devido as hipóteses legais como exemplificado no artigo 776, CPC ou através da modulação dos efeitos do julgamento rescindente de modo que produza efeitos apenas “ex nunc”.

Assim, o pedido realizado na ação dá motivo ao juízo rescindendo que objetiva desconstituir a decisão a ser rescindida. Nesse caso, a natureza da ação será desconstitutiva negativa, porém, havendo pedido de rejuízo, teremos o juízo rescisório e a natureza da ação será balizada no pedido do autor (constitutiva, condenatória ou declaratória). O juízo rescindente é sempre desconstitutivo, o juízo rescisório varia de acordo com o respectivo pedido, o qual se encontra ligado a natureza e aos limites da causa originária. Com a ação rescisória, em síntese, revoga-se a decisão, rescindindo-se o julgado. Sendo o caso, julga-se novamente a causa³.

A petição inicial da ação rescisória é vinculada em torno dos incisos do artigo 966, do CPC, e a parte tem ônus de alegar especificamente uma das situações que legitimam a propositura da ação. Devendo ser alegado uma das hipóteses típicas que levam a desconstituição da coisa julgada. Ainda, a petição inicial deve estar acompanhada dos documentos indispensáveis previstos no artigo 320, CPC, como depósito de cinco por cento sobre o valor da causa, cópia da decisão rescindenda e certidão do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Vale ressaltar que, outros documentos podem ser juntados conforme argumentos da ação.

Por último, o pedido rescindente visa a rescisão do julgado e deve ser fundado em um dos incisos do artigo 966, CPC, e o pedido rescisório visa o rejuízo da causa e deve ser baseado no direito que rege a espécie da ação.

Legitimidade Ativa e Passiva

A Legitimidade Ativa para propor ação rescisória é de quem participou do processo originário ou seu sucessor a título universal ou singular conforme depreende-se do artigo 967, I, CPC. Exemplo: espólio, herdeiro ou legatário da parte do processo originário.

Temos ainda, a figura do terceiro juridicamente interessado, sendo aquele que sofreu os efeitos principais ou reflexos da decisão transitada em julgado e não fez parte do processo e caso tenha feito parte da demanda sua legitimidade terá respaldo no artigo 967, I, CPC. Nesse mesmo diapasão o Ministério Público pode propor ação rescisória em decorrência de sua con-

² DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro, *Curso de direito processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 18ª edição, pág.541.

³ MARIONI, Luiz Guilherme – *Ação Rescisória do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório* – Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, 2ª edição.

dição de fiscal da lei e da ordem jurídica (artigo 967, III, CPC). Por último, aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatório a intervenção, conforme previsto no artigo 967, IV, tomamos como exemplo o caso do CADE conforme disciplina artigo 118 da Lei nº 12.529/2011 onde a lei da legitimidade para propositura da ação rescisória ao “amicus curiae”.

Inobstante, deve ser incluído como sujeito passivo da demanda rescisória todo aquele que se beneficia da decisão que se busca rescindir. Pode ser citado a outra parte ou sucessor. No caso de rescisória fundada em simulação ou colusão deve ser citado os simuladores ou fraudadores. No caso do objeto combatido pela ação rescisória seja exclusivamente o capítulo referente aos honorários advocatícios somente o advogado será parte na ação (artigo 85, § 15, CPC).

Competência Para Julgar Ação Rescisória

Para exemplificar a qual Órgão julgador é delimitada a competência de apreciar a ação rescisória trazemos um quadro exemplificativo tendo como regra geral que: 1- A competência originária para apreciar ação rescisória é de Tribunal, não devendo ser ajuizada em primeira instância. 2- Os Tribunais julgam as ações rescisórias de seus próprios julgados e dos julgados dos juízes a ele vinculados⁴.

- STF compete processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados (artigo 102, I, J, CF).
- STJ compete processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados (artigo 105, I, E, CF).
- TRFs compete processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados (artigo 108, I, B, CF).
- TJs compete processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados (artigo 125, §1º, CF).
- Juiz Estadual investido de jurisdição federal competência será do TRF da região (artigo 109, § 3º, CF)
- STJ compete julgar rescisória contra decisão de juiz federal proferida nas causas internacionais do inciso II do artigo 109 da CF

Ação Rescisória e as Custas Processuais

O demandante da ação rescisória tem o ônus de antecipar as despesas processuais que advém do peticionamento em juízo. Havendo sucumbente este deve arcar com as despesas do processo incluindo honorários advocatícios conforme redação do artigo 82, §2º, CPC.

Os honorários advocatícios terão como base o valor econômico da causa, quando conhecido no ingresso da demanda. Lembrando que caso o sucumbente a Fazenda Pública incidem limites legais do artigo 85, §§ 3º e 7º, CPC. Ainda, caso haja sucumbência recíproca as despesas serão proporcionalmente suportadas.

⁴ Súmula 249 STF: “é competente o supremo tribunal federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”

Súmula 515 STF: “a competência para a ação rescisória não é do supremo tribunal federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.”

AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM PROVA NOVA

No código de processo civil de 1973, o texto legal trazia a expressão documento novo, sendo alterado tal expressão pelo novo código de processo civil como “prova nova” e agora capitularizado no inciso VII do art. 966, deixando assim de limitar a possibilidade de cabimento de ajuizamento da ação fundada apenas em documentos escritos e/ou na espécie material, passando a abranger provas testemunhais ou periciais que puderem assegurar a alteração do caminho traçado pelo processo transitado em julgado.

A novidade amplia demasiadamente as possibilidades de ação rescisória, merecendo atenção objetivando precaver eventuais exageros de remédios legais o que ocasionaria perpetuação da disputa jurídica e infundáveis demandas, bem como, em prestígio ao princípio da segurança jurídica, há interpretação restritiva e que impeça a desconstituição da coisa julgada com base em provas testemunhais ou laudos periciais apenas para que a parte possa ter nova oportunidade para produzir provas contrárias ao material do processo originário⁵. É por isso que a prova nova deve ser compreendida como prova documentada, podendo abranger uma perícia ou um testemunho documentado. A prova nova deve ser pré-constituída, ou seja, produzida antes do ajuizamento da ação rescisória, seja por se tratar de uma prova emprestada, extraída de outro processo anterior, seja por ter sido produzida numa ação de produção antecipada de provas⁶.

A “prova nova” em substituição ao “documento novo” teve relação direta com o desenvolvimento de novas tecnologias capazes e evidenciar fatos, mais precisamente no desenvolvimento do exame de DNA, em que após tal possibilidade, passou a apresentar nítida diferença de como as rédeas do processo eram puxadas. Certo que a solicitação de exame de DNA não era documento novo e sim, prova nova, possuindo essa formalidade que abria discussões de aplicabilidade para as partes que evidentemente seriam prejudicadas com o exame.⁷

É certo ainda, que existe hierarquias subjetivas de provas, não possuindo outras provas, como a testemunhal, a mesma idoneidade para satisfazer o convencimento para provimento jurisdicional de que as provas documentais e periciais.

Destarte, é possível que exista uma evidencia testemunhal que possa esclarecer fato indispensável para o julgamento rescindendo, que apenas foi descoberta ou tenha se tornado capaz de depor apenas depois de superado instrução da demanda, usemos de exemplo uma pessoa que entrou em estado de coma após ver os fatos discutidos nos autos, que somente passou a voltar a capacidade após o trânsito em julgado. Nesse caso, poderá fundamentar seu pedido no depoimento de tal testemunha.

CONCEITO DE PROVA NOVA

A prova nova é aquela estranha a causa, ou seja, aquela ainda não pertencente a causa. A prova nova não é aquela constituída, formada ou produzida posteriormente; é a que não foi apresentada no curso do processo originário, destinada a provar fato já ocorrido. Prova nova, em

⁵ DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro, *Curso de direito processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 18ª edição, pág.632.

⁶ DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro, *Curso de direito processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 18ª edição, pág.633.

⁷ Nesse sentido: Acórdão TJ-MG - AR: 10000200329076000 MG, Relator: Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 24/06/2021, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/06/2021

outras palavras, é aquela que já existia antes do trânsito em julgado, mas não foi apresentada ou produzida oportunamente no processo originário. A prova nova não existente ou que não poderia ser produzida durante o curso do processo originário não possibilita a desconstituição do julgado⁸.

A prova que não pertenceu à causa, aquela que lhe foi estranha ao processo judicial. A prova nova deve existir durante o processo, mas que por ignorância, não foi levada aos autos, logo, a prova nova não é aquela que foi produzida após o curso do processo, com objetivo de comprovar ato ou fato ocorrido, e sim, prova antiga existente, mas nova no que tange a ciência do processo.

Fundamentalmente, o artigo 975, § 2,⁹ do código de processo civil exerce o prazo de prescrição de 2 anos da data da descoberta da prova nova, ou seja, a prova já deve existir, ausente apenas a descoberta.

O inciso VII do art. 966, CPC, prevê como fundamento da rescisão a “prova nova”, obtida posteriormente ao trânsito em julgado, que o autor ignorava ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável¹⁰.

Assim, o conceito adotado pela doutrina como “prova nova” não permite a rediscussão em sua plenitude da matéria fática abrindo a possibilidade para instrução probatória e sim há possibilidade de que seja apresentada prova que já existia ao tempo da decisão de mérito objeto da ação rescisória objetivando sua rescisão. Não devemos confundir o instituto da ação rescisória como campo farto para discussão judicial infundável e sim de maneira restritiva buscar o provimento jurisdicional mais correto para o deslinde da demanda corrigindo eventuais imperfeições.

MOMENTO DA DESCOBERTA DA PROVA NOVA

Um grande problema que pode surgir com a descoberta da prova nova é a comprovação de que o momento da descoberta ocorreu posteriormente ao trânsito em julgado, nos termos do artigo 966, VII do CPC¹¹. Devendo ser comprovado no momento de seu pleito, o momento da descoberta e se ainda era possível à parte produzir no processo originário, e não o fez, não o tornou possível em momento no qual se fez deduzi-lo no processo originário.

A interpretação mais flexível ao dispositivo, para que se permita a rescisória por prova nova obtida em julgamento, mas em momento em que a parte não mais poderia influenciar a decisão- como ocorreria nas instâncias especial e extraordinária¹².

8 DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro, *Curso de direito processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 18ª edição, pág. 634.

9 Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. § 1º Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense. § 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. § 3º Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão

10 MARIONI, Luiz Guilherme – Ação Rescisória do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório – Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, 2ª edição, pág. 250.

11 Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

12 THEODORO jr., Humberto. “A ação rescisória no novo código de processo civil” *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte. Fórum, 2015, n.90, P301.

Se a prova foi descoberta após a sentença e se trata, por exemplo, de um documento, a parte poderia, na apelação, demonstrando a existência de força maior que impediu a sua produção em momento anterior (Art. 1.014, CPC) fazer juntar a prova documental aos autos do processo. Nesse caso, não seria cabível a rescisória. Caso fosse juridicamente possível a parte produzir a prova em questão a qualquer momento do processo originário, e desde que ainda possível ao órgão jurisdicional analisar a prova antes do trânsito em julgado, não se permitirá a ação rescisória¹³.

O prazo para a propositura da ação rescisória fundada em prova nova é de dois anos – apenas a sua fluência é que ocorre a partir do dia em que for descoberta a prova nova, contando-se a partir do primeiro dia útil subsequente. Em nenhuma hipótese, porém, será admitida ação rescisória depois de transcorrido o prazo de cinco anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda (art. 975, §2º, CPC)¹⁴.

Em outras palavras, a prova deve ser pré-constituída não permitido o ingresso da rescisória quando a prova possa ser constituída no curso da própria rescisória, sob pena de se dar origem a uma espécie de coisa julgada “secundum eventum proationis”.

Inobstante a isso, ao autor da ação rescisória cabe o ônus da prova de comprovar o momento em que descobriu a prova nova sendo requisito de admissibilidade de recebimento para processamento da demanda.

Embora o nosso legislador não mencione especificamente, ao contrário do que ocorre no direito francês (art. 596 do Code de Procédure Civile), o ônus da prova da data da descoberta da prova nova toca ao autor da ação rescisória. Segue-se aí a regra geral sobre a distribuição do ônus probatório (art. 373, I, CPC)¹⁵.

Outro ponto a se destacar, é que o autor da rescisória deve comprovar que não conhecia a prova nova durante a demanda rescindenda ou não tinha acesso a prova e assim juntar instruindo a petição inicial indicando a prova e momento que tomou conhecimento da sua existência no mundo fático e jurídico.

CARÁTER DECISIVO DA PROVA NOVA

A prova nova deve render requisitos de propositura de ação rescisória deve ser frutífera ao ponto de possuir combatividade suficiente para modificar a conclusão no qual chegou à decisão original.

A prova nova, que irá render ensejo a propositura da ação rescisória, há de ser suficiente para modificar a conclusão a que se chegou na decisão rescindenda. Em outras palavras, é preciso que a prova nova, necessariamente e sozinha, gere um pronunciamento favorável ao autor da ação rescisória. O pronunciamento a ser obtido, com a prova, deve ser favorável, ainda que parcial¹⁶.

13 DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro, *Curso de direito processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 18ª edição, pág.634

14 MARIONI, Luiz Guilherme – *Ação Rescisória do Juízo Rescindente ao juízo Rescisório* – Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, 2ª edição, pág. 250.

15 MARIONI, Luiz Guilherme – *Ação Rescisória do Juízo Rescindente ao juízo Rescisório* – Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, 2ª edição, pág. 271.

16 DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro, *Curso de direito processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 18ª edição, pág.637.

Vejam, que a prova trazida à baila tem que ter o condão de alterar uma decisão já esmiuçada pelo provimento jurisdicional e qualquer prova de cunho raso não deve alterar a estabilidade jurisdicional, para tanto, somente uma prova nova forte e contundente pode ser capaz de alterar a convicção do juízo rescisório, seja o provimento total ou parcial.

A petição inicial deve trazer a prova que por si só é capaz de alterar o convencimento do magistrado não podendo ser admitido a reabertura da fase instrutória como no procedimento original, portanto, não é passível de produção de outras provas afim de subsidiar o pleito da ação rescisória.

Como tem-se observado na jurisprudência, a caracterização da prova nova deve ser explicada e comprovada, sob pena de não ser entendida como prova pré-existente¹⁷.

Dessa forma, há necessidade do nexo de causalidade entre a prova nova apresentada e o provimento jurisdicional emitido na ação rescisória, seja ele pelo acolhimento ou não das alegações lançadas na inicial.

ELEMENTO FUNDAMENTAL À PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória fundada em prova nova conforme previsto no artigo 966, inciso VII, CPC, deverá ser proposta por peça escrita nos moldes da petição inicial e deve vir acompanhada da prova nova que fundamente o pedido rescindendo. A prova nova colacionada é elemento indispensável e insubstituível sob pena de indeferimento da petição por falta uma condição para propositura da ação, podendo o magistrado abrir prazo para emenda da inicial.

Esclarece-se que não se permite a ação rescisória sem a prova nova e há possibilidade a hipóteses incidentalmente da exibição da prova mesmo que seja um documento. Assim, pressupõe que o autor da demanda rescisória e sendo um dos requisitos da rescisória, a comprovação de que o demandante só teve acesso a prova depois da decisão de mérito. Dessa forma, se a parte não teve acesso a nova prova não há cabimento para propositura da ação rescisória.

Frisa-se que o autor poderá intentar outra demanda como Ação de Exibição de Documento objetivando futuramente instruir demanda rescisória.

O PRAZO PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM PROVA NOVA.

A ação rescisória possui prazo de 02 (dois) anos para o devido ajuizamento contado do trânsito em julgado da decisão da última decisão no processo conforme depreende redação do artigo 975, do CPC.

¹⁷ AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA NOVA. CARACTERIZAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. Pretensão à rescisão de sentença de homologação de renúncia das autoras. Intempestividade. Justiça gratuita. Deferimento. Pessoa jurídica inativa, pessoa física desempregada. Ausência de patrimônio relevante. Prova nova. Não caracterização. Informação que poderia ser alcançada, à época, independentemente da propositura de demanda que se afirma tratar de prova nova. Prova, ademais, que não seria suficiente, por si só de assegurar pronunciamento favorável. Prazo decadencial. Propositura após o decurso do prazo de dois anos previsto no art. 975, caput, do CPC. Inaplicabilidade da dilatação e prazo prevista no § 2º do referido artigo, porque não se trata, na verdade, de rescisória com base em prova nova, mas sim em razão de alegado dolo das partes. Indeferimento da petição inicial, com extinção do processo sem julgamento do mérito. (TJ-SP - AR: 21530906220218260000 SP 2153090-62.2021.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 24/08/2021, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/08/2021)

Outrora, verificou-se que a ação rescisória tem natureza de ação desconstitutiva ou constitutiva negativa.

O prazo decadencial para o exercício do direito a rescisão da decisão termina após dois anos do respectivo trânsito em julgado (art. 975, CPC). Trata-se de prazo de direito material, e não processual. O CPC-2015 adotou uma postura dúbia em relação ao prazo para ação rescisória. Seu art. 975 estabelece quando o direito a rescisão da sentença se extingue: dois anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Note que se adotou a redação do enunciado .401 da Súmula do STJ, quanto ao término do prazo. Mas nada se disse sobre o momento a partir do qual é possível propor a ação rescisória¹⁸.

Assim, cabe a propositura da ação rescisória, em regra, após o trânsito em julgado da decisão de mérito rescindenda, porém, o legislador optou por criar regras especiais para contagem do prazo no caso de prova nova.

No caso de ação rescisória fundada em prova nova (art. 966, VII, CPC), o legislador estabeleceu o termo inicial da contagem do prazo: data de descoberta da prova nova (art. 975, § 2º, CPC). Evidentemente, caberá ao autor da ação rescisória o ônus da prova da data em que descobriu a prova nova. Para evitar uma instabilidade eterna da coisa julgada, nesses casos, o CPC estabeleceu uma trava: cinco anos após o trânsito em julgado da respectiva decisão. Ou seja, o prazo para a ação rescisória fundada em prova falsa é o mesmo (dois anos), mas ele deve ser contado após a descoberta da prova, e não do trânsito em julgado; mas, uma vez passados cinco anos do trânsito em julgado, ainda que prova nova seja descoberta, já não será mais possível rescindir a decisão¹⁹.

Importante destacar, que ao contrário que em outros instrumentos jurídicos como recurso, a Fazenda Pública não dispõe de prazo em dobro para recurso. Há ainda, o prazo de 8 anos para ações referente a transferência de terras públicas conforme previsto na Lei nº 6.739/79, artigo 8-C.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação rescisória é uma demanda autônoma de impugnação, somente se tornando cabível sua utilização, se estiver prevista em uma das hipóteses trazidas nos incisos do art. 966 do CPC, dentre as quais a obtenção de prova nova (VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável).

Prova nova é aquela que já existia no momento da prolação do julgado rescindendo, mas não foi apresentado oportunamente no processo originário. Em outros termos, o documento não existente quando proferido o decisum rescindendo não possibilita a desconstituição do julgado.

Para que haja possibilidade de provocação do judiciário através da ação rescisória, a prova nova deve ser descoberta "depois da decisão de mérito", ou seja, depois do momento preclusivo no qual a parte poderia usar procedimento ou instrumento jurídico cabível para impugnar

¹⁸ DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro, *Curso de direito processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 18ª edição, pág.583.

¹⁹ DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro, *Curso de direito processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 18ª edição, pág.587.

decisão de mérito como por exemplo Agravo ou Apelação.

Importante destacar, a mudança no texto legal de “sentença” para “decisão de mérito” previsto na antiga redação do artigo 485 do CPC de 1973 para a nova redação do artigo 966 CPC de 2015, sendo que assim houve permissão do legislador para que seja combatida qualquer tipo de decisão de mérito podendo ter natureza interlocutória, sentença/acórdão ou decisão unipessoal de membro de tribunal.

Se ainda era possível à parte juntar prova no processo originário, e não o fez, não caberá à demanda rescisória. O cabimento da ação rescisória somente se dará quando a prova for obtida em momento a partir do qual não se permitia mais juntá-la ao processo objeto da rescindibilidade.

A ação rescisória que tenha fundamento no artigo 966, inciso VII do CPC, ou seja, busque rescindir decisão de mérito utilizando prova nova, somente deve ser admitida, se o demandante da rescisória, quando parte na demanda a ser rescindida, desconhecia a existência da prova ou não pôde fazer uso dela durante o trâmite do processo.

Assim, a prova nova existente deve ser robusta para transformar a conclusão a que se chegou à deliberação rescindenda, devendo para tanto tratar de fatos discutidos e controvertidos na demanda a ser rescindida. Se o fato não foi citado nem parte de controvérsia no processo, não cabe à rescisória. Destarte a isso, a ação rescisória deverá ser protocolada por petição inicial que venha juntada e anexada a prova nova que menciona o referido dispositivo.

Dessa forma, será cabível a rescisória fundada em prova nova com a finalidade de desconstituir qualquer decisão de mérito devendo ser ajuizada no prazo de 2 (dois) anos, contado da data da descoberta da prova nova pelo proponente da ação rescisória observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos da última decisão proferida no processo.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual Direito Processo Civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

DIDIER, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro, Curso de direito processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 18ª edição.

GUILHERME, Luiz. 1.A relativização da Coisa Julgada, na Jurisdição Comum e na Arbitragem, Está Sendo Corretamente Aplicada? – Parte IV In: Autelli, Arlete *et al.* Estudos em Homenagem à Professora Thereza Alvim – Ed. 2020. São Paulo. Acesso em: 01 de Dezembro de 2021.

MARIONI, Luiz Guilherme – Ação Rescisória do Juízo Rescindente ao juízo Rescisório – Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2ª edição

MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 50ª ed. São Paulo. Saraiva. 2019.

PONTES DE MIRANDA. Tratado da ação rescisória. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

RIZZI, Sérgio. Ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

Lei nº 13.105/2015. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

Acordo de não persecução penal como alternativa ao não encarceramento

*Dilson da Silva Martins
Ana Pressília Silva Bandeira*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.21

RESUMO

O presente trabalho, tem como finalidade precípua demonstrar de forma clara a efetiva aplicabilidade do instituto do Acordo de não Persecução Penal, como a grande mola mestra de abreviação de uma pena, e ainda, com viés de Justiça Penal Negociada. O instituto em análise trata-se de uma grande inovação no âmbito da justiça criminal, partindo-se do pressuposto de que o Acordo de Não Persecução Penal é a bem da verdade, “um negócio jurídico entre as partes”, de onde se extrai o consenso de uma alternativa como forma de reparação dos danos causados por um delito cometido. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e de campo, do tipo entrevista, onde, foi possível contato com Delegados de Polícia e Promotores de Justiça que discorreram acerca do assunto. Desta forma, foi possível concluir que o instituto do Acordo de não Persecução Penal é visto por eles como positivo, pois tem resolvido diversos casos ainda nesse momento pré-processual, proporcionando tanto para o acusado como para a sociedade uma celeridade nos casos jamais vista anteriormente.

Palavras-chave: consenso. alternativa. dano. pena. encarceramento.

ABSTRACT

The main purpose of this work is to clearly demonstrate the effective applicability of the Institute of Criminal Non-Persecution, as the great mainspring of abbreviation of a sentence, and also, with a bias of Negotiated Criminal Justice. The institute under analysis is a great innovation in the field of criminal justice, based on the assumption that the Criminal Non-Persecution Agreement is, in fact, "a legal transaction between the parties", from which the consensus of an alternative as a way of repairing the damage caused by a crime committed. In order to do so, we used bibliographic and field research, of the interview type, where it was possible to contact Police Delegates and Prosecutors who spoke about the subject. In this way, it was possible to conclude that the institute of the Criminal Non-Persecution Agreement is seen by them as positive, as it has resolved several cases even at this pre-procedural moment, providing both the accused and society with a speed in cases never seen before.

Keywords: consensus. alternative. damage. feather. incarceration.

INTRODUÇÃO

O Acordo de não Persecução Penal, trata-se de justiça penal negociada a partir do papel desempenhado pelas partes, que no ordenamento jurídico brasileiro dá-se com a oferta de uma alternativa feita ao investigado pelo membro do Ministério Público no âmbito do processo criminal, para que uma possível pena de prisão seja substituída por uma outra alternativa viável para à Administração Pública e para o investigado.

O presente trabalho, tem como intenção demonstrar de forma clara a efetiva aplicabilidade do instituto do Acordo de não Persecução Penal, como a grande mola mestra de abreviação de uma pena, e ainda, com viés de Justiça Penal Negociada.

No âmbito da Comarca de Augustinópolis – TO, Região do Bico do Papagaio Norte do

Estado do Tocantins, o Acordo de não Persecução Penal ganha relevância ao ser muito bem inserido na realidade processual penal da comarca, haja vista, que de acordo com alguns atores desse processo, o instituto fora implementado com resultados bastante positivo.

A celebração do Acordo de não Persecução Penal, se justifica em sua plenitude quando proporciona de forma efetiva uma celeridade ao trâmite processual penal, e sobretudo, desafoga o sistema de justiça e ainda enseja ganhos ao investigado que poderá pagar uma pena alternativa diversa da privativa de liberdade, dentro dos requisitos mínimos de admissibilidade que o referido instituto requer.

Qual o impacto dessa inovação jurídica para à Comarca de Augustinópolis – TO? Pois bem, para além do desafogamento dos processos na Justiça Criminal, da Comarca, se faz necessário pontuar que um outro fator de bastante relevância prática, está na fase de cumprimento da pena, pois, sendo dado ao investigado uma alternativa ao não encarceramento, haverá portanto uma diminuição da superlotação carcerária.

Assim sendo, o objetivo geral do referido trabalho é analisar de forma ampla os efeitos práticos do referido instituto, bem como, a celeridade processual penal, desafogamento de processos na justiça e a diminuição de superlotação carcerária no cumprimento de pena efetivamente.

O presente trabalho, sendo de natureza descritiva, contou com fontes primárias e secundárias, haja vista ter havido a necessidade de discussões presenciais, busca por autores da área e ainda coleta de dados disponíveis em sites de informação, por meio de leitura de doutrinas e consulta de sites especializados, desta forma, trouxe resultados quali-quantitativa, pois, viabilizou o conhecimento de conceitos do instituto assim como também dados da aplicabilidade efetiva do instituto.

Por fim, convém mencionar que este trabalho foi delineado em sua estrutura subdividido em tópicos por capítulos, assim sendo: 1 Introdução 2 Análise doutrinária acerca do Acordo de não Persecução Penal; 3 Dos pressupostos negativos; 4 Parecer da Procuradoria; 5 Audiência de Acordo de Não Persecução Penal na 1ª Vara Criminal de Palmas – TO; 6 Manual de Acordo de não Persecução Penal do Tocantins; 7 Acordo de Não Persecução Penal – Caso concreto no Estado do Tocantins; 8 Resultados e discussões e 9 Conclusão.

ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP) introduzido pela lei 13.964/2019, (Pacote Anticrime) cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, devidamente assistido por seu defensor, que confessa formal e circunstanciadamente à prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em trocado compromisso do parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida (LIMA, 2020).

Já no entendimento de Aury Lopes Júnior (2020, p. 36):

Antes mesmo da vigência da lei, 13.964/2019, (Pacote Anticrime), o Ministério Público possuía 03 (três) opções após a instauração, instrução e conclusão dos inquéritos policiais ou procedimento investigatório institucional, quais sejam: a) denunciar se presentes as condições necessárias para o exercício da ação penal; b) solicitar mais diligências ou c) ordenar o arquivamento.

Todavia, após a vigência da Lei Anticrime o Ministério Público obteve mais uma opção dentre àquelas que já possuía, qual seja, o acordo de não persecução penal. Destarte que, há requisitos objetivos que constituem causas de vedação de celebração do acordo de não persecução penal, que serão aqui analisados, senão vejamos, conforme disposto no art. 28-A, §2º, I, é vedada a possibilidade de celebração de acordo nos casos em que a transação penal for cabível, isso por que o legislador escolheu impossibilitar a aplicação de um mecanismo mais gravoso quando fosse possível a aplicação de um menos gravoso. Sendo assim, a transação penal possui preferência sobre a celebração do acordo de não persecução penal, de modo que se o agente fizer jus ao benefício previsto no art. 76 da Lei, 9.099/1995, não será cabível o ANPP (LIMA, 2020).

Nos termos do art. 28-A§3º, III, do Código de Processo Penal (CPP), que diz respeito a inexistência de acordo anterior, estará vedado o acordo de não persecução penal para àqueles que, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração penal, já tenham sido beneficiados por qualquer um dos acordos penais previstos no ordenamento jurídico, sejam ele transação penal, suspensão condicional do processo ou até mesmo o ANPP. Tal vedação, visa a evitar a banalização do acordo de não persecução penal e destacar a ideia de que a celebração do acordo destina-se, primordialmente, aos acusados primários que tenham praticado um delito pela primeira vez (LIMA, 2020).

Consubstancia-se ainda da atual doutrina: como primeiro limite às condições ajustáveis em um acordo, não são possíveis prestações que atinjam direitos de terceiros ou absolutamente vedados pelo ordenamento jurídico, como àquelas consideradas cruéis, cumpridas por outra pessoa que não o investigado, com castigos físicos e etc. Também não são permitidas prestações que impliquem em violações à valores sociais de modo que deve ser resguardado o núcleo protetivo da dignidade da pessoa humana. Respeitando os direitos acima nem sempre claros, é verdade, podem ser fixadas outras condições ou medidas de interesse social que atenda a tutela do direito subjacente à infração penal praticada, embora seja recomendável a utilização de condições prestacionais semelhantes àquelas penas alternativas já previstas na legislação penal.

Portanto, as condições a que se referem o inciso V podem ser acordadas contanto que não sejam proibidas, não atinjam direitos de terceiros, não violem valores sociais e nem a dignidade da pessoa humana, que o investigado tenha sua consciência e voluntariedade conservadas, que seja amparada pela juridicidade, de forma que sejam levados em consideração os elementos materiais presentes no sistema jurídico em seu aspecto substancial e que implique na restauração do bem jurídico tutelado pela infração penal cometida. Renee do Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower (2020, p.180).

Na visão do eminente processualista, Aury Lopes Júnior: Quando da apreciação do ANPP, o Juiz poderá: (I) homologar o acordo, caso em que os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que promova à execução perante o Juízo competente, qual seja, o Juízo da execução penal, nos termos do §6º, do art.28-A, do CPP, bem como deverá o Juízo, intimar à

vítima da decisão homologada nos termos do §9º do art. 28-A do CPP, (II) devolver os autos ao Ministério Público, na hipótese de entender que as condições pactuadas no ANPP sejam inadequadas, insuficientes ou abusivas, cabendo, nesse caso, ao ministério Público a reformulação do acordo com a concordância do investigado e seu defensor, conforme disposto no §5º do art. 28-A do CPP; ou ainda (III) recusar a homologação do acordo, se entender que esse não atende os requisitos legais ou quando devolvido na hipótese anteriormente mencionada, não houver adequação do referido acordo, de acordo com os disposto no §7º do art.28-A do CPP (LIMA, 2020).

Sobre o descumprimento do Acordo de Não Persecução Penal, e para que haja a rescisão do acordo segundo o entendimento de, Rodrigo Leite Ferreira Cabral: deverá o Ministério Público, postular ao Juiz de Execução a rescisão do acordo, oferecendo, logo em seguida requerendo a devolução dos autos à Vara de Origem para posterior oferecimento de denúncia. (2020, p.181).

No outro sentido à contrário senso, é o entendimento de Renato Brasileiro de Lima, que segue o enunciado nº 28, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, que dispõe: caberá ao Juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar, a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do aordo de não persecução penal. (BRASIL, 2020).

DOS PRESSUPOSTOS NEGATIVOS

Conforme disposto no art. 28-A, §2º, do Código de Processo Penal, só será cabível o Acordo de não Persecução Penal:

I – quando não for o caso de transação penal nos devidos termos do art. 76 da Lei, 9.099/95; II – quando o investigado não for reincidente;

III – quando o investigado já tiver sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento de uma infração a um outro Acordo de Não Persecução Penal;

E por fim, resta terminantemente proibido o ANPP, por força de legislação infraconstitucional, a saber, a Lei, 11.340/06, que dispõe sobre os crimes de violência doméstica e familiar contra à mulher. Subtrai-se ainda desse dispositivo legal sobre o momento da propositura do referido acordo, que subsiste até o oferecimento da denúncia.

Como já dito trata-se de negócio jurídico pre processual, onde, as partes podem transacionar celebrando o acordo ou ambas abrindo mão de seus direitos. Desde que, este acordo seja necessário e suficiente para reprimir o crime, pois, mesmo sendo o Ministério Público o titular da ação penal e tendo portanto discricionariedade para o a propositura do acordo, trata-se de uma discricionariedade regrada, vale dizer, que somente proporá se observados os requisitos as regas de admissibilidade.

Em que pese ainda que, caso haja negativa de propositura do acordo pelo Ministério Público, entendendo o investigado que ostenta os requisitos mínimos de sua admissão, pode requerer ao juiz que seja remetido os autos ao Procurador Geral de Justiça, para que este assim o faça. E somente com a ratificação da netiva na Procuradoria Geral é que efetivamente o acordo

não seria proposto, por outro lado, se a negativa é de homologação pelo Juiz, o entendimento mais pacificado é que estaria se imiscuindo a função do MP e assim quebrando a inércia jurisdicional, em suma, a não postura do acordo pelo MP deverá ser fundamentada das razões pelas quais não o fez, até para que possa ser revisada pelo Procurador Geral de Justiça.

PARECER DA PROCURADORIA DA REPÚBLICA

O ponto nevrálgico deste importante parecer atinente ao Acordo de não Persecução Penal, o parecer enviado ao Supremo Tribunal Federal (STF), pelo eminente Subprocurador-geral da República: Wagner Natal, versou exatamente sobre o momento exato de propositura do acordo pelo Ministério Público.

Pois bem, para o SubProcurador-geral, o Acordo de não Persecução Penal (ANPP) não pode ser firmado após à condenação e portanto deve-se estabelecer o ato de recebimento da denúncia como marco limitador de sua viabilidade. Em que pese ressaltar ainda que, o referido parecer foi em recurso que busca a retroatividade penal benéfica, por entender que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida à denúncia, após a sentença, na fase recursal, e até mesmo depois do trânsito em julgado.

De acordo com o Subprocurador-geral signatário do parecer, este é um entendimento que não deve prevalecer, haja vista que a finalidade deste tipo acordo é evitar que se inicie o processo, motivo pelo qual não se justifica sua composição depois de recebida à denúncia. Ora, se ateuve ainda o Subprocurador-geral em destacar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), é o de que a Lei, 13.964/19 no ponto em que instituiu o ANPP, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida. Senão vejamos, preliminarmente tem natureza processual ao estabelecer a possibilidade de composição entre as partes, para que assim se possa evitar a instauração da ação penal, e de forma secundária, tem natureza material com a previsão de extinção da punibilidade daquele que cumpre os deveres estabelecidos no acordo.

Ainda segundo o entendimento do Subprocurador-geral Wagner Natal no parecer em comento, tanto a Constituição Federal/88, quanto o Código Penal Brasileiro (CPB), preveem a possibilidade de retroatividade penal benéfica no caso de leis penais materiais. Para ele no entanto, o entendimento consolidado no STF é de que, o artigo 28-A do Código de Processo Penal evidencia que a possibilidade de composição, de acordo, se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia. E nesse caso, não é apenas por se referir a investigado (e não réu), ou por que aciona o Juiz das Garantias (que não atua na instrução processual), mas, sobretudo por que a consequência do descumprimento ou da não homologação do acordo é exatamente a inauguração da fase de oferta e recebimento da denúncia.

AUDIÊNCIAS DE ANPP NA 1º VARA CRIMINAL DE PALMAS

Conforme divulgação do Portal do Poder Judiciário do Tocantins, datado de 14 de julho de 2021, no que se refere à efetividade prática do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), dispôs sobre o multirão que segundo os dados, das 19 audiências designadas, 14 foram realizados e 10 acordos firmados com os investigados e ainda com saldo de arrecadação no valor de R\$ 22.950,00.

Para o Juiz: Cledson Dias, titular da 1º Vara Criminal, essas audiências que foram instituídas pela Lei, 13.964/19, (pacote anticrime) que por sua vez acresceu o art. 28-A ao Código de Processo Penal, este que permite aos investigados em crime sem violência ou grave ameaça e com pena mínima não superior a 4 (quatro) anos não serem processados criminalmente, desde que para tanto, cumpram as condições ajustadas com o Ministério Público, titular da ação penal, que podem ser dentre outras: a reparação do dano a vítima ou ainda pagamento de prestação pecuniária em favor de entidade pública e de interesse social ou prestação de serviços comunitários.

Ainda segundo o entendimento do eminente Magistrado, onde afirma que a lei prevê a realização de audiência na qual o juiz irá avaliar a voluntariedade do acordo a partir da oitiva do investigado na presença de seu defensor, e por fim à sua legalidade. Corrobora ainda o titular daquela 1º vara criminal, que é para ele motivo de satisfação o comparecimento dos investigados e ressalta também a importância da tecnologia para a realização das audiências, uma vez que todas as intimações foram feitas por meio de aplicativo de mensagens ou telefone.

Portanto, concluiu o Magistrado asseverando que, em virtude da pandemia foram designadas audiências em inquéritos que constavam os contatos telefônicos dos envolvidos, os quais foram intimados por telefone ou aplicativos de mensagens de acordo com o disposto na Portaria-conjunta nº 11/2021, do Tribunal. Em suma, além de ser um benefício legal aos investigados, o Acordo de não Persecução Penal (ANPP) desafoga o Judiciário e alivia o Sistema Prisional, sem que isso implique em impunidade, haja vista que os beneficiados com as medidas terão de cumprir as condições ajustadas, e caso as descumpram, o Ministério Público poderá ajuizar a ação penal podendo assim serem os investigados condenados criminalmente.

MANUAL DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DO ESTADO DO TOCANTINS

Por intermédio de seu Portal Oficial, o Ministério Público do Estado do Tocantins, publicou no dia 28 de outubro de 2020, o Manual de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), que segundo consta do noticiário, foi elaborado conjuntamente por membros da Corregedoria Geral do Ministério Público (CGMP) e do Centro de Apoio Operacional do Patrimônio Público e Criminal (Caopac) do MPTO.

Desta feita, o promotor corregedor do MPTO, Benedito de Oliveira Guedes Neto, explicou que com o ANPP, os Ministérios Públicos estão se adaptando e se inteirando cada vez mais sobre as condições de aplicabilidade que permitem a realização do acordo e os ritos que envolvem essa formalização.

Assevera ainda o eminente membro do MPTO, que não se tem atualmente tanta doutrina sobre o assunto, então foi através de muito estudo e reflexão e também com análise do que outros ministérios públicos vinham fazendo que se conseguiu chegar ao referido Manual, tentando assim traçar algumas normas que possam nortear os Promotores de Justiça do Tocantins.

Foi também evidenciado o ponto de vista do Promotor de justiça Coordenador do Caopac, Vinícius de Oliveira e Silva, para quem o Manual visa auxiliar os Promotores de Justiça na aplicabilidade desse novo instituto, considerando o papel do Ministério Público na aplicação dos

espaços de consenso dentro do processo penal. Portanto, finalizou em abordar que, a publicação busca abranger as diretrizes gerais e aspectos mais complexos do ANPP, servindo como fonte de consulta prática para os membros sempre respeitando a independência funcional.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – CASO CONCRETO NO ESTADO DO TOCANTINS

Com informações do dia 05 de abril deste ano de 2022, no site de notícias Folha do Bico, foi divulgado um Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) realizado pelo Ministério Público do Tocantins (MPTO), relativo a ação de improbidade com 3 (três) empresas administradoras do fundo de investimentos Viaja Brasil Private Equity, que buscou a reposição de aproximadamente R\$ 13 (treze) milhões ao Instituto de Gestão Previdenciária do Tocantins (Igeprev) a partir do ressarcimento de perdas decorrentes de investimentos realizados indevidamente com recursos previdenciários.

De acordo com as cláusulas do acordo celebrado, 60 imóveis situados nos Estados de Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Paraná e Goiás, com valor de mercado avaliado em R\$ 13.022,000,00 que deveriam ser transferidos ao Estado do Tocantins sob a administração do Igeprev, que, foi assinado em 22 de julho de 2021 em que foi finalizado a fase de escolha e avaliação de valor dos imóveis.

Concomitantemente, foi divulgado também no Diário Oficial do MPTO a publicação da decisão de conclusão do procedimento pela 1ª Procuradoria de Justiça, ato contínuo, o acordo seguiu para homologação do Tribunal de Justiça (TJTO) condição que garantiria a formação de título judicial para execução e ressarcimento do recurso público.

Ao final do procedimento, concedeu-se o prazo de 30 (trinta) dias para a transferência da titularidade dos imóveis para à administração pública.

Importante ressaltar que, o referido acordo foi proposto de forma voluntária pelas empresas Máxima S/A Corretora de Câmbio, Títulos e Valores imobiliários (atual Master S/A Corretora de Câmbio Título e Valores Imobiliários) Máxima Patrimonial LTDA e Banco Máxima S/A (atualmente denominado Banco Master S/A), as tratativas do acordo tiveram a participação tanto da Procuradoria-geral do Estado quanto do próprio Igeprev.

Do Ministério Público, participou do processo de elaboração do acordo a Procuradora de Justiça Leila da Costa Vilela Magalhães, e em sua avaliação, o resultado é extremamente positivo tanto para a administração pública quanto para os servidores e os inativos do Estado, em razão do volume de recursos que deveriam voltar para o fundo previdenciário, afirmou a Procuradora, que conseguiu-se assegurar a recomposição integral do valor do dano ao erário, causado à época dos investimentos.

Por outro lado, o Presidente do Igeprev, Sharlles Fernando Bezerra Lima, assegurou que o acordo teve grande importância para o Igeprev, pois este tratava-se de um investimento que não teria mais retorno e que o fundo Viaja Brasil já não fazia parte da carteira de investimento do instituto, porém, a ação proposta pelo Ministério Público possibilitou a recuperação do valor investido. E por fim, concluiu parabenizando a todos que participaram do processo e que o ganho é de todos os envolvidos.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Acordos de não persecução penal em uma cidade localizada na Região do Bico do Papagaio

No gabinete de uma das Delegacias de Polícia Civil do Tocantins (PC-TO), onde se encontrava o seu titular o Delegado de Polícia Civil Tocantins, J. W., que em resposta de contribuição à pesquisa para este artigo sobre o acordo de não persecução penal, ponderou o seguinte:

Que apesar de a partir do relatório dos inquéritos policiais, a Autoridade Policial não mais ter total ciência das fases seguintes, alguns deles, foram sim enviados com pressupostos legais de admissibilidade do acordo de não persecução penal, que para tanto, cuidou a Autoridade de sugerir ao Titular da Aço, vale dizer, ao Membro do Ministério Público da Comarca, à sua deliberação no sentido de celebrar o referido acordo, no que foi atendido a partir da análise ministerial.

Ainda segundo o titular desta Delegacia de Polícia Civil da região, a justiça penal negociada por intermédio do acordo de não persecução penal, tem uma conotação bastante positiva em sua avaliação, pois, até mesmo à título de exemplo prático, consignou que a maior parte da mobília daquela Delegacia de Polícia, fora adquirida por intermédio de recursos angariados através do acordo de não persecução penal ora celebrado naquela comarca.

Portanto, concluiu à autoridade, que o instituto do acordo de não persecução penal, em seu sentido amplo, trouxe benefícios bastante eficazes tanto para o investigado nos casos em que se admite, quanto para à Administração Pública, haja vista, que além de desafogar o Judiciário ainda refletia no sistema prisional no sentido de diminuir à superlotação carcerária.

Em continuidade a esta pesquisa, desta feita, na sede de uma das Promotorias de Justiça da Região do Bico do Papagaio, com informações obtidas do membro do Ministério Público do Tocantins, o Promotor de Justiça: titular de uma dessas promotorias situadas na região. Que, os dados por si só já demonstram à significativa importância deste instituto no âmbito do processo penal.

E como parâmetro para a afirmativa supracitada, foi apresentada planilha que ilustra de forma concreta a efetividade do acordo de não persecução penal na prática celebrados na região. Pois, de janeiro de 2021 à maio de 2022, foram celebrados 44 acordos conforme o demonstrativo em um intercílio de 18 meses, o que equivale a uma média de 02 acordos por mês, portanto, o saldo positivo para à Administração da Justiça Criminal e para o investigado.

TERMO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL		
nº	Data	Autos
01	27/01/2021	0003019-10.2020.8.27.2710
02	22/02/2021	0004222-07.2020.8.27.2710
03	26/05/2021	0002443-51.2019.8.27.2710
04	10/06/2021	0005794-95.2020.8.27.2710
05	15/06/2021	5001394-94.2013.8.27.2710
06	23/06/2021	0001975-24.2018.8.27.2710
07	06/07/2022	0000517-64.2021.8.27.2710
08	23/06/2021	0001454-50.2016.8.27.2710

09	12/08/2021	000726-38.2018.8.27.2710
10	1º/09/2021	5001622-06.2012.8.27.2710
11	13/10/2021	0002180-48.2021.8.27.2710
12	13/10/2021	0003808-09.2020.8.27.2710
13	20/10/2021	0005100-68.2016.8.27.2710
14	18/11/2021	0005421-98.2019.8.27.2710
15	1º/12/2021	0006339-05.2019.8.27.2710
16	1º/12/2021	0004377-49.2016.8.27.2710
17	1º/12/2021	0005237-45.2019.8.27.2710
18	02/12/2021	0002778-75.2016.8.27.2710
19	06/12/2021	0002428-53.2017.8.27.2710
20	06/12/2021	0000655-02.2019.8.27.2710
21	15/12/2021	0004614-49.2017.8.27.2710
22	17/12/2021	0002284-11.2019.8.27.2710
24	04/02/2022	0000703-92.2018.8.27.2710
23	09/02/2022	0003123-36.2019.8.27.2710
24	16/02/2022	0003136-69.2018.8.27.2710
25	16/02/2022	0003980-48.2020.8.27.2710
26	23/02/2022	0005108-06.2020.8.27.2710
27	23/02/2022	0002236-18.2020.8.27.2710
28	24/02/2022	0005880-03.2019.8.27.2710
29	16/03/2022	0004183-44.2019.8.27.2710 - AP
30	16/03/2022	0000600-85.2018.8.27.2710 - AP
31	21/03/2021	0002832.36.2019.8.27.2710 - AP
32	23/03/2022	0000278-02.2017.8.27.2710 - AP
33	23/03/2022	0003701-28.2021.8.27.2710 - IP
34	30/03/2022	0005880-03.2019.8.27.2710 - IP
35	19/04/2022	0002865-55.2021.8.27.2710
36	19/04/2022	0005999-27.2020.8.27.2710
37	20/04/2022	0003500-41.2018.8.27.2710
38	20/04/2022	0002874-17.2021.8.27.2710
39	20/04/2022	0002874-17.2021.8.27.2710
40	20/04/2022	0001784-18-2.014.8.27.2710
41	11/05/2022	0003476-08.2021.8.27.2710 IP
42	11/05/2022	0002795-43.2018.8.27.2710
43	11/05/2022	0003496-04.2018.8.27.2710 IP
44	11/05/2022	0000329-37.2022.8.27.2710 IP

Restou inequivocamente comprovado através dos levantamentos feitos juntos a uma das Promotorias de Justiça da Região do Bico do Papagaio, a importância do Acordo de não Persecução Penal.

E o que ilustra bem essa realidade processual na região, são os próprios dados coletados no órgão ministerial, a saber, de acordo com os dados, de 27 de janeiro de 2021 a 11 de maio de 2022, foram celebrados 44 acordos de não persecução penal em um interstício de 15 meses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como finalidade precípua, demonstrar de uma forma bem concreta e positiva à aplicabilidade do instituto do Acordo de não Persecução Penal na Região do bico do Papagaio.

Que para tanto, contou com debates no âmbito dos órgãos incumbidos da persecução penal e seus respectivos atores, que, de forma categórica foram unânimes em afirmar o quão é importante o instituto processual penal na região, haja vista, que os ganhos não se restringem apenas ao investigado, mas, também à administração da justiça criminal como um todo.

Desta forma, é salutar dizer que o acordo de não persecução penal, é uma inovação processual penal, que trouxe em seu bojo uma normatividade benéfica, aos investigados, à administração da justiça criminal e por fim ao sistema carcerário, dentro dos requisitos que são exigidos no próprio diploma legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.964/19. Brasília-DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília-DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Código de Processo Penal. Lei 3.689. Brasília-DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Código de processo penal. – Brasília-DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processo Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DOWER, Patrícia Eleutério Campos; SOUZA, Renee do Ó. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

Organizadora

Fernanda Miler Lima Pinto

Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui especialização em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA.

Índice Remissivo

A

acusações 179, 185, 186

alienação 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 228, 229, 230

Alienação parental 215, 230

Ambiental 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 24, 25, 26, 27

ampla defesa 200, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214

C

código de defesa 76

competências 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 41, 42

conflitos 137, 138, 139, 142, 143, 144, 147, 148, 149

consignados 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 88

constitucionalidade 200, 201, 202, 211, 212

contraditório 200, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214

crimes 90, 121, 122, 123, 124, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273

D

defesas 179

desafios 11, 179

direito penal 7, 12, 107, 108, 117, 118, 119

direitos 6, 60, 61, 64, 65, 74

divórcio 9, 12, 216, 222, 223, 226

dolo eventual 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135

E

empréstimos 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 88

encarceramento 302, 303, 304

envelhecimento 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199

ética 60, 61, 62, 64, 67, 70, 71, 73, 74, 75

F

formação 11, 12, 250, 251, 252, 254, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264

G

gênero 191, 192, 193, 194, 195, 196, 199

H

hipervulnerabilidade 77, 79, 86, 88, 90

I

idosos 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 87, 88

indenização 164, 165, 175, 177, 178

indígena 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163

inimigo 107, 108, 109, 116, 117, 118, 119

inovações 13, 19

J

jurídica 8, 12, 250, 251, 252, 257, 258, 259, 260, 261, 264

L

Lei Complementar 13, 15, 16, 17, 18, 25, 27

Lei Federal 13, 14, 15, 19, 20, 21, 26, 27

M

moral 164, 165, 175

N

normas jurídicas 92, 93, 94, 98, 101, 102

P

pacote anticrime 232, 233, 235, 236, 237, 240, 246, 248

persecução 302, 304, 305, 306, 310, 311, 312

policial 8, 12, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208,
210, 211, 212, 213, 214

política 265, 266, 267, 268, 270, 272, 273

prevenção 215, 217

princípios 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102,
103, 104, 105

psicólogo 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39,
40, 41, 43

S

segurança 5, 7, 12, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271,
272

sistema 4, 6, 7, 12, 231, 232, 233, 234, 237, 238, 239,
240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 248

T

trânsito 121, 122, 123, 124, 129, 130, 131, 133, 134, 135

Tribunal Penal Internacional 179, 180, 181, 183, 185,
186, 188, 189, 190

tutela 76, 77, 79, 81, 86

V

Vara da Infância 28, 29, 35, 38, 41

