



REVISTA

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

REVISTA

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

ISSN 1806-2598



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador-Geral de Justiça : José Rony Silva Almeida

Corregedor-Geral : Carlos Augusto Alcântara Machado

Coordenadora-Geral: Ana Christina Souza Brandi

Ouvidora: Maria Conceição de Figueiredo Rollemberg

Colégio de Procuradores

José Rony Silva Almeida – *Presidente*

Moacyr Soares da Mota

José Carlos de Oliveira Filho

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

Rodomarques Nascimento

Luiz Valter Ribeiro Rosário

Josenias França do Nascimento

Ana Christina Souza Brandi

Celso Luís Dória Leó

Maria Conceição de Figueiredo Rollemberg

Carlos Augusto Alcântara Machado

Ernesto Anízio Azevedo Melo

Jorge Murilo Seixas de Santana – *Secretário*

Paulo Lima de Santana

Eduardo Barreto d'Ávila Fontes

Conselho Superior do Ministério Público

José Rony Silva Almeida

Ana Christina Souza Brandi

Paulo Lima de Santana

Eduardo Barreto d'Ávila Fontes

Secretário-Geral do MPSE: Manoel Cabral Machado Neto

Assessor-Chefe do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça: Eduardo Barreto d'Ávila Fontes

Assessor da Corregedoria Geral: Augusto César Leite de Resende

Assessor da Corregedoria Geral: Etélio de Carvalho Prado Júnior

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

Diretor -Geral: Newton Silveira Dias Junior

Conselho Administrativo

Jorge Murilo Seixas de Santana

Eduardo Barreto d'Ávila Fontes

Newton Silveira Dias Junior

Coordenador De Ensino: Sandro Luiz da Costa

Coordenador De Ensino: Luã Silva Santos

Chefe de Gabinete: Fernanda Silva Costa

Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, nº 29
Aracaju (2017): Ministério Público do Estado de Sergipe, 1991

ISSN 1806-2598

1. Direito - Periódicos. I. Sergipe. Ministério Público.
(060.1/8)

CDU. 34 (05)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

AV. CONSELHEIRO CARLOS ALBERTO SAMPAIO, 505 - CENTRO ADMINISTRATIVO GOV. AUGUSTO FRANCO

Bairro: CAPUCHO

ARACAJU - SERGIPE - CEP: 49081-000 - Tel:79-3209-2400

Site: www.mpse.mp.br

E-mail: ouvidoria@mpse.mp.br

CENTROS DE APOIO OPERACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Centro de Apoio Operacional de Segurança Pública

Promotor de Justiça Leydson Gadelha Moreira

Centro de Apoio Operacional da Infância e da Adolescência

Promotora de Justiça Miriam Teresa Cardoso Machado

Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Tributária

Procurador de Justiça Jarbas Adelino Santos Júnior

Centro de Apoio Operacional de Defesa dos Direitos Humanos

Promotora de Justiça Berenice Andrade de Melo

Centro de Apoio Operacional de Proteção ao Rio São Francisco e às Nascentes

Promotora de Justiça Allana Rachel Monteiro Batista Soares Costa

Centro de Apoio Operacional dos Direitos à Educação

Promotor de Justiça Alexandro Sampaio Santana

Centro de Apoio Operacional dos Direitos à Saúde

Promotor de Justiça Fábio Viegas Mendonça de Araújo

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural

Promotor de Justiça Carlos Henrique Siqueira Ribeiro

Centro de Apoio Operacional do Terceiro Setor

Promotora de Justiça Ana Paula Machado Costa Meneses

Centro de Apoio Operacional dos Direitos da Mulher

Promotora de Justiça Gicele Mara Cavalcante D'Ávila Fontes

Centro de Apoio Operacional às Atividades Cíveis e Criminais

Promotor de Justiça Adson Alberto Cardoso de Carvalho

Coordenadoria Recursal

Procurador de Justiça José Carlos de Oliveira Filho

Promotor de Justiça Paulo José Francisco Alves Filho

Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (GAECO)

Promotor de Justiça Bruno Melo Moura

Gabinete de Segurança Institucional

Promotor de Justiça Luiz Alberto Moura Araújo

Coordenadoria de Documentação e de Memória do Ministério Público do Estado de Sergipe

Promotor de Justiça Aldo Souza Aragão

Coordenadoria de Promoção da Igualdade Étnico-Racial

Promotor de Justiça Luís Fausto Dias de Valois Santos

Coordenadoria Permanente de Incentivo à Autocomposição

Procuradora de Justiça Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg (Coordenadora)

Procurador de Justiça Josenias França do Nascimento

Promotor de Justiça Gilton Feitosa Conceição

Promotora de Justiça Mirian Teresa Cardoso Machado

Promotor de Justiça Newton Silveira Dias Júnior

Promotor de Justiça Etélio de Carvalho Prado Júnior

Coordenadoria de Apoio aos Promotores Eleitorais

Promotor de Justiça Peterson Almeida Barbosa

Coordenadoria de Documentação e de Memória do Ministério Público do Estado de Sergipe

Promotor de Justiça Aldo Souza Aragão

CONSELHO EDITORIAL

Newton Silveira Dias Junior (Editor)
Luís Cláudio Almeida Santos
Verônica de Oliveira Lazar
Manoel Cabral Machado Neto
Sandro Luiz da Costa

CRÉDITOS

FOTOS

Celene Socorro de Moraes Oliveira
Mônica Barbosa Lima Ribeiro
Luiz Tadeu Costa Maynard
Leonardo Fraga Cardoso Junior

MATÉRIAS

Géssica Santos Souza Cabral
Mônica Barbosa Lima Ribeiro
Leonardo Fraga Cardoso Junior (Estagiário)

REVISÃO

Newton Silveira Dias Junior
Luã Silva Santos
Fernanda Silva Costa

EQUIPE TÉCNICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

Conceição Fontes Felix Costa
Fernanda Silva Costa
Jaqueline Baptista de Almeida
João Ricardo Andrade Côrtes
Luã Silva Santos
Luiz Tadeu Costa Maynard
Mariana Batista Costa Araújo
Oleânia Menezes Souza
Renata Moreira Sandes Guerra

ESTAGIÁRIOS DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

Leonardo Fraga Cardoso Junior

FOTO DA CAPA

Mateus Pereira

DESIGN, DIAGRAMAÇÃO, ILUSTRAÇÃO E PRODUÇÃO GRÁFICA

Vanderley Rodrigues
Roberta Rocha Déda Chagas
Kássia Jamiller Nascimento Silva (Estagiária de Design)
Luigi Rafael Oliveira Devides (Estagiário de Design)
Rafael Ramos Pereira (Estagiário de Design)



Newton Silveira Dias Junior

Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe

Em Fedro (370 a.C.), Platão narra, dentre outros, um diálogo entre o próprio Fedro e Sócrates, no qual este manifesta sua visão negativa sobre uma nova ferramenta de comunicação: a escrita. Numa Grécia em que o conhecimento ainda era, em sua maioria, não apenas transmitido, mas criado mesmo através do debate oral, Fedro, para uma das discussões travadas com Sócrates, traz consigo um pergaminho, de cujo conteúdo se valeria para invocar seu discurso. Sócrates, então, grande entusiasta da oralidade, reage a essa nova ferramenta valendo-se do mito de Theuth, deus egípcio que, dentre outras invenções nos campos da aritmética, geometria, astronomia, apresenta ao Rei do Egito, Thamus, a invenção da escrita, à qual o rei teria objetado: *"Tu inventaste um elixir da lembrança, e não da memória, e tu ofereces aos teus discípulos uma aparência de sabedoria, não verdadeira sabedoria, pois se tornarão muito informados, sem instrução, e terão, assim, a aparência de que sabem de várias coisas quando na verdade são, na maior parte, ignorantes e difíceis de conviver, já que não são sábios, mas apenas aparentam ser."*

É provável que, se vivesse por mais tempo, Sócrates depois reconhecesse: "Desculpe, meu velho. O negócio é melhor do que eu imaginava."

Reações negativas a novas ferramentas estão longe de serem fenômeno típico de uma sociedade industrial, tecnológica, digital ou seja lá qual for o adjetivo que se lhe queira atribuir. Foi assim desde a escrita, foi assim com a invenção, bem mais tarde, da prensa. E também houve resistência quando se adicionaram letras às músicas. Sim, como sabemos, Bach nem sonhava que a um dos seus prelúdios fosse sobreposta a letra conhecida como "Ave Maria".

No âmbito do nosso Ministério Público, sob a administração do Procurador-Geral de Justiça Dr. José Rony Silva Almeida, o ano de 2017 foi marcado, dentre outras realizações, pela implementação, ainda incipiente, mas nem por isso menos vigorosa, do Centro de Educação a Distância. Não se trata, desnecessário até dizer, de nenhuma ferramenta nova, mas institucionalmente falando, sim. Membros e servidores já têm acesso a capacitações, em seus mais diversos formatos, em cursos já existentes em nossa plataforma, que podem ser feitos a qualquer tempo, de qualquer lugar. Também há a possibilidade de acompanhá-los em tempo real, seja mediante vídeo-transmissão de aulas que estão sendo ministradas de outros locais, seja mediante transmissões dos nossos próprios eventos, que podem ser acompanhados no momento em que estão acontecendo, bastando, para isso, ter um aparelho com acesso à internet, do conforto de sua casa ou do seu gabinete.

Para além do romantismo do "olho no olho", os eventos presenciais continuam e continuarão sendo fundamentais, porque, acima de tudo, humanizam qualquer instituição, garantem troca de experiências, de afetos e afeições que nenhuma plataforma de ensino a distância conseguirá suprir. As formas de educação a distância constituem, portanto, mais uma ferramenta de aprendizado e de troca de experiência que, de forma alguma, deve implicar o desprestígio de formas mais tradicionais. A intenção é somar, nunca subtrair.

Outra transformação em curso atinge também o folheio (e o floreio) de publicações científicas impressas, que tendem cada vez mais a rarear. A migração dos periódicos para a modalidade (somente) eletrônica é sinal emblemático de que vêm perdendo a batalha o romantismo do papel e a tentação da publicidade interinstitucional. Esta, inclusive, a um custo não desprezível, equivale a algo semelhante a presentear o outro com o álbum de casamento de si próprio. É salutar que essa autocrítica seja feita, que não se fuja da responsabilidade de se questionar a existência mesma das coisas, e reconhecer que novas ferramentas possam ser buscadas.

A preocupação deve ser menos com a estética do que com o conteúdo; menos com a toalha ou as flores que ornem mesas de eventos, e mais com o conteúdo das falas dos seus protagonistas. Talvez seja o caso de cantar, subvertendo a letra de Sérgio Bittencourt: *"Naquela mesa não estão faltando elas"*.



José Rony Silva Almeida

Procurador-Geral de Justiça de Sergipe

É graduado pela Universidade Federal de Sergipe. Ingressou no Ministério Público de Sergipe em 1992. Iniciou sua carreira de Promotor de Justiça no município de Porto da Folha. Depois atuou nas Promotorias de Justiça de Cristinápolis, Maruim, Estância, atuou, ainda, na Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri e da Saúde, ambas em Aracaju. Foi Presidente da Associação Sergipana do Ministério Público – ASMP por quatro anos, Secretário-Geral do MP também por quatro anos e é, atualmente, Presidente do Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH.

O Senhor menciona nos relatórios de Gestão de 2016 e 2017 o impacto que a crise econômica que assola o País teve na atuação do MP. Apesar disso, a gestão do Senhor foi capaz de realizar diversos investimentos importantes. Como isso foi possível?

Dr. Rony – O orçamento do Ministério Público de Sergipe cresceu pouco mais de 5%, mas as demandas da Instituição cresceram muito mais que isso. Foi possível graças a uma política de austeridade constante desde o início da gestão, e a gente conseguiu direcionar todos os recursos orçamentários para a atividade-fim. Isso possibilitou vários avanços e posso citar a instalação do laboratório de análise bancárias – importante e relevante para o combate à corrupção e improbidade administrativa, funcionando a pleno vapor com grandes investigações. Também conseguimos grandes investimentos, arrecadando mais de 5 milhões de reais, através de convênios com o Banese e o Ministério da Justiça. Nós procuramos direcionar todos esses recursos para atender principalmente à atividade-fim e esse foi o mote do plano de gestão. Temos também o Gaeco (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado), que foi extremamente qualificado. Outra grande conquista foi a estruturação do Gabinete de Segurança Institucional, incumbido da proteção aos promotores de justiça e servidores. Para tanto foram adquiridos novos veículos, sistema interligado de rádios, e ainda foi disponibilizado um policial para cada unidade ministerial, de modo a garantir a segurança para que o promotor e o servidor possam trabalhar efetivamente pela sociedade sem arriscar as suas vidas.

O Senhor concentrou maior parte das ações da sua gestão na “atividade-fim”. Por que o Senhor considera tão importante focar nessa área de atuação?

Dr. Rony – É a atividade-fim que qualifica o Ministério Público. O que a sociedade espera do MP é que a Instituição atenda às demandas nas áreas da educação,

saúde, segurança pública, meio ambiente etc. A gente qualifica o Ministério Público atendendo bem à sociedade e respondendo à população no atendimento desses direitos fundamentais que estão previstos na Constituição. Para isso, a gente precisa que o promotor de justiça tenha estrutura, com computadores de última geração, local de trabalho e equipamentos adequados, livros à disposição, e uma Escola Superior que qualifica membros e servidores, como a que temos. Outro aspecto importante dessa valorização é a manutenção da remuneração em um padrão aceitável, o que, apesar da crise, fizemos também nesses anos de gestão. Enfim, nós tentamos preparar toda a estrutura da atividade-meio para atender principalmente à atividade-fim, que é o que a sociedade espera do Ministério Público: que a Instituição atenda e garanta esses direitos fundamentais a todos.

Diversas inovações normativas foram introduzidas durante a gestão do Senhor. Quais considera como mais importantes?

Dr. Rony – Eu vou citar algumas resoluções, como a criação da Coordenadoria de Igualdade Racial, a Coordenadoria Eleitoral e a Coapaz, que foram atos normativos importantíssimos e hoje essas Coordenadorias fazem a diferença no atendimento à comunidade. Também mudamos todo o arcabouço legislativo da Escola Superior, podendo remunerar os professores que vêm ministrar aula aqui na casa. Atribuímos também aos colegas que participam do curso uma premiação nos processos de remoção ou promoção por merecimento. Enfim, mudamos todo o arcabouço legal da ESMP, e estamos em curso ainda com toda alteração da Lei Orgânica do Ministério Público. Essa alteração é fruto de um trabalho maravilhoso de uma comissão constituída por procuradores de justiça e que hoje está no gabinete da procuradoria-geral para apresentar as medidas da procuradoria. Assim teremos praticamente toda uma legislação nova ainda esse ano.

O combate à corrupção foi um mote da atuação do Ministério Público durante a Gestão do Senhor. Quais os resultados alcançados até o momento pela Instituição? Há algo que considera que ainda deve ser feito?

Dr. Rony – Eu já citei o laboratório de análises bancárias e o Gaeco, que estão apoiando os promotores em todas as investigações relevantes que são feitas no interior do estado. Estamos fornecendo, na medida do possível, todo o apoio para que as promotorias investiguem e combatam à corrupção. Esse é apenas o começo de um grande trabalho que seguirá por outras gestões, porque o Ministério Público tem que ser tratado como Instituição. Não se trata de pessoas nas funções, mas de institucionalizar todas as nossas ações. O resultado é visto pela imprensa e aí podemos citar a operação “Antidesmonte”, o caso das subvenções, a Operação “Caça-Fantasmas”, que são grandes operações noticiadas, e que contaram com todo o apoio da Instituição, e também do nosso laboratório de análise bancárias e do Gaeco”.

A gestão do Senhor trouxe alguns avanços importantes para a Instituição em relação às inovações tecnológicas, e foram realizados investimentos significativos no setor de informática. Em 2016, por exemplo, foram investidos mais de 2 milhões de reais. O Senhor é um entusiasta da utilização das novas tecnologias ou acredita que é um “caminho natural” a ser seguido pela Instituição?

Dr. Rony – É o caminho natural de todas as Instituições de um país que queira se tornar referência no mundo. Eu também sou entusiasta porque torna célere o resultado das medidas que o Ministério Público adota. O Centro de Educação a Distância foi fruto desse trabalho de investimento em tecnologia, assim como a implementação do GED – Gerenciador Eletrônico de Documentos - acabamos com utilização de milhares de papéis que deixam de circular no MP. Nós não tínhamos o controle e a gente não sabia o resultado dos requerimentos e hoje gerenciamos tudo de forma eletrônica. Estamos trabalhando em mais projetos e esperamos finalizar até o final da gestão. Um deles é o de virtualizar os processos administrativos - inquéritos civis - que vêm para o Conselho Superior. Também tem a interligação e interoperabilidade total com o Tribunal de Justiça, outro fator que vai muito contribuir para a celeridade. Implantamos também a assinatura eletrônica, de forma que todos os membros hoje possuem uma assinatura digital, garantindo a segurança das informações e a celeridade.

Apesar do período de crise e cortes de gastos em algumas áreas, a gestão do Senhor preservou a importância do investimento na capacitação dos membros e servidores. Tanto é que em maio desse ano, a ESMP superou a carga-horária de capacitação de todo o ano de 2017, que já foi um dos mais expressivos nesse quesito.

Quais os reflexos desse ritmo de trabalho que o Senhor observa na Instituição?

Dr. Rony – A gestão da Escola foi muito bem cumprida. Tivemos a felicidade de escolher o Doutor Newton para ser o Diretor da Escola Superior e aí fizemos um planejamento ao longo do ano para que a ESMP atendesse ao que temos de mais relevante para a Instituição e a sociedade. Então atendemos a todos os Centros de Apoio, aos promotores de justiça que deram sugestões de temas abordados e tudo tratado a nível de MP. Trouxemos para a Instituição capacitação em direito eleitoral, debate sobre combate ao racismo, a Coapaz, combate à improbidade, matéria criminal, sobre perícia criminal. E o trabalho é frenético mesmo, porque quase toda segunda-feira, quase toda semana temos eventos na ESMP. Espero que até o final da gestão possamos continuar a fazer muito mais. Quero agradecer ao esforço de toda a escola do MP, toda a estrutura da Instituição que compreendeu que qualificar membros e servidores é atender melhor cada vez mais a sociedade.

Ainda no primeiro relatório de gestão publicado durante a administração do Senhor, já foi destacada a evolução da atuação da Instituição, através das procuradorias e promotorias de justiça, CAOPs e do desenvolvimento de alguns projetos externos. Dois anos depois, gostaria que o Senhor falasse qual o grande legado que você considera que a sua gestão deixará para a Instituição e o que espera da atuação do MP e dos membros nos próximos anos?

Eu não gosto de falar em legado, porque parece que o que fizemos foi coisa de outro mundo. O que eu disse quando tomei posse é que cada gestão, cada Procurador-Geral, coloca um tijolinho na construção da Instituição. Colocamos o nosso, e esperamos que coloquem cada vez mais tijolinhos. Como resultado significativo, podemos ver que a sociedade cada vez mais acredita no MP. Acredita nos seus membros, nos seus servidores, temos dado respostas objetivas, pragmáticas, impessoais e sempre querendo o bem do interesse público. Sempre queremos atender às necessidades da população. E quero que a Instituição continue nessa pegada firme, respeitando sempre a honra e a imagem das pessoas, dos investigados e de todas as pessoas que chegam aqui e que precisam do Ministério Público. Que a gente respeite a Constituição Federal e continue fazendo aquilo que nós tentamos fazer nesses três anos.

O Senhor gostaria de fazer alguma consideração final?

Gostaria de registrar o meu agradecimento aos membros e servidores, e a honra de estar servindo como Procurador-Geral. Foi um trabalho extremamente gratificante, cansativo, com renúncias pessoais, mas quando você se dispõe a fazer algo que você ama fazer, você tenta fazer da melhor forma possível.

CORPO DOCENTE DA ESPM

Conforme Portarias n.º 3.763 e 4.140 de 2017

Carlos Augusto Alcântara Machado – Direito Constitucional

Augusto César Leite de Resende – Direito Constitucional

Henrique Ribeiro Cardoso – Direito Administrativo

Orlando Rochadel Moreira – Direito Administrativo

Luis Cláudio Almeida Santos – Direito Penal

Newton Silveira Dias Junior – Direito Penal

Rogério Ferreira da Silva – Direito Penal

Alexandre Albagli Oliveira – Direito Processual Penal

Deijaniro Jonas Filho – Direito Processual Penal

Rivaldo Frias dos Santos Junior – Direito Processual Penal

Sandro Luiz da Costa – Direito Civil

Daniel Carneiro Duarte – Direito Processual Civil e Práticas Autocompositivas

Manoel Cabral Machado Neto – Direito Processual Civil e Práticas Autocompositivas

Eduardo Lima de Matos – Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Cecília Nogueira Guimarães Barreto – Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Ana Paula Machado Costa Meneses – Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Alex Maia Esmeraldo de Oliveira – Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Edyleno Italo Santos Sodré – Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

SUMÁRIO

ARTIGOS

ADMINISTRATIVO

CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A AUSÊNCIA DE REGISTRO NA DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO	12
---	----

Joel Diego Santos Moreira

MÁ-GESTÃO: 25 ANOS DA LEI 8429/92 E SUA ATEMPORALIDADE NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM PARALELO AOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE	15
---	----

Juliana Santos Góis

CIVIL

TRANSEXUALIDADE: A ALTERAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO NO REGISTRO CIVIL	28
--	----

Mariana Melo Góis Lebre

CONSTITUCIONAL

A FIGURA DO <i>JUS POSTULANDI</i> NO DIREITO CONSTITUCIONAL: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À ANÁLISE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	42
--	----

José Henrique Araújo dos Santos

A INTERPRETAÇÃO DADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RECLAMAÇÃO 24.686/RJ À EXPRESSÃO INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS	51
--	----

Jouberto Uchôa de Mendonça Neto

O ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE À EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	59
--	----

Mariana Andrade Barbosa

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL	69
---	----

Rubens Danilo Soares da Cunha

DIFUSOS

A DEFESA DO CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA EM SITES DE COMPRA COLETIVA	81
--	----

Nathazia de Almeida Reis Costa

CARACTERÍSTICAS DA POPULAÇÃO ATENDIDA NOS SERVIÇOS DE ACOlhIMENTO INSTITUCIONAL NO TERRITÓRIO DA GRANDE ARACAJU, SERGIPE/BRASIL	91
---	----

Priscila Cardoso dos Santos

ELEITORAL

REFORMA POLÍTICA E SISTEMA ELEITORAL DISTRITAL	103
Bruna Karoline Alves Ribeiro	

INSTITUCIONAL

A IMPORTÂNCIA DO HUMANISMO INTEGRAL NA CONCEPÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS	112
Thiago Passos Tavares	

PENAL

REFLEXÕES SOBRE O DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	121
Erick Juliano dos Santos Ferreira	

PROCESSO CIVIL

ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PC EM RELAÇÃO À ATUAÇÃO DO MP COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA (<i>CUSTOS JURIS</i>) NAS AÇÕES DE FAMÍLIA	131
Fábia Priscilla de Araújo Costa	

REFLEXÕES ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DE CUNHO INDENIZATÓRIO NO CENÁRIO BRASILEIRO	141
Guilherme Augusto Melo Batalha de Góis	

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	148
Ketlyn de Santana Nascimento	

PROCESSO PENAL

INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA: CERCEAMENTO (I) LEGAL DA LIBERDADE <i>VERSUS</i> MEDIDA DE PROTEÇÃO SOCIAL.....	156
Jéssica de Jesus Almeida	

MATERNIDADE NO CÁRCERE: A REALIDADE INTRAMUROS	167
Júlia Meneses da Cunha Ramos	

A EFICÁCIA IMEDIATA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA JUSTIFICADA PELO CARÁTER DEMOCRÁTICO DO JÚRI	178
Rafael Schwez Kurkowski	

Amostra de Eventos Científicos da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe 2017	185
---	-----

Outras Realizações da ESMP/SE.....	198
------------------------------------	-----

Normas para Publicação	199
------------------------------	-----



ARTIGOS



CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A AUSÊNCIA DE REGISTRO NA DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO

Joel Diego Santos Moreira

Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, Advogado e Membro da Comissão de Promoção Cultura da OAB/SE



1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho abordará a necessidade e a ausência da exigência quanto ao registro profissional de artistas na Delegacia Regional do Trabalho, quando das contratações dos mesmos pela Administração Pública, registro esse indispensável para o livre e regular exercício da profissão.

Embora o tema não seja atual na perspectiva da lei que regulamenta a profissão, sendo a mesma de 1978, esse é atual no seio técnico e artístico, sendo um dos principais temas abordados e ainda alvo de muitas dúvidas. É relevante, visto que, milhares foram as verbas parlamentares que migraram do âmbito de obras para o de entretenimento. É pertinente ao ponto que inúmeras são as contratações de artistas feitas pela Administração Pública por meio da inexigibilidade de licitação.

Dessa forma inicialmente será abordada a previsão contida na Lei 6.533/78, passando por uma rápida abordagem de como se dão as contratações de artistas pela Administração Pública, reverberando a necessidade e a suposta ausência do registro DRT nas contratações de artistas pela Administração Pública e por derradeiro será apresentada uma conclusão.

2. O ARTIGO EM QUESTÃO

Art. 6º - O exercício das profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões requer prévio registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, o qual terá validade em todo o território nacional.

3. CONTRATAÇÕES DE ARTISTAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Via de regra para a contratação de obras, bens e serviços a Administração Pública é obrigada à realização do procedimento licitatório, porém, em alguns casos a própria lei dispõe que não será necessária a realização do mesmo, como no caso da contratação de profissionais do setor artístico, trazendo o legislador de forma acertada a expressão "profissional" na previsão legal, senão vejamos o art. 25, III, da lei 8.666/1993, litteris:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Na inexigibilidade de licitação se faz impossível a realização do procedimento licitatório pela impossibilidade de competição, decorrente da natureza singular e única do serviço que se busca contratar e no caso dos artistas, da produção, criação e execução artística. Valendo ressaltar que o próprio legislador estabelece que tais contratações só serão possíveis quando estivermos diante de profissional do setor artístico, sendo tal profissão regulamentada pela Lei 6.533/78.



4. A NECESSIDADE DO ARTISTA CONTRATADO POSSUIR REGISTRO NA DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO – DRT

Apesar desse não ser um tema novo, visto que teve sua previsão legal estabelecida para os artistas e técnicos em espetáculos no ano de 1978 com o advento da Lei 6.533, que regulamenta a profissão, o mesmo se mostra bastante atual nas discussões do seio técnico e artístico, entretanto a Administração Pública no âmbito das contratações de artistas para shows musicais se omiti em fazer qualquer exigência quanto à necessidade do artista contratado possuir registro na Delegacia Regional do Trabalho, embora esteja a Administração Pública vinculada ao princípio da legalidade encartado no art. 37, Caput, da Carta Magna.

O registro DRT nada mais é que, o reconhecimento e posterior registro das capacidades técnicas ou artísticas exercidas na carteira profissional do requerente, sendo atestadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. O registro DRT possui pertinência no caráter técnico, pois será esse que dará ao profissional o status de apto para a realização ou execução da produção artística ou técnica.

Indo um pouco além o registro DRT é reconhecido como o meio no qual o artista se torna legalmente profissional e capaz para o exercício da sua profissão. Nesse ponto cabe destacar a expressa previsão legal, dispondo

que: “o exercício das profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões requer prévio registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, o qual terá validade em todo o território nacional”.¹

Salutar enfatizar um dos princípios mais importantes que norteia o direito administrativo, sendo esse o já citado princípio da legalidade. Tal princípio determina que a Administração Pública não poderá fazer ou deixar de fazer algo que não possua previsão expressa em lei, ou seja, está a Administração Pública vinculada à previsão legal no exercício das suas atribuições de gerir, executar e disciplinar todas as relações e atividades que o direito administrativo lhe impõe, devendo, portanto, em suas contratações observar o disposto no art. 6º da Lei 6.533/78.

Sendo o registro na Delegacia Regional do Trabalho meio necessário para o exercício da profissão de artistas e técnicos em espetáculos, esse se mostra necessário não só para os artistas contratados pela Administração Pública, outrossim, para o livre exercício profissional todo artista está obrigado a possuir o registro DRT, sendo por esse que se constatará a aptidão para a execução dos shows artísticos ou arte de qualquer natureza desenvolvida pelo profissional.

Essa obrigatoriedade é também destacada de forma lucida por Jacoby Fernandes, “O profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho. Recomendação

¹ Art. 6º da Lei 6.533/78.



essa, válida também, aos agenciadores dessa mão de obra, constituindo esse registro elemento indispensável à regularidade da contratação.” (FERNANDES 2010, p. 14).

O autor trazido à baila destaca ainda que, em caso da ocorrência de contratação de shows artísticos formalizadas através de empresário exclusivo recomenda-se que o mesmo, também possua o registro DRT, registro esse que é intermediado via de regra pelo SATD – Sindicato do Artistas e Técnicos em Espetáculo de Diversão, o qual será responsável por constatar a competência profissional do requerente.

A aferição das competências profissionais técnica ou artística do requerente será viabilizada por meio de apresentações, prêmios, cursos técnicos, experiências, produção autoral, entre outras formas que atestem sua capacidade técnica ou artística. Por fim, podendo ou não, serem ratificadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Por oportuno, vale destacar, que nas contratações onde são realizados os procedimentos licitatórios é comum encontrar exigências nos editais para que, aqueles que pretendem contratar com a Administração Pública possua em seu quadro técnico profissional registrado na Delegacia Regional do Trabalho, razão pela qual se mostra ainda mais pertinente a presença do registro DRT nas contratações de artistas efetivadas por via da inexigibilidade de licitação, proporcionando maior segurança técnica, aptidão artística e qualidade nas futuras contratações, sendo esse um dos principais pontos de observância, qual

seja, que o serviço seja prestado por profissional capacitado e consequentemente executado com qualidade e segurança, atendendo dessa forma todas as exigências que giram em torno do interesse público.

5. CONCLUSÃO

Na prática o que se vê são inúmeras irregularidades nas contratações de profissionais do setor artísticos, que vão desde o superfaturamento em tais contratações até o desrespeito à mínima previsão legal trazida pela Lei 8.666/93, se valendo a Administração Pública de uma previsão legal e da falta de fiscalização para cometer abusos. Na prática não se consegue encontrar um único documento contratual que se traga a exigência do registro do artista contratado na Delegacia Regional do Trabalho - DRT, para a contratação com a Administração Pública, embora a Lei 6.533/78 exija a mesma para o regular exercício da profissão de artistas e técnicos em espetáculos.

Por derradeiro destacamos a necessidade de tal exigência, visto que, é esta responsável por auferir a capacidade artística do profissional a ser contratado, proporcionando assim maior qualidade e melhor atendimento ao interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de artistas e de técnico em espetáculos de diversões, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6533.htm>. Acesso em: 03.nov.2015.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Dispõe sobre a regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17.set.2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O Pregoeiro. Disponível em: < <http://www.jacoby.pro.br/novo/CDA.pdf> >. Acesso em 03.set.2015.

MÁ-GESTÃO: 25 ANOS DA LEI 8429/92 E SUA ATEMPORALIDADE NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM PARALELO AOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Juliana Santos Góis

Advogada, Servidora Pública Municipal, Membro da Comissão Permanente de Licitação na cidade de Itabaiana e Pesquisadora



1. INTRODUÇÃO

O Brasil, em meio a denúncias de corrupção no cotidiano nacional e de descaso com o patrimônio público, por meio da Magna Carta de 1988, conferiu atenção à Administração Pública, prevista no caput do seu artigo 37, elencando os princípios que a regem, quais sejam: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Pessoalidade e Eficiência.

A finalidade foi definir que os princípios da legalidade e impessoalidade possam servir de paradigma na gestão da coisa pública, haja vista que os agentes além de adotarem uma postura em consonância com a lei na prática dos seus atos devem notar a observância de padrões éticos mínimos.

Não por outra razão, os esquemas de apropriação e desvio do erário público, visando atender a interesses pessoais e escusos, comprometedores do patrimônio público, levaram o constituinte a prever uma série de princípios capazes de evitar tais desvios, estruturando a sociedade com mecanismos hábeis para reparar e coibi-los, punindo o agente de maneira rigorosa na prática de tais atos, protegendo a moralidade administrativa.

Nesse toar, diante da preocupação do constituinte em proteger a probidade e transparência na condução da coisa pública, e diante da inefetividade de outros instrumentos normativos, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) surgiu como instrumento hábil para evitar a prática de atos ímprobos.

A Improbidade Administrativa, objeto do presente trabalho, regulada pela lei federal 8.429/92, com respaldo constitucional no §4º do artigo 37 da CF, vem apresentando discussões doutrinárias e jurisprudenciais a seu respeito, dentre elas sobre a natureza jurídica, as sanções

que traz em seu bojo, a definição de agentes públicos e políticos e o foro por prerrogativa de função.

Art. 37, §4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Por tais razões, o presente estudo visa abarcar a correta interpretação da Lei de Improbidade Administrativa, objeto central desta pesquisa, por se tratar de tema de grande relevância social sem a pretensão de esgotar todas as polêmicas jurisprudenciais e doutrinárias oriundas da aplicação da Lei nº 8.429/92.

2. DA TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A definição do termo Improbidade Administrativa e o seu alcance é questão bastante discutida na doutrina nacional e inicialmente já se destaca a incapacidade da Lei 8.429/92 de eliminar a corrupção da Administração Pública, haja vista que as leis servem de parâmetros de condutas, e nem sempre são observados.

Segundo Di Pietro (2002), a improbidade administrativa, como ato ilícito, está prevista no direito pátrio desde longa data, para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade. O artigo 37, caput da Constituição Federal elenca as normas de regência da Administração Pública Brasileira, dando ênfase aos princípios norteadores da atividade administrativa, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e

eficiência.

O legislador normatizou esses princípios com a finalidade de fazer com que o serviço público não se baseie apenas nas normas jurídicas, mas, sobretudo com a observância dos princípios éticos norteadores da sua conduta, vinculando dessa forma, a moralidade e a probidade.

Assim, a Carta Magna de 1988 inovou ao trazer a moralidade, dotada de força vinculante para o ordenamento jurídico brasileiro como forma de controle dos atos públicos e da ética na Administração Pública no combate à corrupção e à impunidade na seara pública.

Definir improbidade não é das tarefas mais fáceis, dado o seu subjetivismo, inclusive por se tratar de conceito amplo, mas os ilustres doutrinadores Garcia e Alves (2010), assim a definem:

(...) a improbidade não está superposta à moralidade, tratando-se de um conceito mais amplo que abarca não só componentes morais com também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas. Justifica-se, pois, sob a epígrafe do agente público de boa qualidade somente podem estar aqueles que atuem em harmonia com as normas a que estão sujeitos, o que alcança as regras e os princípios. (GARCIA; ALVES, 2010, p.150).

A noção de improbidade administrativa não está prevista na Lei nº 8.429/92, sendo destacados apenas, em seu art. 1º, os atos considerados ímprobos:

Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei". Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja

criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A improbidade administrativa, regulada pelo art. 37, § 4º, da CF, provém da má gestão pública desonesta que se tornou prática costumeira no exercício da função pública, com raízes históricas no cenário político-administrativo brasileiro, motivo de preocupação para o constituinte.

Conforme o que dispõe o art. 37, § 4º da Constituição Federal é claro ao expressar que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (BRASIL, 2014).

Cabe trazer a definição de Moraes (2007) a respeito dos atos de improbidade administrativa, in verbis:

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público (MORAES, 2007, p. 320).

Parafraseando Osório (2012), a respeito da definição de improbidade administrativa, ele descreve que "a improbidade seria espécie do gênero "má gestão pública", ao passo que a corrupção é espécie do gênero improbidade" (OSÓRIO, 2012, p.140).

Vale ressaltar, que a improbidade administrativa vai além de uma simples violação ao princípio da moralidade administrativa, sendo considerada uma violação aos princípios da administração pública, dentre os quais a moralidade é um deles, mesmo que a conduta ímproba não tenha resultado em prejuízo ao erário ou em enriquecimento ilícito.

Existe uma corrente doutrinária que afirma haver uma equivalência entre a probidade e a moralidade, em que pese ter sido a moralidade

prevista na Constituição Federal de 1988, ao passo que a improbidade seria uma violação ao princípio da moralidade.

A posição que prevalece na doutrina majoritária entende que a probidade tem um conteúdo mais amplo do que a moralidade, haja vista que aquela abrange a violação a qualquer princípio da Administração Pública e os atos ilegais, e não apenas a moralidade.

Assim, com respaldo na interpretação da Lei 8.429/92, a forma menos grave de improbidade é a violação aos princípios da Administração pública, dentre eles está a moralidade administrativa, consistente no dever de servir à Administração com honestidade e boa-fé, assegurando uma boa administração.

Portanto, embora não se consiga conceituar precisamente sobre a improbidade, a prática de um ato considerado ímprobo configura-se de extrema gravidade, razão pela qual as sanções cominadas na Lei de Improbidade Administrativa atingem, por vezes, os direitos fundamentais dos acusados, desde que observado um limite para o poder punitivo do Estado.

2.2 Natureza Jurídica da Improbidade Administrativa no Direito Pátrio

A natureza jurídica do ato de improbidade e das suas sanções é matéria controversa, tanto na jurisprudência pátria quanto na doutrina nacional que trata sobre o assunto. E o presente estudo pretende mostrar alguns desses questionamentos.

É sabido que as normas jurídicas quando não observadas, trazem sanções ao seu descumprimento. Assim, as sanções previstas pelo descumprimento variam de acordo com a natureza da norma. Deste modo, as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, estão previstas no artigo 12 da Lei 8429/92, além da previsão no artigo 37 §4º da Constituição Federal.

A definição da natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa possui relevância nos campos teóricos, incidência no campo prático quando da definição do foro competente e a aplicabilidade da lei aos agentes políticos, objeto do presente estudo.

Existem três posições doutrinárias a respeito da natureza jurídica da lei de improbidade administrativa, a saber: a) natureza de direito penal; b) natureza de direito civil; c) natureza de direito administrativo sancionador. Vale analisar cada uma das posições e suas peculiaridades.

De início, cabe esclarecer que a posição que não prevalece, em consenso na doutrina, é a de que as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa possuem caráter penal, dada a previsão constitucional de que as sanções por atos de improbidade serão aplicadas sem prejuízo da ação penal cabível.

Conforme análise de Osório (2012), de acordo com o princípio da legalidade penal, o qual impõe que não existe crime sem pena e lei anterior que o definam, os atos de improbidade geram consequências cíveis, que por certo, afastaria a tese de caráter penal das sanções.

Por tal razão, a lei de Improbidade administrativa não deveria ser considerada de natureza penal, pois a Constituição Federal de 1988 traz expressamente que as sanções por improbidade deverão ser processadas sem prejuízo da ação penal cabível.

Deste modo, a correta doutrina é pacífica ao afastar-se o entendimento de que as sanções de improbidade administrativa teriam natureza penal, diante da previsão constitucional em afirmar que poderá ser processada ainda em outra seara, qual seja, a penal.

A segunda posição em relação à natureza da improbidade administrativa é a de Di Pietro (2002), que entende tratar-se de ilícito de natureza civil e política:

A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequência na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal e na esfera administrativa caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário (DI PIETRO, 2002, p. 672).

Não obstante, não prevalece o entendimento da natureza de ilícito civil, haja vista que o ramo do Direito Civil não disciplina tal matéria no

plano das infrações e sanções, razão pela qual não parece esta posição a mais correta para a maior parte da doutrina.

Por fim, a terceira posição doutrinária defende que pelo fato de a improbidade, configurar-se como uma espécie de ilícito que traduz a ultima ratio no Direito administrativo, a natureza jurídica das sanções se encontra na seara do Direito Administrativo Sancionador.

Sendo assim, a mais correta posição seria a do Direito Administrativo Sancionador, certo que o agente público poderá ser processado nas diversas instâncias, seja a criminal, a cível e a política, haja vista existir a independência de instâncias.

É válido esclarecer, que ainda existe controvérsia jurídica em relação à nomenclatura conferida à ação que regula as cominações previstas na Lei de Improbidade, a denominada ação civil pública, de responsabilidade civil ou de improbidade administrativa.

Na obra de Meirelles (2006) extrai-se o seguinte:

Tem sido uma prática comum, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, o tratamento desta ação de improbidade administrativa meramente como uma nova modalidade de ação civil pública, frequentemente chamando-a de “ação civil pública de improbidade administrativa. Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no sentido jurídico do termo. (MEIRELLES, 2006, p. 215).

Desta feita, considerando que a Lei 8.429/92 versa sobre o patrimônio público, assim entendido como interesse difuso, cabível a ação civil pública como instrumento hábil no regular processamento que envolve os casos de improbidade administrativa.

O conceito de sujeito ativo para a prática

dos atos de improbidade inclui todos os agentes públicos propriamente ditos, são eles: os agentes colaboradores, os servidores públicos e os agentes políticos, objeto central desse estudo. Os terceiros, e os particulares atuarão como coautor ou partícipe da conduta ilícita, haja vista que apenas o agente público é quem poderá disponibilizar os meios eficazes para a realização da conduta lesiva.

Quanto ao sujeito passivo do ato de improbidade, resta evidente que se trata da Administração Pública direta ou indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos municípios e as entidades que recebam dinheiro público, conforme artigo 1º da Lei nº8429/92.

Podem ser sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa: a Administração Direta, a Administração Indireta, a entidade para o qual o erário concorra com parte da sua receita anual e as entidades que recebam subvenção ou benefício do órgão público.

2.3 Dos Atos de Improbidade Administrativa

Os atos de Improbidade Administrativa ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da Administração Pública, independente de causarem enriquecimento ilícito ou prejuízo material ao erário.

O conceito de sujeito ativo para a prática dos atos de improbidade inclui todos os agentes públicos propriamente ditos, são eles: os agentes colaboradores, os servidores públicos e os agentes políticos, objeto central desse estudo. Os terceiros, e os particulares atuarão como coautor ou partícipe da conduta ilícita, haja vista que apenas o agente público é quem poderá disponibilizar os meios eficazes para a realização da conduta lesiva.

Quanto ao sujeito passivo do ato de improbidade, resta evidente que se trata da Administração Pública direta ou indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos municípios e as entidades que recebam dinheiro público, conforme artigo 1º da Lei nº8429/92.

Podem ser sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa: a Administração



Direta, a Administração Indireta, a entidade para o qual o erário concorra com parte da sua receita anual e as entidades que recebam subvenção ou benefício do órgão público.

A Lei de Improbidade Administrativa elenca as três hipóteses de responsabilização, com previsão em seus artigos 9º, 10º e 11º, sendo estes os dispositivos que regulam as condutas que importam em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da administração pública.

A LIA preocupou-se em regular os atos ímprobos em três tipos específicos, a saber: I - atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; II - atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; III - atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Os atos que importam em enriquecimento ilícito estão elencados no art. 9º da Lei nº 8.429/92 e dispõe sobre situações que causam o aumento do patrimônio do agente, por meio de vantagem obtida indevidamente em decorrência do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade.

O enriquecimento ilícito sem causa caracteriza-se quando há um acréscimo de bens ao patrimônio público do agente público,

sem que haja justificativa para esse aumento significativo. Vale ressaltar, que para que reste evidenciado o enriquecimento ilícito não se faz necessário enriquecimento vultoso, bastando apenas a ocorrência de acréscimos indevidos.

Ressalta-se ainda, a desnecessidade de prejuízo à Administração Pública para a caracterização do enriquecimento ilícito, sendo suficiente a expectativa de o agente cometer o ato, através de vantagens pecuniárias concedidas a título de percentagem ou presente, seja para si ou para terceiros, comumente conhecidos como "laranjas".

Os atos que causam prejuízo ao erário, por sua vez, encontram-se previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/92 e caracterizam-se por ações e omissões dolosas ou culposas que importam em prejuízo aos cofres públicos, redução patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades mencionadas no art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa.

Embora possuam conceitos semelhantes, cabe distinguir a diferença entre erário e patrimônio público. Patrimônio público é um termo mais amplo, que abarca o conjunto de bens e direitos públicos, que possuem valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. O erário, por sua vez, abrange parte do



atentam contra os princípios da Administração Pública. Princípios, em tese, é um conjunto de normas gerais, abstratas que embasam um sistema, embora nem sempre sejam expressamente positivadas, mas que merecem respeito. Em seu artigo 37, a Constituição Federal enumerou de modo expresse os princípios inerentes à Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O caput do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa é um tipo aberto, onde as ações que de alguma forma violam os princípios da Administração Pública, caracteriza ato de improbidade administrativa, inclusive quando há violação à moralidade administrativa.

A lição de Mello (2009) acerca da violação dos princípios é enfática:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível e seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2009, p. 146).

Os atos de improbidade administrativa exigem para a sua caracterização o elemento subjetivo dolo, de regra. Todavia, a modalidade culposa também se admite na prática dos atos ímprobos pelos sujeitos ativos. É o que ocorre no art. 5º da Lei nº 8.429/92, o qual aduz que: “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

Questão interessante se mostra quanto aos artigos 9º e 11º da Lei 8429/92 a respeito da necessidade de dolo na prática das condutas previstas, haja vista a previsão no art. 10 da Lei nº 8.429/92, o qual menciona expressamente a necessidade da conduta culposa.

Não obstante, encontra-se pacificado este questionamento após a uniformização do Superior Tribunal de Justiça, em que ficou

patrimônio público, mas está restrito aos bens e direitos de valor econômico, sendo os recursos financeiros do Estado.

O artigo 11, por fim, descreve os atos que

estabelecido o entendimento de que para as condutas do artigo 9º e 11º deve ser exigido o dolo, enquanto nas condutas do artigo 10º da lei 8429/92, exige-se a culpa na conduta ímproba.

De um ponto de vista geral, para as sanções da Lei de Improbidade Administrativa assim se distribuem: suspensão dos direitos políticos, ressarcimento integral do dano, perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio; pagamento da multa civil; perda da função pública e proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios.

Parte da doutrina entende que as sanções de indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário por terem a finalidade de apenas restituir as coisas ao seu estado anterior, não deveriam ser consideradas uma sanção de fato, o que gera controvérsias na doutrina nacional.

Para Garcia e Alves (2010), as sanções deveriam seguir como parâmetro, os princípios básicos do direito penal como fonte subsidiária do poder sancionador do Estado, por ser distintas as instâncias de responsabilização dos atos:

É importante ressaltar que esse esforço criativo em nada reforça os instrumentos de proteção do agente público, já que as cláusulas gerais de garantia, em especial o devido processo legal, macro princípio que aglutina a essência de todos os demais, são extensivas ao direito sancionador em geral, não havendo qualquer possibilidade de ser proscrito das distintas instâncias de responsabilização. Vislumbrar o devido processo legal como algo inerente ao direito administrativo (sancionador), buscando erigir este último ao *status* de tábua de salvação dos agentes públicos, é algo que destoia de qualquer balizamento lógico ou constitucional, não podendo ser compartimentado pelo intérprete com o objetivo de legitimar conclusões a *fortiori*. (GARCIA; ALVES, 2010, p. 527).

Analisando as sanções cominadas pelos art. 5º e 6º da LIA, percebe-se uma sanção de natureza patrimonial ao estabelecerem, respectivamente, o ressarcimento integral do dano para o agente que causar dano à Administração Pública e a perda do patrimônio indevidamente acrescido em caso de enriquecimento ilícito.

No tocante às sanções do artigo 12 da lei 8429/92, há uma gradação prevista de acordo com a gravidade das condutas. O inciso I do artigo 12 faz referência ao artigo 9º da LIA, que trata do enriquecimento ilícito e suas sanções. Já o inciso II do artigo 12, faz referência ao artigo 10 que trata da lesão ao erário estabelecendo as sanções previstas. Por sua vez, o inciso III, faz referência ao artigo 11 que trata dos atos contrários aos princípios da Administração Pública.

Vale pontuar, que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos ocorrem com o trânsito em julgado da sentença condenatória e importa na perda definitiva da função que o agente público esteja exercendo ao tempo da condenação, não sendo relevante o cargo ocupado quando da prática do ato ímprobo.

A proibição de contratar com o poder público está limitada à atividade profissional desenvolvida pelo agente, com um tempo máximo de duração definido, sob pena de violação ao artigo 5º (inciso XLVI, alínea e, XLVII, alínea b) da Constituição Federal.

A pena de suspensão dos direitos políticos também poderá ser imposta com respaldo no art. 12 da Lei de Improbidade, em que prevê no seu inciso I, que para o ato de enriquecimento ilícito será cominada suspensão que varia entre 8 (oito) a 10 (dez) anos. Na hipótese do inciso II que trata da lesão ao erário, a pena varia de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e na hipótese do inciso III, a pena varia entre 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Em relação à sanção da perda dos direitos políticos, é necessário cautela e proporcionalidade quando da sua aplicação, em virtude da posição que os direitos políticos possuem, abarcando uma gama de direitos fundamentais que poderão ser limitados com a imposição desta penalidade.

Desta forma, feitas as considerações sobre as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa é válido ressaltar que não há óbice quanto à cumulação das sanções estipuladas, devendo o magistrado se atentar à razoabilidade e a proporcionalidade da conduta do agente no caso concreto.

3. DA PROBIDADE COMO OBRIGAÇÃO

3.1 O Dever de Probidade do Administrador Público

O Administrador Público, por exercer um *múnus público*, fica sujeito durante o seu período de gestão à obediência dos deveres éticos e legais previstos no ordenamento jurídico, de modo a pautar sua administração nos princípios morais e éticos, tendo como o interesse público a sua principal finalidade.

Para o ilustre doutrinador Silva (2008), a definição de probidade administrativa evidencia essa obrigação:

A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer (SILVA, 2008, p. 259).

A probidade configura-se um dever e, sobretudo, direito dos cidadãos, a uma administração pública eficiente e eficaz, com transparência, imparcialidade e moralidade nas condutas comissivas e omissivas, sob pena dos agentes serem responsabilizados por atos de improbidade administrativa.

O dever da probidade administrativa é tratado para alguns estudiosos, como sendo um direito fundamental implícito constitucionalmente, tendo por base o regime e os princípios adotados pela Constituição Federal, devido à preocupação para que a probidade norteie os atos da Administração Pública.

Neste sentido, Garcia e Alves (2010) analisam:

Os Poderes Legislativo e Executivo, no Brasil, teimam em não aceitar aquilo que o nosso texto constitucional tem de mais contemporâneo, vale dizer, o seu forte conteúdo normativo, a sua vocação para criar direitos fundamentais de plena e imediata fruição – no caso, o direito fundamental à probidade – e a consagração, fruto da experiência constitucional norte-americana, de ampla possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na garantia de tais direitos fundamentais (GARCIA; ALVES, 2010, p. 859).

Em outras palavras, o dever de probidade é tido como a obrigação do agente público de exercer as suas atividades observando a moralidade e a transparência, haja vista que administra interesses alheios e de modo vinculado à finalidade do interesse tutelado: o interesse público.

3.2 Da Prática de Improbidade Administrativa Cometida pelos Agentes Políticos

No sistema administrativo brasileiro e segundo a doutrina mais moderna, os agentes políticos podem ser conceituados como agentes públicos constitucionalmente ocupados de cargos superiores dentro do poder público, responsáveis por definir a diretriz estratégica do Estado.

A noção de “agente político” é importante na diferenciação em relação aos demais servidores do Estado. Todavia, o termo agente político não pode se afastar da definição constitucional de agentes públicos, assim entendidos como agentes que desempenha alguma atividade estatal.

Segundo Mello (1999), *in verbis*:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Acrescenta que esses agentes não possuem um vínculo profissional com a Administração Pública, mas sim uma relação de natureza política, pois desempenham um *munus* público. (MELLO, 1999, p.178).

Vale ressaltar, que os vínculos que os agentes políticos possuem com o Estado são de natureza política e não de relação meramente profissional, uma vez que se trata de cidadãos eleitos qualificados para a condução dos destinos da sociedade.

Os Agentes Políticos costumam ser caracterizados pelo cargo que ocupam, pela hierarquia que possuem na organização da Administração Pública, e, sobretudo pela natureza especial conferida às atribuições que exerce, levando-se em consideração o cargo que é ocupado e não o sujeito que ocupa o cargo.

Desta forma, por apresentarem natureza especial, os agentes políticos merecem tratamento diferenciado, sendo legítimas as vantagens e benefícios que lhes são concedidas, desde que estejam expressos em lei, a exemplo das imunidades material e formal e o foro por prerrogativa de função.

Em contrapartida, a doutrina majoritária entende estar ultrapassado este entendimento, uma vez que tais agentes não exercem efetivamente função política, apenas seriam servidores públicos especiais.

Em resumo, os agentes políticos são as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, que não estão escalonadas por ordem hierárquica, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição para a prática dos seus atos.

4. MÁ-GESTÃO: UMA ANÁLISE ENTRE CRIMES DE RESPONSABILIDADES E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Administrador público, quando não observa os preceitos éticos e legais para uma boa administração, resultando numa má-gestão fica sujeito a três consequências jurídicas diferentes, a saber: crimes contra a Administração, crimes de responsabilidade e atos de improbidade administrativa.

Sobre a má-gestão dos administradores

públicos quando não observam o interesse do Estado, HOBBS (1968 apud SOUZA 2011), com maestria, no *Leviathan*, assim entende:

E, ainda que ele seja cuidadoso em sua pessoa política para procurar o interesse comum, ele é mais, ou não menos, cuidadoso para perseguir seu próprio interesse privado, e aquele de sua família, parentes e amigos. E na maioria das vezes, se o interesse público muda de direção e passa a interferir com o privado, ele prefere o privado: pois as paixões do homem são comumente mais potentes que sua razão. Daí conclui-se que quando os interesses público e privado estão mais fortemente unidos, o [interesse] público é o mais bem promovido. (HOBBS (1968 apud SOUZA 2011, p. 152)).

Ao se fazer uma análise desses três institutos sancionadores, pode-se perceber que se trata de instrumentos jurídicos que por vezes produzem consequências oriundas do mesmo ato, divergindo, contudo, o sujeito ativo e as sanções aplicadas.

A lei 1079/50, conforme art. 102, I, c da Constituição Federal, busca definir os crimes de responsabilidade e a forma de julgamento para os sujeitos ativos que são agentes políticos: Presidente da República, Ministro de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República, Governadores e Secretários de Estados, Senadores, Deputados e Vereadores. Percebe-se que os sujeitos ativos nos crimes de responsabilidade são



mais peculiares, somente sendo permitida a responsabilização de tais agentes.

A LIA é uma norma de caráter amplo, aplicada aos agentes públicos que cometem os atos previstos, e também aos indivíduos, não imbuídos da função pública, mas que concorram para a prática de tal conduta ou dela se beneficie, de modo que traga prejuízos à Administração Pública, qualquer que seja a ordem.

Por sua vez, os crimes contra a Administração estão previstos no Código Penal e possuem como sujeito ativo o funcionário público e o particular, havendo tipos penais específicos para cada um deles. Tais crimes quando praticados resultam como sanção a privação da liberdade, restrição de direitos e multa. De outra banda, a respeito da natureza jurídica das normas sobre os crimes de responsabilidade, são consideradas como de ordem civil ou de ordem político-administrativa.

Desta feita, após as considerações acima delineadas, percebe-se que a má-gestão pode trazer consequências jurídicas para os administradores públicos, aplicando-se as sanções decorrentes de cada espécie mencionada, cumulativamente ou não, por fugir à função precípua do Estado que é o interesse da coletividade.

4.1 Dupla Normatividade dos Atos Praticados pelos Agentes Políticos: Lei 8429/92 e Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei 1079/50)

Considera-se responsável, em linhas gerais, a quem se pode exigir o cumprimento de uma obrigação ou ainda a quem seja imposta uma sanção pelo descumprimento de preceito, nos termos da lei. Esta é da definição de responsabilidade na seara administrativa.

A responsabilização do agente político encontra amparo na defesa dos interesses da sociedade ou da própria Administração, tendo se preocupado o constituinte em criar meios para afastar os agentes que tenham condutas desregradas.

A Lei de Improbidade Administrativa nasceu após um momento conturbado na história política brasileira, quando da abertura do processo de impeachment do então Presidente da República, Fernando Collor de Melo. A

preocupação naquele momento, inclusive na exposição de motivos do Projeto da lei 8429/92, era de acabar com o mal que assolava o Brasil: a corrupção.

Assim, a Lei 8429/92 foi vista como um instrumento jurídico eficaz no combate à corrupção, a qual não traz em seu texto diferenciação entre o agente político e os agentes públicos. Não havendo razão que justifique a exclusão dos agentes políticos do rol dos sujeitos ativos da lei de improbidade.

A jurisprudência pátria não é pacífica em relação a este tema, haja vista que entendem haver uma "concorrência" entre os regimes de responsabilidade, política e administrativa positivada na Lei de Improbidade e na lei que trata dos crimes de responsabilidade (Lei 1079/50).

A Constituição da República Federativa do Brasil não traz em seu texto óbice quanto à possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos por estarem submetidos à Lei que trata sobre os crimes de responsabilidade, restando caracterizada essa dupla normatividade.

A discussão em torno da LIA se deu através da Reclamação de nº 2138/02, pelo Excelso Pretório, em 13 de junho de 2007, que por seis votos contra cinco, ficou decidido a Lei de Improbidade Administrativa não se aplicaria aos agentes que se sujeitam à Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei 1079/50).

A mencionada reclamação foi proposta ao STF com o entendimento de que o Tribunal é competente para processar os Ministros de Estados nos atos que atentem contra a improbidade. Tendo configurado crime de responsabilidade na aludida reclamação o fato de o Ministro de Estado à época ter usado os aviões da FAB para aproveitar momentos de lazer em Fernando de Noronha.

A linha de defesa utilizada na argumentação apresentada ao STF foi a de que os crimes de Improbidade possuíam caráter semelhante aos crimes de responsabilidade, e por tal razão, era vedada a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos por configurar bis in idem.

Os chamados crimes de responsabilidade

que possuem como sujeitos ativos o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador-Geral da República, não são considerados como delitos de natureza penal, mas sanções de ordem político-administrativa.

Por sua vez, os crimes de responsabilidade praticados por prefeitos encontram-se especialmente previstos no Decreto-Lei nº 201/67, os quais estão sujeitos às infrações político-administrativas, com o regular julgamento pela Câmara de Vereadores.

A respeito dessa dupla normatividade, Carvalho Filho (2009), entende que:

Por fim, advoga-se o entendimento de que as Leis nº1079/50 e 8429/92 convivem harmoniosamente no sistema, sendo independentes as vias respectivas, mas será incabível formular na ação de improbidade pedido de aplicação de sanções de natureza política (perda do cargo, suspensão dos direitos políticos), já que elas emanam naturalmente da ação penal de apuração de crime de responsabilidade (CARVALHO FILHO, 2009, p.1020).

Logo, o entendimento majoritário da doutrina nacional é que os agentes políticos podem estar sujeitos a vários regimes jurídicos de punição, conforme art. 37, § 4º da Constituição da República, segundo o qual os atos de improbidade

administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Em relação à responsabilização dos agentes políticos no âmbito municipal, o Decreto-Lei nº 201/67 trata sobre a responsabilidade criminal dos prefeitos e vereadores, mas, pela hermenêutica do seu artigo 1º, entende-se que somente os prefeitos seriam sujeitos ativos dos crimes de responsabilidade, sendo os vereadores apenas componentes do órgão julgador das infrações dos prefeitos, qual seja, a câmara de vereadores.

Assim, os crimes de responsabilidade previstos no decreto 201/67 versam que apenas serão considerados como sujeitos ativos de tais atos, os prefeitos ou vice-prefeitos, os quais responderão, inclusive, após o final do mandato, conforme a súmula 164 STJ.

Em resumo, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Responsabilidade, incluído o Decreto 201/67 que regula os prefeitos, são importantes instrumentos jurídicos na regulação das atividades financeiras e fiscais do Estado, e, sobretudo, orientadores na conduta do executivo perante a sociedade de modo a inibir as ações consideradas lesivas ao interesse público.

O STJ, a respeito do Decreto 201/67 e da Lei 8429/92, ressalta não haver conflito entre



ambas no julgamento dos agentes políticos. A Suprema Corte, no julgamento da Reclamação nº 2138-6 entendeu, que o agente político não está sujeito à Lei nº 8.429/92. O argumento utilizado na defesa para a inaplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos seria o de que estes possuem regime de responsabilidade administrativo-política própria, sujeitos à Lei nº 1.079/50, sendo de todo descabida a incidência dos diplomas legais sobre um mesmo agente. Cabe ressaltar que o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, defendeu a aplicabilidade da lei de improbidade aos agentes políticos, contudo, fez ressalva quanto à impossibilidade de aplicação das sanções de suspensão de direitos políticos e perda da função pública, incabíveis aos agentes políticos.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2009), filiado a este entendimento, destaca que as Leis nºs 1079/50 e 8429/92 convivem harmoniosamente no sistema, mas é incabível formular na ação de improbidade a aplicação das sanções de natureza política, por emanarem da ação penal de apuração de crime de responsabilidade.

Todavia, de acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário ao Excelso Pretório, já foi decidido que podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa Vereadores e Prefeitos, haja vista que estes se submetem ao Decreto 201/67.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, entendeu que o agente político que não se sujeitaria à Lei de Improbidade seria o Presidente da República, cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal, em razão do que dispõe os arts. 85/86 da Constituição Federal.

Nesse toar, o Estatuto das Cidades, configura-se como mais um instrumento jurídico em que fica evidente a possibilidade de aplicação da Lei 8429/92 aos agentes políticos sem qualquer óbice, conforme prevê o artigo 52 da Lei nº. 10.257/2001, senão vejamos:

"Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

I – (VETADO)

II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei;

III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;

IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;

VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;

VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado (ESTATUTO DAS CIDADES, Lei nº. 10.257/2001).

Outra questão relevante que surge em torno da aplicabilidade da LIA aos agentes políticos é em relação ao foro privilegiado para processamento da ação de improbidade pela Suprema Corte. O entendimento que prevalece, consiste em que não se inclui na competência do STF, em razão da natureza não penal da referida ação, ainda que o agente possua tal prerrogativa, bem como por não estar dentre as causas que cabe ao Supremo Tribunal Federal julgarem originariamente, segundo o artigo 102 da Constituição Federal.

A ausência do foro privilegiado, inclusive, passou a ser bastante criticada, pois se argumenta que por não haver tal prerrogativa, pode-se facilitar a demora no julgamento, resultando em consequências jurídicas desastrosas, como é o caso da prescrição.

5. CONCLUSÃO

Destacou-se no presente trabalho que a Lei de Improbidade surgiu como instrumento eficaz no combate à corrupção na esfera da Administração Pública, regulamentando o art. 37, §4º da Constituição Federal, ao reger os atos que gerassem enriquecimento ilícito, causassem prejuízo ao erário e violasse os princípios da Administração Pública. A definição de Improbidade Administrativa foi evidenciada como um conceito mais amplo que a moralidade, indo além de uma simples violação ao princípio da moralidade administrativa, sendo considerada uma violação aos princípios da administração pública. Parafraseando o pensador Benjamin Disraeli, quando os homens são puros, as leis são desnecessárias; quando são corruptos, as leis são inúteis.

Por fim, passados 25 anos da existência da Lei de Improbidade Administrativa, percebe-se a sua atemporalidade na descrição das condutas para a responsabilização de tais atos, cumprindo a finalidade para a qual fora criada, embora a eficácia da norma pareça inatingível, em virtude dos números de casos de corrupção na administração pública brasileira. Isto demonstra que instrumentos normativos não são o suficiente para transformar a cultura de uma nação, razão pela qual seria incoerente não admitir a aplicabilidade da lei de improbidade a tais agentes.

Desta forma, conclui-se que o instituto da improbidade no Brasil possui diversos fatores que desencadeiam o administrador ímprobo, como a prevalência de interesses pessoais, a cultura hereditária e precária de uma nação que não participa dos processos decisórios do Estado, a omissão ou ausência de fiscalização dos órgãos relacionados à administração pública, a descrença dos cidadãos na coisa pública, e, acima de tudo, o sentimento de impunidade diante das denúncias de corrupção que assola este país.

REFERÊNCIAS

_____. Lei 1079/50, de 10 de Abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em 20 de Agosto de 2017.

_____. Lei 8429/92, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito nos casos de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 20 de Agosto de 2017.

CARDOSO, Oscar Valente. **Responsabilização de agentes políticos por atos improbidade administrativa**. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 19 de Agosto de 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. ampl., Salvador, BA: Podivim, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

MARTINS, Tiago do Carmo. **Improbidade administrativa e agentes políticos: aplicabilidade e foro competente**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Tiago_Martins.html>. Acesso em: 08 out. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012.

PIMENTEL, Diogo Edele. **A aplicabilidade da lei de Improbidade aos Agentes Políticos**, 2012. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.

TRANSEXUALIDADE: A ALTERAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO NO REGISTRO CIVIL

Mariana Melo Góis Lebre Hardman

Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes em 09/01/2012. Pós-graduada lato sensu em Direito e Direito Processual Civil pela Faculdade Guanambi em 19/02/2015. Analista em Direito do Ministério Público de Sergipe



1. INTRODUÇÃO

O tema sobre o qual esta pesquisa se debruçará consiste na alteração do nome e gênero do transexual, no registro civil, independentemente de haver a redesignação sexual.

Nesse íterim, tem-se que o propósito do presente trabalho é conceituar o fenômeno da transexualidade, pontuando as diferenças entre ele e as diversas manifestações sexuais humanas; registrar a importância do processo de transgenitalização como parte de um tratamento cuja regulamentação está prevista em Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Ato contínuo, buscar-se-á contextualizar a temática com as previsões legais do ordenamento jurídico brasileiro, bem assim com as normas constitucionais e os Princípios da Dignidade de Pessoa Humana e da Personalidade, demonstrando, ademais, a contribuição doutrinária e, por fim, o posicionamento da jurisprudência nacional acerca da matéria.

Desta feita, sabendo que a ciência do Direito tem sua busca maior pautada na harmonia e paz social, dirimindo as lides ocasionadas pela convivência em comunidade, revela-se necessário o devido esclarecimento a respeito do tema posto em análise, de sorte a contribuir para que o Direito acompanhe a realidade do ser transexual, seja através de prévia normatização, seja mediante outros instrumentos jurídicos orientadores das demandas da vida real não amparadas pela lei, mas, que, todavia, não podem ser excluídas de apreciação e chancela jurídica.

2. TRANSEXUALIDADE: CONCEITUAÇÃO E REDESIGNAÇÃO

A pessoa que se apresenta como transexual é aquela que se sente psicologicamente com sexo oposto ao seu tipo genital; são sujeitos, os quais possuem comportamento social e psicológico diverso ao sexo apresentado biologicamente, configurando uma disfunção de gênero, levando o transexual a reprovar seus órgãos externos, com forte tendência à autorrejeição podendo ocasionar até o suicídio.

O Conselho Federal de Medicina define o fenômeno do transexualismo como sendo “[...] desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou autoextermínio”¹.

A Organização Mundial de Saúde (CID-10)² entende que o transexual sofre de transtorno de identidade sexual, e define este sujeito da seguinte forma:

Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado”. CID-10 *apud* Choeri³.

Nesse contexto, importa esclarecer que

1 BRASIL. Resolução CFM nº. 1.955, de 03 set. 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº. 1.652/2002. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm> Acesso em 24 out. 2017.

2 Organização Mundial de Saúde. Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças e de Problemas Relacionados à Saúde.

3 CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 94.

existem manifestações sexuais, bem assim diferenciá-las, demonstrando que não é somente o transexual que apresenta a divergência dentro da identidade sexual, causada pela ausência de conformidade entre o fator de ordem biológica e o de ordem psicológica.

Sérgio de Almeida leciona que, embora para o leigo não exista diferença entre o transexual, o travesti e o homossexual, jamais pode haver a confusão do significado da primeira com as duas últimas modalidades, tendo em vista as distinções entre tais formas de identidade sexual, as quais possuem fronteiras entre si. Ele vai além, ressaltando a extrema importância da diferenciação no diagnóstico de cada manifestação, especialmente quando o foco é o transexual, de forma que somente o verdadeiro transexual é que almeja a operação que o redesignará sexualmente, enquanto que, nem o travesti nem o homossexual busca a referida

cirurgia ⁴.

Segundo entende Joildo Souza dos Humildes ⁵, o transexual difere do homossexual porque este último se interessa sexualmente, por pessoa de sexo idêntico ao seu, não sofrendo de desequilíbrio entre o ser psíquico e o anatômico, gosta e utiliza sua genitália; enquanto que o transexual tem a convicção em pertencente ao sexo oposto ao seu anatômico. Completa afirmando que o travesti se assemelha ao homossexual, uma vez que sentem desejo sexual por pessoa de sexo igual ao seu, não possuem aversão a sua genitália, comportando-se ora como homem ora como mulher.

No tocante ao ser intersexual, Raul Choeri o chama de hermafrodita, com base em literatura especializada, estabelecendo dois tipos, o hermafrodita verdadeiro – o qual apresenta glândulas genitais dos dois sexos, separadas ou unidas – e o pseudo-hermafrodita, que possui gônada monossexual em contraste com a bissexualidade dos outros caracteres sexuais, especialmente da genitália externa ⁶.

Este autor refere-se ao homossexual como sendo “(...) o indivíduo que se sente atraído sexualmente por pessoa do mesmo sexo, mas não tem, psicologicamente, a intenção ou desejo de mudar sua anatomia para o sexo oposto” ⁷.

Por fim, em se tratando do bissexual, este “[...] é o indivíduo que se caracteriza pela alternância da preferência sexual, ora relacionando-se com pessoa do sexo idêntico ao seu, ora com pessoa do sexo oposto” ⁸. Não configura qualquer tipo de transtorno de identidade sexual, sendo, pois, uma forma de orientação sexual, como a homossexualidade e a heterossexualidade ⁹.

No que toca a cirurgia de redesignação sexual, impende salientar que a operação de retirada do sexo anatômico adaptando-o ao psicológico possui caráter terapêutico, sendo ilegítima a



4 ALMEIDA, Sérgio. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Aírton Saavedra. Identidade sexual e transexualidade. São Paulo: Roca, 2009, p. 50.

5 Graduado em História (USCAL – Bahia); especialização docência do ensino superior (ABEC – VISCONDE de Cairu); Graduando em Direito – 3º ano (INIFACS – Bahia).

6 CHOERI, Raul Cleber da Silva. O conceito de identidade e a redesignação sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89.

7 Idem, p. 90.

8 Idem, p. 93.

9 Idem, p. 93.

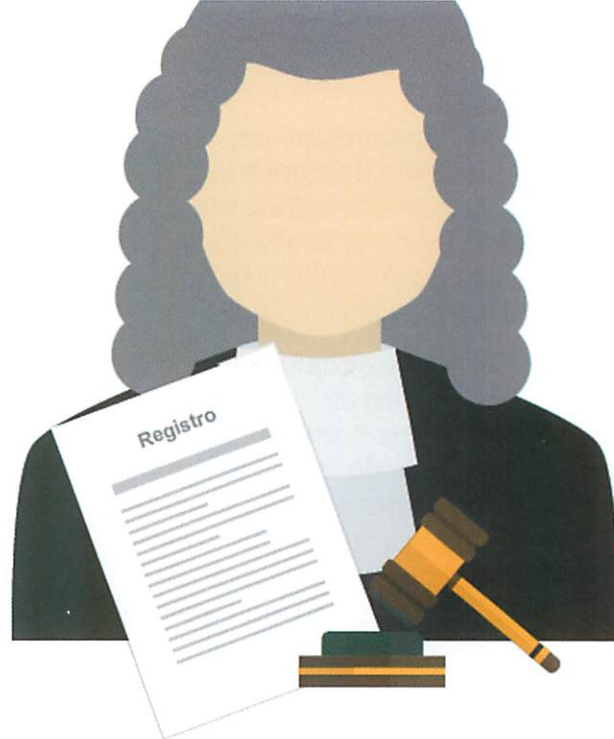
exclusiva natureza de satisfação estética para os pacientes transexuais. Isto fica evidenciado quando Raul Choeri afirma que a Medicina entende ser a alteração cirúrgica de sexo, a única forma de solucionar a incongruência entre os sexos psicossocial e o biológico que afeta os indivíduos transexuais ¹⁰. Continuando o raciocínio, este autor fundamenta a correção cirúrgica como uma terapia ao encará-la como maneira de tutelar a vida do paciente em seu aspecto psicofísico prejudicado por transtorno psíquico incurável ¹¹.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.955/2010, regulamenta o referido procedimento e segue idêntica compreensão acerca da redesignação sexual, apontando-a expressamente como terapia ao afirmar que:

"[...] a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o *propósito terapêutico* específico de adequar a genitália ao sexo psíquico; [...]" ¹². (grifo nosso).

É importante destacar que os sentimentos no transexual como, o desejo de viver, ser aceito e se parecer fisicamente, de acordo com o sexo oposto, são muito fortes podendo gerar, inclusive, tendência à automutilação e até ao suicídio quando estes indivíduos encontram dificuldades não alcançando o sonho de realizarem-se pessoalmente, através da correção da genitália.

Registre-se, nesse toar, ser possível vislumbrar dois grandes avanços: o primeiro deles é que a transexualidade, assim como a cirurgia de mudança de sexo, são fatos enfrentados pela medicina de forma que esta estabelece os limites e os critérios para a redesignação sexual, e mais importante, autoriza a realização deste procedimento. Isto é feito na Resolução n. 1.955/10 do CFM. O outro consiste no fato de que desde 2008, o Sistema Único de Saúde – SUS oferece cirurgias e procedimentos



ambulatoriais para pacientes que precisam fazer a mudança de sexo, tanto de homem para mulher (neocolpovulvoplastia) quanto de mulher para homem (neofaloplastia)¹³.

Ocorre que, embora os anseios dos transexuais já estejam protegidos pela medicina é lamentável o atraso da ciência jurídica no que diz respeito a este assunto, haja vista a ausência de lei que permita ou proíba a transgenitalização, motivo pelo qual revela-se a necessidade de analisar a problemática face à legislação brasileira, princípios e normas de envergadura constitucional, bem assim, considerando a grandiosa produção doutrina e jurisprudencial.

3. UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O PROCESSO TRANSEXUALIZADOR E SOBRE A ALTERAÇÃO DO NOME E GÊNERO DO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL.

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

De saída, insta consignar que a temática possui estreita relação do o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cuja conceituação foi realizada por Alexandre de Moraes nos seguintes termos:

¹⁰ CHOERI, Raul Cleber da Silva. O conceito de identidade sexual e a redesignação sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 118.

¹¹ Idem, p. 119.

¹² BRASIL. Resolução CFM nº. 1.955, de 03 set. 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº. 1.652/2002. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm> Acesso em 24 out. 2017.

¹³ Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sgep/sgep-noticias/27154-ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transsexualizador>> Acesso em 25 out. 2017.

"A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos" ¹⁴.

Afora o fato de constituir uma valoração plena e natural a todos os seres humanos, sendo irrenunciável e inalienável, a dignidade da pessoa humana é prevista na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, III.

Daí conclui-se que além deste preceito representar a pessoa humana em sua dimensão máxima, ele é recepcionado pelo Estado como instrumento para proteger seus cidadãos (já que o Estado existe por causa dos seres humanos), norteando todo ordenamento jurídico pátrio, servindo, pois, de núcleo para qualquer outro direito que se projete a partir de seu significado, e para qualquer sujeito.

A dignidade para o transexual é poder usar da sua liberdade e autonomia para expressar sua vontade ou não em realizar a alteração de sua genitália mediante o procedimento cirúrgico, obtendo o devido respeito por parte de qualquer pessoa, e também do Estado no que se refere à sua escolha.

Este é o entendimento do filósofo Kant, cuja conceituação de dignidade foi recepcionada por Roberto Dias ao explanar que a dignidade se encontra estreitamente ligada à ideia de respeito e autonomia, de sorte que as pessoas sejam consideradas como sujeitos titulares de direito, autônomas e merecedoras de respeito ¹⁵.

Conforme Luiz Edson Fachin citado por Ana Paula Peres, o direito à orientação sexual como caráter de direito personalíssimo está

amparado constitucionalmente. Isto porque o art. 5º, caput da CF prevê o direito à liberdade e à igualdade sem distinção de qualquer natureza, sendo este sentido completado pela garantia de inviolabilidade da vida privada e da intimidade prevista no inciso X do mesmo dispositivo constitucional. Segundo Fachin, o berço legal para a estruturação do direito à orientação sexual consiste na reunião das normas acima declinadas. E, apesar de a Lei Maior não ter previsto expressamente este direito, ele é captado a partir da dignidade da pessoa humana e também da interpretação sistemática das regras citadas ¹⁶. Desta feita, Ana Paula Peres conclui que "[...], tem o indivíduo o direito personalíssimo constitucional à orientação sexual, mas não se trata de uma simples direito, mas de um direito fundamental" ¹⁷.

Isto posto, depreende-se que o transexual possui o direito à sua identidade sexual, garantido constitucionalmente, seja através do seu direito à personalidade, seja por meio da dignidade da pessoa humana, já que o primeiro está inserido no último princípio.

É importante fazer ressalva acerca do direito à liberdade, pois é através deste que fica garantido ao indivíduo agir com autonomia, dispondo da própria vida, do seu corpo, da sua saúde, enfim, praticando sua liberdade em escolher o que entende ser melhor pra si, o que lhe traz prazer em viver.

É nesse sentido que o princípio da dignidade da pessoa humana faz toda diferença na presente análise, uma vez que ele possui força constitucional necessária para justificar o direito dos transexuais em realizarem a redesignação sexual. Ora, este preceito que orienta todo ordenamento jurídico pátrio tem o fim de valorar, em dimensão máxima, o ser humano, garantindo a cada uma em particular, o poder de se afirmar, se manifestar para si mesmo e diante de terceiros da maneira que lhe traga satisfação pessoal e social, não podendo sofrer restrições ao exercer a vida digna, desde que não prejudique direito alheio.

14 MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 128.

15 DIAS, Roberto. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; PONTES FILHO, Valmir. *Direito fundamentais em construção*: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 100.

16 PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo: o direito a uma identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 145.

17 Idem, p. 145.



3.2 Um vácuo legislativo sobre a redesignação.

Uma rápida remissão à letra do art. 13 do Código Civil de 2002 faz parecer que tal norma se trata de obstáculo à realização do procedimento cirúrgico destinado a alterar o sexo anatômico do transexual. Vejamos: “**Art. 13:** Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”¹⁸.

Roxana Borges é, sem deixar dúvidas, contra o fato de que os “bons costumes” constituam motivo de restrição de direitos, e questiona qual seria o significado de bom costume dentro da sociedade brasileira. Ela vai além:

“É preciso dar uma interpretação ao art. 13 de forma que os transexuais não sejam ainda mais marginalizados do que já são. É preciso admitir que a intervenção médica a que o transexual se submete não importa diminuição permanente da sua integridade física, como o Código Civil anuncia, mas, ao contrário, é ela necessária à adequação físico-psíquica daquela pessoa. Tal intervenção, em vez de importar “diminuição permanente de sua integridade física”, permitirá àquela pessoa o pleno desenvolvimento de sua personalidade [...]”¹⁹.

Silvio Rodrigues também apregoa que, a despeito do art. 13 do CC/02, a redesignação sexual não implica em permanente diminuição da integridade física, assim como, não viola os bons costumes²⁰.

Razoável é reportar-se para a lição de Maria Helena Diniz, cujo pensamento está em consonância com o que foi declinado:

“Só por exigência médica será possível a supressão de parte do corpo humano para preservação da vida ou da saúde do paciente. Reforça tal ideia o Enunciado n. 6, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), que assim dispõe: ‘A expressão exigência médica, contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente’. E o Conselho da Justiça Federal no Enunciado n. 276 (aprovado na IV Jornada de Direito Civil) esclarece: ‘O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil’²¹.

Ora, a própria justiça já anunciou uma nova perspectiva de leitura para o art. 13 do CC/02,

18 BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 28 out. 2017.

19 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 190.

20 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

21 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126.

fato este que, apoiado na doutrina, não pode ser objeto de controvérsias, ao contrário, deve ser encarado como uma certeza e garantia da realização da intervenção médica para mudar o sexo do transexual, adequando seu estado físico ao psicológico.

Outra regra levada em consideração em sede desta tese é o art. 129 do Código Penal²², o qual dispõe sobre a punição a quem causa ofensa à integridade física ou saúde alheia, havendo variação da pena para a correspondente natureza da lesão gerada.

A respeito desta ponderação, Silvio Rodrigues faz ilustração com um episódio polêmico:

“Caso muito rumoroso, que se circunscreveu à órbita criminal, ocorreu na cidade de São Paulo, onde famoso cirurgião operou e tratou de transexual, transformando-o praticamente em pessoa de outro sexo. Realmente, após extirpar seus órgãos masculinos, o cirurgião, com uma excepcional habilidade, dotou-o de um corpo feminino, com seios e vagina, enfim, com o gesto e desenvoltura de uma mulher. Usei o advérbio praticamente porque, como não podia deixar de ser, não se constituíram os órgãos internos, como por exemplo, o útero. Verdade, entretanto, é que o Ministério Público, ao ter ciência do fato, denunciou o sábio cirurgião por crime de lesão corporal de natureza grave, logrando obter, em primeira instância, sua condenação e a pena de detenção de dois anos, beneficiando o réu com o sursis por se tratar de primário. Felizmente o Tribunal de Apelação deu provimento ao recurso e entre as razões de decidir houve o reconhecimento de que a vítima apresentava uma personalidade feminina, pensava como mulher, agia como mulher e ao depor no processo revelou-se extremamente feliz com o resultado do tratamento que lhe havia devolvido seu verdadeiro sexo”²³.

Este autor continua sua reflexão e sugere a possibilidade de que o caso em tela tenha dado origem ao Projeto de Lei n. 1.909-A, de 1979, aprovado pela Câmara, com o objetivo

de acrescentar um parágrafo 9º ao art. 129 do Código Penal, no sentido de não configurar punível a ablação de órgão e partes do corpo humano, uma vez avaliada a necessidade em parecer unânime de junta médica e precedida de anuência expressa do paciente maior e capaz. Todavia, a referida determinação sofreu o veto da Presidência da República²⁴.

Atualizando a matéria, é bom registrar que existe um Projeto de Lei n. 70-B, de 1995, cujo autor é o Deputado Federal José Coimbra²⁵, em tramitação no Congresso Federal, cuja intenção, especialmente, é promover a alteração do Código penal em seu art. 129, afastando a cirurgia que ajusta o sexo do transexual das hipóteses de crime de lesão corporal, conforme delinea Roxana Borges²⁶.

3.3 Direitos da Personalidade – proteção ao nome

Os Direitos da Personalidade constituem-se como sendo aqueles relacionados à pessoa humana garantindo um pleno desenvolvimento das potencialidades do homem, em seus diversos aspectos.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona conceituam os direitos da personalidade “[...] como aqueles que têm por objetivo os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si em suas projeções sociais”. Os autores complementam tal ideia ao afirmar que os direitos em alusão devem ser tratados dentro de uma ordem extrapatrimonial do ser humano, na qual se protege valores os quais não podem ser reduzidos a pecúnia²⁷.

Em igual sentido se pronunciam Silvio Venosa²⁸ e Silvio Rodrigues²⁹ ao compreenderem

24 Idem, p. 70.

25 BRASIL. Projeto de lei nº 70, de 22 fev. 1995. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>> Acesso em 28 out. 2017.

26 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194.

27 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 196.

28 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 169.

29 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

22 BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 dez 1940. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 28 out. 2017.

23 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 69.

que os direitos da personalidade se encontram fora da órbita patrimonial, sendo desprovidos de caráter econômico direto e imediato.

Importante, outrossim, é a contribuição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, segundo os quais os direitos da personalidade devem estar consubstanciados na esfera civil-constitucional, tendo em vista os valores proclamados da Lei Maior – como a dignidade da pessoa humana, cidadania, igualdade e liberdade – que proporcionam nova percepção aos direitos da personalidade, focando a pessoa humana como núcleo do ordenamento jurídico pátrio. Em suma, estes doutrinadores construíram um entendimento de que existe uma estreita relação entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, pois, se configuram como garantias a preservação da dignidade do homem em sua plenitude ³⁰.

Se por um lado a concepção da proteção ao nome civil como sendo um dos direitos da personalidade é notória em sede doutrinária, constituindo, inclusive a teoria expressa no Código Civil em seu art. 11, conforme elucidado por Stolze e Pamplona ³¹, por outra via, tem-se que o direito de alteração do nome do transexual não está protegido em lei, embora esteja incluído no campo dos direitos da personalidade, como será demonstrado adiante.

Alguns autores tercem comentários relacionados à restrita previsão legal dos direitos da personalidade, seja na Constituição ou no Código Civil, considerando a vastidão e importância dos interesses englobados nesta categoria de direitos subjetivos.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz assevera:

“Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Código Civil, mesmo tendo dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre tão relevante temática, embora, com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos

protegidos constitucionalmente, não tenha assumido o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas legais” ³².

Gonçalves cita as palavras de Miguel Reale, o coordenador do Projeto do estatuto civil de 2002, segundo o qual foi preferível abordar os direitos da personalidade no Código Civil de 2002 mediante poucas regras baseadas no rigor e na clareza, tendo em vista a complexidade de tais direitos, assim como a essencialidade dos seus significados, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência o desenvolvimento natural dos próprios direitos da personalidade e seus objetivos ³³.

Desta feita, estando a matéria prevista de forma meramente exemplificativa, tanto no CC/02, no Capítulo II do Livro I, Título I da sua Parte Geral, como na CF/88 em seu art. 5º, e, além disso, ter a doutrina e jurisprudência a incumbência de preparar o terreno para que o tema floresça e renda frutos, não é surpresa

32 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

33 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154.

30 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 177.

31 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 170.



que a alteração do nome do transexual seja rotulada como um direito da personalidade, recebendo amparo em nosso ordenamento jurídico.

Diante do contexto, é preciso considerar que na contramão de tão evoluído entendimento – que protege a alteração do nome em dada circunstância – existe previsão legal elencando as hipóteses para a mudança do nome, dentre as quais não configura a situação do transexual.

A Lei nº 6.015/73 de Registro Público, em seus artigos 57 e 58 demonstra que a imutabilidade do prenome³⁴ é relativizada, uma vez que tais normas estabelecem situações em que a alteração é permitida de forma excepcional e motivadamente. Vejamos:

“Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa,

34 Conforme lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2017, p. 290) “[...], o nome civil da pessoa natural é formado pelo nome *individual*, também dito *prenome*, e pelo *sobrenome*, também chamado de nome *patronímico*, além de, eventualmente, contar com um *agnome*. Estes, portanto, são os elementos componentes do nome.” Eles ainda completam ao dizer que “o *prenome* é o primeiro elemento componente do nome, servindo para a designação individual de cada pessoa”.

ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

§ 1º Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.

§ 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

§ 3º O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união.

§ 4º O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia.

§ 5º O aditamento regulado nesta Lei será cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra

§ 6º Tanto o aditamento quanto o cancelamento da averbação previstos neste artigo serão processados em segredo de justiça.

§ 7º Quando a alteração de nome for concedida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, o juiz competente determinará que haja a averbação no registro de origem de menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado, que somente poderá ser procedida mediante determinação posterior, que levará em consideração a cessação da coação ou ameaça que deu causa à alteração.

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-



se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”³⁵.

Deve-se atentar para o fato de que os dispositivos em questão não enumeram como hipótese de alteração do prenome a situação do transexual, todavia, também não a proíbe. Ou seja, é notável a conclusão de que não há caráter proibitivo em lei para tal feito, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência a tarefa de imprimir um entendimento acerca do assunto.

3.4 Contribuição doutrinária e jurisprudencial

No que tange à posição doutrinária, esta aponta majoritariamente em favor da mudança do nome e do gênero do transexual redesignado, sem, todavia, afastar a possibilidade de amparar também aquele que não foi submetido ao procedimento cirúrgico. Neste sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “[...], pensamos que o assunto deve ser refletido à luz da dignidade humana e de prova efetiva da situação fática do transexual, a final de contas não se pode reduzir o estado sexual de uma pessoa a um aspecto meramente genital”³⁶.

A propósito, o art. 58 da Lei de Registros Públicos já foi destacado acima, assim como restou consignado que o mesmo não constitui óbice à alteração do prenome no caso em alusão, haja vista ser um dispositivo que não traz impedimento ao feito, seja implícita, seja expressamente. Sendo assim, não há que se falar em ofensa à referida norma quando da alteração do nome do transexual.

Outra não é a opinião de Paulo Nader, que compreende como efeito automático, a devida averbação no registro civil do transexual,

consignando-se no assentamento os dados correspondentes quando da decisão judicial que autorize a modificação de nome e sexo em consequência da cirurgia transgenitalizadora³⁷.

A respeito do assunto ora tratado, é bom fazer referência ao Projeto de Lei n. 70-B, de 1995, cujo autor é o Deputado Federal José Coimbra, em tramitação no Congresso Federal. O projeto traz a proposta de mudança do art. 129 do Código Penal, conforme já foi explicado; ademais, o mesmo também propõe que seja alterada a Lei de Registros Públicos em seu art. 58, com o fito de permitir a mudança de nome e a averbação do termo “transexual”, mediante decisão judicial, no registro de nascimento e na carteira de identidade nos casos em que o indivíduo tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual³⁸.

Acompanhando esta corrente, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald reforçam a ideia aqui defendida, citando as palavras da autora Maria Berenice Dias:

“O direito à identidade tem assento constitucional, pois, está inserido na sua norma de maior relevância, que proclama o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, e, por isso, nenhuma justificativa é cabível para negar a mudança, não se fazendo necessária sequer a alteração de dispositivos legais para cancelar a pretensão”³⁹.

Para completar este exame é necessário identificar o instrumento a ser utilizado pelo transexual que busca ter seu anseio atendido em sede judicial. Conforme Chaves e Rosenvald não é a ação de retificação de registro civil, prevista no art. 109 da LPR (Lei de Registros Públicos) o meio processual correto para alcançar a redesignação do estado sexual, sendo adequado um procedimento de jurisdição voluntária contendo pedido de mudança de estado sexual da pessoa. A ação é definida como ação de redesignação do estado

37 NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

38 BRASIL. Projeto de lei nº 70, de 22 fev. 1995. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>> Acesso em 28 out. 2017.

39 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 298.

35 BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 dez. 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em 27 out. 2017.

36 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 300.

sexual, sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público na condição de fiscal da lei (art. 82, II do CPC), ocorrendo o processamento do feito, não na vara de registro público, mas sim no juízo da vara de família, já que constitui ação de estado ⁴⁰.

Pelo que fora delineado, percebe-se facilmente que a doutrina está cumprindo a tarefa que lhe foi designada, qual seja, formar uma consciência jurídica voltada para a possibilidade de alteração do nome e do estado sexual do transexual operado, sem fechar os olhos, entretanto, para os casos envolvendo o transexual não redesignado. E isto está sendo realizado de maneira gloriosa, eis que, se até o presente momento a lei não tratou de prever tal hipótese, a doutrina ousou a dar passos em conformidade com tais pretensões sociais, mostrando que a ausência de disposição legal não impede a troca do nome do transexual mediante sentença judicial, mas, na verdade, traz à tona a força que uma construção doutrinária e seus efeitos possuem. Este resultado é fruto do trabalho dos renomados autores acima declinados.

Não se pode olvidar, entretanto, a expressiva contribuição da jurisprudência, a qual, além de fonte do Direito, também fora encarregada de construir um posicionamento jurídico diante da questão aqui abordada.

Destarte, no que tange às expectativas dos transexuais, as decisões dos Tribunais Pátrios revelam-se positivamente. É o que eu se depreende do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual se debruça sobre a realidade do transexual, oferecendo amparo legal às suas necessidades como cidadão possuidor de direitos.

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo – cromossomos XX e XY.

O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, *identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente*. Sentença confirmada. APELO DESPROVIDO POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70074206939, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 30/08/2017)⁴¹. (grifo nosso)

Note-se que as decisões estão sendo proferidas no sentido de permitir a alteração do registro civil, nos casos de transexual redesignado ou não, o que denota um grande avanço no sentido de concretizar os direitos personalíssimos de uma categoria que busca o reconhecimento jurídico, social e que reflita seu retrato psicológico.

Diante desta concepção, se pronunciam o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL. ALTERAÇÃO DE SEXO E DE PRENOME. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE, INTIMIDADE E LIBERDADE. 1. *O reconhecimento judicial do direito do transexual promover à alteração do prenome e da designação sexual constante de seus assentos de registro civil, conforme sua identidade de gênero psicológica, ainda que não tenha se submetido à cirurgia de transgenitalização, visa garantir o cumprimento e a efetividade dos princípios da dignidade, intimidade e liberdade*. 2. Ademais, os elementos identificadores do sexo não

40 Idem, p. 300.

41 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº. 77074206939. Apelante: Ministério Público. Apelado: T.V.C. Relatora: Sandra Bisolara Medeiros. Rio Grande do Sul, 01 set. 2017. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494775005/apelacao-civel-ac-70074206939-rs?ref=juris-tabs>> Acesso em 26 out. 2017.



podem ser limitados ao sexo anatômico (biológico), havendo de serem considerados outros fatores, como: o psicológico, cultural e social, objetivando refletir a verdade real vivenciada pelo transexual, integrando-o na sociedade. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. (Apelação Cível Nº 256836920148090051, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça de GO, Relator: Delintro Belo de Almeida Filho, Julgado em 15/12/2016)⁴². (grifo nosso)

Destaque-se, outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça em recente decisão prolatada no corrente ano, mudou seu entendimento primário (que permitia a alteração do nome do gênero do transexual no registro civil após o procedimento cirúrgico), para amparar as mencionadas retificações, independentemente de o transexual ser redesignado ou não.

“Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social

da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. 2. Nessa perspectiva, observada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, admite-se a mudança do nome ensejador de situação vexatória ou degradação social ao indivíduo, como ocorre com aqueles cujos prenomes são notoriamente enquadrados como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino, mas que possuem aparência física e fenótipo comportamental em total desconformidade com o disposto no ato registral. 3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas. 4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. 5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - ratio essendi do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - deve ser compatibilizada com o princípio

42 BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Apelação cível nº. 256836920148090051. Apelante: Jessica Vieira da Silveira Carvalho. Apelada: A justiça. Relator: Delintro Belo de Almeida Filho. Goiás, 24 fev. 2017. Disponível em <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435837001/apelacao-civel-ac-256836920148090051?ref=juris-tabs>> Acesso em 26 out. 2017.

fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional. 6. Nessa compreensão, *o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil* (REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009). 7. *A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças*. 8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais). 9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). 10. *Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo*

inviável do ponto de vista médico. 11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a ratio essendi dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. 12. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito. 13. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora. (Resp 1626739 / RS, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 09/05/2017)⁴³. (grifo nosso).

Como se vê, O STJ estrutura sua visão sobre o tema, primeiramente, em uma análise conjugada dos artigos 55, 57 e 58 da Lei de Registros Públicos, o que faz resultar em nova leitura de tais dispositivos, permitindo, pois, a alteração do nome e do designativo do sexo do transexual. Além disso, e, não menos importante, este Tribunal adota o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Identidade Sexual (leia-se: Direitos da Personalidade) como sustentáculo para defender a referida alteração do registro do transexual.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.626.739 – RS (2016/0245586-9). Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: M. D. DA L. R. Relator: Luis Felipe Salomão. 01 ago. 2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/inteiro-teor-484087902?ref=juris-tabs#>>> Acesso em 27 out. 2017.



Um outro aspecto a ser destacado é a fundamentação usada nas jurisprudências para autorizar a alteração do nome e do estado sexual do transexual, gravitando, principalmente, em torno do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito da Personalidade (identidade sexual do indivíduo).

Posto isto, vislumbra-se que o STJ demonstrou seu propósito de preservar o ser humano em sua totalidade, garantindo seu desenvolvimento, bem como de suas potencialidades, em qualquer ambiente de sua convivência, valorizando, portanto a integração social do indivíduo.

4. CONCLUSÃO

A partir desta abordagem, denota-se que, se por um lado a lei está ausente no tocante à tutela de determinadas demandas sócias, em que pese casos cujo escopo corresponda, imediatamente, à Dignidade da Pessoa Humana, o Direito encontra na jurisprudência um mecanismo de acompanhar a dinamicidade social, evitando assim a estagnação da Justiça.

Neste diapasão, fica evidente que a orientação da jurisprudência nacional é inovadora e possui melhor entendimento no sentido de autorizar a retificação do registro civil do transexual redesignado ou não, mudando o nome e o sexo. Desta forma, os nossos Tribunais reforçam seu papel de força motriz da Ciência Jurídica.

Por fim, não basta que somente o Sistema Jurídico pátrio acompanhe a evolução científica, eis que, a completa integração social do transexual e a consequente expressão da identidade sexual, são vislumbradas através da combinação do procedimento transexualizador/tratamento médico, amparo jurídico e acolhimento social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sérgio. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra. *Identidade sexual e transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 dez. 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em 27 out. 2017.

_____. Lei nº 2.848, de 07 dez 1940. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 28 out. 2017.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 jan. 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 28 out. 2017.

_____. Projeto de lei nº 70, de 22 fev. 1995. **Dispõe**

sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>> Acesso em 28 out. 2017.

_____. Resolução CFM nº. 1.955, de 03 set. 2010. **Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº. 1.652/2002.** Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm> Acesso em 24 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.626.739 – RS (2016/0245586-9).** Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: M. D. DA L. R. Relator: Luis Felipe Salomão. 01 ago. 2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/inteiro-teor-484087902?ref=juris-tabs#>> Acesso em 27 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. **Apelação cível nº. 256836920148090051.** Apelante: Jessica Vieira da Silveira Carvalho. Apelada: A justiça. Relator: Delintro Belo de Almeida Filho. Goiás, 24 fev. 2017. Disponível em <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435837001/apelacao-civel-ac-256836920148090051?ref=juris-tabs>> Acesso em 26 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº. 77074206939.** Apelante: Ministério Público. Apelado: T.V.C. Relatora: Sandra Bisolaro Medeiros. Rio Grande do Sul, 01 set. 2017. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494775005/apelacao-civel-ac-70074206939-rs?ref=juris-tabs>> Acesso em 26 out. 2017.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DIAS, Roberto. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; PONTES FILHO, Valmir. **Direito fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB.** 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GODINHO, Adriano. **Projeto de lei permite mudança no prenome de transexual.** Disponível em <<http://adrianogodinho.blogspot.com/2010/07/projeto-de-lei-permite-mudanca-no.html>> 27 jul. 2010> Acesso em 03 ago. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume I: parte geral.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUMILDES, Joildo Souza dos. **Transexualismo e direito: possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual.** Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1946>> Acesso em 12 set. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rafael D'ávila Barros. **O transexualismo e a alteração do registro civil.** 30 abr. 2008. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11211>> Acesso em 03 ago. 2010.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral.** 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A FIGURA DO JUS POSTULANDI NO DIREITO CONSTITUCIONAL: Os direitos fundamentais frente à análise dos juizados especiais cíveis

José Henrique Araújo dos Santos

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes. Laureado com nota máxima no Trabalho de Conclusão de Curso. Membro do grupo de pesquisa GPESD – Educação, Sociedade e Direito. Ex-monitor de Direito Constitucional.



1. ASPECTOS INICIAIS

Há muito tempo estuda-se a engenharia social e suas vicissitudes. Das primeiras formas de vida em sociedade até o complexo e atemporal contrato social, o homem continua sua viagem rumo à melhor forma de lidar com o coletivo, com o geral, como forma de, paradoxalmente, garantir o bom convívio também no aspecto individual.

Nesse contexto, não foram poucas as tentativas, fracassos e avanços do homem no que diz respeito à manutenção e sedimentação da vida em comum. O respeito à propriedade privada, a necessidade de garantias mínimas de sobrevivência, o estabelecimento de deveres relativos à preservação e potencialização dos recursos naturais constituem simplórios exemplos do que ficou conhecido como dimensões dos direitos fundamentais, respectivamente.

De uma sociedade burguesa que exigia um Estado menos intervencionista para uma sociedade que necessitava urgentemente de um responsável pela concessão de direitos e garantias básicas para o exercício da condição humana, a individualidade sempre se fez presente. Seja com mais ou menos Estado, imprescindível se faz a presença humana, a individualidade, o coletivo de singularidades.

Nesta senda insere-se a figura do jus postulandi. Num paralelismo histórico, o ato de pedir com a própria voz que o Estado faça o que deve ser feito e garanta o que deve ser garantido remonta à chamada 2ª geração dos direitos fundamentais. Ressalte-se que as peculiaridades mencionadas quanto a ela serão devidamente esmiuçadas no decorrer deste trabalho. Desta forma, o indivíduo roga ao Estado para que este intervenha numa determinada relação que

pode, inclusive, e geralmente é composta por ele mesmo e o particular, além dos entraves oriundos das relações entre os particulares.

Acontece que, até mesmo para que a prestação jurisdicional seja a melhor ou a menos ruim possível, a própria carta constitucional estabeleceu diversas situações nas quais há exigência de um profissional do direito quando da assistência ao ajuizamento de determinada ação processual, independentemente de sua natureza.

Há vários trechos da norma fundamental acerca dessa disposição, especialmente o art. 133. Em contrapartida, a mesma CRFB/88 dispensa a presença de procurador ou assistente para o manejo de determinadas ações.

Neste ponto é que o jus postulandi está inserido. Por meio da baliza constitucional, legal, jurisprudencial e doutrinária, buscar-se-ão eventuais provocações epistêmicas acerca da efetividade e coadunação de tal princípio com a sua razão de ser, qual seja, conceder celeridade e autonomia quando da arguição ao Estado acerca de seu próprio direito e/ou garantia.

2. “JUS POSTULANDI” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: QUANDO A REGRA VIRA EXCEÇÃO?

De início, cumpre salientar a importância do marco constitucional atinente à temática. Nesse sentido, dispõe o art. 133 da CRFB/88 que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Por conseguinte, dispõe de forma análoga o art. 1º do Estatuto da advocacia (Lei nº. 8.906/94) quando destaca que a postulação a órgão do poder judiciário constitui ato privativo

de advogado.

Não obstante, a importância do Estatuto da Advocacia não reside apenas no pilar que consolida, no âmbito infraconstitucional, a indispensabilidade do Advogado no patrocínio às causas judiciais e administrativas. Há, também, a possibilidade de sanção nos âmbitos cível, penal e administrativo para quem pratica atos privativos de advogado sem o devido registro nos quadros da Ordem, além da declaração de nulidade do aludido ato praticado (art. 4º do referido Estatuto).

Feitas estas breves considerações, resta evidenciada que a regra quanto à postulação em juízo é que esta esteja acobertada pelo auxílio do profissional do direito responsável pelo uso do trato jurídico – legal, doutrinário e jurisprudencial – da forma que melhor aprouver à causa, dentro dos parâmetros éticos inerentes ao exercício da prática advocatícia.

A despeito destas previsões, existem possibilidades em que o próprio detentor do direito pode patrocinar a sua causa independente do auxílio profissional, seja ele de natureza particular ou pública, a exemplo da defensoria e do Ministério Público. Estas, quando devidamente realizadas dentro das balizas legais que as autorizam, não constituem ofensa ao art. 133 da Carta Magna brasileira, nem tampouco às disposições previstas no Estatuto da Advocacia. Tratam-se de exceções legítimas previstas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro. Estas que, por sinal, serão apreciadas a seguir, especificamente no âmbito dos Juizados Especiais.

2.1 Casuística dos Juizados Especiais Cíveis – Lei 9.099/95

Não é escopo do presente trabalho abordar o lugar referente aos juizados especiais, até mesmo pelo fato de que se trata de instituto amplamente reconhecido pela academia. Desta maneira, cabe abordar especialmente as bases da estrutura do juizado apenas no que atine ao *jus postulandi* e suas devidas implicações. De antemão, ressalte-se que o trâmite previsto pela Lei nº 9.099/95, dotado de preceitos que visam

conceder mais celeridade em relação ao rito comum, deve observância à uma série de princípios constitucionais. Contudo, existem princípios especiais – responsáveis, por consequência, pela diferenciação do rito do JEC e relação aos demais, conforme observa-se no art. 2º da lei que dispõe acerca de tal tramitação:

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Ocorre que tais princípios não constituem rol taxativo do sistema principiológico relativo aos juizados especiais cíveis. Outros princípios de magnitude constitucional não só podem como devem ser integrados teórica e praticamente, o que pode gerar eventuais críticas pelo fato da incompatibilidade do que estabelece a Lei 9.099/95 levando em conta bases como contraditório e ampla defesa.

Estas críticas serão abordadas no presente trabalho em momento oportuno. Porém, cabe mencionar de imediato que a especialidade trazida pela lei do JEC não atua de forma isolada, razão pela qual todas as previsões nela contidas devem estar perfiladas *teleologicamente* ao que prevê os já mencionados ditames constitucionais, conforme destaca-se a seguir:

Por certo, não se pode imaginar que esses cinco princípios possam esgotar o conjunto dogmático-principiológico da Lei nº 9.099/95. Princípios como contraditório, fundamentação, devido processo legal e ampla defesa, dentre outros, têm aplicação cogente aos Juizados Especiais, não apenas pela determinação constitucional, mas também pela imposição lógica do ordenamento jurídico. O que ocorre é que os princípios arrolados no art. 2º formam um filtro que, envolvendo o sistema, permitem a passagem do que é compatível com seus institutos, dentro de uma lógica de ponderação de valores. A estrutura dos Juizados, portanto, não é simplesmente preenchida pelas demais normas processuais, mas por elas integrada. A regra hermenêutica aplicável, nesse caso, não é apenas a especialidade, mas também a compatibilidade teleológica. (ROCHA, 2016, p. 56).

Portanto, percebe-se que, como bem salientado, os “filtros especiais” estabelecidos no rito dos juizados especiais não descartam a observância de outros princípios de magnitude constitucional tão importantes quanto. E é justamente neste ponto que surgem as críticas ao sistema do JEC no que diz respeito ao *Jus postulandi*.

O primeiro ponto de crítica encontra-se no agasalho da tese de instrumentalidade do processo. O instrumentalismo processual teve sua gênese nos escritos oriundos do eminente Cândido Rangel Dinamarco e bifurca-se em instrumentalidade e instrumentalismo propriamente dito. Quanto à sua aplicabilidade no âmbito dos juizados, a doutrina critica sua aplicação por defender o argumento de que o processo deve estar mais ligado à perfeita prestação jurisdicional do que como instrumento de pacificação social ou meio de instrumentalização do direito material. É dizer: Em termos de direito processual, os fins não devem justificar os meios.

Aroldo Plínio Gonçalves, pioneiramente no Brasil, combate a tese da instrumentalidade do processo, tanto pelo aspecto positivo quanto pelo aspecto negativo. Adverte o mesmo que o processo não é um instrumento de pacificação social, nem tão pouco um instrumento político. O processo, em sua visão, é instrumento não para a realização do direito material, mas para oferecer à pessoa competente subsídios necessários para uma perfeita atividade jurisdicional, observando o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, não se cogitando em relação aos escopos metajurídicos que, na visão do autor, são na verdade pré-jurídicos (PEDRON; FERNANDES, 2008, p.38).

No excerto ora mencionado, percebe-se que a instrumentalidade duramente criticada por focar no resultado em detrimento do *trajeto* percorrido pelo processo, vislumbra garantias comprometidas pelo excesso de informalidade – como ocorre nos juizados – uma vez que pilares constitucionais como o contraditório e a ampla defesa são reduzidos à deduções orais informais – que podem ser reduzidas a termo pelo serventuário da justiça – expressadas por pessoas despidas

do mínimo de preparo quando do manejo do direito. Com base nesta corrente, conforme já mencionado no presente trabalho, os fins não devem justificar os meios, ou seja, a busca pela celeridade da prestação jurisdicional não deve sucumbir garantias fundamentais conquistadas a duras penas.

Nota-se a plausibilidade de tal tese doutrinária. Na busca incessante por um processo mais rápido, corre-se o risco de adquirir – realmente, em tempo curto – a almejada prestação do Estado-Juiz, contudo, a chance desta prestação ser a menos esperada ou até mesmo vir carregada com um resultado indesejado, munido de frustração pela impossibilidade de obter o que esperava quando do ingresso no poder judiciário, passa a ser uma hipótese cuja incidência detém alta possibilidade de ser concretizada. Todavia, a corrente instrumentalista defende que não basta simplesmente uma prestação jurisdicional digna de aplausos em termos de forma, mas também quanto à sua materialização no campo fático, conforme pode-se notar a seguir:

O ponto central das construções teóricas decorrentes do instrumentalismo está na conscientização de que o processo deve ser descrito não mais como mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, como um poderoso instrumento ético, destinado a servir à sociedade e ao Estado. Somente sob essa perspectiva é que se poderá assegurar ao jurisdicionado o desfecho descrito por Marcelo Abella Rodrigues como finalidade essencial do processo, que consiste, precisamente, na sua capacidade de “servir de instrumento de modo que, ao seu final, seja possível olhar para trás e dizer: foi dada a razão a quem a tinha, trazendo uma pacificação ao conflito. (MADUREIRA, 2015, p. 257)

Nesta senda, surge o embate fundamentado na seguinte premissa: A supressão de garantias fundamentais em busca da celeridade da prestação jurisdicional relativa aos juizados especiais de fato é efetiva? De fato, está agasalhada na lógica do Estado Democrático de Direito? De fato, está consubstanciada no Direito Constitucional brasileiro?

2.2 *Jus postulandi* dos juizados especiais: O sopesamento de supressões dos princípios infraconstitucionais estabelecidos na Lei 9.099/95 versus o prejuízo da obrigatoriedade de aplicação integral dos princípios inerentes ao processo

Em termos de princípios constitucionais indexados à problemática da efetividade do processamento de causa que tramita nos juizados especiais, contraditório e ampla defesa abrem a ala no desfile de eventuais problemas constitucionalmente observados no rito conforme a Lei 9.099/95.

Num primeiro momento, cumpre destacar o marco teórico desses princípios. Preliminarmente, mister se faz a menção ao sofisma da premissa que a celeridade, tão almejada pelos juizados especiais, responsável pela mitigação de garantias fundamentais como o contraditório e ampla defesa, não perfaz inovação ou limitação constituída de absurdo jurídico a ponto de ser considerada um *modus operandi* de natureza formal e materialmente inconstitucional.

E o motivo é simples: Princípio algum é dotado de cláusula de absoluta mutabilidade ou mitigação. Assim sendo, institutos como o contraditório ou ampla defesa são passíveis de mitigação, dentro das devidas proporções, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo. Em objetiva explanação, Gilmar Mendes (2015, p. 453) destaca com maestria:

A Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. 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. Entretanto, é imperativo perceber que a amplitude do princípio da ampla defesa comporta mitigações, uma vez que o próprio direito se submete à restrições determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam, nos casos concretos, em sentidos opostos.

Por conseguinte, nota-se que a mitigação de garantias não constitui, necessariamente, uma ofensa às nobres intenções esculpidas pelo legislador constituinte originário quando da elaboração da Constituição Federal de 88, uma vez que tal mitigação emerge para dar espaço à eficácia de outros direitos e garantias tão fundamentais quanto os que hora são mitigados.

Desta feita, padece de sustentação a tese de que a razão de ser dos juizados especiais, bem como seus princípios que buscam a rápida prestação jurisdicional, por alegar que este rito põe em xeque o devido processo legal, especialmente quando do contraditório e da ampla defesa a partir do momento em que há expressa disposição legal que dispensa a presença de advogado no patrocínio da causa quando o valor desta não for superior a 20 salários mínimos (art. 9º da lei 9.099/95).

Contudo, pontue-se a pertinência das críticas relativas à indispensabilidade do advogado no processo tendo em vista a natureza desta participação como critério de validação da prestação jurisdicional, materializada no



processo. É inegável a coerência de uma formulação deste porte, uma vez que de fato – embora o valor da causa seja pequeno – a parte, por ser despida de formação jurídica, corre o risco de não saber fornecer ao seu suposto direito o trato merecido e, assim, padecê-lo da liquidez necessária ao êxito de sua demanda.

Em interessante estudo acerca da indispensabilidade do advogado no âmbito dos juizados especiais e o *jus postulandi*, advogam Guilherme Faria e Thiago de Paula (2012, p. 46) que:

Percebe-se que a prestação jurisdicional sob a égide do Estado Democrático de Direito exige o respeito às garantias constitucionais processuais, dentre elas o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, e que seja dada às partes as oportunidades garantidas pela ordem jurídica para que possam participar efetivamente da construção da decisão, apresentando os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado. (...) Tais garantias processuais, conforme preconizado pelo próprio texto constitucional, só serão asseguradas quando cumpridas as exigências constitucionais dos pressupostos de existência e validade do processo, dentre eles, a participação indispensável do advogado. Ao advogado é atribuída a capacidade postulatória por ser detentor dos conhecimentos relativos aos deveres, faculdades e ônus processuais, estando apto a exercer em plenitude a ampla defesa e o contraditório, na defesa dos interesses de seu constituinte.

Mesmo diante de interessante posicionamento doutrinário, a crítica não se sustenta, não há como realizar suposições em termos de juízo de cognição do juiz, legítimo responsável pela observância dos princípios constitucionais no processo, independente do rito da prestação jurisdicional de sua responsabilidade. O mesmo erro está em afirmar que a plenitude de tais garantias se exaure na participação do advogado na causa, pelo fato disso poder gerar a errônea impressão de que sua presença é garantia da mais abalizada condução de argumentos em busca da adequada prestação jurisdicional e, consequentemente, do êxito esperado.

Se estamos diante de uma obrigação de meio e não de resultado, mesmo com a

participação do causídico, há a possibilidade de insucesso na demanda, da mesma forma que há quando a parte milita em causa própria sem o auxílio de serviço advocatício. De outra maneira, a plausibilidade da tese da indispensabilidade do advogado como direito fundamental atinente ao *jus postulandi* – o que acarretaria a inconstitucionalidade da dispensa – só seria admissível se comesse e tivesse fim no mero trato formal do processo, sem possibilidade de inferência à maior ou menor chance de êxito do autor se estiver ou não acompanhado de advogado.

3. JUS POSTULANDI, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CIDADANIA: MEIO DE MATERIALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS CONSTITUCIONAIS?

A despeito das teses corporativistas que vão de encontro à constitucionalidade do *jus postulandi* da forma como é tratado no ordenamento jurídico brasileiro, o presente tópico gravitará na órbita dos fundamentos constitucionais e internacionais que funcionam como viga mestra de sustentação deste importante instituto.

Lato sensu, a capacidade do próprio indivíduo de postular em nome próprio direito seu não é exclusividade dos juizados especiais cíveis. Em diversas oportunidades, nos mais diversos âmbitos do direito brasileiro, há essa possibilidade. Afora o já mencionado exemplo do *jus postulandi* no juizado especial cível, pode-se citar também sua incidência na esfera eleitoral em primeira instância, na primeira instância da justiça trabalhista, no caso de impetração de habeas corpus, entre outras nuances como a possibilidade de acesso ao CNJ e ao Corregedor Geral, bem como na hipótese de acesso direito ao Juiz em virtude de reclamação atinente à má prestação de serviço por parte dos cartórios extrajudiciais.

Estes exemplos de incidência da postulação em causa própria – embora sejam palco de críticas conforme já detalhado neste artigo – nada mais são que conclamações materializadas de preceitos constitucionais internos e internacionais. Neste último caso, especifique-se que estar-se a fazer menção à Convenção

Interamericana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica, cuja lista de signatários contém da República Federativa do Brasil.

Ressalte-se também, ainda em relação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que a concessão, permissão e proteção à figura do *jus postulandi* está disposta na cessão dos direitos civis e políticos. Aliás, importante deixar consignado também que o instituto ora analisado não é o único ali previsto, apesar de ser o único aqui abordado para que se evite o tangenciamento da temática proposta.

Da forma como ali está exposta, fica evidenciado que o *jus postulandi* não perfaz atividade privativa de advogado, mas sim uma atividade garantida especialmente a todos os cidadãos que possuem a faculdade de solicitar auxílio ao profissional do direito em virtude da complexidade ou para melhor conveniência em virtude das nuances da prestação jurisdicional que está a se buscar. Trata-se, conforme poderá ser visto a seguir, de garantia mínima de amplitude internacional, conforme estabelecem as alíneas d) e e) do art. 8º do referido Pacto de San José:

Artigo 8. Garantias judiciais

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

Portanto, ao estar estabelecido em norma de amplitude internacional da qual o Brasil é signatário, fica constatado o tamanho da preocupação de deixar evidentemente garantido o mínimo necessário para o desempenho das demais garantias fundamentais para quem compõe a tríade processual através da figura do *jus postulandi*.

Partindo para o plano jurídico da eficácia e constitucionalidade do *jus postulandi* em nosso ordenamento, existe uma grande lacuna que poderia sanar, de uma vez por todas, a sua

efetividade em termos estatísticos.

Em que pese a existência de diversas pesquisas patrocinadas pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça – em relação à quantidade de processos em trâmite, produtividade de magistrados e seus afins, não há, até o presente momento, pesquisa que tenha por objetivo averiguar a eficiência do *jus postulandi* no cotidiano forense. É dizer: Não há menção em termos percentuais de quantos processos – em que haja possibilidade de uso do *jus postulandi* – houve mais êxito: Naqueles em que o autor preferiu o instituto aqui abordado ou naqueles em que, mesmo podendo fazê-lo, preferiu fazer uso do auxílio advocatício público ou privado. Obviamente, com resolução de mérito.

E deste gênero que esculpe a garantia mínima do indivíduo no processo que, por questões didáticas, foi mencionado em primeiro plano – exsurtem dois importantes princípios constitucionais conexos à defesa no processo, quais sejam, contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Contraditório, segundo Oliveira (2015, p. 114) “mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade”. Já quanto ao princípio da ampla defesa, de acordo com Bulos (2015, p. 696) é o que fornece à parte o amparo necessário para que “leve ao processo civil, criminal ou administrativo os argumentos necessários para esclarecer a verdade, ou, se for o caso, faculte-lhe calar-se, não produzindo prova contra si mesma”.

Diante de tal contexto, verifica-se que a prática do *jus postulandi* não exerce papel proativo quanto à instrumentalização do contraditório e ampla defesa, ao menos a ponto de ser considerada prática contrária a estes preceitos fundamentais. E o fundamento é simples: Trata-se de participação democrática do processo, consubstanciada no pilar do livre acesso à justiça, também conhecido por princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – previstos no art. 5º, XXXV da CRFB/88. Visualiza-se, aqui, o entrelaçamento dessa garantia fundamental com o próprio contraditório, quanto ao aspecto político deste, uma vez que, conforme lembra Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015, p. 99) “assegura às partes a participação na formação do provimento

jurisdicional, ou seja, é a possibilidade que o jurisdicionado possui de influir nas decisões que irão repercutir em sua vida”.

Portanto, ante o exposto, evidenciado está o fato de que o *jus postulandi* não apenas comporta e agasalha fundamentos constitucionais como, de forma homogênea, consegue entrelaçá-los com total respeito às normas do poder constituinte originário de 1988.

3.1 Uma visão contextual *jus postulandi* dos juizados termos de Brasil: os números advogam contra seu *modus operandi*

Até aqui vimos que de fato há sustentação não só pela permanência do juizado mas também pela sua defesa em razão de sua plena consonância com os direitos fundamentais no Brasil. Todavia, é salutar que analisemos a questão de forma holística, analisando o contexto no qual essa permissibilidade está inserida para que, enfim, possamos chegar a um resultado prático mais realista possível.

Afinal, de nada adianta um sistema de garantias fundamentais sem o devido enfoque prático, sem a devida materialização desse sistema de garantias, concedente ao texto constitucional o caráter meramente semântico, uma mera folha de papel que corrobora com o estado de coisas, sem de fato protagonizar garantias a todos os cidadãos de uma determinada sociedade.

Por este motivo, filósofos do direito dedicaram e dedicam suas vidas ao estudo prático dos ditames constitucionais, a exemplo de Loewenstein (1964, p. 205), que propôs a classificação ontológica das constituições, visando analisar – com foco no que de fato é extraído do processo real de poder – “as vicissitudes do caráter normativo, nominal ou semântico do corpo constitucional”. Em apertada síntese, estas classificações vão, respectivamente, da Constituição mais real para a mais fictícia no campo prático, legitimando arbitrariedades e pondo em último plano qualquer cogitação acerca de direitos e garantias fundamentais da forma como conhece-se na atualidade.

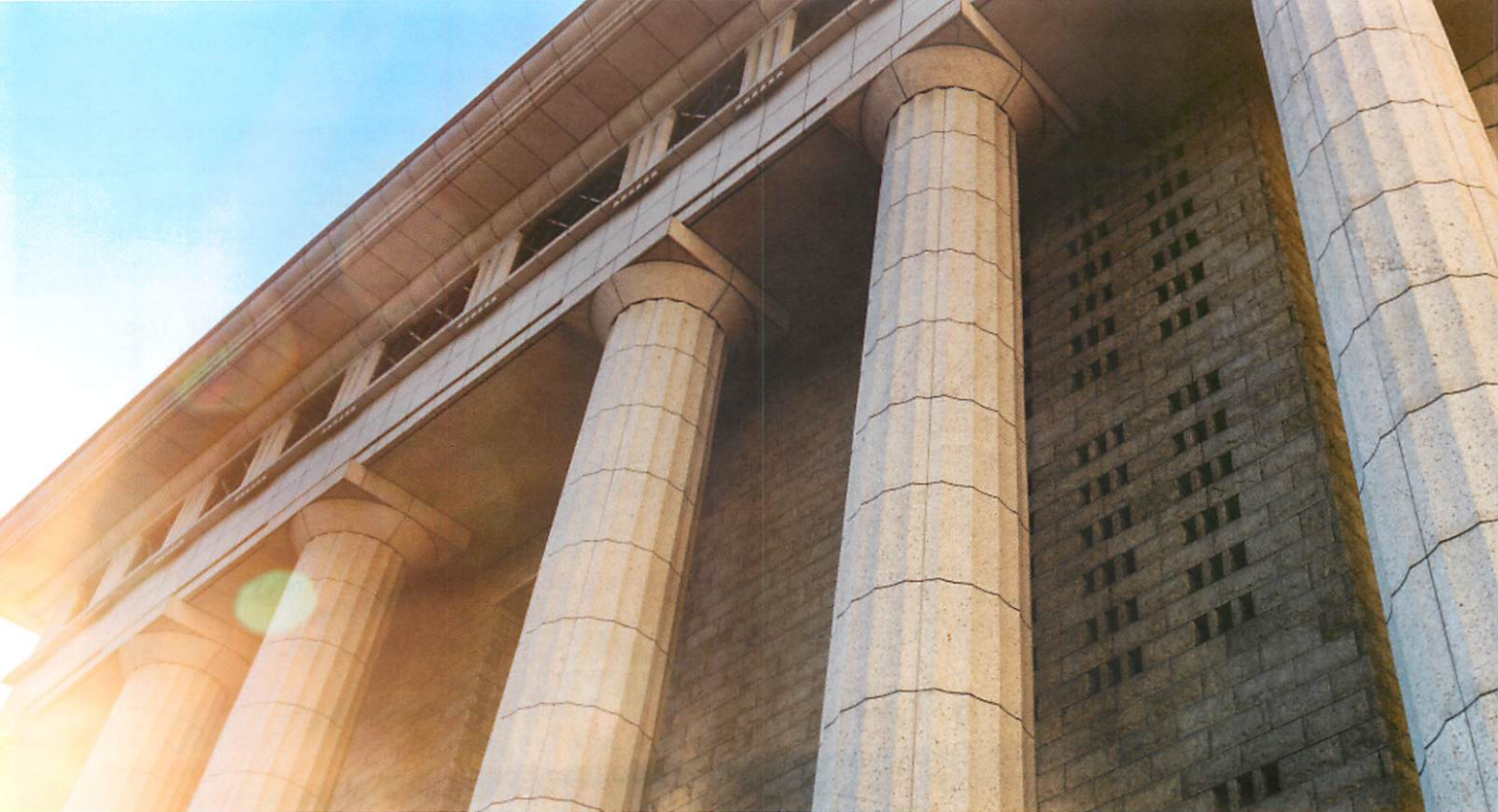
Assim sendo, tão interessante quanto saber

a consonância dos juizados com a Constituição Federal é saber como, na prática, efetivamente ele vem se saindo. Infelizmente, neste aspecto, um verdadeiro entrave para o presente artigo foi encontrar trabalhos dedicados à efetividade, em termos estatísticos, do *jus postulandi* nos juizados especiais cíveis. No entanto, mencionaremos aqui um interessante estudo de caso (OLIVEIRA; ALCÂNTARA, 2011, p. 261) desenvolvido no juizado especial da comarca de Teresina Estado do Piauí.

Neste estudo, que coletou dados durante um ano (2008-2009) com ênfase nos processos julgados nos juizados, verificou-se que 50% dos processos possuíam auxílio advocatício (tanto público quanto privado) e, em comparação aos processos nos quais a parte optou pelo *jus postulandi*, em termos de êxito na prestação jurisdicional, o resultado foi drástico: Percentualmente, a diferença no êxito da causa com advogado e sem advogado versus *jus postulandi* foi de 100%, ou seja, o dobro do número de julgados procedentes. Conforme o estudo realizado, extrai-se o seguinte gráfico:

Não obstante, dados mais alarmantes ainda podem ser conferidos no último relatório da justiça em números, realizado pelo Conselho Nacional de justiça. A conciliação no âmbito do juizado é o que poderia advogar a favor do *jus postulandi*, uma vez que a causa – se feita a conciliação – extingue-se por homologação, sem necessidade de eventuais burocracias jurídicas que eventualmente podem dar azo à necessidade de auxílio advocatício. Contudo, o índice de conciliação no âmbito dos juizados especiais cíveis é de apenas 16%, sendo 19,1% na justiça estadual e 5,6% na justiça federal (CNJ, 2016, p. 45).

Ainda em relação aos números, o mesmo relatório apontou que o assunto mais demandado nos juizados especiais, com mais de 1 milhão de processos só em 2015, versa acerca de responsabilidade civil no âmbito do direito consumidor. Imaginemos uma simples vedação à inversão do ônus da prova num processo do juizado ou, se concedida, que o fornecedor ou prestador de serviço apresente argumentos técnicos que impossibilitem a refutação do consumidor, como fica? É patente a ofensa aos próprios dispositivos constitucionais, na prática forense, que a lei dos juizados julga consagrar.



Ainda mais diante do avanço da tese de que a concessão de inversão do ônus da prova não deve ser feita de forma automática, tema este que não será aqui esmiuçado por ser tangencial ao objeto de estudo do artigo.

Vivemos num País em que a população possui baixa instrução ou sequer possui instruções mínimas, a exemplo dos analfabetos que, juntos, somam alarmantes 27% (35 milhões) da população brasileira - conforme dados do Instituto Paulo Montenegro -, isso é quase um terço, repise-se, um terço dos cidadãos brasileiros. Há mais analfabetos do que processos em trâmite no próprio juizado especial cível, cinco vezes mais (em comparação com o ano de 2015, quando tramitavam 7 milhões de processos, de acordo com o relatório do CNJ no corrente ano).

Diante desse cenário macabro, difícil é a tarefa de não ver os ditames estabelecidos na Constituição Federal como folha de papel, consequência tão temida desde a época de Lassalle, quando se permite a prática do *jus postulandi* sem levar em conta o contexto social da população que recebe o pseudodireito de postular em causa própria, quando não conseguem sequer escrever o próprio nome completo, aumentando drasticamente as já existentes chances de fracassar no pleito dos seus direitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Repleta de princípios e de boas intenções, a lei que institui os juzados especiais cíveis ainda não se encontrou quando o assunto versa sobre a conciliação entre o que se prega na teoria e o que de fato ocorre na prática. O que se percebe na prática forense remonta ao costume que prega que os fins justificam os meios. A supressão do auxílio advocatício e de uma série de elementares princípios constitucionais para gerar o *jus postulandi*, uma figura que permite ao detentor do direito de postular diretamente no poder judiciário, realmente encontra cobertura em termos de legitimidade e embasamento.

No entanto, infelizmente as discussões acadêmicas pouco ou nada refletem acerca do pilar efetividade. É preciso que sejam realizadas políticas públicas patrocinadas pelo poder judiciário não apenas para contabilizar a quantidade de processos que entram e saem todos os anos em todas as instâncias, mas também averiguar a qualidade da prestação jurisdicional do que vem sendo realizado, especialmente no que diz respeito ao *jus postulandi* nos juzados especiais.

Ações como o estudo realizado por pesquisadores do Estado do Piauí não só podem como devem se tornar corriqueiras por parte do poder judiciário, uma vez que se mostra de extrema relevância saber a qualidade

da prestação jurisdicional do instituto do *jus postulandi* como forma de averiguar se ele realmente proporciona o que a Constituição e a lei dos juizados especiais dizem proporcionar.

Noutro giro, é inegável que há necessidade de aprofundamento quanto à relação da indispensabilidade do advogado (art. 133 da CRFB/88), com o livre acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88) e a figura do *jus postulandi* por meio da técnica de ponderação de princípios, ação essa que – dadas as limitações inerentes ao presente artigo – mostra-se inviável num primeiro momento, o que não exime a possibilidade de aprofundamentos futuros, uma vez que as presentes disposições nem de longe esgotam esta rica discussão.

A necessidade eminente de uma abordagem e visualização mais contextualizada quando da apreciação da figura do *jus postulandi* também é latente. O bom senso prega que antes de conceder para um indivíduo o direito de postular em juízo é necessário no mínimo que sejam dadas instruções básicas sobre o que, quando e como realizar e/ou exteriorizar esta ação – de magnitude e calibre constitucional – sob pena de tudo não passar de um sofisma constitucional repleto de boas intenções e faminto de efetividade no mundo real, visando apenas aumento de números estatísticos de produtividade. Num país em que educação básica é luxo, dados que revelam o problema da prestação jurídica do *jus postulandi* nos juizados mostram-se um sinal de que de fato os fins não devem justificar os meios.

REFERÊNCIAS

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016.
- FARIA, Guilherme Fraga de; PAULA, Thiago Soares de. **O Jus Postulandi Previsto na Lei 9.099/95 à luz do devido Processo Constitucional e do Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v. 2, n.4, p. 36-50, jul./dez. 2012.
- FERNANDES. Bernardo Gonçalves; PEDRON Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise: Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do Poder Judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Gunther e Jurgen Habermas**: Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.
- LASSALLE, Ferdinand. **O Que é Uma Constituição**. Trad.: Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações, 1975.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**, traduzida para o espanhol por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.
- MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Formalismo, Instrumentalismo e Formalismo-Valorativo**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS. Edição digital: Porto Alegre, Volume X, Número 3, 2015, P. 235-283.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MONTENEGRO, Instituto. **Estudo especial sobre alfabetismo e mundo do trabalho: Indicador de alfabetismo funcional (INAF)**. São Paulo, 2016.
- Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")**, 1969.
- OLIVEIRA, Danuta Coelho de; ALCÂNTARA, Dione Cardoso de. **A (in)dispensabilidade dos advogados nos juizados especiais: A experiência em um juizado especial cível de Teresina/PI**. Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí Arquivo Jurídico, v. 1, n. 1, jul/dez2011, pgs 255-270.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido Processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Processo Civil Contemporâneo. Vol1. Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria prática**. – 8. ed. Rev., Atual. e Ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.



1. INTRODUÇÃO

Um dos institutos jurídicos que adquiriu ainda mais visibilidade após a edição do Novo Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, é a reclamação, conhecida também como reclamação constitucional, por sua previsão expressa no Texto Magno e para diferenciá-la de outros mecanismos de mesmo nome existentes em nossa ordem jurídica.

É indubitável que o destaque dado pelo novel diploma processual civil à reclamação constitucional visa ao fortalecimento do sistema de precedentes judiciais implantado pela nova legislação, ainda que com diversas peculiaridades em relação ao existente nos países do *common law*. É sabido que tal sistema tem por escopo garantir mais estabilidade, coerência e segurança ao ordenamento jurídico brasileiro.

Com tais desideratos, o Código de Processo Civil de 2015 alargou a competência para processamento e julgamento da reclamação, além de ter alargado ou, pelo menos, explicitado melhor suas hipóteses de cabimento, detalhando aquilo que consta da Constituição da República. Uma dessas hipóteses de cabimento está prevista no art. 988, §5º, II e será aqui esmiuçada e analisada, com foco na interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal em outubro de 2016, ao julgar o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação 24.686/RJ (Rcl 24686 ED-Agr/RJ).

O interesse pela temática e a motivação suficiente para realizar esta pesquisa advieram do fato de que, em tal julgamento, a Suprema Corte interpretou a norma de forma absolutamente distinta do que preconizava a doutrina até então, além de demonstrar a manutenção de sua denominada jurisprudência defensiva, utilizando-se de mecanismos para

evitar o julgamento de mérito das causas postas à sua apreciação.

Nesta quadra, o método de pesquisa utilizado será o dedutivo, partindo-se de argumentos gerais para argumentos particulares, buscando-se a solução para o problema investigado, qual seja, a adequada interpretação do inciso II do §5º do artigo 988 do Código de Processo Civil.

2. O ATUAL PANORAMA DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Apesar de sua origem pretoriana, no seio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a reclamação ganhou estatuto constitucional com o texto de 1988, o qual previu o instituto, inicialmente, nos artigos 102, I, I, no âmbito do STF, e 105, I, f, no do STJ. Em ambos os casos, a previsão normativa foi no sentido de seu cabimento para preservar a competência das respectivas Cortes Superiores e a garantia da autoridade de suas decisões. Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, uma nova hipótese de cabimento foi adicionada no artigo 103-A, §3º, qual seja, o combate à contrariedade de súmula vinculante, seja por aplicação indevida do enunciado, seja pela não aplicação quando se tratava de hipótese de incidência. Tais normas continuam válidas e foram reforçadas nos incisos I, II e III, primeira parte, do artigo 988 do diploma processual.

Quanto à primeira situação mencionada, é sabido ser possível o manejo da reclamação para buscar preservar quaisquer das competências constitucionalmente atribuídas ao STF e ao STJ nos artigos 102 e 105, sejam elas originárias, recursais ordinárias ou recursais excepcionais (especiais e extraordinárias), aniquilando a usurpação realizada e restabelecendo o correto exercício da competência das Cortes de Superposição.

Assim, pode-se imaginar o manejo da reclamatória, por exemplo, quando um procedimento de competência recursal do STF ou do STJ tramitar perante outro órgão jurisdicional; um procedimento de competência originária de uma destas Cortes tramitar perante outro órgão jurisdicional; ou, ainda, um procedimento de competência originária destes tribunais tramitar perante órgãos administrativos, como são exemplos os inquéritos. (BRIDA, 2011 / MOUZALAS; ALBUQUERQUE, 2015)

Interessante anotar, apenas a título de exemplo, que o STF já reconheceu, em sede de reclamação, ser sua a competência para processar e julgar ação proposta por Estado-membro contra autarquia de outro Estado-membro (Rcl 1.061 – Rel. Min. Octavio Galotti – DJ 20/02/2004), por configurar conflito federativo, hipótese prevista no art. 102, I, f da CRFB/88.

No que concerne à reclamação com o fito de garantir a autoridade das decisões do tribunal, até o advento do Novo CPC, os Tribunais Superiores eram firmes ao afirmar que era imprescindível ao conhecimento da ferramenta processual que a afronta tivesse ocorrido em relação a uma decisão determinada. Em outras palavras, o STF e o STJ não admitiam a reclamação com base em suposto desrespeito à jurisprudência pacificada.

É lógico que, nesta hipótese, é condição *sine qua non* para a admissão da reclamação que exista uma decisão prévia do Tribunal Superior sobre a questão, não sendo cabível caso inexistir uma decisão cuja autoridade se pretenda garantir. A única exceção, de criação pretoriana, é a possibilidade de ajuizamento de reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma/Colégio Recursal estadual e a jurisprudência do STJ, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos repetitivos, como reza o artigo 1º da Resolução 12/2009 do STJ, que não será estudada de modo profundo por não ser o objeto específico deste trabalho.

Em decisão que explicitou a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça à época, exarada no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 3552/DF (Relator:

Desembargador Convocado Vasco Della Giustina, DJE 28/10/2009), a Corte declarou ser inadmissível reclamação dirigida contra decisão de órgão fracionário de algum tribunal. (RAMOS, 2013)

Ademais, é cediço que a decisão reclamada pode ter sido proferida tanto em processos individuais, como em demandas de natureza coletiva. Conforme os ensinamentos de Nogueira (2013, p. 389): “Cuidando-se de processo individual, a reclamação é utilizada para cassar a decisão exorbitante de modo a que o litígio, inclusive aquele já em fase de execução, seja dirimido, desta feita com observância do julgado do Supremo”. Tal afirmação também é válida no caso de a decisão cuja autoridade se pretenda ver garantida for oriunda do STJ.

Relevantíssima alteração no cabimento da reclamação constitucional adveio com a EC 45/2004, permitindo, através da previsão contida no art. 103-A da CRFB/88, que o Supremo Tribunal Federal (e somente ele), de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprove súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta das distintas esferas de poder (federal, estadual e municipal).

Tal enunciado de súmula deve ter por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, a ponto de implicar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, como indica o §1º do mesmo dispositivo. Tal instituto indica uma preocupação não apenas com a razoável duração do processo, mas com a segurança jurídica que é esperada das decisões tomadas pela Suprema Corte.

Como consequência inseparável do efeito vinculante inerente aos enunciados sumulares desta natureza, é cabível reclamação em face de decisão judicial ou mesmo ato administrativo que contrarie o seu enunciado. Caso seja julgada procedente reclamação em face de ato administrativo, ao STF caberá a sua anulação, eliminando do mundo jurídico sua validade e do mundo fático seus efeitos. Por outro lado, caso



uma decisão judicial aplique inadequadamente uma súmula vinculante ou não a aplique quando seria o caso de aplicá-la, eventual reclamação julgada procedente implicará na cassação, pela Corte Suprema, do ato judicial reclamado, ordenando que outro provimento jurisdicional seja exarado com ou sem a aplicação do enunciado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. (BRIDA, 2011; CUNHA, 2013)

Outra hipótese de cabimento do instituto ora estudado, prevista na parte final do inciso III do alhures citado art. 988, diz respeito à garantia da observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Inicialmente, ressalte-se que tal possibilidade já era admitida pela Corte antes mesmo da edição e vigência do novo diploma processual civil.

Na verdade, em princípio, alguns julgados mais antigos do STF somente admitiam a legitimidade para a reclamação à própria parte do processo objetivo de controle de fiscalização, bem como aos terceiros legitimados expressamente previstos no artigo 103 do texto constitucional. Outros julgados, ainda mais antigos, restringiam ainda mais a legitimidade para a reclamação, somente conhecendo aquelas que fossem ajuizadas

pelas partes do processo principal. Entretanto, tal posicionamento modificou-se com o passar do tempo, passando a Corte Constitucional a atribuir legitimidade ativa a qualquer interessado na estrita observância à decisão prolatada em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

De fato, restaria pouquíssima ou nenhuma utilidade prática aos efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões em controle abstrato de fiscalização se não lhes fosse garantido o manejo da reclamação para assegurar a sua observância pelos demais órgãos judiciários e pelo Poder Público em geral. (LOBO, 2015)

Impende salientar que, no julgamento da Reclamação 7.358 (Relatora: Min. Ellen Gracie, DJE 02/06/2011), a Corte Constitucional reconheceu, por maioria de votos, a legitimidade ativa autônoma do Ministério Público estadual para propor reclamação na hipótese ora analisada, independentemente de ratificação do pedido pelo Procurador-Geral da República. Os votos vencidos entendiam que incumbiria ao PGR, chefe do Ministério Público da União, exercer as funções do *parquet* junto àquele tribunal, de modo originário, ou então através de ratificação do pedido feito pelo Ministério Público estadual. Contudo, o voto vencedor,

acatando a legitimidade autônoma citada, dentre outros argumentos, baseou-se na inexistência de vínculo de subordinação entre o MP estadual e o da União e na função constitucionalmente assegurada à instituição de defesa da ordem jurídica, especialmente da Constituição Federal, o que poderia ser realizado através do manejo da reclamação. (TAKOI, 2013)

Ainda neste ponto, cabe, derradeiramente, registrar a discussão supostamente ainda existente sobre o cabimento da reclamação com fundamento na teoria da transcendência dos motivos determinantes. No passado, a Suprema Corte chegou a entender que existindo uma decisão abstrata de inconstitucionalidade, os motivos determinantes deste *decisum* possuíam efeitos vinculantes e *erga omnes*, implicando a conclusão de que normas semelhantes, ou seja, com conteúdo idêntico ou assemelhado com o da norma declarada inconstitucional, sofreriam exatamente os mesmos efeitos da fiscalização abstrata. Em momento posterior, no entanto, houve uma mudança de posicionamento da Corte, como explica Daniel Amorim Assumpção Neves: “Mais recentemente, entretanto, o Supremo Tribunal Federal tornou-se refratário à adoção da teoria, inclusive rejeitando reclamações constitucionais que têm como objeto lei municipal ainda não declarada inconstitucional em controle concentrado”. (2016, p. 1.431)

Ocorre que, na opinião deste autor, o impasse foi resolvido definitivamente pelo §4º do artigo 988 do CPC de 2015, o qual prevê que as hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida de “tese jurídica” (e não somente da norma jurídica concretamente decidida pelo STF) e sua não aplicação aos casos que a ela correspondem, adotando, de forma nítida, a teoria dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes (NEVES, 2016)

No inciso IV supracitado, está previsto o cabimento de reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, novos institutos previstos pelo CPC com o intuito atribuir novo valor aos julgados emanados das Cortes de segunda instância, ou seja, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Para

garantir tal resultado, a lei processual civil previu estes dois institutos e dotou seus resultados finais de efeitos vinculantes, com o escopo de realizar a compatibilização vertical dos julgados, que decorre da implantação de um sistema de precedentes.

Por fim, o §5º do art. 988 do CPC prevê duas condições negativas ao cabimento da reclamação. A primeira, prevista no inciso I, aduz que é inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada. A razão para tal norma reside no fato de que, para a jurisprudência dos Tribunais Superiores, mesmo anterior ao CPC/2015, a reclamação não podia ser utilizada como sucedâneo de ação rescisória, esta sim instrumento processual hábil à desconstituição da coisa julgada material. A segurança jurídica materializada na coisa julgada não poderia ficar fragilizada pela possibilidade de cabimento de um mecanismo como a reclamação, que possui hipóteses de cabimento em certa medida mais subjetivos do que aqueles constantes do artigo 966 para o corte rescisório.

Neste compasso, a reclamação não pode ser intentada após a decisão que se deseja ver cassada transitar em julgado. O reclamante deve, dentro do prazo recursal, interpor o remédio processual cabível, sendo, na pendência de julgamento do recurso, possível o ajuizamento da reclamação. Frise-se que a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação, consoante expressa previsão legal no artigo 988, § 6º. Ou seja, pouco importa depois o resultado do julgamento do recurso, se o seu mérito será ou não conhecido, ou se haverá o seu provimento ou improvimento. Assim, desde que, no momento do ajuizamento da reclamação, a decisão reclamada ainda não tenha transitado em julgado, o futuro do recurso não irá acarretar nenhuma consequência no conhecimento e julgamento da reclamação.

Já a segunda condição negativa, disposta no inciso II do §5º, e a interpretação a ela dada pela Suprema Corte do País, com as indissociáveis consequências advindas, serão o objeto da próxima Seção deste trabalho.

3. O SIGNIFICADO DE *INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS* PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 24.686

Assim dispõe o dispositivo legal a ser analisado:

§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Este inciso II foi incluído durante a *vacatio legis* do Novo CPC pela Lei nº 13.256/2016. Antes desta lei modificadora, havia no inciso IV do mesmo artigo 988 a previsão de que caberia reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos, onde estariam incluídos o incidente de resolução de demandas repetitivas (posteriormente previsto na nova redação do mesmo inciso IV), o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

Com a lei modificadora, o inciso IV passou a prever, como já fora demonstrado, o cabimento da reclamação para garantir a observância do acórdão proferido em julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Simultaneamente, foi adicionado o alínea transcrito inciso II ao §5º.

Aparentemente, a mudança legislativa teve a intenção de não permitir o acesso *per saltum* ao STJ e ao STF, fazendo com que a parte reclamante não pudesse ajuizar reclamação nas Cortes Superiores logo após uma sentença de primeira instância contrariar um dos precedentes vinculantes. Por isso, passou-se a entender, a *contrario sensu* do dispositivo supra, que a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos somente poderia ser intentada após o esgotamento das

instâncias ordinárias.

É importante verificar como a doutrina interpretou esta norma contemplada pela Lei nº 13.256/2016:

O inciso explicita que a reclamação para afirmar a autoridade de julgamento de recursos extraordinário com repercussão geral (repetitivo ou não) e de recurso especial repetitivo é inadmissível “quando não esgotadas as instâncias ordinárias”. A presença desta expressão no dispositivo (“quando não esgotadas as instâncias ordinárias”) induz a inexorável conclusão de que a reclamação é possível na hipótese, apenas que não em face de decisão de juiz de primeiro grau. Do contrário, bastaria que a redação do dispositivo encerrasse na expressão “repetitivos”.

(...)

Vale dizer, a Lei 13.256/2016 adotou, no ponto, uma solução intermediária. Por uma questão de política judiciária, vedou o acesso *per saltum* ao STF e ao STJ, impossibilitando que fosse ajuizada reclamação contra decisão de primeiro grau que contrariasse os seus precedentes. No entanto, a fim de deixar claro que estes mesmos precedentes são obrigatórios, previu a reclamação, apenas que de forma subsidiária. (XAVIER, 2016, p. 114)

O mesmo entendimento foi esposado por Daniel Amorim Assumpção Neves em sua obra “Manual de Direito Processual Civil”, a saber:

Por “esgotamento das instâncias ordinárias” o legislador aparentemente pretendeu afastar o cabimento de reclamação constitucional contra sentença que desrespeita precedente fixado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo.

(...)

Dessa forma, se um acórdão desrespeitar o precedente criado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo, e em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, ainda que não repetitivo, caberá reclamação constitucional para o tribunal de superposição. Mas no caso de sentença proferida em tais moldes caberá a apelação. O mesmo se diga no caso de decisão monocrática proferida em segundo grau, que sendo recorrível por agravo interno (art. 1.021, *caput*, Novo CPC), não poderá ser

objeto de reclamação constitucional. (2016, p. 1.434)

De fato, sempre foi assente na doutrina e no seio dos próprios operadores do Direito pátrio que a expressão *instâncias ordinárias* envolveria os juízos de primeiro grau e os tribunais de segunda instância, assim entendidos os tribunais de justiça, os regionais federais e, analogicamente, os regionais do trabalho, regionais eleitorais e, onde existirem, os de justiça militar.

Denominavam-se de ordinárias tais instâncias justamente porque nelas era possível ampla discussão acerca das questões postas à sua apreciação, permitindo intensa produção probatória e revolvendo-se os fatos para uma análise minuciosa, sempre com vistas a solucionar o litígio da maneira mais justa possível. Deseja-se conferir uma decisão justa ao caso concreto, conforme o direto posto e as provas existentes nos autos.

Por outro lado, a tradição jurídica intitula de *instâncias extraordinárias* aquelas onde não é possível a reapreciação e valoração das provas existentes, nem o revolvimento de fatos, sendo o escopo fundamental de tais tribunais a uniformização da interpretação jurisprudencial das normas jurídicas, conferindo estabilidade, segurança e coerência ao ordenamento. Os fatos que deram origem ao litígio são preestabelecidos pelas instâncias ordinárias, não se preocupando a instância extraordinária em verificar sua autenticidade, incumbindo-se somente de dar a estes fatos previamente fixados a interpretação mais consentânea com a legislação constitucional e/ou infraconstitucional, conforme o caso. Neste conceito, em tese, se encaixavam todos os Tribunais Superiores (STF, STJ, TST, TSE e STM), quando atuavam no âmbito de sua competência recursal extraordinária, o que exclui, por exemplo, as causas de sua competência originária.

Ocorre, porém, que este entendimento histórico não foi o adotado pela Suprema Corte para interpretar a expressão contida no artigo 988, §5º, II do CPC. A Segunda Turma do Tribunal, em julgamento realizado no dia 25 de outubro de 2016, por unanimidade, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação 24.686, do Rio de Janeiro, cuja

Relatoria coube ao já falecido Ministro Teori Zavascki, conferiu interpretação teleológica ao dispositivo legal, conforme mostra a ementa do julgado, *litteris*:

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, §5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.

1. Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, §5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o iter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.

2. Agravo regimental não provido.

No caso concreto, em síntese, houve o ajuizamento de uma reclamação junto ao STF, em face de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro que teria violado o decidido no RE 658.026/MG (Rel. Min. Dias Toffoli), julgado sob o rito da repercussão geral. Em decisão monocrática, o Relator Min. Teori Zavascki negou seguimento à reclamação, sendo, posteriormente, rejeitados os embargos de declaração e, por fim, oposto o agravo regimental, para julgamento do caso pelo órgão colegiado natural, no caso, a Segunda Turma.

Deve-se observar, desde logo, que a mesma tese firmada pelo STF neste caso serve também para qualquer outro caso que envolvesse matéria cível comum ou até mesmo trabalhista. Ou seja, o fato de o caso analisado ter versado sobre matéria eleitoral não descaracteriza a generalidade da posição firmada pelo Tribunal, que pode ser aplicada em qualquer situação semelhante, seja qual for o ramo do direito a que diga respeito.

Pois bem. Dois dos argumentos utilizados pelo agravante nas suas razões recursais foi justamente o de que o requisito do inciso II do §5º do artigo 988 do CPC compreenderia apenas o *exaurimento de recurso ordinários cabíveis no tribunal de origem* e que o julgamento do recurso especial eleitoral em tramitação no TSE e a

eventual interposição de recurso extraordinário em nada afetariam a reclamação ajuizada.

No entanto, tais alegações não obtiveram guarida dos Ministros da Suprema Corte. Nos termos do voto vencedor, considerou-se prematuro o questionamento fundado na alegação de descumprimento do decidido no RE 658.026/MG, cujo mérito foi apreciado sob a sistemática da repercussão geral, uma vez que ainda não havia ocorrido o esgotamento das instâncias ordinárias a que se refere o inciso II do §5º do art. 988, já que havia recurso pendente de julgamento pelo TSE, ou seja, a parte ainda tinha a via recursal para buscar a reforma do acórdão então questionado, oriundo do TRE/RJ.

Deste modo, para esta norma específica (art. 988, §5º, II, CPC), relativamente a reclamação para o STF, a interpretação da expressão *instâncias ordinárias* deve ser teleológica, e não literal. Logo, supõe o percurso de todo o íter recursal possível antes do acesso à Suprema Corte, sob pena de, pela via indireta da reclamação, ela usurpar a competência de outros três Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral). Neste compasso, havendo possibilidade de reforma da decisão reclamada por via de recurso a algum tribunal, inclusive superior, não se admitirá o acesso ao STF por via de reclamação.

O voto do relator foi seguido por seus pares, sendo a decisão unânime e, muito embora o Min. Dias Toffoli tenha esposado fundamento diverso, a tese acima explicitada foi a vencedora. Depreende-se do próprio julgamento que um dos motivos para conferir à expressão e, conseqüentemente, à norma, interpretação absolutamente distinta da até então adotada pela doutrina é a preocupação da Corte Suprema com a quantidade de processos nela pendentes de julgamento e com o seu possível aumento.

O Min. Ricardo Lewandowski, que acompanhou a conclusão e a fundamentação do relator, afirmou em seu voto que é notório o crescimento exacerbado das reclamações ajuizadas no STF, havendo uma tentativa de enfrentar as questões, *per saltum*, diretamente no Supremo Tribunal Federal, o que lhe parece incompatível com o sistema recursal brasileiro. Ademais, salientou que, em havendo recurso num tribunal inferior ao STF, caso a matéria seja de urgência, sempre caberá conferir um efeito suspensivo ao recurso, não faltando remédios para sanar as situações emergenciais. Tais argumentos deixam claro, ainda que nas entrelinhas, a manutenção de uma jurisprudência defensiva no âmbito do STF, mesmo após a inauguração da nova ordem processual civil constitucional.

Por seu turno, o Min. Celso de Mello ratificou a jurisprudência da Corte, não admitindo a



reclamação como sucedâneo recursal, não podendo ser utilizada como um atalho processual destinado a permitir a submissão imediata do litígio ao exame direto da Suprema Corte.

Por tais razões, passou-se então a afirmar que, no caso do art. 988, §5º, II do CPC, a reclamação só pode ser manejada após o esgotamento das *instâncias antecedentes*, expressão cunhada para, nesta hipótese de cabimento do instituto em estudo, diferenciá-la das tradicionais *instâncias ordinárias*, que não compreende qualquer Corte Superior, mas somente os juízos de primeiro grau e os tribunais estaduais e regionais.

CONCLUSÃO

Ante a exposição acima expendida, infere-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu por inovar na interpretação dada a uma expressão tradicionalmente conhecida e muito bem definida no universo jurídico, já sob a nova ordem processual civil constitucional, inaugurada com advento do Código de Processo Civil de 2015. A expressão *instâncias ordinárias*, no caso do inciso II do §5º do art. 988 do CPC, deve sofrer uma interpretação teleológica e ser assimilada como *instâncias antecedentes*, a significar todos os tribunais, inclusive superiores, que possam, pela via recursal, reformar a decisão que viole o entendimento firmado em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Uma das razões para tal interpretação, senão a única ou mais forte, foi evitar a multiplicação de reclamações ao STF. É claro que não se pode ignorar que a Corte é formada por apenas onze Ministros e que, se em qualquer órgão jurídico o número de demandas judiciais atual é bastante expressivo, no STF isso é ainda mais grave, devido à sua jurisdição nacional. Por outro lado, não se pode deixar de notar que o entendimento firmado implica, de certa forma, o esvaziamento da norma, porque lhe retira a celeridade conferida pela possibilidade de rápida cassação do acórdão de tribunal inferior recalcitrante, restringindo em demasia o manejo do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental na Reclamação 24.686/RJ. Relator: ZAVASCKI, Teori.** Publicado no DJE em 11/04/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=24686&classe=Rcl&origem=Ap&recurso=07tipoJulgamento=M>. Acesso em 23/10/2017.

BRIDA, Nério Andrade de. **Reclamação constitucional: instrumento garantidor da eficácia das decisões em controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.** Campo Grande: Contemplar, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A reclamação constitucional contra ato que desrespeita enunciado de súmula vinculante.** In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). *Reclamação constitucional.* Salvador: JusPodivm, 2013, p. 287-294.

LOBO, Arthur Mendes. **Reclamação ao Supremo Tribunal Federal: proteção de interesses coletivos.** Curitiba: Juruá, 2015.

MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. **Reclamação constitucional.** In: DIDIER JÚNIOR, F. (Coord.). *Precedentes.* Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 753-772.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A eficácia da reclamação constitucional.** In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). *Reclamação constitucional.* Salvador: JusPodivm, 2013, p. 381-398.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Reclamação no Superior Tribunal de Justiça.** In: NOGUEIRA, P.; COSTA, E. (Org.). *Reclamação constitucional.* Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 229-241.

TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE À EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Mariana Andrade Barbosa

Bacharela em direito pela Universidade Tiradentes em 2017. Advogada.



1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, o poder judiciário vem canalizando as insatisfações manifestadas pela sociedade no campo das políticas públicas. Um papel que originalmente foi conferido pela Constituição Brasileira aos poderes executivo e legislativo, passa a partir de então, a ser executado por outro poder. Apesar de apresentar-se como uma importante inovação para a sociedade, a atuação jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais ainda é um assunto polêmico.

A análise dos novos contornos do constitucionalismo brasileiro e bem assim, dos direitos e garantias fundamentais protegidos pelo sistema, de forma coerente, releva-se de suma importância para a compreensão da possibilidade do controle, no sistema jurídico, das políticas públicas.

Para o desenvolvimento do estudo, foram realizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, em artigos científicos e na legislação constitucional.

O presente artigo terá como objetivo demonstrar a legitimidade da atuação do poder judiciário como efetivador das políticas públicas. Para tanto, abordará as características do atual Estado Democrático de Direito, levando em conta a sua nova conjectura, marcada eminentemente pelas normas de conteúdo programático.

Será dado enfoque, ainda, ao postulado constitucional da separação de poderes, cuja interpretação deve ser flexível, de modo a afastar a ideia de rigidez nele contida para garantir a ampliação das atividades do Estado.

Outrossim, ressaltará a importância dos limites para as intervenções judiciais no âmbito dos demais poderes, que serão estabelecidos

pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, e da reserva do possível.

Examinar-se-á, por fim, o fundamento de duas críticas lançadas à judicialização das políticas públicas na realidade brasileira, a saber, a possibilidade de riscos para a legitimidade da democracia e o risco de politização da justiça. Críticas estas que, conforme será visto, deverão ser afastadas.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Definição de Política Pública

Uma das formas de intervencionismo do Estado ocorre através da execução de políticas públicas, as quais podem ser compreendidas como:

[...] programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI (Org.), 2006, p. 39)

Como explanado no capítulo anterior, o nascimento do Estado social de direito ocorreu, dentre outros motivos, pela impossibilidade de apenas uma parte da sociedade gerir, de acordo com os seus interesses, o restante dela.

A sociedade moderna apresenta uma característica marcante, qual seja, a diversidade de atributos. Diferenças como sexo, idade, cor, religião, escolaridade, poder econômico, interesses, valores e ideais, criam um ambiente propício ao conflito social. Celeuma que

necessita da intervenção do Estado para ser solucionado.

As políticas públicas são conceituadas por muitos doutrinadores levando em conta justamente esta característica pacificadora. Para Secchi (2011), uma política pública possui dois elementos fundamentais: a intencionalidade pública e a resposta a um problema público. Em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.

Seguindo, ainda, os ensinamentos do citado autor, é possível afirmar que política pública possui uma definição abstrata que se materializa através de instrumentos variados para que orientações e diretrizes sejam transformadas em ações (SECCHI, 2011).

Referidos instrumentos podem ser facilmente ilustrados. Quando o governo atua na execução de um programa público habitacional, por exemplo, ele está executando uma política distributiva para solucionar o problema da falta de moradia para famílias de baixa renda; E ainda: quando uma lei é criada; quando são efetivadas campanhas publicitárias; quando o poder público presta algum tipo de esclarecimento à população; dentre outros tantos exemplos.

2.2 Atores das Políticas Públicas

Na definição dos atores participantes do processo de formulação de políticas públicas é necessário destacar que existem dois posicionamentos acerca do tema. Existem autores, como Smanio e Bertolin, que defendem uma visão estática.

De acordo com a referida vertente de pensamento, uma determinada política não pode ser considerada pública a menos que seja adotada por uma instituição governamental. Destacam, todavia, os referidos autores, que caso a sociedade civil tome uma iniciativa de relevante interesse público, esta poderá ser incorporada pela Administração Pública e implementada na forma de política pública. Advertem, entretanto, que a política apenas se tornará pública depois de, ao menos, ter sido chancelada pelo Estado como tal. (SMANIO; BERTOLIN, 2013)

A segunda vertente de pensamento, denominada de multicêntrica, entende que atores não estatais, como as organizações não governamentais, também podem estabelecer e liderar uma política pública. Pública, neste sentido, seria aquela política voltada à solução de problemas públicos, e não aquela, necessariamente concebida por atores de personalidade jurídica pública.

À corrente encimada, filia-se o célebre doutrinador Leonardo Secchi. Em sua concepção: “essa abordagem tem aplicação em um espectro amplo de fenômenos, fazendo com que o instrumental analítico e conceitual da área de política pública possa ser aproveitado por mais organizações e indivíduos”. (SECCHI, 2011, p.03)

O presente estudo, em que pese a divergência apresentada, terá como foco apenas a atuação dos atores estatais na efetivação das políticas públicas, mais especificamente da administração pública, dos órgãos e poderes do Estado, o que torna desnecessário um aprofundamento quanto ao tema.

Pois bem. Os poderes estatais, na seara das ações públicas, têm atribuições pré-definidas no bojo da Carta Política.

Ao poder executivo, cabe a definição da política pública. A idealização é discricionária, mas sempre pautada em parâmetros constitucionalmente estabelecidos, o que afasta possível arbitrariedade no trato dos interesses públicos.

Ao poder legislativo cabe a edição de normas que irão estabelecer as condições de fruição concreta dos direitos. Pode, ainda, criar órgãos para propor e executar a política, como, por exemplo, um conselho ou uma autarquia. (SMANIO; BERTOLIN, 2013)

O poder judiciário, embora não possua a função precípua de formular e implementar políticas públicas, poderá participar do processo, aprovando ou desaprovando uma determinada política à luz de parâmetros juridicamente vinculantes.

O poder encimado tem um papel derivado em sua atuação no processo de políticas públicas, uma vez que ela não ocorre de forma originária e direta. O seu papel, como bem preleciona Jean

Carlos Dias: “depende da formulação prévia de uma política ou mesmo de uma omissão, quando evidente há um dever legal ou constitucional de produzi-la” (DIAS, 2016, p. 52).

Em outras palavras, pode-se dizer que aos juízes caberá decidir o direito apenas quando lhes for apresentado um conflito entre a norma e a efetivação das políticas públicas, preservando assim o princípio dispositivo, previsto nas normas processuais do direito civil brasileiro.

Quando, por exemplo, na implementação de uma política existe alguma violação aos direitos fundamentais previstos na carta magna, há margem para atuação judiciária. Atuação esta que poderá inclusive ultrapassar a mera análise da matéria para determinar a prevalência de objetivos e soluções com base na ponderação

de princípios.

Secchi (2011) faz uma valiosa relação em seus ensinamentos acerca dos sistemas do common law (sistema anglo saxão) e civil law (sistema romano-germânico). No primeiro sistema citado, há uma maior necessidade de interpretação da norma jurídica a ser efetivada pelo poder judiciário, diante do menor detalhamento da norma, o que implica uma maior atuação deste poder na resolução de celeumas quanto a implementação de políticas públicas.

No segundo sistema (sistema romano-germânico), adotado pelo Brasil, ao contrário do que acontece no primeiro, há uma menor atuação judicial quanto à interpretação da norma, uma vez que essa se encontra mais detalhada. Tal fato, no entanto, não retira o papel interpretativo do poder judiciário, tendo em vista que por mais detalhado que um sistema seja, ele não terá o condão de prever todas as situações possíveis, abrindo espaço, portanto, para a valorização da atuação judiciária.

Os membros do poder judiciário, portanto, têm um importante papel na implementação das políticas públicas, verificando a justa aplicação da lei ao caso concreto e determinando as medidas cabíveis para solucionar os conflitos jurídicos existentes.

3. LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O princípio da separação de poderes é elencado na Constituição Brasileira como um de seus princípios fundamentais. Consta do seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Referido princípio, entretanto, não é novidade trazida pelo ordenamento nacional. Há muito tempo, o entendimento esboçado por ele serve de alicerce para o controle dos poderes estatais, e consequente fiscalização entre os mesmos.

Como bem ressalta José Afonso da Silva:

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke



e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. (SILVA, 2012, p. 109)

Montesquieu tratou do referido princípio em sua obra “O espírito das Leis”. Defendia o filósofo que a liberdade dos indivíduos estava condicionada a divisão dos poderes do Estado. Elaborada em uma época liberalista, a teoria em testilha almejava assegurar a existência de um governo moderado. Mais do que isso, objetivava evitar abusos daqueles que por ventura viessem a concentrar em si o exercício dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário).

Confira-se acerca do tema, os valiosos ensinamentos de Osvaldo Canela Junior:

A teoria da separação objetivava o controle do poder em benefício da coletividade, não se tratando de mera racionalização da atividade estatal. Montesquieu pretendia, portanto, evitar a concentração de poderes de tal forma que os direitos e liberdades fundamentais fossem protegidos das investidas do poder arbitrário. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 68)

Vale ressaltar, neste ponto, que os direitos fundamentais almejados, à época, por Montesquieu, em sua teoria da separação dos poderes, eram aqueles de primeira geração, vale dizer, aqueles tendentes a conferir maior liberdade aos indivíduos numa época em que prosperava o poder absoluto e arbitrário dos governantes.

Apesar do termo separação de poderes, Montesquieu não estabeleceu uma divisão extrema das funções atribuídas a cada um deles. O mencionado princípio possui um viés interpretativo que afasta a ideia de rigidez nele contida para garantir a ampliação das atividades do Estado. Nessa visão, os poderes não devem exercer somente suas funções típicas individualizadamente.

Dito de outra forma, um poder poderá realizar determinadas atribuições de outro sem que isto configure, por si só, o comprometimento do sistema de separação.

Nesse sentido, além do exercício de funções típicas (predominantes), cada órgão exercerá outras duas funções, estas de natureza típica

dos outros dois poderes. (LENZA, 2012)

A título de exemplo, o poder legislativo, além de exercer funções inerentes a sua natureza, poderá exercer funções atípicas de natureza executiva, como dispor sobre sua organização, prover cargos, conceder férias; ou ainda, exercer funções atípicas de natureza jurisdicional, como acontece na hipótese do art. 52, I, CRFB/88, quando o senado julga o presidente da república por crimes de responsabilidade.

Como bem ressalta Jean Carlos Dias, a ausência de uma visão mais flexível acerca do referido princípio poderia torna-lo ineficaz, ou seja, inviabilizaria o sistema de controle recíproco (DIAS, 2016).

O princípio da separação de poderes, portanto, não constitui óbice à judicialização das políticas públicas. Isto porque, a separação não constitui um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento que viabiliza a proteção do indivíduo a um poder concentrado destituído de fiscalização.

Sobre o assunto, vale destacar o



entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Confira-se:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, «Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (STF - ADPF: 45 DF, Relator:

Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004)

Percebe-se, através do referido entendimento, que embora o Poder Judiciário não possua dentro de suas funções típicas a atribuição de funcionar como elaborador de políticas públicas, ele poderá atuar neste sentido quando os poderes legitimados para tanto agirem de tal forma que os direitos individuais ou coletivos assegurados constitucionalmente restem prejudicados.

Trata-se de medida voltada a ampliação e garantia dos direitos fundamentais. Deste modo, quando as decisões dos governantes ou representantes do povo ferirem referidos direitos, os tribunais deverão ser acionados para efetiva-los.

Confira-se os ensinamentos do autor Osvaldo Canela Junior acerca do assunto:

Impende a observação de que o Poder Judiciário não dispõe de competência constitucional para criar programas ou estabelecer a forma de execução dos atos legislativos e administrativos para efetivação dos direitos fundamentais. Esta competência é constitucionalmente reservada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Entretanto, nas hipóteses de insatisfação, a jurisdição é o veículo natural para a concessão do remédio jurídico necessário para a pacificação social. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 93)

A partir das bases firmadas pelo julgamento realizado em 2004, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, o poder judiciário vem realizando uma atuação incisiva de maneira a solucionar o problema da falta de concretização de políticas públicas.

Essa atuação ocorre de diversas formas e nos mais variados campos. Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizem o direito fundamental à educação, por exemplo, o poder judiciário diante de uma demanda que postule o direito de acesso de menores à escola, deverá identificar quais razões levaram a Administração Pública a negar tal prestação.

Identificadas as razões e constatada a inércia injustificada dos outros poderes estatais



em efetivar os direitos consignados na Carta Maior, haverá o controle judicial no sentido de impor ao poder público a solução do problema, no caso, a inserção dos menores na instituição de ensino.

Uma situação muito recorrente nos tribunais é aquela voltada à efetivação do direito social à saúde. Muitas das demandas relativas a este tema giram em torno da ausência do fornecimento de medicamentos aos que deles necessitam, mas não têm condições de adquiri-los por meios próprios.

Constatada a configuração, no caso concreto, de um direito subjetivo passível de efetivação, deverá o poder judiciário agir, no sentido de condenar o poder público ao fornecimento do fármaco.

Destaque-se, neste ponto, que o poder público não poderá ser responsabilizado se tomar todas as medidas cabíveis para a adequada execução de uma política pública. Trata-se do caso em que o Estado utilizou o máximo dos recursos disponíveis para a satisfação de um direito, mas não alcançou os fins desejados. Neste caso, como bem prelecionam Smanio e Bertolin: “o que precisa acontecer é a previsão de uma avaliação consistente dos resultados da política para que os seus rumos sejam repensados”. (SMANIO; BERTOLIN, 2013, p. 31)

Para além das hipóteses, ora mencionadas, de exercício do poder judiciário, é preciso ressaltar que, em tempos recentes, a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional passou por uma evolução direcionada ao reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional”.

O instituto jurídico em testilha, de origem colombiana, tem incidência em casos de extrema e contínua violação dos direitos fundamentais. Ao declarar o estado de coisas inconstitucional, o tribunal vai além da relação estabelecida entre as partes do processo para abranger casos semelhantes, atingindo, dessa forma, um número amplo de pessoas e entidades.

Para ocorrer, é necessário que a violação de direitos seja grave e generalizada, atingindo um número indeterminado de pessoas. Além disso, o caso deve ser fruto de uma deficiência estatal. Deficiência esta que irá cominar em

obrigações dirigidas a vários órgãos, objetivando a realização de mudanças substanciais para solução do problema relacionado às políticas públicas.

Ressalte-se que as decisões jurisdicionais, nessas hipóteses, não poderão determinar detalhadamente como as políticas deverão ser executadas, devendo ser flexíveis, de maneira a possibilitar que realmente sejam colocadas em prática pelas partes condenadas.

O referido instituto foi adotado pelo STF no julgamento da ADPF nº 347, oportunidade em que determinou a promoção de medidas administrativas e a reserva de recursos pelo poder executivo para o melhoramento da situação carcerária do país, a fim de dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do art. 5º, XLIX, da CRFB.

Pois bem. Apesar de plausível, a atuação do poder judiciário no processo de políticas públicas deve sempre ser feita de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Existem limites para as intervenções judiciais no âmbito dos demais poderes e o principal deles é o que estabelece a reserva do possível.

O referido princípio, importado da doutrina germânica, significa que a efetivação dos direitos sociais está condicionada à disponibilidade de recursos econômicos estatais. Dito de outra forma, o poder judiciário não poderá conceder direito cuja satisfação demande receitas não disponíveis pelo Estado.

Um dos argumentos mais utilizados para justificar a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais é o seu impacto econômico-financeiro. Todavia, a valoração deste princípio deve ser feita em conjunto com outro, o princípio do mínimo existencial. Este visa garantir ao indivíduo, ainda que minimamente, a sua dignidade, meios básicos de subsistência.

A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelos entes federativos como obstáculo ao cumprimento de suas obrigações constitucionais. Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento da já mencionada Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental nº 45, veja-se:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004)

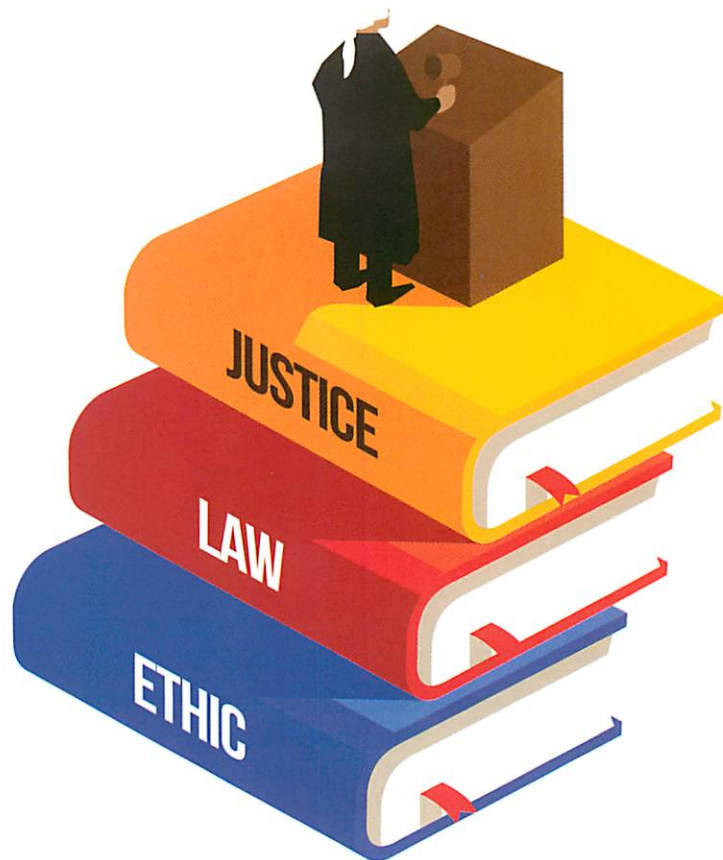
O poder judiciário na análise de um caso concreto, deverá, portanto, atentar aos dois princípios supramencionados, de modo que a efetividade das políticas públicas seja acompanhada de um equilíbrio econômico - financeiro que permita uma distribuição equitativa de recursos para as mais diversas áreas sociais; não limitando, porém, a população do mínimo necessário para uma vida digna, um desenvolvimento saudável.

Até porque, como bem ressalta Dirley da Cunha Junior: “mesmo em tempos de crise econômica, cuja flexibilidade de crise econômica é necessária, não de ser garantidos esses direitos sociais mínimos”. (CAMARGO (Org.), 2006, p. 290)

4. CRÍTICAS AO CRESCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL NA REALIDADE BRASILEIRA

4.1 Riscos para a Legitimidade da Democracia

Uma das críticas dirigidas à judicialização e ao ativismo judicial (este em especial) das políticas públicas é que esta atuação do poder judiciário acabará por retirar a legitimidade da democracia. Os defensores desta corrente comungam do entendimento de que descabe ao poder judiciário tomar decisões políticas, tendo em vista que nenhum de seus membros



foi eleito democraticamente para tanto.

Apesar de não ter o aval popular para deliberar acerca dessas questões, o poder judiciário comumente o faz. Como exemplos desta atuação podem ser citados, além do seu desempenho no processo de políticas públicas, a possibilidade de invalidação das decisões tomadas pelos membros do poder executivo. O fundamento dessas decisões encontra-se na própria Constituição, quando assegura, por exemplo, em seu art. 5º, um extenso rol de direitos fundamentais, e ainda, em seu art. 102º, I, a, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para realizar o controle de constitucionalidade das normas.

O constitucionalismo e a democracia devem caminhar sempre juntos no sentido de que não pode haver um na ausência do outro. A democracia não pode se restringir a uma escolha efetivada pela maioria, esta escolha deve sempre estar pautada nos princípios constitucionalmente elencados. Destaque-se que cabe sempre ao Pretório Excelso a decisão final acerca da constitucionalidade.

Neste ponto, cabe ainda salientar que, apesar de não haver a escolha direta dos membros do poder judiciário pela população brasileira, a norma constitucional permite uma



escolha indireta destes a partir da nomeação por membros do poder executivo. É o caso, por exemplo, dos ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que deverão ser nomeados pelo Presidente da República, consoante dicção dos arts. 101º, parágrafo único e 104º, parágrafo único, ambos da CRFB/88.

Outrossim, questões de direito não são definidas por meio da consulta popular ou por técnicas de representação. Quando o poder judiciário atua no processo de políticas públicas ele o faz sempre pautado nas normas jurídicas. Para manutenção dos direitos fundamentais, um Estado Democrático deve ter capacidade para tanto, independente da vontade da maioria de assegurá-los ou mantê-los, é preciso mais que isso, é essencial que haja estratégias, modelos, fiscalização, organização, recursos, e dentro destes instrumentos está o próprio controle judicial.

Sabias são as palavras de Jean Carlos Dias, ao afirmar que:

[...] a legitimidade da ação do Poder Judiciário não decorre de sua eleição pelos membros de uma sociedade. Pelo contrário, exatamente porque o sistema constitucional estabeleceu sua imunidade em relação ao processo eleitoral é que sua posição é privilegiada do ponto de vista das interações funcionais. (DIAS, 2016, p. 177)

Conclui-se, portanto, que as decisões judiciais relativas ao processo de políticas públicas não dependem do pressuposto eleitoral.

Não há enfraquecimento do poder político dos cidadãos, mas sim o robustecimento de suas prerrogativas, à medida que os direitos fundamentais são operacionalmente reconhecidos como tuteláveis. (DIAS, 2016)

4.2 Politização da Justiça

Outra crítica dirigida à atuação do poder judiciário no controle das políticas públicas é que este exercício pelos magistrados acabará por gerar a politização da justiça, ou seja, as decisões judiciais deixarão de ser neutras e passarão a ser tomadas através de posicionamentos tendenciosos e partidarizados.

O direito não é política. Decidir acerca do tema políticas públicas não é tarefa fácil e demanda além do conhecimento relativo às normas jurídicas, uma concepção acerca da realidade política do país. Sim, o julgamento realizado não pode estar dissociado desta realidade, uma vez que somente assim alcançará o objetivo desejado através da produção de seus efeitos.

Como ser humanos que são, os membros do poder judiciário não estão livres de qualquer ideologia, não havendo sistema jurídico algum

que alcance a neutralidade total de suas decisões. Haverá, portanto, ainda que minimamente, em qualquer formação de juízo de valor um certo subjetivismo.

Este subjetivismo, no entanto, será balizado pelos postulados contidos na Constituição e nas leis, normas estas que conduzirão a uma justiça equalizada, a segurança jurídica e ao bem-estar social.

Dito de outra forma, na tomada de decisões, os juízes não poderão ser guiados por suas próprias vontades, devendo ser sempre conduzidos pelos preceitos normativos.

“A análise das políticas públicas sob a ótica do direito tem como objetivo facilitar a identificação dos elementos e etapas que envolvem as decisões sobre a distribuição dos recursos na sociedade”. (SMANIO; BERTOLIN. 2013. p. 41)

Extinguir a possibilidade de fiscalização do sistema de políticas públicas pelo poder judiciário, sob o argumento da politização da justiça, é retirar da sociedade um meio valioso de conservação e promoção dos direitos fundamentais. Como mencionado no tópico anterior, o controle judicial não traz o enfraquecimento do poder político dos cidadãos, mas o robustecimento de suas prerrogativas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito é fruto de um processo intenso de transformações na sociedade. Na realidade brasileira, a sua efetivação ocorreu através da Constituição de 1988, que consolidou os direitos sociais e um modelo participativo de democracia.

A nova conjectura constitucional brasileira, marcada eminentemente pelas normas de conteúdo programático, exigiu que o Estado saísse de sua postura estática e passasse a intervir para atuar ativamente em diversos campos como promotor da justiça social, visando, assim, a garantia dos direitos fundamentais.

O Estado assume, então, a tarefa de proporcionar prestações necessárias e serviços públicos adequados. Para cumprir os ideais do Estado Social, a ação dos governantes deve ser racional e planejada, o que ocorre por meio

da elaboração e implementação de políticas públicas. (SMANIO; BERTOLIN, 2013, p.17)

Uma política pública ideal é aquela que apresenta objetivos bem definidos, seleção de prioridades, reserva de meios necessários a sua consecução e determinação do tempo necessário para obtenção de seus resultados. Mas, esse não é cenário fático da realidade. Os resultados de uma política pública muitas vezes ocorrem de forma muito reduzida ou simplesmente não ocorrem, de modo que os indivíduos que delas dependem terminam por ter corroído o seu direito a uma vida digna.

Via de regra, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, reside nos poderes executivo e legislativo, no entanto quando estes poderes se tronarem omissos de modo a comprometer a eficácia e integridade de direitos consolidados constitucionalmente, o poder judiciário poderá atuar nesse sentido.

Trata-se de uma atuação voltada a ampliação e garantia dos direitos fundamentais que não viola o princípio da separação de poderes. Não é possível sustentar o argumento da separação de poderes como óbice a judicialização das políticas públicas, pois, a separação não constitui um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento que viabiliza a proteção do indivíduo a um poder concentrado destituído de fiscalização. Um poder poderá realizar determinadas atribuições de outro sem que isto configure, por si só, o comprometimento do sistema.

Ademais, o controle que vem sendo efetivado pelo poder judiciário na seara das políticas públicas não representa um risco de usurpação do poder constituinte do povo ou mesmo de politização da justiça.

Não há comprometimento da legitimidade democrática, uma vez questões de direito não são definidas por meio da consulta popular ou por técnicas de representação. Para manutenção dos direitos fundamentais, um Estado Democrático deve ter capacidade para tanto, independente da vontade da maioria de assegurá-los ou mantê-los, é preciso mais que isso, é essencial que haja estratégias, modelos, fiscalização, organização, recursos, e dentro destes instrumentos está o próprio controle judicial.

Por outro lado, não há espaço para decisões tendenciosas ou partidarizadas, guiadas pela vontade própria dos magistrados, pois apesar de possuírem uma margem de discricionariedade na tomada de suas decisões, o ordenamento jurídico impõe, através de suas regras e princípios, balizas a decisões arbitrárias, conduzindo, assim, a uma justiça equalizada.

Vale ressaltar que, apesar de plausível, o intervencionismo do poder judiciário no controle de políticas públicas deve ser sempre guiado pelos princípios da reserva do possível, do mínimo existencial, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Verifica-se, diante do exposto, que o controle judicial encontra respaldo legítimo frente as bases estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, ora consolidado na Constituição Brasileira de 1988, constituindo uma importante ferramenta de proteção dos indivíduos, no caso de inércia ou omissão de outro poder, para garantia de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45**, Rel. Min. Celso de Mello, 29 de abril. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=pol%EDtica%20p%FAblica%20poder%20judici%E1rio&processo=45>>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**, Rel. Min. Marco Aurélio, 19 de fevereiro. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=estado%20coisas%20inconstitucional&processo=347>>. Acesso em: 05 out. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.), **Direito Constitucional: Leituras Complementares**. Salvador: JusPODVUM, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves; ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. O papel da sociedade civil e do poder judiciário como forma de controle e fiscalização das políticas públicas voltadas à habitação no Brasil. Artigo científico. In: **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial das políticas públicas**. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVUM, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Glalber da Costa Cypreste. A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil. Artigo científico. In: **Direitos sociais e políticas públicas II**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. 1. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SMANIO, Gianpaolo Poggio (Org.); BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

Rubens Danilo Soares da Cunha

Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP-ANHANGUERA/LFG;
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Advogado, OAB/SE 5.327;
Procurador Municipal Efetivo de Itabaiana/SE.



1. INTRODUÇÃO

Em atenção aos princípios constitucionais, penais e processuais penais garantidores de um mínimo de liberdade e certeza jurídica ao indivíduo, resta afirmar peremptoriamente que o regramento constitucional brasileiro não mais aceita o crime de desacato como legítimo e legal.

Este é o propósito do presente estudo, qual seja, demonstrar a inviabilidade de manter no ordenamento jurídico brasileiro, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, um instituto penalizador e arbitrário, resquício de uma política totalitária e ditatorial implantada no Brasil em tempos não tão longínquos.

Tal afirmativa será comprovada de maneira sistemática ao analisar os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que se evidenciará o propósito arbitrário do referido instituto como meio de escudo frente a atos ilícitos praticados por aqueles sujeitos que deveriam zelar pela ordem constitucional e pelos direitos e garantias fundamentais do cidadão, direitos e garantias dentre os quais, o direito à liberdade, dignidade da pessoa humana, à ampla defesa, ao contraditório e à presunção de não culpabilidade, além dos demais direitos e princípios consagrados pela doutrina e jurisprudência pátria.

Assim, a partir da análise das várias questões acerca deste tema, se definirá, com certeza jurídica, a impossibilidade da manutenção do instituto do crime de desacato, incongruente com as novas perspectivas constitucionais, e que afronta sobremaneira a teoria do garantismo penal, o qual defende que o direito penal deve ser instrumento de realização e defesa dos direitos e garantias constitucional do cidadão, sendo um destes principais o direito à liberdade.

Neste sentido, afirma Vázquez Rossi¹ que dentro de um Estado de Direito democrático, de base constitucional, onde o poder se encontra limitado por sua mesma regulamentação e legitimado pelo respeito de direitos fundamentais, a finalidade do direito penal não pode ser outra se não a proteção dos direitos humanos e dos bens jurídicos imprescindíveis a sua coexistência.

Nesta diretriz de conceder aos institutos penais o sentido garantista defendido por ampla doutrina e jurisprudência, tendo ainda como respaldo que o Direito Penal, antes de tudo, serve como meio de proteção do indivíduo e da sociedade em geral contra a arbitrariedade do Estado, objetiva-se com o presente estudo elucidar as questões referentes ao crime de desacato, esclarecendo os motivos que fazem com que este instrumento arbitrário de proteção a atos ilegítimos e ilegais esteja desacreditado face à nova ordem constitucional brasileira, além de propor o resultado lógico e inevitável que se espera, a saber: a declaração de inconstitucionalidade material do art. 331 do Código Penal e sua abolição imediata do ordenamento jurídico.

Com o intuito já destacado acima, este estudo promoverá a discussão sobre o conceito de desacato, o qual é demasiadamente vago, dando margem a várias interpretações, e sobre seus elementos formadores desta figura típica, os princípios constitucional, penais e processuais penais que darão respaldo ao objetivo final desejado e já ressaltado, além de uma leve abordagem histórica que justificará o argumento de que o art. 331 do Código Penal ora confrontado serviu de escudo em prol de práticas ilegítimas e legais praticadas por quem

¹ ROSSI, Vazquez. Derecho Procesal Penal. Argentina, Rubinzal Culzoni, p. 106, Tomo I.

deveria atuar na defesa do estado democrático de direito, pautado no princípio da legalidade.

Por fim, atento à matéria constitucional referente ao controle de constitucionalidade das leis, explicar-se-á neste trabalho por que é necessária e oportuna a abolição do art. 331 do Código Penal.

2. O CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não obstante a enorme importância de garantir ao funcionário público um mínimo de segurança para que possa exercer com eficiência e eficácia os seus deveres legalmente imputados, certo é que o crime de desacato, como tipificado no art. 331 do Código Penal, traz mais insegurança para os cidadãos e para a sociedade do que segurança aos funcionários públicos.

Primeiramente, para justificar a afirmação acima destacada, mister explicar o conceito estabelecido no código penal, abordando seus elementos fundamentais e sua demasiada incerteza na definição de qual conduta pode ser destacada como desacato, para, enfim, mostrar a inviabilidade de manter um instituto penalizador e arbitrário, que por vezes serviu como instrumento de abusos desmedidos.

Assim é que o artigo 331 do código penal conceitua o desacato como “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”.

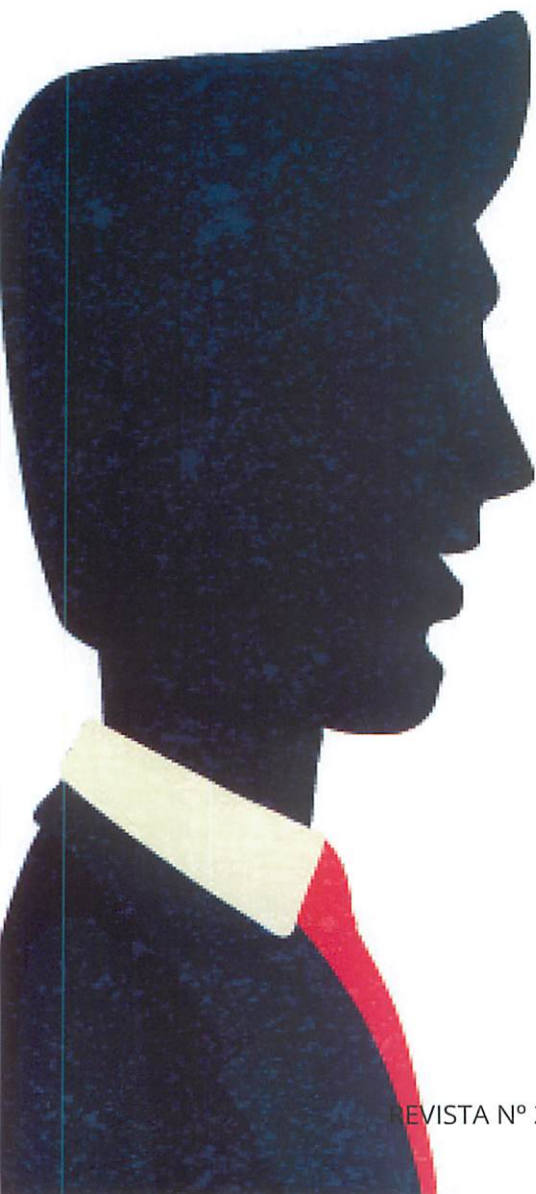
A partir deste conceito é possível verificar os elementos formadores desta figura típica. A saber, torna-se possível afirmar que o sujeito ativo do referido crime pode ser qualquer pessoa, particular ou, até mesmo, funcionário público e que o sujeito passivo deste crime é o próprio Estado, de maneira direta, e o funcionário público de forma secundária.

Outro elemento que pode ser destacado a partir do conceito supracitado é o nexo causal, dado que a conduta “tipificada” como desacato deve se realizar em razão da função pública (nexo funcional) exercida pelo sujeito passivo. Acontecendo de maneira diversa, ou seja, ocorrendo contra um indivíduo que, posto ser funcionário público, não exercia sua função pública no momento da conduta, fica excluído o crime de desacato.

Também o dolo deve ser considerado elemento essencial do tipo penal descrito no art. 331 do código penal. O dolo é o requisito subjetivo do crime de desacato, consistente na vontade livre e consciente de ofender e desprestigiar a função pública exercida pelo sujeito passivo.

Doutrina e jurisprudência divergem quanto ao tipo de dolo que caracteriza o desacato. Para a primeira corrente, tendo como expoente Nélson Hungria, o desacato exige o ânimo calmo, ou seja, o estado de exaltação e cólera exclui o seu elemento subjetivo do crime. Assim, o dolo específico exige a intenção ultrajante e o propósito de depreciar, não admitindo a influência de um estado de cólera, ira, raiva, medo ou pavor.

Para a segunda corrente, patrocinada por



Damásio de Jesus, o desacato não exige ânimo calmo, ou seja, o estado de exaltação e cólera não exclui o seu elemento subjetivo do crime. Logo, o dolo do desacato é simples e genérico.

Definidos os elementos formadores desse crime, a saber, sujeito ativo, passivo e nexo causal, importa ressaltar a falta de maior cuidado por parte do legislador em descrever minuciosamente ou mesmo com alguma clareza quais condutas ou atos poderiam ensejar e caracterizar o desacato. Afinal, por ser um conceito muito amplo, doutrina e jurisprudência se confundem em estabelecer critérios e convenções que determinassem um rol taxativo de condutas típicas.

Para destacar tamanha incerteza quanto ao significado de desacato, traz-se à baila resposta das mais variadas lições. Por exemplo, no Novo Dicionário Aurélio, desacatar significa “faltar ao respeito devido, afrontar, menosprezar, menoscar, desprezar, profanar, causar espanto a, pela beleza, elegância, inteligência, ou outra qualidade”.

Na jurisprudência brasileira é possível encontrar situações das mais corriqueiras que foram enquadradas com desacato, a exemplo de um riso², provocações de escândalos com altos brados, caçoar da vítima, xingar a vítima de bandidos, rasgar e atirar ao solo autos de multa, entre outros. Também a doutrina traz várias situações diferentes que poderiam ser enquadradas no crime de desacato.

Ora, como garantir ao indivíduo, ao cidadão comum e à sociedade que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”³, como garante a constituição brasileira, em seu art. 5º, LXI, sem dar àqueles a certeza de saberem o que pode se enquadrar como desacato ou não?

Como garantir à sociedade um Estado Democrático de Direito e manter um instituto que muito facilmente pode ser manipulado pelo

suposto ofendido, o qual, por sentimento pessoal e subjetivo, possivelmente colocaria o ofensor em uma situação de fazer dele um criminoso? Evidente que este instituto é incompatível com a nova ordem constitucional.

O fato de não haver uma relação de condutas taxativamente enquadradas como desacato, regra contrária ao dispositivo constitucional disposto no art. 5º, XXXIX, o qual afirma que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁴, em contraponto ao vago conceito de desacato acima demonstrado e que é francamente encontrado na doutrina e jurisprudência pátria, possibilita a prisão de qualquer cidadão, provocada por mero sentimento de vingança de um “astuto” funcionário público no exercício de seu dever legal.

Ora, mais uma vez fazendo uso do significado encontrado no novo dicionário Aurélio, poderia um cidadão ser preso por crime de desacato “por causar espanto a um funcionário público pela sua beleza ou inteligência”. Seria cômico caso não fosse trágico! Contudo, tecnicamente, pelas soluções encontradas na doutrina e jurisprudência, fazendo uma interpretação literal, pelo vago significado do termo “desacato” trazido e consagrado no código penal brasileiro, estaria o funcionário público no exercício de seus bons ofícios e até obrigado a prender o “criminoso” por causa de sua descarada e criminosa beleza ou inteligência. Novamente, seria cômico se não fosse trágico!

Não fosse por tudo o que já foi abordado, necessita-se explicar que teria ainda o indivíduo, caso preso sob a acusação de desacato, alegar como matéria de defesa, com finalidade de excluir sua culpabilidade. Afinal, como exigir do indivíduo que tenha potencial consciência da ilicitude de um tipo penal que traz inerente várias incertezas, principalmente pela amplitude do conceito de desacato?

Não há condições mínimas de responder taxativamente quais os atos que conduziram a levar o ofensor a transgredir a norma penal tipificada no art. 331 do código penal. Pois, restaria de um rigor absoluto exigir do cidadão sem formação jurídica acadêmica ter

2 STF, RHC 54.637, DJU, 17 de set. 1976, p. 8051; RTJ 78.777.

3 BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15. Jun. 2009.

4 Bis in idem.

consciência mínima sobre o que seria desacatar quando mesmo a jurisprudência e doutrina mais abalizada divergem em vários pontos.

Por tudo que já foi explicado acima, resta evidenciado que não deveria existir tal figura monstruosa no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, não pode um conceito amplo e indeterminado figurar de maneira desproporcional e desarrazoada como proteção e segurança ao Estado e seus funcionários em detrimento das garantias básicas e constitucionalmente consagradas que servem de alicerce para manter um estado democrático de direito.

Os direitos atualmente protegidos e consagrados, a exemplo do direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, não devem ficar à mercê de atos e condutas arbitrárias que fazem uso de conceitos demasiadamente vagos e indeterminados, facilmente manipulados e interpretados com intuito de alcançarem objetivos ilícitos e que têm como justificativa a necessidade de garantir o normal funcionamento do Estado prestigiando o exercício da função pública, sob o risco de voltar-se ao Estado totalitário e ditatorial que outrora assolou o Brasil e que reprimia e desrespeitava os direitos básicos do cidadão.

3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O CRIME DE DESACATO

Princípio, no sentido trazido pelo lexicógrafo Aurélio, é o “momento ou local ou trecho em que algo tem origem; Causa primária; elemento predominante na constituição de um corpo orgânico”⁵.

A doutrina também traz vários conceitos de princípios que têm como traço fundamental a sua normatividade, gozando de vida própria e “pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”.⁶

A característica normativa dos princípios é

encontrada em Crisafulli, em obra datada do ano de 1952, a qual afirma que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.⁷

Assim é que se permite afirmar categoricamente a natureza normativa dos princípios, eles mesmos sendo normas, e a necessidade de sua aplicação imediata quando haja situação de confronto material entre normas concretas dispostas no ordenamento jurídico e normas principiológicas, gozando, portanto, as últimas, de “eficácia juridicamente vinculante para a proteção e a garantia dos indivíduos e dos grupos sociais”⁸.

Portanto, em havendo incompatibilidade entre normas principiológicas e normas concretas, resta consagrar aquelas em detrimento destas, como defende notáveis e consagrados doutrinadores pátrios e estrangeiros, a exemplo de Paulo Bonavides que, ao abordar a supremacia normativa dos princípios face à lei em sentido estrito, leciona:

Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade.

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de posituação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância.⁹

7 CRISAFULLI, V. *La Costituzione e Le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952, p. 15.

8 FOIS, Sérgio. *Principi Costituzionali e Libera Manifestazione del Pensiero*. p. 9, e Paulo Bonavides, *A Constituição Aberta*, p. 181.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 292.

5 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p.1393.

6 CLEMENTE, F. de. “El método em La aplicación Del Derecho Civil”, in *Revista de Derecho Privado*, ano IV, n. 37, out. 16, p. 290.



Por fim, verificada a importância normativa dos princípios jurídicos, mister abordar e analisar alguns princípios constitucionais, penais e processuais penais, demonstrando, em todos os aspectos, a incompatibilidade de tais princípios com o crime de desacato, viabilizando alcançar o objetivo principal do presente trabalho, qual seja, a necessidade de abolir, do ordenamento jurídico pátrio, a esdrúxula figura do desacato, devido a sua afronta em relação àqueles princípios, por conseguinte, devido à sua inconstitucionalidade.

3.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade ou da reserva legal traz uma regra bastante simples e já consagrada na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIX, o qual diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹⁰. Também no Código Penal brasileiro, em seu art. 1º, é trazida a mesma norma constitucional acima referida.

De fato, em um Estado Democrático de Direito onde a regra é a liberdade e a dignidade da pessoa humana e que toma o direito penal não apenas como um instituto preventivo e repressivo, mas, também, como uma garantia

do cidadão contra a arbitrariedade do Estado, protegendo-o de abusos ilegítimos e ilegais, tem este mesmo cidadão o direito de conhecer previamente quais fatos sociais, cuja forma mais séria é exatamente o ilícito penal, são contrários à ordem jurídica vigente, para poder agir de maneira conforme ao que determina a lei.

Todavia, resta evidenciada a falta de uma definição prévia e direta sobre o que se pode considerar crime de desacato ou não.

Realmente, diante do amplo e vago conceito trazido pela doutrina e jurisprudência, não existe garantia ou certeza ao cidadão sobre quais atos seus poderão ser contrários ao art. 331 do código penal, portanto, contrários à ordem jurídica vigente, exigindo, por parte do Estado, uma resposta proporcional e razoável.

Como, então, afirmar a existência de um Estado Democrático de Direito onde prevalece o princípio da legalidade diante de tamanha ofensa a este mesmo princípio e à liberdade e dignidade da pessoa humana?

A definição de desacato trazida no art. 331 do código penal se apresenta bastante flexível e elástica, possibilitando sua ampliação interpretativa de maneira subjetiva. Ora, existir uma definição ampla e vaga não preenche a determinação constitucional e legal de que haverá prévia lei que defina o crime. Afinal, por vezes, mesmo a doutrina e jurisprudência confundem o real significado do que seria “desacatar”. Logo, não há como manter vigente

10 BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 17. Jun. 2009.

uma regra restritiva de direitos que admite uma interpretação extensiva por parte seu aplicador num Estado que prioriza a liberdade individual e que tenta elimina quaisquer resquícios totalitários e ditatoriais de sua história.

A lei deve ser clara e direta de modo que ofereça ao cidadão condições de saber o que pode ou não fazer e quais as consequências que de tais atos podem resultar, ressaltando mais uma vez que o direito penal busca não apenas a pacificação social, prevenindo e reprimindo atos contrários à ordem jurídica, mas, também, garante ao cidadão o direito de não ter sua liberdade subtraída de maneira escusa, arbitrária, como, aliás, se fazia no Brasil em tempos mais obscuros da história, onde o Estado Democrático de Direito era apenas uma ilusão.

Assim, claramente, a definição aberta do conceito de desacato agride de maneira mortal o princípio da legalidade, consequentemente, agride sobremaneira o ordenamento jurídico pátrio, devendo ser imediatamente retirada da ordem jurídica vigente.

3.2 Princípio da Presunção de não Culpabilidade

Desde o século XVIII era possível reconhecer a existência do princípio da presunção de não culpabilidade, encontrado principalmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França iluminista, o qual consagrava que “Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”.¹¹

Também em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, se encontra semelhante definição do citado princípio, assim como na Constituição Federal de 88, em seu art. 5º, LVII, que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹².

Por consequência deste princípio, o ser humano é inocente e presumido não-culpado até que haja sentença transitada em julgado em sentido oposto, além de inverter o ônus da prova ao Ministério Público para que prove a culpa do réu.

Assim, face ao sistema acusatório adotado pelo Brasil, e por ser o desacato crime de ação penal pública incondicionada, é obrigação de o Ministério Público produzir provas que levem à certeza do magistrado quanto à culpa do réu.

Contudo, como o Ministério Público provará que o réu agiu de maneira ilícita quando não existe determinação taxativa sobre quais maneiras poderiam ser enquadradas como ilícitas? Como condenar um inocente réu se o órgão acusador, fazendo uso dos mais variados meios de prova, conseguiu demonstrar que o infeliz réu sorriu, rio ou causou espanto ao ofendido devido à sua beleza ou inteligência?

Mais uma vez importa ressaltar que o dolo é elemento essencial do tipo descrito no art. 331 do código penal, o que invoca a necessidade do Ministério Público provar de maneira precisa que o ato que gerou a prisão do réu por desacato foi proveniente de uma vontade subjetivamente demonstrada apta a desacatar o funcionário público.

Não apenas difícil, mas também impossível seria defender tal assertiva, certo de que ninguém consegue adentrar na esfera íntima do indivíduo para saber o que ele intencionava provocar com um simples riso ou sorriso.

Como também demonstrar que o funcionário público ficou ofendido e sentiu-se desacatado com um simples riso, sorriso ou sentiu-se espantado devido à beleza ou inteligência do réu? Novamente esbarra-se o órgão acusador na esfera íntima e subjetiva agora do ofendido.

Portanto, dada a impossibilidade de se adentrar na esfera íntima e subjetiva do réu e do ofendido não há como provar o dolo do primeiro em desacatar o funcionário público nem se o segundo sentiu-se realmente desacatado, de maneira que a lei também não faz alusão objetivamente considerada sobre como se pode considerar desacatado o funcionário público, esbarrando-se também aqui, na questão da

11 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 23.

12 BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 19. Jun. 2009.

legalidade.

Não obstante todos os argumentos expostos, mister uma última questão a ser observada e que afronta sobremaneira o princípio da não culpabilidade, qual seja, a falta de meios de prova que possibilitem demonstrar que o réu tem potencial consciência da ilicitude de seu ato, já que nem a própria doutrina e jurisprudência conseguem se entender sobre quais atos poderiam ensejar o desacato. Assim, dada a inviabilidade de provar que o indivíduo subjetivamente teria condições plenas de saber se um riso ou sorriso poderia caracterizar, deve-se considerar, por motivo de segurança jurídica e em respeito ao princípio ora em tela, arbitrária qualquer tentativa de alegação subjetivamente levantada.

Logo, por respeito aos dispositivos legais e constitucionais que reconhecem a inocência e presunção de não culpabilidade do indivíduo, também por respeito ao princípio em tela que transfere o ônus da prova de culpabilidade para o órgão acusador e pela impossibilidade e inviabilidade de demonstrar o dolo do agente ativo do crime ou o sentimento do ofendido, ou ainda de adentrar na esfera intelectual e subjetiva do réu com a finalidade de demonstrar sua potencial consciência da ilicitude, deve o referido dispositivo legal ora estudado ser considerado ilegal e inconstitucional e ser retirado imediatamente do ordenamento jurídico pátrio.

3.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Não obstante tratar-se de dois princípios distintos, certo também que ambos são extremamente importantes e se complementam ao ponto de serem relacionados e explicados neste mesmo tópico, o que facilitará explanar de maneira clara e direta como o art. 331 do código penal afronta tais princípios.

Primeiramente, ressalta-se a preocupação do Poder Constituinte em consagrar tais princípios na Constituição Federal de 88, como soa afirmado no art. 5º, LV, o qual estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa,

com os meios e recursos a ela inerentes”¹³.

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil, consagra em seu art. 8º os princípios em tela, ao afirmar que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Então, constatado como será que o artigo penal que tipifica o crime de desacato ofende também estes dois princípios, como manter e defender tal tipo penal em detrimento de valores e normas ontologicamente superiores àquele?

Primeiramente, portanto, ao analisar o princípio do contraditório, percebe-se que:

Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou da *paridade de armas*, na busca de uma efetiva igualdade processual.¹⁴

Assim, não importa apenas garantir ao réu sua participação no processo, figurando como mero expectador, para que esteja observando o contraditório como constitucionalmente consagrado. Mister também garantir a ele que terá a oportunidade de resposta na mesma intensidade e extensão, em simétrica e real paridade, com o intuito final de elucidar a questão processual, buscando a verdade processual e real dos fatos.

13 BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22. Jun. 2009.

14 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 28.



Em verdade, que paridade tem o réu a se ver preso em flagrante por desacato ao funcionário público e levado ao distrito policial para sua autuação, seguindo então o devido rito processual, presumindo-se sua culpa em consonância à verdade sabida do funcionário público que afirma peremptoriamente e unilateralmente que foi vítima da referida infração?

Na verdade dos fatos pode ter ocorrido qualquer situação, a exemplo de um sorriso inocente, uma explosão emocional levada a efeito por outros vários fatores que não a atuação do funcionário público, um ato arbitrário e ilegal do funcionário público motivado por sentimento de vingança pessoal, ou, até mesmo, por um próprio ato de desacato.

Contudo, qualquer que seja o motivo da prisão e da autuação, certo é que o réu será preso e responderá a processo sem ter podido argumentar qualquer razão ou apresentar qualquer defesa, em face da verdade sabida do funcionário público que goza de certo prestígio, a ponto de ter poder para obter a verdade única por meio de sua exclusiva palavra.

Não se quer aqui defender o contraditório no sistema inquisitivo característico do inquérito policial. Todavia, o Brasil abandonou há muito o sistema arbitrário em que se dava voz de prisão por mera antipatia ou suspeita, não podendo ser consentido mais que uma pessoa investida de função pública e que é extremamente parcial quanto ao fato alegado, possa cercear a liberdade de outra pessoa

qualquer com o único argumento de sua palavra.

Por serem medidas restritivas de direitos, a prisão em flagrante e o termo circunstanciado do sujeito acusado de desacato, mesmo sob o rito do Juizado Especial Criminal, devem ter cautelas básicas em prol da ordem constitucional e democrática. De fato, não se pode prender alguém sem dar a ele o direito de contra-argumentar seu acusador que abusa de seu prestígio e proteção em virtude de sua função pública.

Essa é a essência do princípio do contraditório e que é relevada para beneficiar e proteger a função pública em detrimento da ordem constitucional e democrática.

Mais uma vez, não se busca aqui atacar o sistema inquisitivo existente no inquérito policial, busca-se defender o direito do indivíduo poder contra-argumentar qualquer defesa antes de ver instaurado em face dele um processo repressivo que, em virtude da falta de condições para sua defesa, como a seguir será demonstrada, acabará condenando-o ou abrindo a possibilidade de uma transação penal reconhecendo forçosamente uma infração que de fato ele não cometeu.

Também ao analisar o princípio da ampla defesa, encontram-se implacáveis diferenças entre a Constituição Federal, que protege a dignidade da pessoa humana e a liberdade, e o art. 331 do código penal.

De acordo com o referido princípio, o

indivíduo acusado do crime de desacato tem direito a uma ampla defesa, inclusive podendo utilizar todos os meios e recursos para tal fim.

Contudo, tomemos como exemplo um funcionário público movido por sentimento pessoal e ciente da arbitrariedade de seu ato da voz de prisão a uma pessoa por causa do suposto ato de desacato por ela cometido.

De fato, será impossível para o acusado provar que não houve nenhum ato de desacato, mas sim um ato arbitrário do próprio funcionário público. Pois, em geral, os irresponsáveis funcionários têm condutas pusilânimes, “às portas fechadas”, assim como age o assediante de um assédio moral.

Nestes casos, normalmente, o acusado indefeso recebe voz de prisão imediatamente após o suposto ato, sem qualquer testemunha presente ou qualquer meio de prova capaz de elucidar o ocorrido, a não ser, claro, outro funcionário público, colega do primeiro, com sentimento corporativista, que testemunhou todo o evento e declarará oficialmente em detalhes o “ato de desacato” do futuro condenado.

Embora absurdo consentir que possam existir pessoas, funcionários públicos, capazes de atos ilegais como estes, atos que são justificados em regimes totalitários e ditatoriais, mas não em um regime democrático de direito, fato é que não raras vezes é possível encontrar em noticiários jornalísticos cenas semelhantes e que acabam com o mesmo desfecho: a condenação ou transação penal da vítima do funcionário público que, sem conseguir provar o ato arbitrário daquele funcionário, acaba cedendo à pressão ou ao medo e desistindo de se defender ou reconhecendo “a sua infração” e transacionando.

Exemplos como estes são encontrados pelos mais diversos motivos, a saber: por causa de uma multa de trânsito ilegal, por um esbarrão em uma festa carnavalesca, por uma expulsão num jogo de futebol profissional ou por causa de uma palavra que um advogado usou para defender seu cliente contra ameaças do mesmo funcionário público que dará voz de prisão ao advogado.

Sem esquecer, também, do caso de

repercussão nacional, onde onze militares deram voz de prisão por desacato a três jovens do morro da Providência, no Rio de Janeiro, sem apresentarem qualquer fundamento legal para tanto e, para “assustá-los”, entregou-os a traficantes inimigos, o que resultou na morte destes jovens.

Todos estes casos reais, encontrados nos noticiários jornalísticos nacionais, têm como ponto semelhante a prisão por desacato sem qualquer chance dos presos obterem provas ou qualquer outro recurso que demonstrassem a ilegalidade e arbitrariedade da prisão. Afinal, todos estes supostos atos de desacato foram praticados na presença única e exclusivamente dos próprios funcionários públicos e de seus “comparsas”, por meio de condutas pusilânimes.

Portanto, não obstante, em face do sistema acusatório e do princípio da não culpabilidade vigentes no Brasil, ser função do Ministério Público provar a culpa do acusado de desacato sob pena de vê-lo livre de qualquer acusação, certo é que testemunhas e provas documentais forjadas em prol da condenação do acusado poderão ser encontradas com os próprios funcionários públicos que efetuaram a prisão, enquanto o indivíduo que vive em um Estado que preserva seus direitos fundamentais não possui qualquer meio de prova que contradiga àquelas, resultando no final inevitável do processo e que já desvendado aqui.

Tudo explicado aqui demonstra a inócua função do princípio da ampla defesa e do contraditório caso permaneça vigente a figura do desacato, revelando mais uma vez que, entre a existência real e efetiva destes princípios e a existência do art. 331 do código penal no ordenamento jurídico pátrio, devem-se fazer valer aqueles em detrimento deste.

Assim, consagrada a incompatibilidade entre estes princípios e norma, impera abolir esta, resquício de um momento conturbado da história brasileira, em prol daqueles que consagram a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e o garantismo penal, protegendo os direitos fundamentais da pessoa contra as arbitrariedades do Estado.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Fruto da teoria Kelseniana, pelo controle de constitucionalidade busca-se, em face da supremacia das normas constitucionais, garantir o primado da Constituição, fulminando toda e qualquer norma jurídica de natureza infraconstitucional incompatível com os princípios e preceitos consagrados pelo legislador constituinte.

Portanto, o controle de constitucionalidade tem o desiderato de proteger e resguardar a supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que não apenas limitam o poder do Estado como também legitimam o próprio Estado, estabelecendo seus deveres como um Estado Democrático de Direito.

Dentre os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados que são agredidos pelo artigo que tipifica o crime de desacato e que devem ser objetos de proteção através do controle de constitucionalidade, encontram-se o direito à liberdade, à dignidade da pessoa humana, à legalidade, à presunção de não culpabilidade e o direito ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes.

Em verdade, por tudo que já foi demonstrado neste trabalho, importa reafirmar a incompatibilidade do referido artigo penal com os princípios e normas constitucionais fundamentais, resultando em inconstitucionalidade material do artigo penal em face da Constituição Federal do Brasil.

Nos dizeres de Carlos Augusto Alcântara Machado:

Detecta-se a inconstitucionalidade material – o que é mais comum – quando uma norma jurídica é elaborada em desacordo com o conteúdo material consagrado na Lei Fundamental. É dizer: a norma constitucional agasalha um conteúdo que é desrespeitado pelo legislador ordinário.¹⁵

Assim, por ofender a vários artigos constitucionais, a exemplo dos art. 1º, III e art. 5º,

I, XXXIX, LV, LVII, sendo, portanto, materialmente inconstitucional, deveria o tipo penal do crime de desacato ser abolido do ordenamento jurídico.

Também por ofender vários princípios constitucionais supra destacados, tendo ciência clara da normatividade de tais princípios, gozando eles de imperatividade e coercibilidade, deve ser declarada a inconstitucionalidade material do tipo penal que define o crime de desacato.

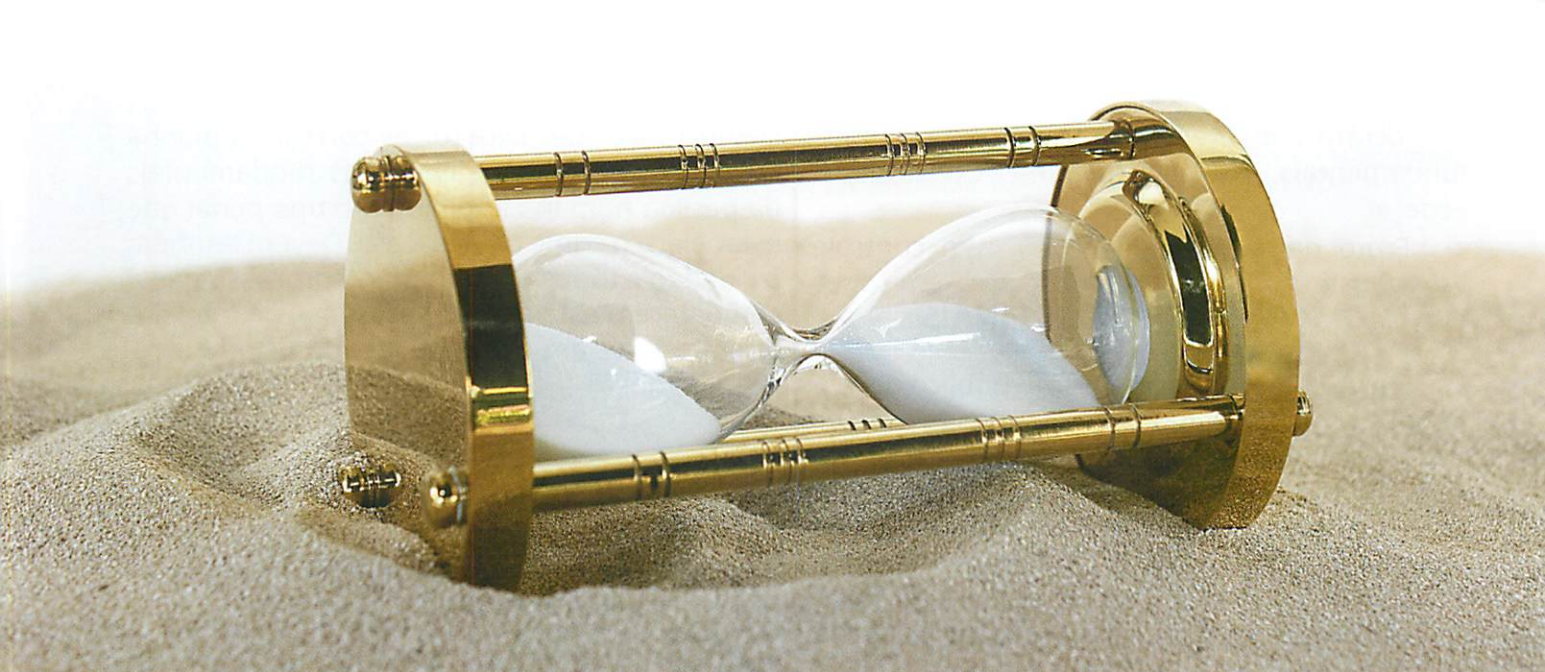
Ora, não há como manter vigente no Brasil tamanha discrepância legal que ofende todo o Estado Democrático de Direito, ofende várias normas constitucionais, vários princípios constitucionais, com o único propósito e desculpa de oferecer alguma garantia a o funcionalismo público possa exercer seus deveres. Afinal, o controle de constitucional tem também como desiderato proteger os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana em face de eventual arbitrariedade do Estado.

Contudo, sabe-se que o Brasil adotou a espécie de controle de constitucionalidade judiciário ou jurídico. Ou seja, o controle de constitucionalidade passa a ser da competência do Poder Judiciário, que deverá garantir a supremacia da Constituição, sendo a última palavra sobre a constitucionalidade da lei do Supremo Tribunal Federal, como determina o art. 102, I, a, CF. Logo, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é exercido na forma concentrada e na forma difusa.

O controle concentrado de constitucionalidade é uma forma de controle sobre a constitucionalidade das leis exercido por um único órgão, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, e que poderá ter como desfecho normal deste controle a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, excluindo-a do ordenamento jurídico, tendo esta decisão efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*).

Com isso, para que se obtenha o resultado defendido neste trabalho, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade do art. 331 do código penal com sua exclusão do ordenamento jurídico pátrio, mister será levar tal intento ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, para que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, resolva

¹⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*, vol. 5. São Paulo: RT, 2005. p. 283.



sobre a inconstitucionalidade de tal artigo, retirando-o do ordenamento jurídico, gozando esta decisão de efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*).

Todavia, por questões legais e processuais, para que seja resolvida a constitucionalidade ou não de uma lei em sentido amplo em sede de controle concentrado, necessário o empenho de algum dos exclusivos legitimados ativos para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, rol taxativo e elencado no art. 103 da Constituição Federal.

Mas, não obstante a falta de empenho em ver tal questão levantada em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, impedindo o resultado diretamente buscado neste trabalho, nada impede, aliás, deva esta questão ser levantada em sede de controle difuso de constitucionalidade, como matéria incidental de defesa.

Controle difuso de constitucionalidade ou controle por via de exceção, na devida expressão de Alexandre de Moraes, “caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a constituição Federal.”¹⁶

O controle difuso caracteriza-se então pelo fato de ser exercitado perante um caso concreto. Assim, devendo o Judiciário resolver o litígio em juízo, poderá solucioná-lo analisando, incidentalmente, a constitucionalidade da lei em

sentido amplo levantada pela parte.

Portanto, enquanto não devidamente impetrada ação, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com finalidade de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 331 do código penal brasileiro, como defende este trabalho, afirma-se a possibilidade ou, até mesmo, o dever de levantar tal questão, qual seja, a inconstitucionalidade material do tipo penal acima destacado por afronta a várias normas e princípios constitucionais, incidentalmente em prol do acusado de ter cometido tal crime, sempre na discussão do caso concreto, buscando, de pronto, a absolvição do acusado em face do reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo combatido, e, mediatemente, a justiça social e a proteção dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagradas.

Em resumo, a parte que está sendo acusada de cometer este “crime” deve alegar, por meio de exceção, a inconstitucionalidade do art. 331 do código penal devido à incompatibilidade acima demonstrada entre tal tipo penal com a Constituição Federal e com os direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano, a exemplo do direito à liberdade, à dignidade da pessoa humana e à presunção de não culpabilidade.

O representante do Ministério Público oficiante no feito e também o magistrado, *ex officio*, devem ainda, quando confrontados e levados a atuar em questões referentes ao crime de desacato, suscitar a inconstitucionalidade do citado tipo penal em prol do Estado

16 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 608.

Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em verdade, o funcionalismo público deve e merece ser prestigiado para que possa exercer suas funções em prol da eficiência do Estado. Todavia, não se pode mais admitir a existência esdrúxula da figura típica do art. 331 do código penal sob pena de ofender peremptoriamente os direitos básicos e fundamentais inerentes ao ser humano e que estão consagrados na Constituição Federal de 1988.

De fato, desproporcional e desarrazoado é manter no ordenamento jurídico pátrio um instituto penalizador e arbitrário que agride de morte vários direitos e garantias fundamentais com o único intuito de dar maior segurança às atividades estatais. Voltar-se-ia aos tempos ditatoriais e totalitários, tempos obscuros de que o Brasil tenta se distanciar.

Evidente que um tipo penal amplo e vago que limita direitos, mas que admite interpretação extensiva, que ofende várias normas e princípios básicos, a exemplo do direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à presunção de não culpabilidade, não tem fundamento legal para existir frente à nova ordem constitucional e ao Estado Democrático de Direito.

Assim, por tudo o que já foi observado, demonstrado e explicado, resta claro que a existência do crime de desacato é materialmente incompatível com a Constituição Federal do Brasil, devendo ser objeto de controle de constitucionalidade.

Enquanto não for objeto de controle concentrado de constitucionalidade, abolindo do ordenamento jurídico tal tipo penal de forma retroativa (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), deve essa inconstitucionalidade ser alegada por via de exceção, seja pela parte que está sendo acusada de cometer tal ilícito, seja pelo representante do Ministério Público ou mesmo de ofício pelo magistrado que atua no referido processo.

Em resumo, deve o Estado brasileiro respeitar a escolha que fez por um Estado

Democrático de Direito e corrigir tamanha afronta aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana abolindo a o tipo penal que estabelece o crime de desacato. Devem também o cidadão e todos que atuam no processo penal combaterem esta discrepância legal de maneira direta e forte em benefício de um Estado livre, justo digno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CLEMENTE, F. de. "El método em La aplicación Del Derecho Civil", in *Revista de Derecho Privado* 37, ano IV, out. 16.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

CRISAFULLI, V. *La Costituzione e Le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FOIS, Sérgio. *Principi Costituzionali e Libera Manifestazione del Pensiero*, Milão, 1957.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*. vol. 5. São Paulo: RT, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSSI, Vazquez. *Derecho Procesal Penal*. Argentina, Rubinzal Culzoni. Tomo I.

A DEFESA DO CONSUMIDOR EM FACE DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA EM SITES DE COMPRA COLETIVA

Natházia de Almeida Reis Costa

Graduação: Letras Português - UFS (Universidade Federal de Sergipe) – 2009, Pós Graduação: Literaturas Portuguesa e Brasileira – FPD (Faculdade Pio Décimo) – 2011, Mestranda em Letras – PROFLETRAS UFS, Técnica do Ministério Público de Sergipe



1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento industrial surgiu um novo modelo de produção, qual seja, a produção em massa. E para assegurar a venda das mercadorias, os produtores passaram a buscar meios para atrair os consumidores para o mercado, como também a melhor apresentar o produto ou serviço oferecido. Foi nesse cenário que a publicidade ganhou acentuado destaque, afinal ela deu origem à formação de um elo entre o consumidor e o fornecedor, passando a ser empregada com mais intensidade pelos empresários.

Ocorre que, por ser ela o meio de apresentar o produto ou serviço, muitas das vezes os fornecedores, por má-fé, acabavam criando expectativas no consumidor que não eram atendidas pelo produto ofertado. Nesse sentido, visando coibir os abusos, o Código de Defesa do Consumidor - conjunto de normas que visa proteger o hipossuficiente da relação de consumo, ou seja, o consumidor - trouxe várias regras sobre este tema, trazendo, inclusive, algumas vedações, tal como a publicidade enganosa, abusiva, subliminar, dentre outras. Apesar disso, ainda é possível registrar a ocorrência de alguns abusos na divulgação de bens e serviços. Eis a importância da pesquisa.

Neste trabalho serão abordados aspectos teóricos e legais relacionados à publicidade, bem como será explanado, para melhor compreensão do tema, o conceito de consumidor e fornecedor, além de ser avaliado o modo como aquela se apresenta em sites de compra em massa.

A abordagem do tema busca demonstrar a preocupação hoje existente acerca da publicidade, a fim de que práticas abusivas que ponham em risco o consumidor, seja pelo engodo, seja pela publicidade enganosa, possam ser coibidas do mercado, preservando, por consequência, o princípio da boa-fé.

2. DA RELAÇÃO DE CONSUMO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Todas as criaturas que habitam o planeta sentem necessidade de consumir. É por isso que se pode afirmar que o consumo é ato inato à condição do ser humano. Como bem esclarecem Bruno Pandori Giancoli e Marco Antônio Araújo Júnior, por necessidades biológicas os seres vivos buscam elementos (bens ou serviços) que lhes tragam satisfação, ainda que não sejam imprescindíveis para sua sobrevivência (2012, p. 21-22).

Desde os primórdios da civilização, já se notava que o homem não era autossuficiente, e por isso, tem-se que o homem e o consumo formam um binômio praticamente indissociável (GIANCOLI, ARAÚJO JÚNIOR, 2012, p. 21).

Ocorre que nos últimos anos, em virtude da evolução social, notadamente após Revolução Industrial, que foi o ponto de largada para o desenvolvimento de novos modos de produção e aprimoramento da tecnologia, aliado ao desenvolvimento das classes sociais e ao avanço nos meios de comunicação, houve a facilitação das transações no mercado de consumo, tornando o consumidor mais próximo do bem ou serviço desejado.

Hoje, ao contrário do que outrora se imaginava, a produção em massa, em razão do consumismo elevado, é a técnica mais adequada para a sociedade atual. Explicando tal modelo de produção, Rizzatto Nunes aviva que:

O modelo atual é o da massificação: fabricação de produtos e prestação de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, feitos no intuito da obtenção da diminuição do custo de produção, para o atingimento de maiores parcelas de consumidores etc. É um sistema de produção que pressupõe

a homogeneização dos produtos e serviços e a standardização das relações jurídicas que são necessárias para a comercialização desses bens. (2012, p. 466).

E, diante desse cenário, o homem passou a desejar objetos além daqueles necessários para atender suas necessidades vitais básicas, buscando bens e serviços outros, tão somente para suprir sua vontade ínsita de consumir (GIANCOLI, ARAÚJO JÚNIOR, 2012, p. 22-23).

Neste toar, em meio a massificação do consumo, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, norma mais específica a ser aplicada ao mercado de consumo, que trouxe em seu bojo novos direitos, como também medidas mais eficazes na proteção do consumidor, sendo uma codificação mais adequada e eficaz para a tutela do mesmo na atual dinâmica da sociedade.

2.1 Consumidor e fornecedor à luz da Legislação Pátria

Antes de adentrar no tema da publicidade, é oportuno fazer uma análise sobre a relação jurídica de consumo, notadamente sobre o polo subjetivo dessa relação.

A existência de uma relação jurídica depende da concorrência de três elementos, quais sejam: sujeitos, objeto (prestação) e vínculo jurídico. Tais elementos, na relação de consumo, são identificados como consumidor e fornecedor (sujeitos), bens ou serviços (objeto) e vínculo jurídico.

Aduz o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor que o consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Doutra banda, os fornecedores são todas as pessoas cuja atividade esteja relacionada a produtos ou serviços que serão objeto da relação jurídica a ser firmada com o consumidor. Nos termos do artigo 3º da lei de consumo, tem-se que o fornecedor:

Art. 3º- Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A norma trouxe um conceito amplo de fornecedor, abarcando todas as pessoas capazes, sejam físicas, sejam jurídicas, como também os entes desprovidos de personalidade jurídica (NUNES, 2012, p. 136).

Desta feita, indicados os personagens da relação de consumo passar-se-á a fazer uma análise sobre um dos meios utilizados pelos fornecedores a fim de atrair os consumidores para o mercado de consumo, qual seja, a publicidade.

3. PUBLICIDADE

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo normas que visam valorizar as regras da boa-fé objetiva e do princípio da confiança, postulados que devem reger todos

Código de Proteção e Defesa do Consumidor

e
Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997
Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008
Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013
Decreto nº 7.963, de 15 de março de 2013

os atos negociais celebrados durante a relação de consumo, e, com especial destaque para as informações utilizadas pelos fornecedores no afã de atrair os consumidores para o mercado de consumo (TARTUCE, NEVES, 2014, p. 338-339).

Destarte, tem-se que um dos instrumentos utilizados para aproximar o consumidor dos produtos e serviços é a publicidade. Esta, nas precisas lições de Bruno Pandori e Marco Antônio, é “um elo de comunicação entre o fornecedor e o consumidor potencial” (2012, p. 132). Tema sobre o qual será tecido breves comentários.

3.1 Conceito

Com o desenvolvimento industrial se teve início a fase da produção em massa e, por conta disso, surgiu a necessidade de ser encontrado um meio eficaz de fazer com que a produção fosse escoada. Foi nesse cenário que o uso da propaganda se tornou uma ferramenta essencial para o fornecedor atrair os consumidores ao mercado de consumo (GIANCOLI, ARAÚJO JÚNIOR, 2012, p. 130-131).

O doutrinador Carlos Alberto Bittar conceitua o termo publicidade como sendo a “arte e técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor” (2003, p. 22).

Em outras palavras, “a publicidade pode ser conceituada como sendo qualquer forma de transmissão difusa de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de produtos ou serviços no mercado de consumo” (TARTUCE, NEVES, 2014, p. 359).

No seu nascedouro a publicidade tinha um carácter apenas informativo, isto é, visava demonstrar à sociedade a existência do produto, mas hoje, tal função foi ampliada, pois é através da publicidade que os fornecedores apresentam seus produtos e tentam persuadir os consumidores.

Não há dúvida de que a propaganda hoje é uma “arma de sedução”, e por isso, o Código

de Defesa do Consumidor, nos artigos 6º e 30 a 38, buscando proteger a parte mais vulnerável da relação negocial (consumidor), proíbe a abusividade ou informações que possam induzir o consumidor ao erro.

Analisando a legislação infraconstitucional, vê-se que o direito a informação adequada e clara surge no artigo 6º, inciso III e seguintes, do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

Art. 6º- São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

De tal artigo depreende-se que o anúncio publicitário não pode ser inverídico, ou seja, “faltar com a verdade daquilo que anuncia de forma alguma, quer seja por afirmação, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio” (NUNES, 2012, p. 502).

Além de assegurar direitos em favor dos vulneráveis, a Lei 8.078/90 cria meios de proteção ao consumidor, que se dá através do carácter vinculante (princípio da vinculação) que foi conferido à informação e à publicidade (art. 30 do CDC).

Não bastasse isso, ratificando ainda mais tal princípio, o artigo 35 da Lei 8.078/90, confere ao consumidor instrumentos aptos para determinar que o fornecedor cumpra com os termos da propaganda, oferta ou apresentação do bem ou serviço, podendo, inclusive, exigir o cumprimento forçado das obrigações.

Descreve o artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor que poderá a parte hipossuficiente exercer seus direitos de fazer ser cumprida a obrigação mediante a força (ação de obrigação de fazer), ou poderá exigir outro produto ou serviço em troca, ou ainda rescindir o contrato cumulado com eventuais perdas e danos.

Artigo 35 - Se o fornecedor de produtos e serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor

poderá alternativamente e a sua livre escolha:

I- Exigir o cumprimento forçado da obrigação nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.

II- Aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente

III- Rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.

Na hipótese do artigo 35, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, a parte hipossuficiente poderá, por via judicial, exigir que seja cumprida a obrigação de imediato através de uma liminar, conforme lhe assegura o artigo 84 do mesmo Códex. Para isso deverá instruir sua inicial dando provas de que se não lhe for entregue o produto ou serviço, poderá sofrer danos irreparáveis e, inclusive, poderá depositar o valor do bem para que não venha sofrer prejuízo.

Já na hipótese do inciso II, essa troca não será realizada caso o produto seja enquadrado nos casos de vícios e defeitos do produto ou serviço, pois, nestas hipóteses, não estaria configurado o descumprimento da oferta, mas sim as situações previstas nos artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor, que tratam especificamente dos produtos e serviços defeituosos e viciados.

Logo, com vista a evitar o abuso, dando ensejo à existência de publicidade enganosa ou abusiva, foi necessário criar mecanismos de controle, que serão abaixo analisados.

3.2 Publicidade e suas formas

Aviva o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor que: “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Em seguida, na literalidade do parágrafo único consta que “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Desse modo, depreende-se que uma publicidade lícita, isto é, de acordo com as

regras do Código de Defesa do Consumidor, é aquela cujo consumidor possa, de plano, identificá-la como tal e compreender o caráter propagandístico da veiculação (SPODE, 2002, p. 183).

Doutro giro, em sentido diametralmente oposto, a publicidade mascarada, também conhecida por publicidade simulada ou dissimulada ou clandestina é tida por ilícita. Trata-se de uma publicidade velada, neste caso, ocorre uma transmissão de informação que embora não tenha aparência de publicidade, é.

No que tange à publicidade clandestina, que também é uma forma de publicidade mascarada, a doutrina traz como maior exemplo de tal prática, o merchandising. Esta é uma técnica publicitária muito utilizada em programas, novelas e filmes, onde os autores ao utilizarem um bem ou usufruírem determinado serviço, mostram satisfação ou prazer, ou até mesmo tecem elogios sobre os mesmos, ou sobre a marca ou fabricante. Deste modo, serve para veicular indiretamente produto e serviço (TARTUCE, NUNES, 2014, p. 361).

No entanto, calha colacionar abaixo a ressalva trazida por Eliette Marisa Teixeira de Almeida, que salienta que apesar do merchandising ser uma técnica comum, ela não é expressamente vedada no ordenamento jurídico, “desde que o anunciante e o veículo, previamente, informem o consumidor de que estará vendo a seguir mensagem publicitária, utilizando para tanto o sistema de créditos” (2005, p. 20).

Há ainda a vedação à publicidade enganosa e abusiva. Vejamos:

Aduz o parágrafo 1º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor que:

É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Mas, o que vem a ser publicidade enganosa? Nos dizeres de Bagatini (2005, p. 79) é:

Em primeiro lugar, não é meramente e informação falsa. É enganosa quando essa informação falsa induz o consumidor ao erro. Se a publicidade tem por objetivo despertar a capacidade de fantasia do consumidor, está-se diante do falso, mas não do enganoso. A publicidade que promete a felicidade, seja usando determinada peça de roupa, fumando determinado cigarro ou sorvendo uma bebida tal, é falsa, mas não enganosa.

Nesta forma publicitária, se busca iludir o consumidor para que este acredite em algo que não seja correspondente com a realidade daquilo que se está oferecendo (GIANCOLE, ARAÚJO JÚNIOR, 2012, p. 134-135). Em tal situação o consumidor acaba por adquirir, de acordo com o ditado popular, um “gato por lebre”.

As formas de enganar são variadas, afinal, atualmente, os anúncios publicitários estão muito mais criativos e, por isso, o engodo pode surgir através do emprego de impacto visual, uso de frases chamativas, como também de afirmações parcialmente verdadeiras (NUNES, 2012, p. 550). Logo, se infere que tal prática pode se dar por meio de ação ou omissão.

No primeiro caso, há uma ação comissiva do agente, ou seja, um dolo positivo. Já na segunda hipótese existe uma inação, um não fazer, ou seja, o agente atua com dolo negativo, uma vez que, nos termos do parágrafo 3º do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade também é enganosa “quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

Explicitando o parágrafo ora mencionado, Ada Pellegrini Grinover pontua que “a omissão relevante é aquela que ciente dos dados sonegados, levaria o consumidor a não celebrar o contrato com o fornecedor” (2004. p. 216).

Em regra, a publicidade enganosa, por si só, não é apta a gerar dano moral. E, nesse ponto, cabe fazer a seguinte indagação: como auferir se a publicidade é ou não enganosa?

Respondendo tal questionamento, Rizzato Nunes esclarece que para auferir a abusividade da publicidade deve ser considerado o consumidor potencial, ou seja, o parâmetro do consumidor ideal. Ainda aduz que a enganabilidade do anúncio pode ser percebida

mesmo antes de atingir o consumidor, sendo suficiente a sua veiculação. (2012, p. 552).

Sob a óptica objetiva, o artigo 17 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, aduz que para análise da enganabilidade é necessário uma verificação do conteúdo global do anúncio. No entanto, discordando deste entendimento, o que, data vênica, mostra-se mais alinhado com as diretrizes principiológicas do Código de Defesa do Consumidor, Rizzato Nunes entende que qualquer aspecto do anúncio, seja o visual, escrito, oral, ainda que analisado isoladamente, já é suficiente para tachar aquela publicidade como enganosa. O citado autor afirma que:

Veja-se o equívoco: não importa se a enganabilidade advém de parte do anúncio ou de sua projeção global sobre o público. Não interessa também saber se o teor da ilusão está só no aspecto visual ou apenas no oral ou escrito. O que vale é o resultado do impacto sobre o consumidor (aliás, o resultado potencial; nem precisa ser real). (2012, p. 554).

Ora, pensar de modo diverso, aplicando a literalidade do código brasileiro de autorregulamentação, tem-se que esta norma estaria restringindo o amplo espectro de proteção trazido pela norma consumerista.

Ainda existe a chamada publicidade abusiva, a qual, no teor do parágrafo 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, é:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Ao contrário da publicidade enganosa, que leva o consumidor ao engano, a publicidade abusiva decorre de um abuso de direito, agredindo os valores sociais da comunidade (TARTUCE, NEVES, 2014, p. 368).

A abusividade, em verdade, não mantém vínculo direto com o produto ou serviço, ela surge dos impactos causados na vida dos

consumidores, podendo causar algum mal ou constrangimento (NUNES, 2012, p. 573).

Neste caso, faz-se necessário analisar o ânimo do agente fornecedor, pois a mensagem publicitária que procura apenas explorar de forma jocosa (*animus jocandi*) determinada situação, não a torna abusiva.

Ou, consoante as lições da doutrinadora Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, “a publicidade se mostra, portanto, abusiva quando ela apresenta potencialidade de induzir os consumidores a negligenciar as normais regras de prudência e vigilância, levando-os a comportamento perigoso ou irresponsável” (2010, p. 89).

Para a sua caracterização não é preciso que ocorra um dano concreto ao consumidor, sendo suficiente que exista a possibilidade de que tal dano ou ofensa ao direito do consumidor possa vir a ocorrer (NUNES, 2012, p. 573).

3.3 Princípios relacionados à publicidade

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo alguns aspectos principiológicos, sendo que alguns têm aplicação no âmbito da publicidade. Vejamos.

Como sabido, os princípios jurídicos desempenham um papel relevante dentro do cenário jurídico moderno. Primordialmente os princípios têm por função orientar a criação de novas regras jurídicas, como também auxiliar o aplicador do direito na interpretação e integração do ordenamento jurídico.

Aviva Miguel Reale (REALE, 2002, p. 73) em interessante construção conceitual, classicamente empregada pela doutrina que:

Os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.

Dentre os princípios aplicados à publicidade no Código de Defesa do Consumidor, destacam-se:

a) Princípio da identificação da mensagem

publicitária

Encontra-se previsto no artigo 36, “*caput*”, do Código de Consumo e por meio dele se busca evitar a ocorrência de publicidade ilícita, in casu, a publicidade simulada ou ainda a clandestina. Tal postulado impõe ao fornecedor o dever de, se desejar vincular qualquer tipo de anúncio publicitário deve fazer de tal forma que o consumidor de pronto a identifique.

Escrevendo sobre esse princípio, Lucia Ancona de Magalhães Dias (2010, p. 67), afirma que:

O princípio da identificação da mensagem publicitária decorre do próprio dever de transparência e lealdade nas relações de consumo, já que o ocultamento do caráter publicitário pode induzir o consumidor em erro quanto à natureza da mensagem, na hipótese, de fins comerciais, não meramente informativa e desinteressada.

Ademais, uma publicidade que não seja clara pode levar o consumidor a erro, bem como pode servir de escudo para o fornecedor fraudar a lei, seja pela falta de advertência sobre a restrição do produto, seja pela inobservância de horário para o conteúdo da publicidade, seja ao local onde o anúncio foi colocado.

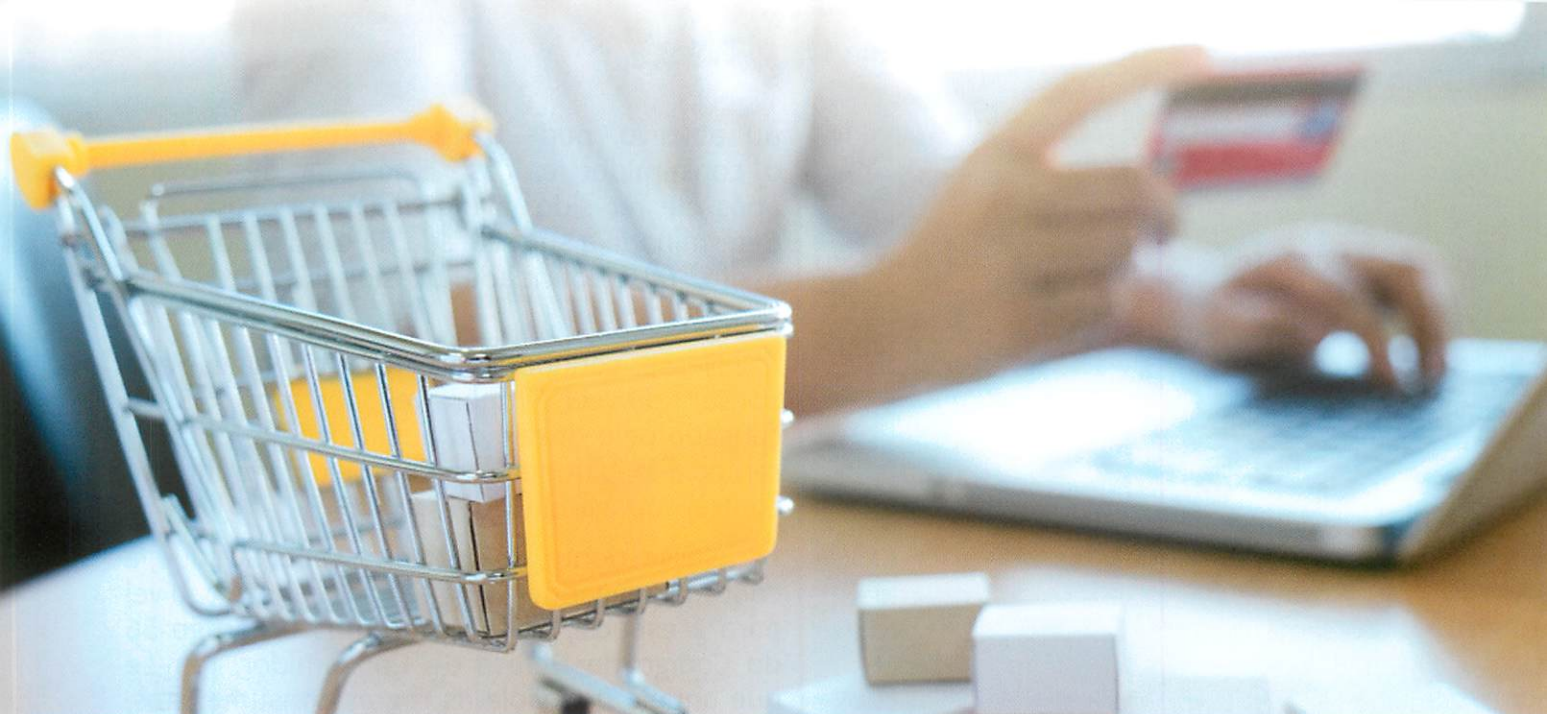
b) Princípio da veracidade

Considerando que o consumidor não dispõe de toda a informação acerca do produto, sendo, portanto, vulnerável também neste aspecto, é necessário que lhe sejam fornecidas tais informações para que, de forma livre e consciente, possa melhor escolher o bem ou serviço desejado.

Por tal motivo, e também para prestigiar e afirmar no âmbito do direito do consumidor o princípio da boa-fé contratual, trouxe o Código de Defesa do Consumidor previsão expressa de tal postulado. Assim, dispõe o artigo 37, parágrafo 1º que:

Art. 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva:

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza,



características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

c) Princípio da vinculação da oferta publicitária

Para que a publicidade possa ter efeito, adquirindo o carácter vinculante, é necessário o preenchimento de dois requisitos: a) veiculação e b) precisão suficiente das informações. Pelo primeiro, pressupõe que o consumidor tenha dito acesso a informação publicitária por meio da mídia. Já pelo segundo, tem-se que ela deve conter informações claras acerca do produto ou serviço que se está ofertando, bem como as disposições acerca das consequências jurídicas (efeitos, direitos e deveres) dos sujeitos da relação de consumo (GIANCOLI, ARAÚJO JÚNIOR, 2012, p. 127).

Sobre o princípio, Antônio Hermam Vasconcelos Benjamin (2010, p. 260), narra que:

O princípio encontra justificativa no potencial persuasivo das técnicas de marketing. Mais especificamente na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária, está o reconhecimento pelo direito do poder de influência deste instrumento promocional, nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativa- legítimas – que precisam ser protegidas.

Portanto, o fornecedor não é obrigado a fazer publicidade de seus bens ou serviços, porém, caso o faça, tal oferta terá força

vinculante, podendo o consumidor exigir do primeiro, o cumprimento forçado do teor da oferta difundida, afinal, nos termos do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, os seus termos já fazem parte do futuro contrato que será celebrado entre as partes.

c) Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor

Tendo em conta que o consumidor é a parte vulnerável (dentre outras, a vulnerabilidade técnica e de informação) da relação de consumo, nada mais justo do que transferir ao fornecedor o encargo do ônus publicitário, haja vista que tal medida busca equilibrar isonomicamente tal relação.

Esse princípio é extraído do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, que aduz: “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Como se nota, tem-se que o princípio busca facilitar a defesa do consumidor em juízo.

No que tange à inversão do ônus da prova em matéria consumerista voltada à publicidade, tem-se que esta se opera de modo absoluto, uma vez que ela independe da prova de qualquer condição, tal como a hipossuficiência e a verossimilhança da alegação, tal como exige o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

d) Princípio da correção do desvio publicitário:

O anúncio publicitário, se enganoso



ou abusivo, pode trazer muitos danos para o consumidor e, caso isso seja descoberto após ele ter sido divulgado, mesmo que seja determinada a sua retirada de circulação, ainda assim, tal publicidade ocasionará danos aos consumidores.

Nesse sentido aviva Rizzato Nunes que apesar de ser impossível desfazer o mal causado pelo desvio da publicidade, é possível remediá-lo, o que é feito por meio da prática de contrapropaganda (2012, p. 568).

Nesse ponto, é oportuno salientar que a contrapropaganda não é a única sanção cabível para a espécie, pois, nos termos do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que aquele que viola as regras consumeristas, além de se sujeitar as sanções administrativas (as quais estão listadas nos incisos do artigo 56 ora mencionado), o infrator pode ser responsabilizado, cumulativamente, na esfera cível e criminal.

De acordo com o Estabelecido no artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que: “A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 37 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator”.

Desta forma, vê-se que ela tem por finalidade obstar a força persuasiva de um anúncio publicitário, visando minorar as consequências geradas pelo desvio na publicidade. Nesse sentido, Nunes informa que “a contrapropaganda deve ter um conteúdo (mensagem) que possa anular ou ao menos desmentir o conteúdo (mensagem) enganoso anteriormente produzido” (2012, p. 569).

4. PROBLEMÁTICA DA PUBLICIDADE EM SITES DE COMPRA COLETIVA

A publicidade, como se sabe, é a porta de entrada para um negócio, elemento fundamental para a criação de um contrato. Ela tem relevante importância na atividade comercial de qualquer empresa. Afinal, como prescreve o ditado popular “a propaganda é a alma do negócio”. A publicidade é capaz de, como nos ensina José Benedito Pinho, auxiliar em uma venda, modificar uma imagem, motivar

comportamentos.

Embora muitos considerem que seu objetivo principal é apenas auxiliar as vendas de um produto ou serviço, a publicidade informa, convence, anima, motiva atitudes e comportamentos, modifica imagens, explica e arregimenta aliados, encerrando uma técnica especializada e complexa, com objetivos de curto, médio e longo prazos, cujos métodos estão em constante evolução. (PINHO, 2000, p.96).

Uma divulgação bem elaborada pode atrair muito mais, como também pode mudar a maneira de visualização de uma empresa perante os consumidores. A divulgação de produtos e serviços de modo eficiente, mostra a um grande número de interessados, porque aquele bem material ou serviço é de qualidade superior, trazendo consigo, em geral, uma mensagem de forte conteúdo emocional, além de ser altamente persuasiva.

Essa nova modalidade de comércio virtual, considerando seu investimento e o retorno recebido, tanto para o administrador como para o fornecedor anunciante, contribuem bastante para a publicidade enganosa, vez que é o fornecedor quem delimita quantos clientes serão necessários para cobrir a oferta, ficando muitas vezes o administrador do site interessado apenas na comissão que irá receber por determinada oferta e visando somente o que irá lucrar, não fiscalizando o conteúdo apresentado pelo parceiro anunciante.

Apesar de os sites estarem mais seguros contra práticas ofensivas, dando maior confiança ao consumidor, já que cada site deve implantar um serviço de atendimento ao consumidor, o que já traz uma grande vantagem, pois haverá um maior contato e assim, o consumidor poderá retirar todas as dúvidas que tiver a respeito da oferta, bem como o administrador poderá saber onde deve melhorar, quais serviços são mais requeridos ou menos produtivos para ele, bem como poderá conhecer de parceiros anunciantes que não cumprem com o ofertado e assim tomar as medidas cabíveis para não macular a imagem de seu site ou do fornecedor do produto. A regulamentação do funcionamento desse tipo de comércio eletrônico, proporcionou a criação de selo de certificação de idoneidade do site,

propiciando maior segurança ao consumidor, que o identificará logo que acesse algum site certificado de compra coletiva. As informações necessárias ao consumidor, devem se dar da maneira mais clara e objetiva possível, evitando qualquer tipo de dubiedade ou 'enganosidade' nas orientações disponibilizadas nos sites.

Muitas vezes não é o administrador do site propriamente dito, que levará o consumidor ao erro. Na maioria das vezes, o responsável por erros que podem advir das práticas comerciais, como erro de preços, ofertas mal desenvolvidas, que não correspondem à realidade dos produtos, não se adequam à quantidade de consumidores ou até mesmo um serviço mal prestado, será o fornecedor do produto e/ou serviço, o parceiro do site, vez que é ele quem trata da responsabilidade pelo objeto do contrato.

O problema é notado na postura de grande parte dos sites de compra coletiva, que alegam estar isentos de qualquer responsabilidade pelo fato ou vício do produto ou serviço. Porém, o site, é um intermediário entre o consumidor e o fornecedor e recebe uma comissão pela divulgação daquele anúncio, sendo também responsável se porventura, não tiver o fornecedor estoque suficiente para atender a demanda, nem se o produto e/ou serviço for entregue com defeito ou vício.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande facilidade de acesso à internet, bem como o crescente número de usuários, fizeram surgir uma modalidade de comércio mais prática, rápida e cômoda, onde o consumidor tem uma infinidade de produtos e serviços de diversos tamanhos, cores, marcas e, principalmente, de preços. Na internet o vendedor oferece o seu produto para um maior número de consumidores, utilizando-se da comunicação mais barata do que as de televisão e rádio e que pode chegar a atingir diversas localidades, não abarcadas por essas duas últimas. Porém, o internauta, com a utilização deste meio de comercialização fica mais propenso a cair em falsas ofertas e em fornecedores de má fé, fato esse que tem se evidenciado ainda mais nas relações de consumo dos sites de compras coletivas, onde há uma maior facilidade de

publicação de produtos e serviços.

Não há um perfil de vulnerabilidade para quem contrata tais serviços, cada interessado está potencialmente desprotegido contra as práticas de publicidade enganosa, tanto no meio virtual, quanto tradicional. Mas, o site de compra coletiva, como intermediário entre fornecedor e comprador, também tem que cuidar em zelar pelas normas dentro do seu próprio sistema contratual para coibir as práticas de uma empresa contratar o seu serviço visualizando somente o baixo custo da propaganda oferecida ao seu estabelecimento e não cumprir com o ofertado, pois o site também será responsabilizado. Não restam dúvidas de que os sites de compras coletivas se enquadram no conceito de fornecedor do artigo 3º, do CDC, que prevê:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Não podemos nos esquecer de que “fornecer” tem, entre seus significados, os de “facilitar” e “proporcionar”, que é exatamente o que esses sites de compras coletivas fazem ao comercializarem os produtos e serviços para os consumidores, podendo, pois, ser considerados como fornecedores. Vale ressaltar que os sites de compras coletivas são remunerados em um determinado percentual sobre cada venda realizada. Este é mais um fator que os insere na categoria de “fornecedor” e enseja as responsabilidades, obrigações e deveres descritos no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que eles, juntamente com o fornecedor do produto colocado à venda, recebem valores, o que confirma a legitimidade para serem réus em ação movida pelo consumidor que se sentir lesado ou o for efetivamente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, p.

11-38, 2005.

BAGATINI, Idemir Luiz. **Os efeitos da oferta e da publicidade nas relações de consumo**. Direito em Debate, Ijuí: Ed. Unijui, n. 1, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman. V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 05 set 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIANCOLI, Brunno Pandori, ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antônio. **Difusos e coletivos: direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, J. B. **O poder das marcas**. São Paulo: Summus Editorial, 2000.

RAICHLE, Paulo Augusto. **Informação, oferta e publicidade enganosa e abusiva no direito do consumidor**. Disponível em < <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1082/MONOGRAFIA%20-%20PAULINHO.pdf?sequence=1>> Acesso em 10 set 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SPODE, Guinther. O controle da publicidade à luz do código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, p. 178-191, 2002.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 3 ed. São Paulo: Método, 2014.

CARACTERÍSTICAS DA POPULAÇÃO ATENDIDA NOS SERVIÇOS DE ACOlhIMENTO INSTITUCIONAL NO TERRITÓRIO DA GRANDE ARACAJU, SERGIPE/BRASIL

Priscila Cardoso dos Santos

Mestre em Saúde e Ambiente. Pós-graduada em Psicologia Hospitalar. Graduada em Psicologia e em Gestão de Recursos Humanos. Psicóloga do Serviço de Acolhimento Institucional de crianças e adolescentes Anjos do Futuro.



1. INTRODUÇÃO

O acolhimento de crianças e adolescentes é algo necessário em todo o mundo, seja por situações de guerra e demais conflitos armados ou por situações de vulnerabilidade social e familiar. Em alguns países da União Européia, como Portugal, Espanha e Grécia, existe um grande número de crianças e adolescentes em Acolhimento Institucional. Já em países como o Reino Unido, Holanda, Bélgica, Alemanha, Irlanda e Itália, existem mais acolhidos em modalidades de famílias acolhedoras ou integrados em famílias extensas, o que ocasionou a substituição das grandes instituições por lares menores, e reduziu a institucionalização (Eurochild, 2010; Rodriguez, 2013; Gaspar et al., 2015; ISS, 2015).

No Brasil, o levantamento nacional de SAI's feito por Assis e Farias (2013) apontou que existiam 2.624 SAI's e 144 Serviços de Acolhimento em Família Acolhedora no país, distribuídos em 1.157 municípios das 27 unidades da federação. Em Sergipe no ano de 2015 havia trinta e três SAI's, estes são distribuídos nos oito territórios (a Grande Aracaju com treze, o Sul Sergipano com oito e os outros territórios - Agreste Central, Alto Sertão Sergipano, Baixo São Francisco, Centro Sul Sergipano, Leste Sergipano e Médio Sertão Sergipano - dispoendo de dois SAI's cada) estando 14 no modelo de Abrigo Institucional e 19 de Casa-lar (SEIDH, 2015).

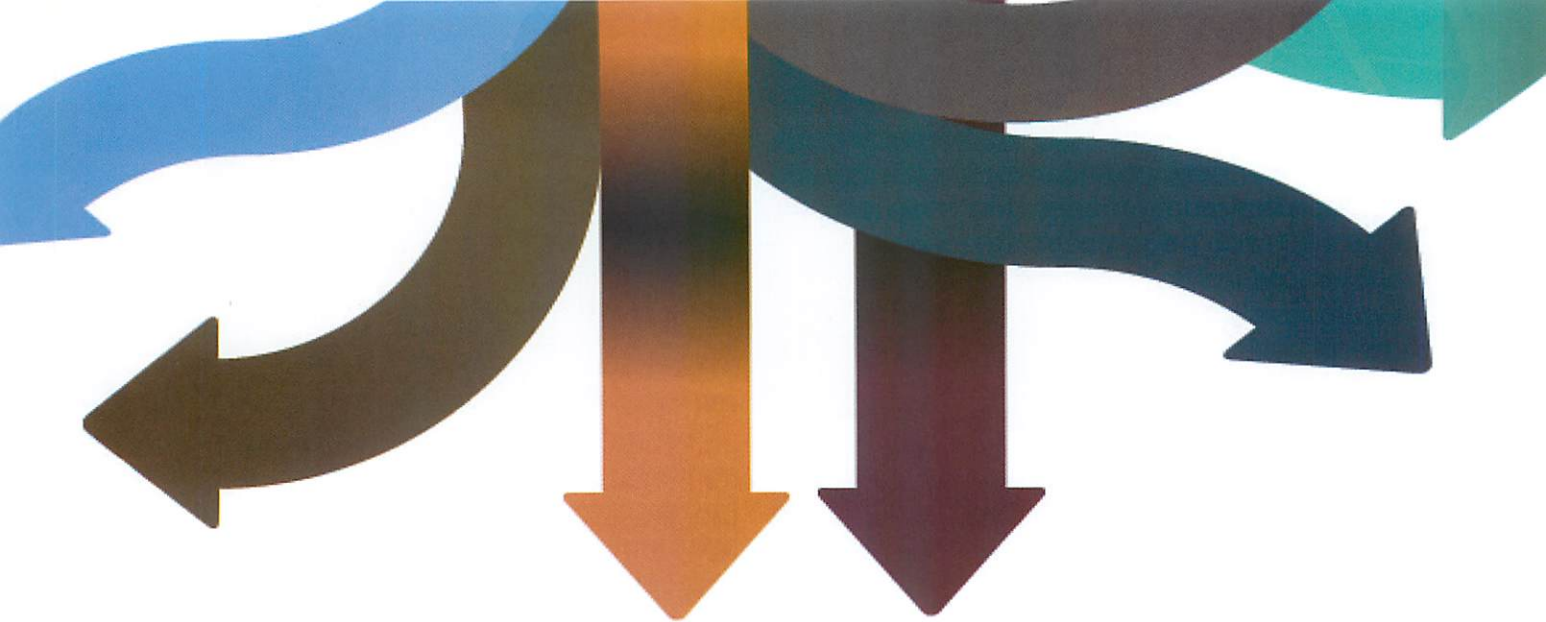
No artigo 101 do Estatuto da Criança e Adolescente - ECA (Brasil, 1990) existe nove medidas de proteção aos direitos das crianças e adolescentes, dentre estas o Acolhimento Institucional, que tem caráter excepcional e provisório. O Serviço de Acolhimento Institucional (SAI) é a instituição onde esta medida protetiva é executada, o SAI é dividido em dois modelos: Casa-lar, que possui capacidade máxima para 10 acolhidos, e o Abrigo Institucional, que comporta

no máximo de 20 acolhidos.

Cavalcante et al. (2009), Cintra & Souza (2010) e Salina-Brandão & Williams (2009) concluíram em seus estudos que o Acolhimento Institucional é uma questão profunda e possui vários desdobramentos, tendo assim um perfil interdisciplinar e seu foco principal é o desenvolvimento dessa população.

A caracterização da clientela atendida se torna um assunto de importância social, tanto em função do número de acolhidos e a repercussão do afastamento de suas famílias, como pela preocupação acerca da forma destes serviços, para que respondam às necessidades peculiares da clientela. A partir da Lei nº 12.010, conhecida como Lei Nacional da Adoção (Brasil, 2009), começaram a vigorar, por exemplo, a premissa do acolhimento institucional no local de origem do acolhido ou mais perto possível, a reavaliação situacional semestral do acolhido e a redução da quantidade de acolhidos em cada serviço.

No ano de 2011 foi aprovada a Lei de Cofinanciamento Estadual (Sergipe, 2011), que proporcionou a implantação dos SAI's nos municípios sergipanos que aderiram ao cofinanciamento e apresentaram a documentação necessária para o recebimento do recurso. Deu-se então o reordenamento dos SAI's, onde os serviços estaduais que davam suporte aos municípios iam sendo desativados na medida em que os municípios sergipanos inauguravam os seus SAI's que acolhiam crianças e adolescentes de ambos os sexos, entre 0 a 18 anos incompletos, como preconiza o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária - PNCFC e a Lei Nacional de Adoção (Brasil, 2006, 2009; SEIDH, 2015). Apesar disso, no território da Grande Aracaju,



(composto pela capital Aracaju e os municípios da Barra dos Coqueiros, Laranjeiras, Nossa Senhora do Socorro, Riachuelo, Santo Amaro das Brotas e São Cristóvão), o município de Aracaju mantinha a especialidade no acolhimento, até 2016, acolhendo segundo o sexo ou faixa etária, o que é contrario aos propósitos do reordenamento.

Existem poucos estudos em Sergipe sobre a temática, como o livro de Fonseca et al. (2014) que resultou das suas experiências nas fiscalizações realizadas pelo Ministério Público de Sergipe nos SAI's, onde são analisadas a qualidade dos serviços e as ações do Poder Público para resolução dos problemas encontrados. Além disso, há um predomínio em estudos acerca da capital Aracaju, como o livro de Tavares (2005), fundamentado num estudo executado pela antiga Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania e motivado pela verificação de problemas nas praticas institucionais dos SAI's, tais como: falta de estímulo a convivência familiar e comunitária, falta de profissionais e de conhecimento dos mesmos sobre seu papel, falta de preparação para o desligamento dos acolhidos, e o cenário dos abrigos em Aracaju; e o artigo de Souza e Brito (2015) que objetivou apontar e discutir dados de pesquisas que exploraram a forma como era cumprido o acolhimento institucional de crianças e adolescentes no município de Aracaju.

Diante do exposto, este estudo teve como objetivo identificar as características da população atendida nos Serviços de Acolhimento Institucional no território da Grande Aracaju/ Sergipe.

2. MÉTODO

Trata-se de um estudo transversal retrospectivo que utilizou o levantamento documental para caracterização dos acolhidos nos Serviços de Acolhimento Institucional (SAI's) no território da Grande Aracaju, Sergipe/Brasil e de sua família de origem, no período de 2013 a 2015.

2.1 Participantes

A pesquisa contou com 336 registros de acolhidos no período de 2013 a 2015, em 11 SAI's no território da Grande Aracaju, seis no município de Aracaju, dois em Nossa Senhora do Socorro, e os demais municípios - Laranjeiras, São Cristóvão, Barra dos Coqueiros - com um SAI cada. Foram incluídos apenas os SAI's que possuíam acolhidos durante este intervalo.

2.2 Instrumentos

Utilizou-se um formulário constituído de questões fechadas e abertas, sendo preenchido pela própria equipe da pesquisa, por meio dos dados dos prontuários e Planos de Atendimento Individuais (PIA's) dos acolhidos no período entre 2013 a 2015. As questões abertas foram utilizadas para complemento de questões objetivas, tendo um cunho de esclarecimento e aprofundamento, uma vez que não era possível ser mensurado com respostas do tipo "sim" e "não".

2.3 Procedimentos

Autorização da juíza da 16ª Vara da Infância e Juventude para utilização dos dados contidos nos prontuários dos acolhidos do município de Aracaju (6), contato com as coordenadoras de todos os SAI's da Grande Aracaju (13) para envio das solicitações de realização da pesquisa. Após a aceitação dos mesmos, verificou-se que dois SAI's (Santo Amaro das Brotas e Itaporanga D'Ajuda) não se enquadraram no critério de inclusão.

Seguiu-se com visitas aos SAI's para coleta de dados e posteriormente tabulação para as análises estatísticas. As variáveis não paramétricas (tempo de acolhimento e vinculação, faixa etária, sexo e cor) foram apresentadas por meio da mediana e seus quartis (1º e 3º quartil). As variáveis categóricas (dados sociodemográficos dos acolhidos; dados do acolhimento) foram apresentadas por meio das frequências absolutas e relativas.

Foram realizadas análises de associações entre as variáveis: tipo de SAI, sexo, faixa etária, cor; aptidão a adoção, tempo de acolhimento, vinculação familiar, visita dos responsáveis, motivo do acolhimento, situação atual dos acolhidos, primeiro acolhimento, o motivo e a dificuldade do acolhimento. Para tais análises foram aplicados os testes do Qui-quadrado ou exato de Fischer com auxílio do programa Statistical Package for the Social Sciences (SPSS 15.0), adotando-se nível de significância de 5%.

Esta pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da UNIT, com o parecer nº 1.611.766 e autorizado pela 16ª Vara da Infância e Juventude, através do processo nº 201511600901.

3. RESULTADOS

Crianças e adolescentes acolhidos nos SAI's da Grande Aracaju/Sergipe e seus vínculos familiares

Observou-se no período estudado (2013-2015), um total de 336 crianças e adolescentes estiveram nesses serviços, sendo que 85,12% (286) foram acolhidos nos Abrigos Institucionais e 14,88% (50) em Casa-lar. A pesquisa abrangeu cinco Casas-lares e seis Abrigos Institucionais. Por

meio de prontuários e PIAs de cada acolhido, foi possível obter informações sociodemográficas (Tabela 1), sobre o processo de acolhimento e sua família de origem (Tabela 2).

Tabela1: Informações sociodemográficas das crianças e adolescentes acolhidos nos SAI's da Grande Aracaju, Sergipe/Brasil. 2013 a 2015.

	N	%
Sexo		
Masculino	149	44,35
Feminino	184	54,76
Não informado	3	0,89
Faixa Etária		
0 a 3	106	31,55
4 a 6	57	16,96
7 a 9	4	13,10
10 a 12	48	14,29
13 a 15	59	17,56
16 a 18	19	5,65
Não Informado	3	0,89
Cor		
Branco	35	10,42
preto	39	11,61
pardo	110	32,74
Não Informado	152	45,23
Escolaridade		
Não está matriculado	112	33,33
Creche ou pré-escola	53	15,77
Ensino fund. incompleto	155	46,13
Ensino médio incompleto	2	0,60
Não Informado	14	4,17

Acerca da escolaridade dos acolhidos (Tabela 1), verificou-se que 77,3% (82) das crianças entre zero a três anos não estavam matriculadas e 54,4% (31) das crianças entre quatro a seis anos estavam em creche ou na pré-escola. A maioria dos acolhidos apresentava ensino fundamental incompleto, sendo 79,5% (35) distribuídos entre os com sete a nove anos, 87,5% (42) entre dez a doze anos, 84,7% (50) entre treze a quinze anos e 78,9% (15) entre

dezesseis a dezoito anos.

Não foram encontradas associações entre o tipo de SAI e o sexo ($p= 0,877$), o tipo de SAI e a faixa etária ($p= 0,068$) e o tipo de SAI e a cor ($p= 0,144$).

Tabela 2: Dados do processo de acolhimento das crianças e adolescentes acolhidos nos SAI's da Grande Aracaju, Sergipe/Brasil. 2013 a 2015.

	N	%
Primeiro acolhimento		
Sim	177	52,68
Não	105	31,25
Não informado	54	16,07
Irmãos acolhidos		
Sim	186	55,36
Não	142	42,26
Não informado	8	2,38
Vinculação familiar		
Tem família e vínculo	232	69,05
Tem família, mas sem vínculo	64	19,05
Família não encontrada	6	1,79
Sem família (órfão)	2	0,60
Fam. Impedida judicialmente de manter contato	14	4,17
Sem informações	8	2,38
Outros	3	0,89
Não informado	7	2,08
Motivo do acolhimento		
Agressão física	41	8,12
Agressão sexual	30	5,94
Negligência	97	19,21
Abandono	65	12,87
Abandono material	7	1,39
Exposição a situação de risco e vulnerabilidade	222	43,96
Outros	43	8,51
Situação atual dos acolhidos		
Desligados	231	68,75
Evadidos	41	12,20

Acolhidos	40	11,90
Transferidos	23	6,85
Não informado	1	0,3
Aptos a adoção		
Sim	58	17,26
Não	269	80,06
Não informado	9	2,68

Na associação da condição legal de aptidão a adoção das crianças e adolescentes, em relação ao tipo de instituição, observou-se que a maioria dos acolhidos, sendo 204 em Abrigos Institucionais e 28 em Casas-lares, ainda estava sob o poder familiar dos responsáveis e, portanto, inaptos ao processo de adoção ($p= 0,001$). A cor da criança/adolescente ($p= 0,139$) ou sexo ($p= 0,761$) (Tabela 1) não teve associação com o fato de estar "apto para a adoção" (Tabela 1 e 2).

A faixa etária apresentou associação ($p< 0,001$) com estar "apto para a adoção", na qual se constatou que entre as 106 crianças de zero a três anos, 26,9% (28) estavam aptas. Dentre os 57 acolhidos com três a seis anos, 18,2% (10) estavam aptos; dos 44 de sete a nove anos, 20,5% (9) estavam aptos; dos 48 de dez a doze anos, 19,6% (9) estavam aptos; entre os 59 de treze a quinze anos, 1,8% (1) estava apto e nenhum dos 19 acolhidos de dezesseis a dezoito anos estavam aptos.

Quanto ao tempo de acolhimento, notou-se uma mediana de 01 mês (1-1) para os acolhidos que mantinham vínculo com os responsáveis e 02 meses (1-3) para os que não tinham. Observou-se a mediana de 01 mês (1-2) para os acolhidos com faixa etária de sete a nove anos e para os que se encontravam em Abrigos Institucionais. A mediana de 01 mês (1-2,5) é referente à faixa etária de quatro a seis anos; a mediana de 01 mês (1-2,75) corresponde à faixa etária de dez a doze anos; a mediana de 01 mês (1-3) se refere a ambos os sexos, aos acolhidos com faixa etária de zero a três anos, aos brancos e pardos e aos que estavam em Casas-lar. Os acolhidos com faixa etária de treze a quinze anos tinham mediana de 1,5 meses (1-3), enquanto os da faixa etária de dezesseis a dezoito anos tinham mediana de 1,5 meses (1-4) e os de cor

preta tinham mediana de 02 meses (1-3).

Ao associar a faixa etária e a escolaridade, foi identificado que entre as crianças de zero a três anos, 78,8% (82) não estavam matriculadas. Entre as de quatro a seis anos, 57,4% (31) estavam em creche ou pré-escola. Entre as de sete a nove anos, 83,3% (35) no ensino fundamental incompleto. Entre as de dez a doze anos, 93,3% (42) no ensino fundamental incompleto. Entre as de treze a quinze anos, 86,2% (50) no ensino fundamental incompleto. Entre as de dezesseis a dezoito anos, 78,9% (15) no ensino fundamental incompleto.

Não foi encontrada associação entre a vinculação familiar do acolhido e sexo ($p=0,053$), o mesmo ocorreu em relação à cor ($p=0,493$) e as visitas dos responsáveis ($p=0,812$). Também não foi encontrada associação entre os motivos de acolhimento e o sexo do acolhido. Entretanto, identificou-se que 4,7% (7) dos 149 meninos e 12,5% (23) dentre as 184 meninas sofreram agressão sexual. No que se refere a situação de risco, verificou-se que a maioria dos meninos 73,2% e aproximadamente 67,4% das meninas se encontravam em situação de risco, ou seja, com seus direitos violados e/ou ameaçados.

Em relação à situação atual de acolhidos nos SAI's, a maioria já não estava mais na instituição no momento da pesquisa (Tabela 2), pois, haviam retornado ao convívio familiar. Houve associação entre a situação atual do acolhido na instituição e o primeiro acolhimento, ($p<0,001$). Identificou-se que entre os acolhidos aqueles que foram acolhidos mais de uma vez apresentaram um maior percentual de evasão (17,1%), de manutenção (17,1%) e de transferência (14,3%).

Dos 336 acolhidos, 55,36% (186) foram retirados do convívio familiar junto com seus irmãos (Tabela 2). Entretanto, em 30,65% dos casos houve desmembramento de irmãos. Quanto ao grau de parentesco do responsável no momento do acolhimento, nota-se que na maioria dos casos (71,7%) era a genitora. Em relação ao estado civil dos responsáveis, 56,9% (153) referiram ter companheiros, 39,4% (106) referiram não ter companheiro e em 3,7% (10) não constava a informação. A mediana da idade dos responsáveis foi de 34 anos (29-40).

Houve associação entre o motivo que levou ao acolhimento (Tabela 2) (agressão física) e a

difficuldade enfrentada pela família (violência) ($p<0,001$). Além disso, 70,7% (29) dos que sofreram agressão física apresentavam dificuldade financeira. Entre os 30 acolhidos por violência sexual, a maioria dos responsáveis (90%) apresentavam como dificuldades que levaram ao acolhimento: a drogadição, a violência (80%) e a negligência (30%).

Com relação às 65 crianças e adolescentes que foram acolhidos em decorrência do abandono dos genitores (Tabela 2), 20% dos casos estavam relacionados aos conflitos familiares e 10,8% a violência dos responsáveis. Entre as sete crianças acolhidas por causa de abandono material, a negligência foi apontada pelos responsáveis como dificuldade. Dentre o quantitativo de 222 crianças e adolescentes acolhidos por se encontrarem expostos à situação de risco (Tabela 2), 36% (80) dos responsáveis apresentaram a drogadição como dificuldade que levou ao acolhimento, enquanto que 37,8% (84) apontaram os conflitos familiares.

Dentre os 97 acolhidos por negligência, 77,3% dos responsáveis relataram como dificuldade a negligência, 29,9% conflitos familiares, 26,8% drogadição, 24,7% a violência, 17,5% o alcoolismo e 2% problemas financeiros, sendo que por vezes, foi elencada mais de uma dificuldade para o acolhimento.

Entre as 336 crianças institucionalizadas, 27,4% genitores (92) foram inseridos em programa de transferência de renda; 33% (111) em programa de acolhimento familiar; 7,7% (26) em tratamento para alcoolismo; 13,1% (44) em tratamento para drogadição; 20,2% (68) em atendimento psiquiátrico e 21,7% (73) em atendimento psicológico.

4. DISCUSSÃO

Os resultados deste estudo mostraram que os abrigados do sexo feminino estão em número ligeiramente mais elevado (54,76%), situação distinta de estudos anteriores (Herrán et al., 2008; Rossetti-Ferreira et al., 2012; Fukuda et al., 2013; Silva et al., 2014) e de levantamentos brasileiros acerca dos acolhidos (IPEA, 2003; Assis & Farias, 2013), que apresentam um quantitativo ligeiramente maior do sexo masculino (52,3%). Esta tendência provavelmente está relacionada

ao maior número de instituições especializadas no atendimento de meninas até o ano de 2015.

Semelhante aos dados encontrados por Assis e Farias (2013) e Cavalcante et al. (2014b), nos SAI's pesquisados há mais crianças acolhidas (zero a doze anos), principalmente na primeira infância. Porém, a quantidade de adolescentes acolhidos 23,2% (78) é um dado preocupante, visto que nessa faixa etária há uma diminuição da possibilidade de adoção, pelo fato dos candidatos a adoção buscar crianças de até cinco ou sete anos.

Por outro lado, em qualquer idade, a permanência prolongada em instituições pode representar um alto risco ao desenvolvimento saudável dos acolhidos, principalmente na primeira infância (0 a 3 anos), fase na qual se considera importante que a criança tenha um aparato emocional e social de estímulos que contribua para seu desenvolvimento. Dessa forma, o acolhimento pode se configurar num fator nocivo, principalmente quando prolongado, para o desenvolvimento do sujeito. Isto ocorre pelo fato de, provavelmente, haver dificuldade na construção de relações afetivas duradouras pelas próprias características do SAI de atendimento massificado e pouca intimidade em decorrência dos sistemas de turnos para as equipes, como também pela separação precoce da figura de apego (Wiik et al., 2010; Cavalcante et al., 2014a).

Em relação à cor dos acolhidos nos SAI's da Grande Aracaju, a predominância é de pardos e negros, o que é similar aos estudos de Serrano (2011), Rossetti-Ferreira et al. (2012) e ao levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento realizado por Assis e Farias (2013). No Brasil, pode-se compreender essa predominância de pardos e negros nos SAI's da seguinte maneira: 70,8% dos 16,2 milhões de brasileiros vivendo em extrema pobreza; 80% dos analfabetos do país e 64% sem completar a educação básica são pardos e negros, além disso, eles têm média salarial 2,4 vezes menores que o recebido por cidadãos brancos (ONU, 2016), ou seja, diferente do que relata o ECA a pobreza ainda é motivo para o acolhimento.

Nos SAI's da Grande Aracaju observou-se situação similar aos estudos de Serrano (2011),

que investigou os indicadores de acolhimento em Ribeirão Preto; e Rossetti-Ferreira et al. (2012), que se basearam nas experiências e intervenções do subgrupo do Centro de Investigações sobre Desenvolvimento Humano e Educação Infantil da Universidade de São Paulo, intitulado Grupo de Investigação sobre Abrigamento, Acolhimento Familiar e Adoção; em relação ao alto índice de prontuários que não continham a informação referente à cor, o que dificulta traçar um perfil fidedigno dos acolhidos. A falta de preenchimento desta característica ocorre muitas vezes pelos técnicos acharem que esta informação é desnecessária para o atendimento, entretanto, informações como esta são de grande valia na construção de políticas públicas.

Observou-se associação significativa entre a idade e estar apto a adoção, como foi apontado nos estudos de Serrano (2011) e Cavalcante et al. (2014b), havendo mais crianças destituídas do poder familiar (aptas à adoção) na faixa etária de zero a três anos. Rosa et al. (2010) associam que o motivo de haver maior quantidade de destituição do poder familiar nessa faixa etária é a visão e agilidade da rede (Ministério Público, Judiciário e Assistência Social) para proporcionar adoções, por entenderem ser mais fácil o desligamento do acolhimento e a inserção em outra família, principalmente se for menina e branca. Esta predileção por crianças na primeira infância ocorre como uma tentativa de satisfazer o desejo da maternagem quando não é possível ter um filho consanguíneo, como também pela crença de algumas pessoas em supor que apenas dessa forma a criança terá características comportamentais dos pais adotivos. O estudo de Brito et al. (2014) também evidencia a predileção quanto ao sexo feminino, entretanto na pesquisa realizada em Aracaju não houve preferência quanto ao sexo e à cor dos adotandos. Isto pode sugerir que em virtude da longa espera dos pretensos pais pela oficialização da adoção e pelos trabalhos realizados por grupos de apoio a adoção, esteja ocorrendo uma mudança no perfil procurado para adoção, havendo a diminuição das restrições quanto a faixa etária, sexo e cor.

Constatou-se uma relação entre ter entre treze a dezoito anos, ser negro, ter vários acolhimentos e não ter participação dos

responsáveis como o maior tempo de permanência nas instituições. Essa maior permanência tem relação direta com a diminuição das visitas e consequentemente dos vínculos familiares, o que tende a dificultar mais a reinserção familiar, como também dificulta a adoção (Cavalcante et al. 2014). Brito et al. (2014) mostram que existe maior permanência dos meninos menores de onze anos em acolhimento, o que ocorre pela preferência na adoção das meninas; enquanto na adolescência há mais meninas acolhidas, devido às fugas dos acolhidos do sexo masculino e maior dificuldade na reinserção ou adoção delas na puberdade. Além disso, há maior possibilidade de reinserção familiar em situações de primeiro acolhimento.

A respeito da escolaridade dos acolhidos nos SAI's da Grande Aracaju, a maioria dos acolhidos tinha o ensino fundamental incompleto (46,13%), com um percentual expressivo (33,33%) de não matriculados, corroborando dados da pesquisa de Assis e Farias (2013) e Silva et al. (2014) que associam o percentual de não matriculados à falta de oferta do serviço de creches nos municípios onde vivem as famílias das crianças e se localizam os SAI's. Essa situação pode prejudicar a reinserção familiar, tendo em vista que os genitores precisam de um local seguro onde possam deixar os filhos para que consigam desenvolver atividades laborais fora do seu domicílio.

Nos SAI's da Grande Aracaju, foi verificado que uma quantidade expressiva (98,81%) possuía processo de acolhimento; situação análoga ao observada pelos estudos de Serrano (2011) e Rossetti-Ferreira et al. (2012). Nos SAI's pesquisados, 31,25% já haviam sido acolhidos mais de uma vez. Para Almeida et al. (2011) e Cavalcante et al. (2014) alguns desses acolhimentos são desnecessários, considerando haver outras alternativas que visam a reestruturação familiar, como a inserção em programas de fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, de qualificação educacional, profissional e demais serviços e programas a depender da demanda familiar.

Nos SAI's da Grande Aracaju, geralmente, os acolhidos possuem irmãos na mesma situação (55,36%), entretanto, 30,65% não estão acolhidos no mesmo SAI. O que esta em desacordo com o determinado pelo reordenamento, o PNCFC e



as Orientações Técnicas, que mostram que os irmãos devem ser acolhidos no mesmo SAI para que haja a manutenção dos seus vínculos.

A preservação dos vínculos fraternais entre irmãos, além de ser um direito estabelecido no artigo 92 do ECA é muito importante, principalmente no SAI, pois oportuniza a formação de uma relação de afeto e cuidado entre eles, que consiste num conjunto de elementos de proteção e está relacionado ao desenvolvimento social, afetivo e cognitivo dos irmãos mais novos. Os irmãos mais velhos tendem a se preocupar e defender os mais novos, inclusive nas agressões físicas ou verbais (Almeida et al. 2011; Oliveira & Pereira, 2011).

Os resultados deste estudo demonstram que além de ter família esses acolhidos, ainda, possuem vinculação familiar, dado semelhante ao que já foi assinalado em outros estudos realizados no território brasileiro (Rossetti-Ferreira et al., 2012; Assis e Farias, 2013; Ianelli, 2015). Famílias de origem que demonstram resistência em aderir a tratamentos e acompanhamentos necessários para o retorno do acolhido acabam reduzindo a possibilidade do acolhido ir para uma família substituta, pois, o "poder familiar" não sendo destituído da família de origem não há como inserir o acolhido em outra família. Isso explica o fato de verificarmos tantos acolhidos na Grande Aracaju que não

estão aptos à adoção.

Nos SAIs estudados, geralmente, um ou ambos genitores estão vivos, semelhante às pesquisas de Dozier (2012) e McCall (2013) onde os responsáveis consideram o acolhimento uma oportunidade para a manutenção das necessidades básicas de seus filhos, já que não possuem condições de supri-las. Entretanto, Rocha et al. (2015) indica que a família não vê o acolhimento como uma medida necessária e que este afastamento acarreta prejuízos aos vínculos familiares.

Em relação ao motivo do acolhimento, a maior ocorrência nesta pesquisa foi a exposição à situação de risco e vulnerabilidade, seguida por negligência, o que diverge de vários estudos que demonstram ser mais comum a negligência (Rossetti-Ferreira et al., 2012; Assis & Farias, 2013; Cavalcante et al., 2014a; Cavalcante et al., 2014b; Silva et al., 2014). Entretanto, negligência é um tipo de risco que a criança/adolescente sofre na família e foi também apontada pelos responsáveis como principal motivo para a medida de proteção. Observou-se que essa situação de discordância pode estar relacionada ao fato do preenchimento dos prontuários ser realizado pela equipe técnica nos SAIs sem haver padronização. Ademais, o conceito de negligência é difícil de ser delimitado, pois, se caracteriza como um fenômeno complexo que não se limita às dificuldades parentais, mas abrange todo um contexto social, econômico e dinâmico, conforme aponta Almeida (2009).

Estudos como o levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento (Assis & Farias, 2013) e o de Cavalcante et al. (2014a) que fez uma análise comparando o perfil dos acolhidos em Belém entre 2004 e 2009, mostram que uma parcela das crianças acolhidas por negligência familiar foi encontrada sem a presença de um responsável em um local ou horário impróprio a sua idade; em casa sozinha ou com irmãos pequenos em condições precárias de higiene, saúde e nutrição; em atividades laborais, mendicância ou demais práticas ilícitas. Estas situações são vistas como indício dos riscos vivenciados pelas crianças e adolescentes e da situação de vulnerabilidade que estão expostos.

Um dado importante sobre a relação

do sexo com os motivos de acolhimento é o percentual significativo (12,5%) de meninas acolhidas por agressão sexual em Aracaju, o que é corroborado por vários estudos que demonstram que as mulheres ainda são vistas como um objeto sexual (Martins & Jorge, 2010; Blake et al., 2014; Soares et al., 2016). Dozier et al. (2012), trazem como fatores de risco ao abuso sexual o desemprego prolongado, o que provoca insegurança, instabilidade financeira, sensação de impotência e ócio; a separação dos pais sem definição das responsabilidades com os filhos; e o abuso de álcool e outras drogas pelos responsáveis.

Quando o motivo de acolhimento é a exposição a situações de risco, há predominância do sexo masculino (73,2%). Essa situação de risco ocorre primordialmente no contexto extrafamiliar, e com os meninos por demonstrarem mais regularidade nas condutas agressivas e se envolverem em contextos de brigas, lutas, vandalismos e crimes (Braga & Dell'aglio, 2012).

A dificuldade financeira aparenta ser a mola propulsora de vários motivos do acolhimento, e apesar de existirem políticas públicas para minimizá-la, há uma propensão a usar o Acolhimento Institucional como solução dos problemas decorrentes dela. Azor e Vectore (2008) afirmam que a violência estrutural é característica da nossa sociedade e que esta desigualdade social fomenta a violação de direitos, assim a ausência de recursos financeiros, da rede familiar e comunitária acabam servindo como motivo para o acolhimento (Serrano, 2011; Cavalcante et al., 2014b).

O PNCFC determina que as famílias que tenham filhos em Acolhimento Institucional sejam inseridas em programas de acompanhamento familiar, assim como a rede de interlocução deve ser acionada para que haja a reestruturação familiar. No estudo da Grande Aracaju foi identificado que estes mecanismos foram utilizados, o que não significa, necessariamente, que houve adesão aos tratamentos e acompanhamentos propostos, como pode ser verificado pela equipe técnica, através do sistema de contra referência do serviço solicitado.

A pesquisa nos SAIs da Grande Aracaju



mostrou que a média do período de acolhimento entre meninos e meninas foi similar aos dados encontrados em outros estudos (Serrano, 2011; Silva et al., 2014) tendo como período mínimo de acolhimento (1 dia), o período máximo (41 meses) e mediana de um mês (1-3). A situação onde o acolhimento é prolongado acarreta fragilidade dos vínculos familiares, pois, há uma gradativa diminuição nas visitas ao acolhido e uma diminuição na possibilidade de retorno ao convívio familiar.

A genitora é a figura mais presente desde o momento do acolhimento, representando o maior vínculo conforme Azor e Vectore (2008), Fukuda et al. (2013), Cavalcante et al. (2014b) e Silva et al. (2014). O pai é pouco presente ou figura inexistente para os acolhidos, tendo em vista a não convivência dos responsáveis e ele não compartilhar as responsabilidades dos filhos. No entanto, a maioria das genitoras vive com novos companheiros e apresentam idade entre 29 a 40 anos.

Uma discussão importante a ser feita é sobre a invisibilidade da família, estudos (Azor & Vectore, 2008; Siqueira & Dell'aglio, 2010; Serrano, 2011; Cavalcante et al., 2014a) mostram que dados acerca da escolaridade, ocupação, tamanho da família, renda, etc., não constam na maioria das pastas dos acolhidos, situação semelhante a que ocorreu nesta pesquisa. Os poucos dados obtidos sobre estas questões

mostram que a maioria tinha baixa escolaridade, subempregos, renda menor que um salário e famílias numerosas, entretanto, não é possível inferir que este é o perfil da família dos acolhidos nos SAI's da Grande Aracaju.

A respeito do município de procedência, os dados dos SAI's da Grande Aracaju são próximos à realidade nacional apontada pelo Levantamento Nacional (IPEA, 2003), onde os acolhimentos acontecem em grande parte no município de origem do acolhido, para que deste modo haja a possibilidade da manutenção dos vínculos familiares e comunitários (Ilanelli, 2015).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados obtidos, nota-se um número expressivo de acolhidos na Grande Aracaju (336) no período entre 2013 a 2015 que apresentavam família e vínculo (69,05%), além disso, houve baixo índice de crianças e adolescentes com o poder familiar destituído e, portanto, aptas para a adoção (17,26%). Tais dados são considerados através de dois pontos relevantes: os motivos para o acolhimento e a política de atendimento dos serviços de acolhimento institucional. Em relação aos motivos para o acolhimento, há uma prevalência na opção "Exposição à situação de risco e vulnerabilidade", seguida pela negligência dos familiares, nesse sentido, nota-se que



tais motivos estão relacionados às condições socioeconômicas e os níveis de instruções que estes pais (ou responsáveis) apresentavam. No que se refere a política de atendimento dos serviços de acolhimento institucional verifica-se que existe a orientação para que o acolhido seja reinserido na família de origem e, portanto, são acionados os serviços necessários para que seja sanada a dificuldade que levou ao acolhimento, entretanto, por vezes, pela família não aderir às orientações ou mesmo por haver dificuldade na oferta de determinados serviços, esta família continua apresentando os mesmos problemas que causaram o acolhimento. Dessa forma, a equipe tende a reiniciar todo o processo para tentar a reinserção, essa insistência em fazer com que o acolhido retorne a conviver com sua família de origem ou até mesmo a extensa, quando não surte resultados positivos reduz a possibilidade de adoção do acolhido. Assim, é necessário que seja feita uma avaliação minuciosa sobre a possibilidade de adesão desta família de origem nos serviços, como também, a motivação destes familiares para o retorno do acolhido.

Aponta-se para a necessidade de no município de Aracaju não haver especialidades no acolhimento, visando possibilitar a preservação de vínculos entre os irmãos, tendo em vista este ser o único município que ainda mantém a separação por sexo e faixa etária nos acolhimentos, divergindo, assim, do que é exposto e esperado pelo Reordenamento dos Serviços de Acolhimento Institucional, de acordo com o PNCFC. Nesse sentido, a convivência com o irmão possibilitará, aos acolhidos, familiares e equipe, maiores benefícios psicossociais no processo de institucionalização, na medida em que gerará o estabelecimento de uma identidade compartilhada e de uma forte vinculação com um familiar mais próximo. Ressaltamos que em virtude da mudança de gestão, em 2017, houveram alterações nos SAls de Aracaju, sendo que atualmente existem apenas os Abrigos Caçula Barreto e Sorriso e 4 Casas Lar.

Salienta-se que o preenchimento das informações acerca dos acolhidos e de seus familiares é primordial para traçar o perfil dos mesmos, e dessa forma se tornar possível criar políticas públicas que auxiliem na diminuição dos efeitos e dos números de acolhimentos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, I. G.; Maehara, N. P.; Rossetti-Ferreira, M. C. A perspectiva da criança em acolhimento institucional sobre sua rede social: a importância do relacionamento entre irmãos. Em M. C. Rossetti-Ferreira; S. A. Serrano; I. G. Almeida (Orgs.). *O acolhimento institucional na perspectiva da criança (p.119-172)* São Paulo: Hucitec, 2011.
- ASSIS, S. G.; Farias, L. O. P. *Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento*. São Paulo: Hucitec, 2013.
- AZOR, A. M. G. C. V.; Vectore, C. Abrigar/Desabrigar: Conhecendo O Papel Das Famílias Nesse Processo. *Estudos De Psicologia (Campinas) [online]*. v. 25, n.1, p. 77-89, 2008.
- BLAKE, M.T. et al. Characteristics of sexual violence against adolescent girls and adult women. *BMC Women's Health*. v. 14, n. 15, p. 1-7, 2014.
- BRAGA, L. L.; Dell'aglio, D. D. Exposição à violência em adolescentes de diferentes contextos: família e instituições. *Estudos de Psicologia*, v.17, n.3, p.413-420, 2012.
- BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal nº 8069,1990.
- _____. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.
- _____. *Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009*. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências, 2009.
- BRITO, C. O.; Rosa, E. M.; Trindade, Z. A. O Processo de reinserção familiar sob a ótica das equipes técnicas das instituições de acolhimento. *Temas em Psicologia*, v. 22, n 2, p. 401-413, 2014.
- CAVALCANTE, L. I. C.; Magalhães, C. M. C.; Pontes, F. A. R. Processos de saúde-doença entre crianças institucionalizadas: Uma visão ecológica. *Ciência e Saúde Coletiva*, v.14, n. 2, p. 615-625, 2009.
- CAVALCANTE, L. I. C. et al. Análise das condições sociofamiliares de crianças em acolhimento institucional. *Psicologia Argumento*, v.32, n. 76, p.79-92, 2014a.
- CAVALCANTE, L. I. C.; Magalhães, C. M. C.; Reis, D. C. Análise comparativa do perfil de crianças em acolhimento institucional nos anos de 2004 e 2009. *Psico*, v. 45, n. 1, p. 90-99, 2014b.
- CINTRA, A. L.; Souza, M. Institucionalização de crianças: leituras sobre a produção da exclusão infantil, da instituição de acolhimento e da prática de atendimento. *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, v. 10, n. 3, p. 809-833, 2010.
- Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). *Orientações técnicas: Serviços de acolhimento para crianças e adolescentes*. Brasília, 2009.
- DOZIER, M. et al. Institutional care for young children: review of literature and policy implications. *Social Issues and Policy Review*, v.6, n.1, p.1-25, 2012.
- EUROCHILD. *Children in alternative care - National Surveys-2nd Edition*. 2010. [acessado em 16 dez 2016]. [Disponível em: http://www.eurochild.org/fileadmin/user_upload/Publications/Eurochild_Reports/Eurochild%20Publication%20%20Children%20in%20Alternative%20Care%20%202nd%20Edition%20January2010.pdf].
- FONSECA, A. V. *Acolhimento institucional de crianças e adolescentes em Sergipe: "relatos de experiência"*. Sergipe, SE: J Andrade, 2014.
- GASPAR, J. P.; Alcofarado, J. L.; Santos, E. J. Respostas educativas para menores em risco: estudo de caso duplo da institucionalização em lares de infância e juventude. *Polêmica*, v. 15, n.1, p. 01-20, 2015.
- HERRÁN, A.; Barriocanal, C. G.; Martínez, A. I. Valoración del acogimiento residencial en centros de protección de menores: las vivencias de los jóvenes y sus familias. *Tendências Pedagógicas*. n. 13, p. 193 – 210, 2008. [acessado em 22 jul 2016]. Disponível em: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4711>
- IANELLI, A. M.; Assis, S. G.; Pinto L. W. Reintegração familiar de crianças e adolescentes em acolhimento institucional em municípios brasileiros de diferentes portes populacionais. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 39-48, 2015.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Levantamento nacional de abrigos para crianças e adolescentes da rede de serviço de ação continuada (SAC). **Relatório de pesquisa número 01**. Brasília, 2003.

INSTITUTO DE SEGURANÇA SOCIAL (ISS). **Relatório de Caracterização Anual da Situação de Acolhimento das Crianças e Jovens em 2015**. Lisboa, 2015.

MARTINS, C. B. G.; Jorge, M. H. P. M. Abuso sexual na infância e adolescência: perfil das vítimas e agressores em município do sul do país. **Texto Contexto Enfermagem**, v.19, n.2, p. 246-255, 2010.

MCCALL, R. B. The consequences of early institutionalization: can institutions be improved? – should they? **Child Adolesc Ment Health**. v.18, n.4, p. 193-201, 2013.

OLIVEIRA, C. A.; Pereira, E. G. Estudo sobre a Lei Nacional de Adoção: institucionalização, acolhimento familiar e cadastros. **Contextos Clínicos**, v. 4, n. 2, p. 113-122, 2011.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Relatório da Relatora Especial sobre as questões das minorias na sua missão ao Brasil**. *Onu-Brasil*, 2016. Disponível em: < <http://www.refworld.org/docid/56f173324.html> > Acesso em: 19 Dez. 2016.

PEREIRA, M. et al. Desenvolvimento, Psicopatologia e Apego: Estudo Exploratório com Crianças Institucionalizadas e suas Cuidadoras. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 23, n. 2, p. 222-231, 2010.

RIZZINI, I.; Rizzini, I. **A institucionalização de crianças no Brasil: Percurso histórico e desafios presentes**. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-RJ, 2004.

ROCHA, P. J.; Arpini, D. M.; Savegnago S. O. Significados Atribuídos por Mães Acerca do Acolhimento Institucional, Reintegração e Rede de Atendimento. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 35, n. 1, p.111-124, 2015.

RODRIGUEZ, S.; Barbosa-Ducharne, M.; Del Valle, J. F. La Calidad del acogimiento residencial en Portugal y el ejemplo de la evolución española. **Papeles del Psicólogo**. v. 34, n. 1, p. 11-22, 2013.

ROSA, E. M. et al. Contextos ecológicos em instituição de acolhimento para crianças. **Estudos de Psicologia**, v. 15, n. 3, p. 233-241, 2010.

ROSSETTI-FERREIRA, M. C. et al. Acolhimento de crianças e adolescentes em situações de abandono, violência e rupturas. **Psicologia Reflexão e Crítica [online]**. v. 25, n. 2, p. 390-399, 2012.

Salina-Brandão, A.; Williams, L. C. A. O abrigo como fator de risco ou proteção: avaliação institucional e indicadores de qualidade. **Psicologia Reflexão e Crítica. [online]**. v.22, n.3, p. 334-352, 2009.

Save the Children. **Keeping children out of harmful institutions: Why we should be investing in family-based care**. London, United Kingdom: Save the Children, 2009. Disponível em: <https://www.savethechildren.org.uk/sites/default/files/docs/Keeping_Children_Out_of_Harmful_Institutions_Final_20.11.09_1.pdf > Acesso em: 19 Dez. 2016.

SERRANO, S. A. Quem são as crianças institucionalizadas e suas famílias? Refletindo sobre os indicadores de abrigamento em Ribeirão Preto. In M. C. Rosset-Ferreira, S. A. Serrano, I. G. Almeida (Orgs.), **O acolhimento institucional na perspectiva da criança**. São Paulo: Hucitec Editora, 2011.

SILVA, T. S. R.; Magalhães, C. M. C.; Cavalcante, L. I. C. Interações entre avós e netos em instituição de acolhimento infantil. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**. v. 66, n. 1, p. 49-60, 2014.

SIQUEIRA, A. C.; Dell'aglio, D. D. O impacto da institucionalização na infância e na adolescência: Uma revisão da literatura. **Psicologia e Sociedade**, v. 18, n. 1, p.71-80, 2006.

SOARES, E. M. R. et al. Perfil da violência sexual contra crianças e adolescentes. **Revista Interdisciplinar**, v. 9, n. 1, p. 87-9, 2016.

SOUZA, F. H. O.; Brito, L. M. T. Acolhimento institucional de crianças e adolescentes em Aracaju. **Psicologia Clínica**, v. 27, n.1, p. 41-57, 2015.

TAVARES, M. S. **Crianças e adolescentes em situação de abrigo: um retrato em branco e preto**. Aracaju: Infographics, vol. 1, 1a ed., pp.33-35, 2005.

WEEK, K. L. et al. Behavioral and emotional symptoms on post-institutionalized children in middle childhood. **Journal of Child Psychology and Psychiatry**, v.52, n.1, p.56-63, 2010.

Bruna Karoline Alves Ribeiro

Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (2012). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Tiradentes (2014). Já atuou como Técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe, Técnica do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e Analista do Ministério Público do Estado da Bahia. Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe.



1. INTRODUÇÃO

A necessidade de uma reforma eleitoral dentro de um país vem acompanhada de mudanças sociais, que passam a exigir uma adequação do sistema normativo à nova realidade, evitando-se o retrocesso legislativo.

Nesse contexto, encontra-se em debate no Congresso Nacional a reforma eleitoral, que busca atualizar o regramento das eleições no país, tendo como um de seus pontos a discussão sobre qual sistema eleitoral deve ser adotado no país quando das eleições para os cargos do Poder Legislativo.

No que se refere aos sistemas eleitorais, o debate cinge-se a dois sistemas eleitorais. O atual, conhecido por sistema eleitoral proporcional, onde se tem figuras conhecidas como, por exemplo, o “puxador de legendas”. O outro, chamado de sistema distrital, que consiste em dividir a circunscrição eleitoral de um Estado ou de um Município, por exemplo, em um número de distritos que corresponda ao número de vagas em disputa a serem preenchidas. Cada distrito teria os seus candidatos que disputariam a eleição para representá-lo no Poder Legislativo.

Assim, sendo esse o debate que corre no Congresso Nacional, imperioso se faz analisar alguns conceitos iniciais de Direito Eleitoral, aprofundando o tema relativo aos sistemas eleitorais para que, então, se possa concluir sobre as vantagens e desvantagens de eventual adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro do sistema distrital.

2. DIREITO ELEITORAL

O Direito Eleitoral é um ramo do Direito Público que trata de assuntos relacionados aos direitos de participação, ou seja, os direitos

políticos, bem como as eleições em todas as suas fases, buscando a concretização da soberania popular.

O objetivo da legislação eleitoral, portanto, é conferir legitimidade as eleições, plebiscitos e referendos, tornando autênticos os mandados, a representação popular e o exercício do poder político, garantindo-se o regime democrático.

Necessário frisar que a Constituição Federal de 1988 trouxe evoluções no campo do Direito Eleitoral, pois regulou os direitos políticos, bem como dispôs sobre os partidos políticos, mantendo, ainda, a Justiça Eleitoral dentro do Poder Judiciário como um de seus órgãos. Ademais, regulou amplamente a eleição para Presidente e Vice-Presidente da República, indicando as substituições e seu processo nos casos de impedimento e vacância. Por fim, foi clara ao estabelecer que o povo é a única fonte legítima de todo Poder.

3. SUFRÁGIO E VOTO

Um dos principais tópicos de estudo do Direito Eleitoral são os institutos do sufrágio e do voto.

Segundo José Afonso da Silva, pode-se conceituar sufrágio como “direito público de natureza política que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal”¹.

O sufrágio é a essência dos direitos políticos, pois enseja a participação popular no governo, apresentando uma dimensão ativa e outra passiva. A primeira diz respeito à capacidade eleitoral ativa, ou seja, o direito de votar e eleger seus representantes. A segunda

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 9 ed. – 2ª tiragem, 1993, p.309.

é a capacidade eleitoral passiva, que significa o direito de ser votado em um processo eleitoral. As duas dimensões exigem o preenchimento de determinados requisitos previstos na legislação eleitoral.

Por sua vez, o voto, segundo José Afonso da Silva, é “o ato político que materializa na prática o direito público subjetivo de sufrágio”.²

O voto, portanto, é um dos mais importantes instrumentos do regime democrático, sendo ele o instrumento pelo qual se exercita a soberania popular. É o meio pelo qual os cidadãos escolhem os ocupantes dos cargos político-eletivos, concretizando o processo de manifestação popular.

Sobre a importância do voto, destaca Pinto Ferreira³:

Na democracia, o povo, com mais ou menos perfeição, governa-se a si mesmo e decide o seu destino. Faz-se representar, porque o povo é muito numeroso, e o instrumento de representação é o voto. Este é por conseguinte o instrumento da democracia, é a sua arma de cabeça.

Como visto, não há como confundir sufrágio e voto, sendo o primeiro um direito, enquanto o segundo é o exercício desse direito. Assim é que nem todo sufrágio é voto, mas todo voto é sufrágio.

No sistema eleitoral brasileiro o voto possui como principais características⁴: a) **direto**, pois o eleitor escolhe o nome de seu candidato, não havendo órgão entre o eleitor e o candidato; b) **secreto**, já que o voto não é identificado, sendo a escolha do candidato de conhecimento apenas do votante; c) **de igual valor**, pois todos possuem o mesmo peso; d) **exercido nos termos da lei federal ordinária**, desde que obedecidos os parâmetros fixados na regra jurídica constitucional; e) **obrigatoriedade do comparecimento no dia das eleições**, exceto aos maiores de setenta anos, aos analfabetos e aos menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos; f) **livre manifestação de**

escolha, ou seja, o eleitor tem liberdade de escolher determinado candidato, tendo ainda a faculdade de votar em branco ou anular o voto; g) **personalidade**, dessa forma o voto só pode ser exercido pessoalmente, não sendo possível a outorga de procuração para votar; e, h) **periodicidade**, pois os mandatos não são vitalícios, tendo prazo determinado, logo, o voto é exercido de forma periódica.

Destaca-se que o voto direto, secreto e universal consiste em cláusula pétrea, não podendo ser objeto de deliberação proposta de Emenda Constitucional tendente a abolirlos.

O voto, portanto, é o exercício do sufrágio pelo cidadão e, por consequência, manifestação da soberania popular e do regime democrático. Aqueles que possuem plena capacidade eleitoral ativa exercem seus direitos políticos por meio do voto, escolhendo aqueles que irão representá-los no governo.

O voto, como dito, é a manifestação da vontade popular de forma a viabilizar a concretização do regime democrático adotado no Brasil.



² *Op. Cit.*, p.316.

³ PINTO FERREIRA. **Código Eleitoral Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2ed, 1990.

⁴ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 12ed, 2015.

Como o voto é um dos maiores instrumentos de participação popular, existem técnicas e procedimentos pelos quais os cidadãos exercem seu direito de votar e ser votado, surgindo daí os sistemas eleitorais.

4. SISTEMAS ELEITORAIS

Sistema eleitoral, na lição do Ministro Luís Roberto Barroso: *“identifica as diferentes técnicas e procedimentos pelos quais se exercem os direitos políticos de votar e ser votado”*. (STF – ADIN nº 5.081/DF. Pleno. DJ 27.05.2015).

Sobre o tema, ensina José Jairo Gomes⁵ que o sistema eleitoral:

Trata-se, pois, do método que permite a aferição da vontade dos cidadãos manifestada nas urnas, de modo a propiciar a representação popular no governo, na gestão do Estado.

Tem por função a organização das eleições e a conversão de votos em mandatos políticos. Em outros termos, visa proporcionar a

5 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 12ed, 2016.

captação eficiente, segura e imparcial da vontade popular democraticamente manifestada, de sorte que os mandatos eletivos sejam conferidos e exercidos com legitimidade. É também sua função estabelecer meios para que os diversos grupos sociais sejam representados, bem como para que as relações entre representantes e representados se fortaleçam. A realização desses objetivos depende da implantação de um sistema eleitoral confiável, dotado de técnicas seguras e eficazes, cujos resultados sejam transparentes e inteligíveis.

Os sistemas eleitorais são mutáveis, variando no tempo e no espaço. A forma que assumem concretamente em determinada sociedade decorre da atuação, da interação e dos conflitos travados entre as diversas forças político-sociais ao longo da história. Igualmente relevante são os valores que se pretende ver consagrados na experiência social.

O Direito Eleitoral conhece três sistemas tradicionais: o majoritário, o proporcional e o misto (este é formado pela combinação de elementos daqueles). A adoção de um ou outro tipo depende das circunstâncias históricas de cada sociedade. Sobre isso, impende recordar a advertência de Comparato (1996, p. 65) no sentido de que “não há sistemas idealmente perfeitos, para todos os tempos e todos os países, mas apenas sistemas mais ou menos úteis à consecução das finalidades políticas que se têm em vista, em determinado país e determinado momento histórico”.

Intenso debate se abateu sobre o Parlamento brasileiro com o escopo de se alterar o sistema eleitoral, sendo várias as propostas com destaque para:

Distritão: são eleitos os mais votados em cada estado ou município, independentemente da votação do partido.

Proporcional com lista aberta: eleitor vota só no partido, que define em uma lista preordenada os políticos a serem eleitos.

Proporcional com lista flexível: legenda monta lista, mas os mais votados podem alterar a ordem.

Sistema de dois turnos: eleitor vota primeiro no partido, para definir quantas cadeiras cada



legenda terá; depois nos candidatos.

Distrital misto: metade das vagas é preenchida pelo sistema proporcional e a outra, pelo sistema distrital.⁶

Apesar das propostas realizadas, até o momento, nenhuma delas foi aceita, razão pela qual o trabalho se aterá a apresentar as principais características do sistema eleitoral majoritário e proporcional, vigentes atualmente, bem como apresentará o sistema distrital destrinchando seus principais aspectos para, então, verificar a vantagem de sua adoção no país.

4.1 Sistema eleitoral majoritário

O sistema eleitoral majoritário vale-se da prevalência do princípio de que a maioria deve se impor nos pleitos eleitorais, encontrando previsão no art.83, do Código Eleitoral. No Brasil, os poderes executivos municipais, estaduais, distrital e nacional seguem o sistema majoritário. Ademais, aplica-se o referido sistema as eleições de senadores.

O sistema majoritário possui duas espécies. A primeira denominada simples ou de turno único, considera-se eleito o candidato que conquistar o maior número de votos entre os participantes do certame. Assim ocorre nas eleições para Senado e Prefeito (em municípios com até 200 mil eleitores, nos termos do art. 29, II, da Lei Maior).

A segunda espécie, denominada de sistema majoritário de dois turnos, o candidato só é considerado eleito no primeiro turno se obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e nulo, caso contrário, haverá segundo turno.

Nesse sentido, os ensinamentos de José Jairo Gomes⁷ sobre maioria relativa e maioria absoluta:

O sistema majoritário funda-se no princípio da representação “da maioria” em cada circunscrição. Por ele, cada circunscrição eleitoral (União, Estado,

Distrito Federal e Município) equivale a um distrito. O candidato que receber a maioria – absoluta ou relativa – dos votos válidos do distrito (ou circunscrição) é considerado vencedor do certame.

Por maioria absoluta compreende-se a metade dos votos dos integrantes do corpo eleitoral mais um voto. Todavia, se o total de votantes encerrar um número ímpar, a metade será uma fração. Nesse caso, deve-se compreender por maioria absoluta o primeiro número inteiro acima da fração. A exigência de maioria absoluta prende-se à ideia de ampliar a representatividade do eleito, robustecendo sua legitimidade.

Já a maioria relativa ou simples não leva em conta a totalidade dos votantes, considerando-se eleito o candidato que alcançar o maior número de votos em relação a seus concorrentes.

Dentro do tema sistema majoritário cabe mencionar, mais uma vez, o julgamento da ADI nº 5081 pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu, por unanimidade, que a perda do cargo por mudança de partido político não atinge os mandatos obtidos pelo sistema majoritário.

Em seu voto, ensina o Ministro Luís Roberto Barroso⁸:

O mesmo não ocorre no sistema majoritário. Neste, como a fórmula eleitoral é a regra da maioria e não a do quociente eleitoral, o candidato eleito será o mais bem votado. Como serão desconsiderados os votos dados aos candidatos derrotados, não se coloca o fenômeno da transferência de votos. Assim, no sistema majoritário a “regra da fidelidade partidária” não consiste em medida necessária à preservação da vontade do eleitor, como ocorre no sistema proporcional, e, portanto, não se trata de corolário natural do princípio da soberania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14, caput, da Constituição).

Muito pelo contrário. No sistema majoritário atualmente aplicado no Brasil, a imposição de perda do mandato por infidelidade partidária se antagoniza como a soberania popular, que, como se sabe, integra o núcleo essencial do

6 BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 12ed, 2015.

7 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 12ed, 2016.

8 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

princípio democrático. Um simples exemplo ajuda a esclarecer a afirmação. Imagine-se que um candidato eleito para cargo de Senador, por qualquer motivo, troque de partido durante o mandato. Ao se aplicar a Resolução nº 22.610/2007, nos termos atualmente dispostos, a consequência da migração seria a perda do mandato. Em consequência, o suplente assumiria o cargo eletivo, conforme determina a redação atual do art. 10, da Resolução. Ocorre que o suplente, muitas vezes, sequer é conhecido do eleitor e não recebeu qualquer voto na eleição. A vontade política expressa no momento da eleição acaba por ser claramente violada, agravando-se o problema da débil legitimidade democrática dos suplentes de Senador no Brasil.

Ademais, se o objetivo da fidelidade partidária é devolver o mandato ao partido político que o conquistou através do voto, a aplicação da perda de mandato ainda menos se justifica para o cargo de Chefe do Poder Executivo. Isso porque não há obrigatoriedade de que titular e vice sejam do mesmo partido. Aliás, não é raro que, por conta das coligações partidárias, os componentes da chapa sejam de distintas agremiações partidárias. Nesses casos, a perda de mandato favorecerá candidato e partido que não receberam votos, em detrimento de candidato que obteve, no mínimo, a maioria absoluta dos votos colhidos no pleito. Assim, a substituição de candidato respaldado por ampla legitimidade democrática por vice carente de votos, claramente se descola do

princípio da soberania popular e, como regra, não protegerá o partido prejudicado com a migração do Chefe do Executivo eleito pelo povo.

Tecidas tais considerações, passa-se à análise do sistema eleitoral proporcional também adotado no país.

4.2 Sistema eleitoral proporcional

O Código Eleitoral e seu artigo 84 previu expressamente o sistema proporcional. Confira-se: “A eleição para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, obedecerá ao princípio da representação proporcional na forma desta lei”.

A ideia do sistema proporcional é preservar a pluralidade de ideias e tendências existentes no meio social. Nesse sistema, votar no candidato significa igualmente votar no Partido sendo possível, inclusive, votar apenas na agremiação (chamado voto de legenda). Dessa forma, tal sistema considera, sobretudo, os votos direcionados à agremiação, o que preserva a representação das minorias no Parlamento.

Ensina Gilberto Amado apud Francisco Dirceu Barros⁹:

9 BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 12ed, 2015.





A representação proporcional é o sistema eleitoral que se destina a garantir a cada partido, que possua uma certa base numérica de membros, um mínimo de representantes correspondentes àquela base. Distingue-se do sistema de maioria, em que toda a representação é atribuída à maioria dos sufrágios. Naquele, no proporcional, são representadas no parlamento tantas opiniões quanto existirem em número suficiente a formar uma base mínima constituída em partido.

Quando do voto na ADI nº 5081, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰, ao abordar o sistema proporcional disse:

O sistema proporcional é adotado entre nós para a eleição de Vereadores, Deputados Estaduais e Deputados Federais. Nas eleições para Deputado Federal e Estadual, a circunscrição (i.e., o espaço geográfico no qual o candidato fará campanha e poderá ser votado) corresponde ao Estado, ao passo que nas eleições para Vereador, será o Município. Pelo sistema proporcional, o número de cadeiras que cada partido terá na Casa Legislativa relaciona-se à votação obtida na circunscrição. No sistema brasileiro, que é de lista aberta, o eleitor escolhe um candidato da lista apresentada pelo partido (não é possível candidatar-se sem filiação a um partido), não havendo ordem predeterminada dos que serão eleitos, como ocorre no sistema de lista fechada. A ordem de obtenção das cadeiras pelos candidatos é ditada pela votação que individualmente obtiveram. Porém, o sucesso do candidato dependerá, de modo decisivo, da quantidade de votos que o partido ao qual ele está filiado recebeu. A seguir, breve descrição do sistema proporcional no Brasil.

O total de votos válidos recebidos por todos os candidatos e partidos é dividido pelo número de cadeiras a preencher. Esse resultado corresponde ao denominado quociente eleitoral. Se um partido não obtiver número de votos pelo menos igual ao quociente eleitoral, não elegerá nenhum candidato. O passo seguinte é dividir o número de votos obtidos por cada partido ou coligação partidária pelo quociente eleitoral. Esse resultado corresponde ao quociente partidário e equivale ao número de candidatos eleitos pelo partido. A ordem de preferência dos candidatos é de terminada pelo eleitor, na medida em que obterão as cadeiras os candidatos individualmente mais votados no partido, até o limite do quociente partidário. Ou seja: para eleger-se, o candidato depende dos votos obtidos pelo partido (quociente partidário) e de sua votação própria.

II.3. AS DISFUNÇÕES DO SISTEMA PROPORCIONAL

O sistema proporcional no Brasil, pelo qual se elegem os membros da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais, é uma usina de problemas. O modelo adotado, como visto, é o proporcional com lista aberta. Nas eleições para Deputado Federal, por exemplo, os candidatos fazem campanha e podem ser votados no território de todo o Estado, e o eleitor pode escolher qualquer nome das listas partidárias. Há disfunções muito visíveis nessa fórmula.

A primeira delas é o custo elevadíssimo da campanha em todo o território do Estado. O segundo é o fato de que menos de dez por cento dos candidatos são eleitos com votação própria. Quase todos são eleitos por transferência de votos do partido. O eleitor, na verdade, nem sabe quem está elegendo de fato (o que é ainda mais grave no caso de coligações). O terceiro problema é que o principal adversário do candidato do partido A é o outro candidato

10 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

do partido A. Vale dizer: em lugar de ser um debate programático entre candidatos de partidos diversos, o processo se torna uma disputa personalista entre candidatos do mesmo partido. Em suma: o sistema é caríssimo, o eleitor não sabe quem elegeu e o debate público não é programático, mas personalizado. Sem surpresa, os eleitores, poucas semanas depois da eleição, já não têm qualquer lembrança dos candidatos em quem votaram nas eleições proporcionais. Como consequência, os eleitos acabam não devendo contas a ninguém.

Destaca-se que no julgamento da ADI nº 5081 os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que a perda do mandato por infidelidade partidária atinge somente os ocupantes dos cargos eleitos pelo sistema proporcional.

Por derradeiro, destaque-se que duas são as técnicas adotadas para a representação proporcional. A primeira, técnica do número uniforme ou quociente uniforme, consiste em estabelecer o número de votos para todo o território, sendo este o valor que cada lista deve conseguir para eleger um representante. A segunda, adotada no Brasil, é a técnica do quociente eleitoral, no bojo da qual cada partido terá tantas cadeiras quantas vezes ele venha a conter o quociente eleitoral.

4.3 Sistema distrital

O sistema distrital ganhou destaque na mídia e na sociedade, tendo em vista a discussão da Reforma Política, especificamente sobre sua adoção no Brasil visando à substituição do sistema proporcional de eleição, especificamente para as eleições aos cargos do Poder Legislativo.

Nesse sentido, o sistema distrital apresenta natureza majoritária às eleições legislativas. Aqui, a circunscrição eleitoral (União, Estado, Município e Distrito Federal) é repartida em Distritos. O número de Distritos equivale ao número de cadeiras a serem ocupadas em cada Casa Legislativa. Cada partido apresenta um só candidato por Distrito. No dia do pleito, aos eleitores é apresentada uma lista de votação restrita ao distrito a que pertencerem. A eleição segue a lógica majoritária, considerando-

se vitorioso o candidato que obtiver o maior número de votos no Distrito. A maioria poderá ser simples ou absoluta¹¹.

No sistema distrital, portanto, cada Distrito elege um só nome, pois cada Distrito é uma pequena circunscrição, que pode ser definida por critérios variados, como por exemplo, base geográfica, administrativa, política, dentre outros.

No curso dos debates sobre a Reforma Política muito se discutiu sobre o implemento do voto distrital puro ou voto distrital misto, os quais consistem em:

No voto distrital puro, todos os candidatos na eleição proporcional (deputados estaduais e federais) são escolhidos somente entre os candidatos de uma determinada região (ou distrito) eleitorais, que devem possuir, obrigatoriamente, domicílio eleitoral nessa região (perto do eleitor), e são escolhidos de forma majoritária (o mais votado, por exemplo). Nesse sistema puro, não existe o voto para deputados de fora da região do eleitor e não se facilita a representação por categorias homogêneas de interesses, tendendo-se a diminuição de partidos políticos.

No voto distrital misto, parte das vagas é escolhida pelo sistema distrital e a outra parte é escolhida pelo sistema atual (proporcional), de forma que o eleitor tem acesso a uma escolha de representante da sua região e, também, pode votar em um candidato que represente uma área política de seu interesse, como, por exemplo, uma projeto nacional, uma proposta de trabalho de amplo alcance, não só local, como um candidato nacionalista, a favor da segurança, meio ambiente, etc., ou o que defenda políticas sociais e ideológicas específicas, como o trabalhador, o empresariado, a igualdade racial, direitos civis, consumidor, relações homoafetivas, ambientalistas, socialistas, etc., tendendo-se a manter um pluripartidarismo para defender tais grupos de interesses coletivos fragmentados¹².

11 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 12ed, 2016.

12 TOMAS, Lidson José. **A reforma política** – um Brasil que queremos. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12559&revista_caderno=28. Acesso em 26 de outubro de 2017.



Por sua natureza majoritária, o sistema distrital padece do mesmo problema afeto ao sistema majoritário, qual seja, a pouca ou nenhuma chance de representação das minorias. Tal prática, como bem se sabe, conduz o eleitor a votar apenas por obrigação e, assim, o Estado tende a incidir casos maiores de corrupção. De outro viés, o candidato eleito muitas vezes é levado a defender apenas os interesses daqueles que o elegeram, menosprezando os interesses daquela minoria vencida, que fica sem representação e proteção¹³.

Como vantagem, para os defensores do sistema distrital, tem-se a redução do número de candidatos, os quais teriam de se aproximar dos seus eleitores, facilitando o conhecimento da vida do candidato pelo eleitor, que poderia melhor fiscalizar a conduta do candidato eleito. Logo, o principal objetivo do sistema distrital seria aumentar a governabilidade. A população teria maior possibilidade de cobrança e fiscalização dos políticos e os representantes teriam maior ciência dos interesses específicos do seu eleitorado, de modo a levar propostas mais eficientes ao Congresso Nacional¹⁴.

Diversos estudiosos do Direito Eleitoral são

favoráveis ao sistema distrital. Confira-se:

A opinião de conhecedores do Direito Eleitoral e da Justiça Eleitoral aponta para esse caminho do voto distrital misto. A corrente é liderada pelo próprio Ministro Carlos Velloso, atual presidente do TSE: "A reforma política é urgentíssima. É preciso ainda pensarmos na reforma do sistema do voto. Hoje temos apenas o Brasil e a Finlândia praticando o sistema proporcional. É hora de pensarmos no voto distrital misto " (Gazeta do Povo, 27/06/05).

Um dos precursores da ideia do voto distrital misto é Sergio Maranhão Ritzmann. Em artigo publicado no Paraná Eleitoral nº 20, pág. 25, diz ele que as vantagens do voto distrital consistem em: "a) a proximidade entre eleitor e candidato, propiciando, em última análise, uma intensa participação política do candidato; b) maiores chances de melhor fiscalização dos trabalhos desenvolvidos pelo eleitos".

Formadores de opinião também apoiam o voto distrital: Carlos Alberto Di Franco, professor de Ética da Comunicação (O Estado de São Paulo, 18/07/05): "O voto distrital, que quebra o distanciamento entre eleitos e eleitores, é essencial"; "Certa vez, um cidadão do Canadá, onde o voto é distrital, me disse: Lá temos o nosso deputado, da mesma forma que o nosso médico, o nosso advogado, o nosso dentista e por aí afora"; "O mercado de deputados, também é falho porque eles não têm compromisso com a marca que ostentam" (Roberto Macedo, O Estado de São Paulo, 16/05/05). Evidente isso não ocorre em nosso país, onde grande parte dos eleitores nem se lembra em quem votou na última eleição...

Em pesquisa efetuada pelos estudantes de Pós-graduação em Sociologia Política da UFPR (Sérgio Braga e Priscilla Belache), publicada na Revista Paraná Eleitoral nº 53/54, jul/dez-04) foram muito esclarecedoras as razões das respostas favoráveis à adoção do sistema eleitoral misto: gera-se um controle próximo do representante pelo eleitor; maior comprometimento do eleito com sua base eleitoral; cresce a representatividade e transparência do processo; reduz o excesso de candidatos, tornando mais claras as opções do eleitor. As opiniões desfavoráveis baseiam-se no desconhecimento: "há pouca informação disponível sobre este assunto,

13 BARROS, Sérgio Resende de. **O Voto Distrital**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/o-voto-distrital.cont> . Acesso em 25 de outubro de 2017.

14 Voto Distrital. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/node/84258> . Acesso em 25 de outubro de 2017.

então é melhor deixar que o sistema atual funcione por um tempo antes de modificá-lo" (pág. 24).¹⁵

Como visto, apesar de um pequeno ponto de desvantagem, o sistema distrital demonstra harmonia com o atual ordenamento jurídico brasileiro, o qual adota o Estado Constitucional Democrático devendo, portanto, ser privilegiado todo instituto capaz de aproximar o Povo (titular do Poder) de seus Representantes (aqueles que exercem o Poder).

5. CONCLUSÃO

O sistema distrital, muito debatido pelo Congresso Nacional, quando do enfrentamento de questões relevantes sobre a Reforma Política, apesar de algumas desvantagens pontuais, merece destaque por fortalecer o regime democrático.

No sistema distrital o candidato eleito pelo Distrito passa a conhecer de perto as necessidades dos eleitores podendo, dessa forma, defendê-las com maior propriedade. Ademais, passa a ser mais bem fiscalizado por seus eleitores, independente do partido ao qual pertençam. A fiscalização, de fato, passa a ser mais próxima e efetiva cumprindo os ditames constitucionais de "legítimo representante do povo".

O sistema distrital, como se observa, é item importante para uma verdadeira Reforma Política, contudo parece não ser de interesse dos políticos sua implementação. Inclusive, o sistema distrital foi recusado na Reforma Política, mantendo-se o sistema proporcional para as eleições do Poder Legislativo.

Como exposto ao longo do trabalho, o sistema do voto distrital é o que melhor atenderá ao regime democrático, bem como ao princípio constitucional da moralidade, imposto aos Poderes da República e à administração pública, permitindo uma maior aproximação e fiscalização entre o eleitorado e seus representantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf> . Acesso em 23 de outubro de 2017.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral.** Rio de Janeiro: Forense, 12ed, 2015.

BARROS, Sérgio Resende de. **O Voto Distrital.** Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/o-voto-distrital.cont> . Acesso em 25 de outubro de 2017.

CASTRO, Carlos Fernando Correia de. **Reforma Política. Voto Distrital Misto: visão jurídica.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16120-16121-1-PB.pdf> . Acesso em 26 de outubro de 2017.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** São Paulo: Atlas, 12ed, 2016.

PINTO FERREIRA. **Código Eleitoral Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2ed, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 9 ed. – 2ª tiragem, 1993, p.309.

TOMAS, Lidson José. **A reforma política – um Brasil que queremos.** Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12559&revista_caderno=28 . Acesso em 26 de outubro de 2017.

Voto Distrital. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/node/84258> . Acesso em 25 de outubro de 2017.

¹⁵ CASTRO, Carlos Fernando Correia de. **Reforma Política. Voto Distrital Misto: visão jurídica.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16120-16121-1-PB.pdf> . Acesso em 26 de outubro de 2017.

A IMPORTANCIA DO HUMANISMO INTEGRAL NA CONCEPÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Thiago Passos Tavares

Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Pós-graduado em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Sergipe. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-Graduado em Gestão Estratégica de Recursos Humanos Pela Faculdade Estácio de Sá. Graduado em Gestão Pública pela Universidade Tiradentes. Professor Pesquisador em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Coordenador do Curso de Administração - EaD do Instituto Federal de Sergipe. Advogado, Conciliador e mediador judicial na Justiça Federal do Estado de Sergipe.



1. INTRODUÇÃO

O trabalho objetiva desenvolver estudo acerca do Filósofo francês Jacques Maritain e da doutrina do Humanismo Integral, que difundiu parâmetros principiológicos na concepção de elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH.

A doutrina filosófica conhecida como Humanismo Integral parte de conceitos e métodos idealizados com a influência da filosofia de Aristóteles (aristotélica) e principalmente de Tomás de Aquino (tomista), ao basear-se na cultura cristã.

O Humanismo Integral, juntamente com a Igreja Católica, agrega-se axiologicamente aos mais diversos valores universais e através do cristianismo difunde-se em toda a humanidade, servindo como edifício para os direitos humanos fundamentais e sociais. Aperfeiçoa-se através da Igreja Católica, na qual foi disseminada aos direitos de forma universalizada.

A pesquisa terá por base a metodologia de pesquisa por meio da abordagem exploratória e qualitativa de tipo bibliográfica, realizada exclusivamente em livros, sites e teses, possibilitando apreciar de modo minucioso os essenciais aspectos para o estudo dos conceitos de humanismo integral, fraternidade, solidariedade e dignidade da pessoa humana.

Justifica-se o presente estudo, pela pesquisa da trajetória histórica, acerca da fraternidade e dos direitos humanos na sociedade, pois, é de suma importância compreender como a doutrina do humanismo contribuiu para formação dos direitos humanos universais e da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Este trabalho é fruto de estudos e discussões realizadas no grupo de pesquisa do Conselho

Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, nomeado como Direitos fundamentais, novos direitos e evolução social, que ocorre na Universidade Tiradentes - UNIT em debates com diversos pesquisadores envolvidos com a área jurídica, especificamente voltando-se para o estudo do meio ambiente natural, da fraternidade, dignidade da pessoa humana e demais direitos sociais.

2. DESENVOLVIMENTO

Jacques Maritain (1881-1973) foi um filósofo parisiense nascido na França, na qual, viveu durante parte de sua vida. Seu genitor era o advogado Paul Maritain e sua família estava ligada ao protestantismo¹. Sua mãe chama-se Geneviève Favre, que por sua vez, possuía ancestralidade política, a exemplo do seu avô Jules Favre, fundador da 3ª República Francesa. Estudou Filosofia na Université de Paris Sorbonne (Universidade de Paris Sorbonne). Conforme elenca o professor Carlos Augusto Alcântara em sua tese de doutorado:

Jacques Aimé Henri Maritain nasceu em Paris (18 de novembro de 1882), em família protestante, de pai advogado (Paul Maritain) e de mãe filha de deputado republicano, opositor de Luís Napoleão (Genevieve Favre). Extremamente dedicado aos estudos, licenciou-se na Sorbonne, inicialmente em Filosofia, depois em Ciências Naturais. Lá, conheceu aquela que viria a ser sua futura esposa, Raïssa Oumançoff, imigrante russa de família de judeus ortodoxos. (MACHADO,

1 “A Reforma Protestante revela-se antítese ao movimento do humanismo, este como expressão do naturalismo, do secularismo e da sua aspiração mundializada. Ora, o caráter intolerante e teocrático da primeira fase da Reforma Protestante é incompatível ao ideário do humanismo renascentista.” (tradução livre do texto original, em espanhol) (WOLKMER, 2005, p.18)

Raïssa Maritain nasceu no ano 1883 em uma família judia da modesta cidade portuária da Rússia, chamada Rostov-on-Don. Quando tinha apenas dois anos de idade, seu pai, que na época era um humilde alfaiate, mudou-se com sua família para o porto ucraniano de Mariupol no Mar de Azov.

Durante dez longos anos em que Raïssa viveu sobre as barbas do Império Russo, foi profundamente moldada pelas tradições de sua família, especialmente com o exemplo de seu avô materno. Aprendeu com o passar dos anos, o misticismo judaico e seus vários aspectos espirituais, às vezes inclinando-se para o intelecto, às vezes em direção as emoções. A respeito do lado espiritual de Raïssa, explica Laurence Viémont:

Asua influência foi muito eficaz. Acima de tudo, para ouvir a palavra de Deus e harmonia. E quando não era estes compromissos, Raïssa, que também foi uma anfitriã perfeita, estava envolvida em oração, contemplação, silêncio, na contemplação quase permanente. Foi um desses "seres misteriosamente ocupados a existir", como descrever melhor a sua vocação religiosa, a melhor forma de dizer o que ela fez com seus dias. Esta existência inteiramente dedicada a Deus foi o preço para Raïssa a morte a mais dura a si mesmo. Era tanto amor, Jacques e Raïssa amantes de Deus, o amor louco. Ao custo de imensa solidão em sua fé. (VIÉMONT, 2014, p.2)

Todavia, apesar de sua cultura protestante, Maritain no ano de 1904 casou-se com Raïssa Oumansoff², uma imigrante judia de origem russa com quem viveu por todo a sua vida. No período da Segunda Guerra Mundial, devido

ao nazismo liderado por Adolf Hitler³, sentiu-se obrigado a deixar a França, por ter receio de sua esposa ser capturada pelo regime germânico.

Em 11 de junho do ano de 1906, juntamente com sua esposa Raïssa Maritain, converteu-se a religião católica, na qual, batizou-se na Igreja de San Juan Evangelista de Montpatre, sob a influência do escritor francês León Bloy⁴. Após se converterem ao catolicismo, Jacques e Raïssa em viagem à Inglaterra conheceram a doutrina do humanismo existencial desenvolvida pelo filósofo italiano Tomás de Aquino⁵.

Tomás De Aquino (1225-1274) baseava-se na filosofia de Aristóteles e defendia que existiam cinco provas da existência de deus, utilizando-se do argumento movimento para fundamentar sua filosofia Tomista. Um dos argumentos utilizado era o do movimento, na qual, Aquino afirmava existência de um ser que movia a existência dos outros seres em nosso redor, e que percebemos tudo isso através dos nossos sentidos. Dessa forma, cabe destacar as palavras de Brendan Sweetman a respeito de Tomás de Aquino:

São Tomás de Aquino é famoso por muitas coisas em filosofia e teologia, mas talvez, mais do que tudo, por seus cinco argumentos para defender a existência de Deus. O que é notável sobre as "cinco vias" é que elas são muito curtas! Claro, elas geraram bibliotecas inteiras de discussão. Os argumentos de São Tomás foram consideravelmente modernizados e elaborados nas últimas décadas, principalmente para explicar as recentes evoluções na ciência e para responder às

2 Raïssa nasceu em uma família religiosa, mas com a adolescência ela começou a se afastar e para entreter suas dúvidas sobre a existência de Deus e sobre as práticas religiosas da sua família. Tendo completado o liceu em dezesseis, Raïssa entrou na Sorbonne pouco tempo depois de seu aniversário de dezessete anos e se dedicou às ciências naturais, na esperança de encontrar nelas as respostas para as grandes questões da vida. Esta expectativa foi ridicularizada por um professor em quem ela confiou. Um dia depois da aula, ela foi abordada por um jovem que estava solicitando assinaturas para um protesto contra o tratamento dos estudantes socialistas na Rússia. Seu nome era Jacques Maritain. Era o início de uma relação que em breve iria amadurecer no amor, ser consumado em casamento, e, sublimado, continuaria até que eles se separaram por sua morte em 1960. (MCINERNEY, 2016)

3 Hitler é uma das figuras mais detestáveis da história, seus crimes homicidas são indesculpáveis, e não nada que os legitime. Apesar disso, seria um equívoco ver nele apenas um monstro raivoso. Examinando também, antes de tudo, sua vida psíquica, sobre a qual, ao longo dos anos, cristalizaram-se ideias que surgiram a partir de traumas causados pelo seu império de terror e não de informações comprovadas. As imagens que se originam aí revelam um ditador ainda mais monstruoso e incompreensível do que era de fato. (MACHTAN, 2001, p.19)

4 Novelista, ensaísta, poeta e escritor francês (1846-1917), autodenominado o peregrino do absoluto. Profundamente religioso (católico) afirmou em um dos seus livros (La Femme Pauvre - 1937) e repetia constantemente: "a maior tristeza da vida é a de não ser santo." (FARIA, 1968, p.75)

5 Tomás de Aquino nasceu na Itália, no final de 1224, foi um teólogo e filósofo católico pertencente à Ordem dos Pregadores, é o principal representante da tradição escolástica, e fundador da Escola tomista de Teologia e Filosofia. Ele também é conhecido como "Doutor Angélico" ou "Doutor Comum", é considerado um santo pela Igreja Católica. (CERDA, 2010)



objeções modernas. Os argumentos apelam a noções de movimento e mudança, causação, graus de perfeição na natureza e teologia – todos os conceitos familiares aos filósofos da Idade Média (e ainda familiares a nós hoje em dia). A ideia básica por trás de todos os argumentos é que o universo tem uma causa última. [...] O principal impulso por trás de vários argumentos de São Tomás envolve as intrigantes noções de ser contingente e necessário. (SWEETMAN, 2013, p.31)

Além do argumento do movimento, Tomás de Aquino abordava também o fundamento da causa eficiente para explicar os acontecimentos do mundo e o argumento cosmológico, contingente ou necessário, utilizando da filosofia para explicar a existência de um infinito que considerava essencial para efetividade da razão dos outros seres.

Tomás de Aquino fundamentou sua teoria a partir de estudos realizados em obras de Aristóteles⁶. Para a filosofia Aristotélica⁷ existem quatro causas fundamentais que também são condições necessárias para que as coisas existam. As causas são: material; formal; eficiente; e final. No tocante a causa

material, é da matéria da qual é feita a essência de todas as coisas, diferente do que acreditava o filósofo Platão, que acreditava que a essência partia de um mundo inteligível. No que se refere à causa formal, diz respeito à forma dessa já citada essência. Na causa considerada eficiente há a explicação de como a matéria recebeu determinada forma. E por fim, a causa final é aquela, na qual, se determina a finalidade maior das coisas existirem e serem como são, no caso em epígrafe, o universo. Nessa linha, Enrico Berti explica sobre a base da teoria das quatro causas do filósofo grego Aristóteles⁸ e a relação da metafísica com a física:

A metafísica, todavia, situa-se em uma relação de estreita continuidade com a física. Efetivamente no momento em que define as causas primeiras, ou seja, o gênero de causas no interior dos quais devem ser investigadas as causas primeiras, Aristóteles remete explicitamente à Física, declarando que lá tais causas já foram teorizadas suficientemente, e limita-se a acrescentar aquela teorização uma espécie de confirmação histórica, ou seja, a célere exposição das doutrinas dos filósofos precedentes (dos pré-socráticos a Platão e aos outros acadêmicos), que constitui a primeira história da filosofia já escrita. Como todos sabem, trata-se de uma história da filosofia conduzida com intenção filosófica mais do que histórica, isto é, com o objetivo declarado de encontrar uma confirmação à distinção a quatro gêneros de causas, o que não impede que também seja uma fonte de

6 Filho de médico, Aristóteles fora influenciado por seu pai, Nicômaco, a ter um gosto apurado pela natureza que faria parte de suas características metodológicas. [...] Aristóteles se especializou em biologia, foi aluno de Platão, preceptor de Alexandre, “o grande” e posteriormente, inaugurou uma escola denominada de Liceu. Acreditava-se ainda, que Aristóteles, teria feito parte de um grupo de médicos, conhecido como a fraternidade médica de Asclepiades. Aristóteles é conhecido por criar a ciência da lógica. Uma das suas obras intituladas de Órganon foi traduzida por Boécio passando a ser largamente utilizada como referencial da idade Média. (GARCIA, 2011, p.66)

7 “Aristóteles dedicou profundas análises ao conceito de tempo que antecipam alguns conceitos que Santo Agostinho desenvolverá e tornará célebre. Eis o ponto focal da doutrina aristotélica”. (REALE, 1991, p.72)

8 Tal como Platão foi discípulo de Sócrates, Aristóteles foi discípulo de Platão. E o próprio Aristóteles se tornou preceptor de Alexandre Magno, havendo assim uma linha direta de sucessão intelectual ao longo de quatro gerações de importantíssimas figuras históricas. (MEGEE, 1998, p.32)

preciosa de informações históricas sobre os autores expostos, e sobretudo um primeiro enquadramento deles em um discurso unitário e, ao mesmo tempo, específico, destinado a tornar-se a história da filosofia reconhecida por quase todos os autores sucessivos. (BERTI, 1989, p.76)

A partir dos fundamentos do humanismo existencial de Tomás de Aquino, Maritain desenvolveu a teoria do Humanismo Integral, acrescentando o princípio da liberdade ao humanismo. Desse modo Jacques aborda sobre a sua admiração e identificação com a teoria tomista e a doutrina do humanismo: "Thomas Aquino é hoje, o mais existencial dos filósofos. Devido a sua excelência, um filósofo da existência, Santo Tomás, "Doutor Angélico", é um pensador e filósofo por excelência incomparavelmente humano, um humanista cristão." (MARITAIN, 1941, p.2)

Nessa mesma perspectiva, Jacques Aimé Maritain conceitua o Humanismo Integral e suas principais características:

Este novo humanismo, sem medida comum com o humanismo burguês, e tanto mais humano quando menos adora o homem, mas respeita realmente e efetivamente a dignidade humana e dá direito às exigências integrais da pessoa, nós concebemos como que orientado para uma realização social-temporal desta atenção evangélica ao humano, a qual não deve existir somente na ordem espiritual, mas incarnar-se, e também para o ideal de uma comunidade fraterna. Não é pelo dinamismo ou pelo imperialismo da raça, da classe ou da nação que ele pede aos homens de se sacrificarem, mas por uma vida melhor para os seus irmãos, e pelo bem concreto da comunidade das pessoas humanas; pela humilde verdade da amizade fraterna a fazer passar – ao preço de um esforço constantemente difícil, e da pobreza, – na ordem do social e das estruturas da vida comum; é deste modo somente que um tal humanismo é capaz de engrandecer o homem na comunhão, e é por isto que ele não poderia ser outro senão um humanismo heroico. (MARITAIN, 1965, p.7)

O humanismo integral é dotado, tanto das características essenciais do humanismo cristão, a exemplo da solidariedade e a da irmandade, porém vai mais além ao tratar de

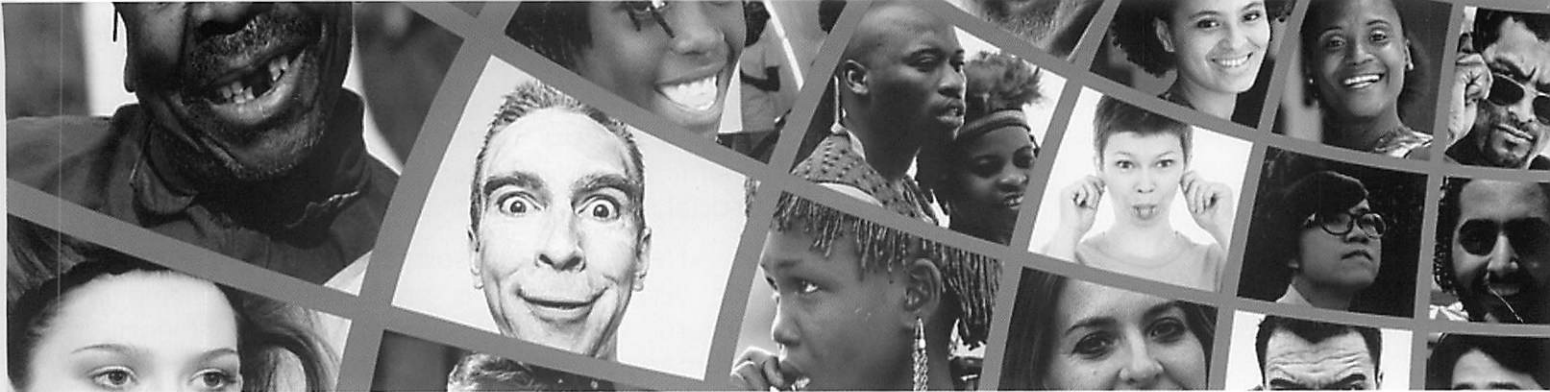
forma fraterna, igualitária, digna e liberal o ser humano, independentemente de sua classe social.

Nesse contexto, sob esta mesma perspectiva de visão, aborda o professor de Psicologia Álvaro Queiroz da Faculdade de Ciências Humanas, Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC, ao explicar Jacques Maritain e a filosofia do Humanismo Integral:

O Humanismo Maritanista apresenta quatro conceitos fundamentais: homem como pessoa, lei natural, direitos humanos e bem-comum. O primeiro conceito fundamental no Humanismo de Jacques Maritain é este: o ser humano é concebido com uma dignidade humana, ou seja, é uma pessoa humana. O ser humano é pessoa por não ser objeto nem animal, mas ser dotado de racionalidade e vontade, e é pessoa humana porque também é dotado de uma individualidade, isto é, forma um todo completo em si, uma vez que possui valores humanos e um espírito digno de respeito e liberdade. (QUEIROZ, 2011, p.7)

E para melhor entendimento do que significa o humanismo integral, explica Francisco Borba Ribeiro Neto, as cinco dimensões que norteiam a filosofia proposta por Jacques Maritain:

a) O primado da pessoa sobre as coisas (numa crítica à mercantilização da vida realizada pelo capitalismo) e sobre os processos sociais (crítica à filosofia da história marxista). O bem comum não se confunde com uma situação de equilíbrio entre os interesses individuais (como supõem a filosofia política liberal) nem pode ser construído em oposição ao bem pessoal (como supõem o coletivismo socialista); b) A pessoa é uma totalidade que não pode ser reduzida às suas várias dimensões (econômica, cultural, social, etc.). Entre estas dimensões, se sobressai a religiosa, pois a vida humana é forçosamente relação com o Mistério, e o coração do homem não se satisfaz enquanto não descansa em Deus, como lembrava Santo Agostinho; c) O objetivo último de todas as ações que acontecem na vida social é a construção do bem comum, que coincide com a plena realização de cada pessoa; d) A dimensão ética, enquanto manifestação da liberdade da pessoa, está presente em todas as esferas da vida (pessoal, econômica, política) e é necessária para a construção do bem comum. Portanto, não se pode pensar em progresso,



desenvolvimento ou justiça social sem uma atenção particular para com a ética pessoal. e) O Estado não deve ser o grande protagonista das ações na vida social e na construção do bem comum. Este protagonismo cabe às pessoas e suas organizações. Ao Estado cabe garantir a possibilidade de realização destas ações, numa postura subsidiária. (RIBEIRO NETO, 2013, p.3)

O primeiro aspecto a ser levado em consideração é a questão da primazia pelo ser humano, ao invés da matéria. Muitos seres humanos pensam apenas no lado material das coisas, colocando em segundo plano os indivíduos.

O segundo ponto de igual importância é justamente a integridade da pessoa. Muitos filósofos enxergam apenas o lado social ou psicológico do ser humano. Maritain acredita que para o ser humano ser completo, deve-se haver integração entre o lado econômico, espiritual, social e psicológico.

Na terceira dimensão Jacques aborda a essencialidade da realização do bem comum, o caráter fraternal, solidário do ser humano para com a comunidade, para com os outros seres humanos.

Quarta dimensão relaciona-se com ética e a justiça social que engloba os quesitos da liberdade, da igualdade e não discriminação do ser humano independente de sua raça, cor, religião ou preferência política.

Por fim, destaca-se a importância das pessoas no protagonismo da realização do bem comum. Diversos estudiosos concentram o protagonismo no Estado e esquecem de frisar o papel de cada cidadão na efetivação do bem social.

Não obstante, Maritain criticava a Declaração Universal dos Direitos do Homem e

do Cidadão⁹ de 1875, pois a mesma não trazia o princípio da fraternidade em seu texto, somente tratava de igualdade e liberdade. Em sua obra *Os Direitos do Homem*, Maritain aborda sobre sua crença no princípio da fraternidade: "Estou muito convencido de que minha forma de justificar a crença em direitos do homem e o ideal de liberdade, igualdade e fraternidade é o único que é firmemente enraizado na verdade" (MARITAIN, 1967, p.3).

Enquanto residiu na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, Jacques Maritain manteve contato assíduo com o então General Charles André Joseph Marie de Gaulle¹⁰ (1890-1940), também conhecido como Charles de Gaulle, que na época liderava o movimento França Livre¹¹ em Londres na Inglaterra. Ao término da segunda guerra mundial em 1947, foi convidado para participar da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) da Organização das Nações Unidas (ONU). A partir dessa perspectiva, José Anastácio de Gouveia

9 Com a Revolução Inglesa do Século XVII, que marca o início da ascensão da classe burguesa e, em seguida a Revolução Francesa, cujas ideologias eleitorais proclamavam a participação de camponeses, artesãos e da imensa classe burguesa, rompeu-se o domínio pleno da aristocracia. Nesse período, foi aprovada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, consolidando-se o sufrágio e o processo eleitoral de forma mais ampla, pois a teoria liberal ressaltou a importância do sufrágio universal, tendo, como consequência, influenciado as teorias políticas e filosóficas modernas, com a aceitação da inafastável necessidade do processo eleitoral. (SOUZA, 2014, p.70)

10 Nascido em Lille em 22 de novembro de 1890, Charles de Gaulle escolheu uma carreira militar em Saint Cyr. Foi prisioneiro durante a II Guerra Mundial. Em 1921, casou-se com Yvonne Vendroux com quem teve três filhos (Philippe, Elisabeth e Anne). Também foi instrutor e diretor ativo de 1919 a 1940 e desenvolve através de uma série de livros, suas teorias militares sobre a necessidade de um corpo de blindados e a criação de um exército profissional. Na cabeça de seus tanques, o coronel de Gaulle participou da campanha na França em maio-junho de 1940. Promovido a general, foi nomeado 06 de junho de 1940, o subsecretário de Estado para a Guerra e Defesa Reynaud no governo nacional. (GODFRIN, 1940)

11 "Esse 14 de julho, dia da tomada da Bastilha na França, foi um momento de luta nacional e de séria reflexão. Em Londres o general De Gaulle e outros chefes de um novo movimento, França Livre, depuseram coroas de flores no cenotáfio e comprometeram-se a lutar até a libertação da França." (GILBERT, 2014, p.54)



Alves, fala sobre a participação de Jacques na Declaração de 1948:

Neste sentido, podemos considerar que o contributo mais imediato e direito dado por Maritain à definição de tal Declaração foi o seu discurso na sessão inaugural da Segunda Conferência Internacional da UNESCO, que teve lugar na cidade do México a 6 de novembro de 1947. Nesse discurso, Maritain, analisando a situação de conflitualidade derivada das divergências ideológicas entre os diversos grupos culturais, defendeu convictamente a possibilidade de colaboração entre homens e povos cultural e intelectualmente divididos, pois a definição de uma tarefa prática comum surgiria, antes de mais, como fruto de uma experiência moral comum e não tanto por via de uma convergência teórica entre os diversos sistemas filosóficos. (ALVES, 1996, p.225)

Dessa forma, Jacques ajudou a escrever diversos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dentre os artigos da DUDH¹², que Maritain contribuiu estão, os artigos 1º, 2º, 28 e 29 e 30. O artigo 1º traz a seguinte redação: “Artigo I - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com

espírito de fraternidade” (DUDH, 1948).

Nesse sentido, explica o Doutor em História, Ferdinand Azevedo, no que diz respeito à participação de Maritain na divisão da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³:

[...] A Divisão tinha dezoito membros; entre eles o libanês, Charles Malik cujas habilidades linguísticas e diplomáticas foram cruciais na passagem da DUDH. Três anos mais tarde, juntaram-se ao esse grupo, o chinês, P. C. Chang, e os franceses René Cassin e Jacques Maritain. Um perito em direito constitucional, Cassin, formulou o preâmbulo e organizou o texto. [...] os guias interpretativos incorporados no preâmbulo, na proclamação, nos primeiros dois e os últimos três dos trinta artigos da DUDH constituíram a contribuição principal de Maritain. (AZEVEDO, 2009)

Para um melhor entendimento e elucidação da importante participação de Jacques Maritain na concepção da Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁴ da Organização das Nações Unidas - ONU cabe destacar as nobres palavras trazidas por William Sweet:

Maritain permaneceu nos Estados Unidos

12 O renascimento dos direitos humanos através da DUDH em 1948, por exemplo, foi concebido para unir moralmente liberais e socialistas por consolidando seu apoio comum de valores antifascistas. Apesar de ligação do preâmbulo da “desconsideração e desprezo pelos direitos humanos “e” atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade” é por vezes tomada como uma referência ao genocídio dos judeus, o historiador americano Samuel Moyn deixou claro que o Holocausto não foi praticamente mencionado durante a Assembleia Geral debates. Em vez disso, esta relação mostra que a DUDH foi redigida principalmente como uma rejeição da ideologia fascista. Estados socialistas provavelmente não fariam até ter participado na elaboração se não tivessem visto a DUDH como uma moral reunindo bandeira contra ele. E apesar de a DUDH, eventualmente, não conseguiu atrair os votos dos países socialistas, por razões políticas e ideológicas, a adoção de uma série dos direitos humanos econômicos e sociais, juntamente com os shows de civis e políticos que os redatores tentaram incluir, ambos valores socialistas e liberais em uma tentativa de atrair os dois campos em uma única comunidade moral. (FÉRON, 2014, p.2-3)

13 A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborados por representantes de diferentes origens legais e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948 resolução da Assembleia Geral 217 A como um padrão comum de realizações para todos os povos e todas as nações. Estabelece, pela primeira vez, os direitos humanos fundamentais a serem universalmente protegidos e foi traduzido em quase 500 línguas. (HUMANOS, 1948)

14 É certo que a Declaração Universal de 1948 é o documento chave desse processo, que deflagrou a dinâmica dos direitos humanos na ordem internacional, construiu um novo sentido de cidadania, apesar de sua carência de força normativo-impositiva. O que se fez, posteriormente, foi a busca pela concreção e pelo sancionamento, além da capacidade de produzir efeitos práticos, desse importante documento, formando-se, então, a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos (Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Econômicos, Sociais e Culturais) (BITTAR, 2004, p.124)



durante a guerra, onde foi ativo no esforço de guerra (realizava transmissões de gravações destinadas à França e contribuía para a Voz da América). Ele também continuou a palestrar e publicar em uma ampla gama de assuntos - não só na filosofia política, mas na estética (por exemplo, arte e poesia, 1943), filosofia da educação, e da metafísica (de Bérgrson a São Thomas de Aquino de 1944). Após a libertação da França no verão de 1944, ele foi nomeado embaixador francês no Vaticano, servindo até 1948, mas também participou ativamente na elaboração da Declaração das Nações Unidas Universal dos Direitos Humanos (1948). (SWEET, 2008)

Ademais, através da interpretação do artigo 1º da DUDH¹⁵, nota-se a perceptível influência dos princípios da liberdade, igualdade, fraternidade. Do mesmo modo, ocorre com os demais artigos elaborados por Maritain, ficam evidentes que houve influência

da teoria do humanismo integral. Conforme acentua o professor Carlos Augusto Alcântara:

E é, exatamente, a dimensão humanista que se encontra alinhada ao art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em particular quando evoca, sem mediações, o “espírito de fraternidade”, a ser vivido por cada homem e por todos os homens, a humanidade inteira, enfim, uma vez que membros da mesma família humana. (MACHADO, 2014, p.214)

O artigo 2º traz os direitos à liberdade e não discriminação: “Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento [...]”. (DUDH, 1948)

O art. 28 trata do princípio da liberdade em ordem social e internacional: “Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração [...]”. (DUDH, 1948) Significa dizer que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de previsão legal. Desse modo, mesmo que seja em detrimento da aplicação dos direitos e garantias individuais e coletivos o ser humano não pode alegar o exercício de um direito para subtrair o de outrem ou de dada coletividade.

Enquanto isso, o artigo 29 contempla os deveres do cidadão com a comunidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade. Assim, como prevê o humanismo integral de Jaques Maritain, o ser humano para ser completo, necessita do exercício da fraternidade para com os outros e a comunidade e dignidade para consigo mesmo, tratado como caráter da personalidade.

Por fim, o artigo 30 é destinado a garantir uma interpretação adequada da DUDH¹⁶.

¹⁵ Muito significativa, a universalidade de direitos humanos, resultou fortalecida na I Conferência Mundial de 1968 sobre a matéria, sendo 25 anos depois, reafirmada na II Conferência Mundial. Há, ademais, que ter presente que, há em 1948, a Declaração Universal, além de proclamar direitos, conclamou à transformação na ordem social e internacional de modo a assegurar o gozo dos direitos proclamados na prática. Na projeção histórica do legado da Declaração Universal, as duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos – a de Teerã (1968) e a de Viena (1993) na verdade, fazem parte de um processo prolongado de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos. (AMARAL JÚNIOR, 1999, p.32)

¹⁶ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 preconiza explicitamente a igualdade entre os sexos, a igualdade de tratamento perante a lei, o direito à privacidade. Também condena as discriminações por razões de sexo, o tratamento cruel, inumano e degradante. Formulações do mesmo teor estão escritas na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (em que pese o androcentrismo do título) adotada na mesma época, mas que, contudo, não inclui um artigo relativo a tratamento desumano e cruel. (NOVAES, 2001, p.69)

Nessa direção, cabe destaque que um Estado, sociedade, grupo social ou até mesmo pessoa, na aplicação dos direitos e garantias fundamentais definidas nesta declaração não poderá alegar o seu exercício em detrimento dos direitos e liberdades de outrem.

3. CONCLUSÃO

Como se pode perceber, a doutrina do Humanismo Integral do filósofo Jacques Aimé Henri Maritain influenciou diretamente na construção da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. Com apenas uma leitura da declaração, já é possível perceber a presença do espírito fraternal e libertário proposto pelo filósofo Maritain.

Suas contribuições em nível científico e intelectual ultrapassaram fronteiras existentes em ideologias filosóficas, jurídicas e até mesmo educacionais. Ademais, para Jacques, o Estado não tem outra finalidade que não seja assegurar o bem comum. Portanto, o dever do Estado é promover a justiça. Todavia, o homem de modo individual deve promover sua dimensão fraterna, solidária, comunitária e de irmandade.

No que se refere à Declaração das Nações Unidas Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948 é um documento considerado uma peça chave central para diversos diálogos contemporâneos sobre os direitos da humanidade. Tanto a DUDH, como seus protocolos e convenções posteriores enumeram uma longa listagem de direitos e garantias que muitos reconhecem como fundamental para assegurar a dignidade humana.

Ademais, não há como negar a influência do espírito fraternal pregado pela filosofia do Humanismo Integral, pois, no que tange a declaração, tanto o preâmbulo, como os dois primeiros artigos e três últimos restam representados pela proposta de Jacques Maritain.

Por fim, é preciso então recordar aqui que, merece destaque o fundamento de que a democracia é muito mais do que o cumprimento de algumas regras constitucionais ou até mesmo infraconstitucionais. Nesse segmento de estudo, a democracia requer uma revolução muito mais profunda, mais completa, integral.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Anastácio de Gouveia. **Os direitos do homem e a lei natural em Jacques Maritain**. Lisboa: Didaskalia, 1996.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

AZEVEDO, Ferdinand. **Jacques Maritain e a Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Universidade Católica de Pernambuco. Recife. 09 out. 2009. Disponível em: <http://www.unicap.br/catedradomhelder/?page_id=56> Acesso em: 12 ago. 2016.

BERTI, Enrico. **Razões de Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 1989.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2004.

CERDA, José Gómez. **Tomismo**. Filosofia. México. 10 de out. 2010. Disponível em: <http://www.filosofia.mx/index.php/portal/archivos/el_tomismo> Acesso em: 10 set. 2016.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Organização das Nações Unidas. Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em: 09 set. 2016.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GARCIA, Alessandro Barreta. **Aristóteles nos manuais de história da educação**. 1. ed. São Paulo: Clube dos Autores, 2011.

GILBERT, Martin. **A Segunda Guerra Mundial: os 2.174 dias que mudaram o mundo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.

GODFRAIN, Jacques. **Biografia do General de Gaulle**. Fondation Charles de Gaulle. Le Mémorial Charles de Gaulle. 18 jun. 1940. Paris. Disponível em: <<http://www.charles-de-gaulle.org/pages/l-homme/accueil/biographie.php>> Acesso em: 10 set. 2016.

FARIA, Octávio. **Léon Bloy**. Rio de Janeiro: Record, 1968.

FÉRON, Henri. **Human rights and faith: a 'world-wide**

secular religion'. School of Law, Tsinghua University, Beijing, China. *Ethics & Global Politics*. Vol. 7, n.4, p.181-200, 2014.

HUMANOS, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>> Acesso em: 15 out. 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

MACHTAN, Lothar. **O segredo de Hitler**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARITAIN, Jacques. **El Humanismo Existencial de Santo Tomás De Aquino**. Conferencia dictada en 1941 ante la Medieval Academy of América, Princeton University, e incorporada en 1944 al libro 'De Bergson a Santo Tomás de Aquino'.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral: Uma Visão Nova da Ordem Cristã**. 5.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, p. XIV.

MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967.

MCINERNEY, Ralph. **Jacques Maritain Center: the very rich hours of Jacques Maritain**. University of Notre Dame. Jacques Maritain. Academics. Disponível em: <<https://www3.nd.edu/~maritain/jmc/etext/RichHours2.html>> Acesso em: 13 out. 2016.

MEGEE, Bryan. **História da filosofia**. São Paulo: Loyola, 1998.

NOVAES, Regina. **Direitos Humanos: temas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito**. São Paulo: Loyola, 2001.

QUEIROZ, Álvaro. **Jacques Maritain e o Humanismo Integral**. Centro de Estudos Superiores de Maceió - CESMAC. 28 abr. 2011. Disponível em: <<https://culturageralsaibamais.wordpress.com/2011/04/28/jacques-maritain-e-o-humanismo-integral/>> Acesso em:

15 out. 2016.

REALE, Giovanni. **História da filosofia grega e romana**. 9. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

RIBEIRO NETO, Francisco Borba. **Humanismo integral, pensamento católico e os desafios da sociedade brasileira**. Texto apresentado no 1º Seminário sobre Humanismo Integral e Desenvolvimento, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, campus de Perdizes, em 01 de dezembro do ano de 2012. Disponível em: <http://www.pucsp.br/fecultura/downloads/humanismo_integral.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

RODRIGUES, Auro de Jesus; GONÇALVES, Hortência de Abreu; MENEZES, Maria Balbina de Carvalho. **Metodologia científica**. 4. ed. Aracaju: Unit, 2011.

SANTOS, Pedro Antônio dos; KIENEN, Nádia; CASTÑEIRA, Maria Inês. **Metodologia da pesquisa social: da proposição de um problema à redação e apresentação do relatório**. São Paulo: Atlas, 2015.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. **Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico**. Petrópolis: KBR, 2011.

SORBONNE. **La fondation de la Sorbonne au Moyen Âge par le théologien Robert de Sorbon**. Histoire de la Sorbonne Paris. La Chancellerie des Universités de Paris. Disponível em: <<https://www.sorbonne.fr/en/the-sorbonne/history-of-the-sorbonne/>> Acesso em: 09 ago. 2016.

SOUSA, José Franklin. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Clube dos Autores, 2014.

SWEET, William. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. The Metaphysics Research Lab. Center for the Study of Language and Information (CSLI). Stanford University. 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/maritain/>> Acesso em: 15 out. 2016.

SWEETMAN, Brendan. **Religião: conceitos-chave em Filosofia**. São Paulo: Penso, 2013.

VIÉMONT, Laurence. **Raissa Maritain, a esposa santa**. Linternaut. França. 10 set. 2014. Disponível em: <<http://salon-litteraire.linternaute.com/fr/inclassable/content/1803669-raissa-maritain-la-sainte-epouse>> Acesso em: 13 out. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Cultura Jurídica Moderna, Humanismo Renascentista e Reforma Protestante**. *Revista Sequência*, n.50, p.9-27, jul. 2005.

REFLEXÕES SOBRE O DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Erick Juliano dos Santos Ferreira

Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal. Pós-Graduado em Direito Constitucional. Bacharel em Direito. Autor de Artigos Científicos para Revista do Curso de Direito da FANESE e da Revista do Ministério Público de Sergipe. Co-autor do livro "Temas relevantes do Direito". Técnico Administrativo do MP/SE



1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como objetivo analisar as discussões jurídicas sobre o delito de embriaguez ao volante, suas transformações legislativas no decorrer da história, a constitucionalidade de sua classificação como crime de perigo abstrato, bem como sua existência perante uma sociedade de risco e o Estado Democrático de Direito.

A proibição de dirigir embriagado não é fato recente no Brasil, em verdade está presente na nossa sociedade desde o Código Nacional de Trânsito de 1941 (Decreto-Lei nº 3.651/41),¹ sob a égide do Estado Novo do Governo de Getúlio Vargas, quando sua sanção era de caráter meramente administrativo. Posteriormente, o Código de Trânsito regulou o tema com a Lei nº 5.108/1966², que de inovação trouxe somente a possibilidade de cassação da habilitação.

Apartir da Lei nº 9.503/97³ (Código de Trânsito Brasileiro – CTB) a conduta de dirigir embriagado passou a ser criminalizada. A conduta típica foi descrita no art. 306, tendo sido posteriormente alterada pela Lei nº 11.705/2008⁴ (apelada de “Lei Seca”), que teve grande importância, visto que suprimiu a expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, deixando de existir a exigência de perigo concreto para

sua configuração.

A redação atual é a conferida pela Lei nº 12.760⁵ de 2012, vejamos:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada *em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa* que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (itálico nosso)

Contudo, antes de adentrarmos na celeuma jurídica existente em torno do crime de embriaguez ao volante é de bom alvitre conceituarmos o que seria embriaguez, sendo esta definida como “a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos, que priva o sujeito da capacidade normal de entendimento.”⁶

Conforme se observa do preceito primário do delito, a embriaguez não é somente aquela causada pelo uso excessivo do álcool, mas também por qualquer outra substância psicoativa

1 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.651 de 11 de setembro de 1941. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3651-11-setembro-1941-413903-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 jun 2017, 15:00:00.

2 BRASIL. Lei nº 5.108 de 21 de setembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5108.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017, 16:00:00.

3 BRASIL. Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1977. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 25 jun 2017, 09:34:44.

4 BRASIL. Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017, 09:30:00.

5 BRASIL. Lei nº 12.760 de 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12760.htm>. Acesso em 25 jun. 2017, 08:45:00.

6 ANTÔNIO, Luiz. Embriaguez. Disponível em: <<http://www.alcoolismo.com.br/artigos/embriaguez/>>. Acesso em: 26 jun. 2017, 12:00:00.

que determine dependência. Porém, no presente estudo abordaremos especificamente o enquadramento típico da embriaguez ao volante provocada exclusivamente pela ingestão de bebida alcoólica.

2. CRIMES DE PERIGO, SOCIEDADE DE RISCO, DIREITO PENAL SIMBÓLICO E PUNITIVISTA

2.1 Embriaguez ao Volante como um Crime de Perigo Abstrato

Igualmente, antes de afirmarmos se o delito de embriaguez ao volante é de perigo abstrato ou concreto, cabe informar o que é crime de perigo. Os delitos de perigo “são aqueles que se contentam, para a sua consumação, com a mera probabilidade de haver um dano”,⁷ ou seja, aquele que criminaliza a simples possibilidade ou efetiva exposição a perigo um bem jurídico tutelado pena norma penal.

Esse delito se subdivide em perigo concreto ou abstrato. O primeiro se dá quando “a probabilidade de ocorrência de dano precisa ser investigada e provada”⁸ - exigindo uma conduta do sujeito ativo que efetivamente exponha a perigo, em uma situação concreta, o interesse jurídico tutelado.

Já o delito de perigo abstrato é aquele em que “a situação fática na qual a conduta realizada não apresenta elementos circunstanciais concretos de perigo, é dizer, o perigo não aparece como algo necessariamente verificável para a adequação típica, já que não aparece como elemento do tipo”⁹, em outras palavras, não se exige efetiva exposição a perigo para configuração da tipologia delituosa, ou seja, sua consumação independe de qualquer exposição do bem jurídico a perigo.

De acordo com o pensamento majoritário da doutrina o delito de embriaguez ao volante é considerando de perigo abstrato (presumido). Assim, a probabilidade da ocorrência de dano (perigo) é presumida pelo legislador,

independente de prova no caso concreto.

Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme decisão a seguir exposta:

HABEAS CORPUS. *CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE*. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE SUA LESIVIDADE. INEXISTÊNCIA. *CRIME DE PERIGO ABSTRATO*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. ‘O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta.’ (STJ. HC 140.074/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 14/12/2009.) 2. Uma vez que a denúncia traz indícios concretos de que o Paciente foi flagrado dirigindo veículo automotor com concentração de álcool no sangue superior ao que a lei permite, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução 2 Supremo Tribunal Federal 3. ‘O reconhecimento da inoccorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de ‘habeas corpus’, reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal’ 4. Habeas corpus denegado. (STF, HC 94.592/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 02/04/2009).¹⁰ (itálico nosso)

Desse modo, ao contrário do crime de perigo concreto que necessita de efetiva situação de exposição a perigo do bem jurídico tutelado, o delito de embriaguez ao volante se consuma com a simples conduta de dirigir veículo automotor com concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar.

Todavia, conforme dito acima, esse é o pensamento majoritário da doutrina, não

7 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Rio de Janeiro, Forense, 2016. p.175.

8 NUCCI, op. cit. nota 7. p.176.

9 BRITO, Alexis Couto de. Imputação Objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.p.320

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 108.227 - MG, da 1ª Turma, Brasília, DF, 26 de março de 2013. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_3573652>. Acesso em: 02 jul. 2017, 15:04:44.

unânime. Isso porque a corrente minoritária entende que o art.306 do CTB é de perigo concreto, além de outros doutrinadores que julgam inconstitucional¹¹o crime de perigo abstrato e, conseqüentemente, o art.306 do CTB, conforme ensina Rogério Greco:

Não somente as contravenções penais, *mas todas as infrações penais que não atenderem aos princípios fundamentais do Direito Penal do Equilíbrio devem ser eliminadas*, para que se possa chegar à pureza do sistema, a fim de que a justiça, aqui compreendida no sentido amplo, com todas as suas implicações, possa se comprometer com aquilo que seja importante para a sociedade, deixando de lado tudo que não goze do *status* exigido pelo Direito Penal. (itálico nosso)¹²

Assim, com a criminalização da conduta de dirigir sob a influência de álcool há uma verdadeira tipificação da conduta anterior a um possível delito de dano¹³ futuro, como um homicídio culposo de trânsito (art.302, CTB) ou lesão corporal culposa no trânsito (art.303, CTB).

Mutatis mutandis, seria o mesmo que imputar uma conduta delituosa àquele que está com instrumentos comumente utilizados em arrombamentos, como um “pé de cabra”, pelo simples fato de portar o referido instrumento, em um centro comercial, durante o período noturno.

Idêntico raciocínio crítico sobre a antecipação da tutela penal é exposta por Luigi Ferrajoli:

Temos assistido a uma crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação, expressada por fórmulas como ‘atos preparatórios’, ‘dirigidos a’, ou ‘idôneos para

11 “São inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 20 ed. Ver. Ampl. São Paulo, Saraiva, 2014. p.61)

12 GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006. p.181.

13 “São os que se consumam com a efetiva lesão a um bem jurídico tutelado. Trata-se da ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos.” (NUCCI, op. cit. nota 7, p.158)



pôr em perigo' ou semelhantes. Isso sem contar com a persistência de resíduos pré-modernos, como a penalização de ações praticadas pelo agente contra si próprio – desde a embriaguez ao uso imoderado de entorpecentes – ou delitos de opinião contra a religião.¹⁴

Destaca-se, que a punição do estado prévio como ponto de partida do legislador para tentar evitar futura situação delituosa é uma das causas do expansionismo do Direito Penal. Esse movimento expansionista é criticado por parte da doutrina, em especial pela desproporcionalidade das suas sanções:

O ponto de partida de qualquer análise do fenômeno, que pode denominar-se a <<expansão>> do ordenamento penal, está efetivamente, em uma simples constatação: a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das suas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de <<criminalização no estado prévio>> a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas.¹⁵

2.2 Art. 306 do CTB como fruto legislativo da Sociedade de Risco e do Direito Penal Simbólico e Punitivista.

O conceito da sociedade de risco foi apresentado pelo sociólogo Ulrich Beck¹⁶ para quem se pode definir como uma sociedade na qual a distribuição de riscos não encontra correspondência nas diferenças sociais e econômicas e onde o desenvolvimento da ciência e da técnica não consegue mais prever e controlar os riscos.

Assim, consoante entendimento de Hauser com o “surgimento” da sociedade de risco, medos e inseguranças ficaram mais evidentes

o que levou ao surgimento de um novo Direito Penal como reflexo desses sentimentos que “longe de manter seu caráter subsidiário, tem se convertido em um direito penal expansivo, marcado pelo acolhimento de novos bens jurídicos e pelo rompimento com as garantias penais clássicas”.¹⁷

Para Damásio de Jesus “o perigo de um dano é inerente a toda atividade humana”¹⁸ e, de fato, vivemos numa sociedade rodeada de riscos, mas nem todos os fatos que possuem a potencialidade de causar um mal, de acordo com seu mau uso, são proibidos pela ordem jurídica, muito menos pela legislação penal, com a indevida supressão de garantias penais, conforme exemplo conferido por Claus Roxin: “é possível partir o crânio de alguém com um caneco de cerveja bávaro. Mas o risco de tal utilização abusiva é permitido pelo Estado, pois a sociedade não pode funcionar sem bens passíveis de abuso.”¹⁹

A cultura do risco fomentou o crescimento de tipos penais cada vez mais vagos, onde as condutas típicas narradas em nada afetam o bem jurídico penal que se quer ver protegido, havendo apenas um discurso de afirmação da política criminalizante. O que se constata em verdade é um direito penal simbólico, ou seja, aquele em que “os agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a <<impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido>>”.²⁰

Nesse ritmo argumentativo, Jakobs explica que essa cultura de risco se caracteriza por três elementos:

Em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). *Em segundo lugar*, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir,

14 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do Garantismo penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.380.

15 JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Org. trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 3 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.56.

16 Beck, Ulrich. Risk society. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

17 HAUSER, Ester Eliana. Política Criminal. Ijuí: Editora Unijuí, 2012. p.25

18 JESUS, Damásio. E. de. Imputação Objetiva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.39.

19 ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.105.

20 JAKOBS, op.cit., nota 15, p.59.

correspondentemente, a pena cominada. *Em terceiro lugar*, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.²¹ (itálico nosso)

No tocante ao delito de embriaguez ao volante observa-se idêntica sintonia com as características supracitadas, senão vejamos. Primeiro, o art. 306 do CTB pune antes de qualquer efetiva lesão à “incolumidade pública” – bem jurídico tutelado pelo CTB. Segundo, sua pena é desproporcionalmente alta em relação a outros delitos previstos no CTB, enquanto o delito de dirigir embriagado possui uma sanção de detenção de seis meses a três anos, o homicídio culposo no trânsito tem pena de 2 a 4 anos de detenção, sendo que este delito é de maior gravidade, além de tratar-se de um delito de dano, ou seja, que efetivamente lesou o bem jurídico.

E por último, mas não menos importante, as garantias suprimidas a exemplo uso do etilômetro, popularmente conhecido como “teste do bafômetro”, que fere o princípio do “*nemo tenetur se detegere*”, conhecido como princípio da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, bem como a garantia da individualização da pena (art.5º, *caput*, inciso XLVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88)²², visto que pune de idêntica forma aquele que ingeriu duas taças de vinho, como aquele motorista que se encontra embriagado.

Igualmente, com idêntica importância na conjuntura que envolve os delitos de trânsito está o papel da mídia, que, salvo exceções, vem propagando o movimento “Lei e Ordem”²³ do Direito Penal Máximo, conforme destaca Rogério Greco:

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora

e divulgadora do movimento Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.²⁴

Esses fatores explicam o porquê da classificação do crime de embriaguez ao volante como sendo de perigo abstrato, ou seja, o medo e a insegurança elevados pela chamada sociedade de risco, ao sabor de comoções públicas fomentadas pela mídia sensacionalista e, principalmente, pelos programas policiaiscos²⁵ resultaram na construção do entendimento de que dirigir veículo automotor com concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue seria crime.

Com esse *modus operandi* legislativo simbólico e punitivista²⁶ (base do direito penal do inimigo) criminalizou-se o fato de alguém estar dirigindo veículo automotor com concentração igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, e não a conduta em si realizada pelo motorista.

A consequência dessa cultura é a inflação legislativa, que mitiga o princípio da liberdade (art.5º, *caput* da CRFB/88), violando da mesma forma a dignidade da pessoa humana (art.1º, *caput*, inciso III da CRFB/88) e o Estado Democrático de Direito (art.1º, *caput* da CRFB/88), conforme destaca Ferrajoli:

O resultado de tal inflação, apenas polidas pelas distintas leis descriminalizadoras dos últimos anos, é, simplesmente, a dissolução do conceito de ‘bem penal’ como critério

21 JAKOBS, op.cit., nota 15, p.67.

22 BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 jun. 2017, 19:00:00.

23 “O pensamento de Lei e Ordem, o direito penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.” (GRECO, op.cit., nota 12, p.67.)

24 GRECO, op.cit., nota 12, p.16

25 “Programas policiaiscos são aqueles que abordam o tema da violência e da criminalidade, utilizando-se, para tanto, do sensacionalismo, que privilegia a superexposição da violência por intermédio da cobertura policial e da publicação de fatos considerados chocantes, distorcidos, usando uma linguagem que não raras vezes apela a gírias, palavões e inclui no seu repertório expressões de fácil entendimento para os grupos populares.” (BARBOSA, Marialva. História Cultural da Imprensa: Brasil, 1900 – 2000. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007, p.214)

26 “O recurso a um incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal” (JAKOBS, op.cit., nota 15, p.68.)



axiológico de orientação e delimitação das opções penais. A multiplicidade, a causalidade, as contingências e, às vezes, a inconsistência dos bens equivale, de fato, à desvalorização da ideia mesma de 'bem' e indicam a sobrecarga de funções impróprias que lastreiam nossa justiça penal. A análise dos bens, valores ou privilégios legalmente tutelados reveste-se de uma relevância não só científica senão também política, pois proporciona o pressuposto de toda valoração crítica e de toda consideração de reforma do direito vigente.²⁷

O Estado que pune com base no infrator (direito penal do autor),²⁸ e não o fato em si praticado (direito penal do fato),²⁹ apenas criminaliza um modo de ser, criando "pessoas perigosas" para a sociedade a partir de suas diferenças quanto aos demais:

Ao castigar e reprimir a identidade desviante independentemente de ações realizadas, as normas penais constitutivas pressupõem que somos, natural ou socialmente, diferentes, e expressam, com isso, a intolerância para com as pessoas anormais ou simplesmente diferentes, identificadas por características intrínsecas, quaisquer que sejam os critérios para sua diferenciação.³⁰

Endossando o mesmo raciocínio crítico, Eugênio Raul Zaffaroni explica que a punição

antecipada é o novo direito penal do autor, que sustentado pelo direito penal do risco, criminaliza os atos de tentativa ou mesmo preparatórios, pretendendo apenas controlar o indivíduo, para que este seja leal ao ordenamento jurídico.³¹

3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.306, CTB COMO CRIME DE PERIGO ABSTRATO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Inconstitucionalidade do art.306, CTB como crime de perigo abstrato

Desde os princípios expressos e implícitos da Constituição Federal de 1988, até os postulados consagrados na doutrina, concernentes à atuação do Estado para um Direito Penal Mínimo,³² podemos destacar os seguintes: princípio da lesividade, legalidade estrita, adequação social, culpabilidade, presunção de inocência, intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, alteridade, confiança, insignificância, imputação objetiva, individualização da pena, proporcionalidade, responsabilidade pessoal (direito penal do fato e não do autor).

Todos os referidos postulados são mitigados quando se tem um delito de embriaguez ao volante como sendo de perigo abstrato. Nessa toada, destaco o princípio da lesividade que, na maioria das vezes, é o primeiro a ser citado pelos doutrinadores, quando se questiona o crime de perigo.

O princípio da lesividade, também conhecido como ofensividade, é conceituado por Zaffaroni como sendo o princípio segundo o qual "nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual

27 FERRAJOLI, op.cit., nota 14, p.380/381.

28 "Pune o sujeito não pelo que ele fez, sim pelo que é." (GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral, introdução, volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.110.)

29 "Só responde penalmente quem realiza um fato" (GOMES, op.cit., nota 27, p.110)

30 FERRAJOLI, op.cit., nota 14, p.404.

31 ZAFFARONI, E. Raul. Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª Edição. p.133.

32 "O direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*." (FERRAJOLI, op.cit., nota 14, p.83)

ou coletivo.”³³

Rogério Greco expõe algumas vertentes do princípio da lesividade, que demonstram a ausência de ofensividade na conduta narrada pelo art.306, CTB:

- a) proibição de incriminações que digam respeito a uma atitude interna do agente;
- b) proibição de incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor;
- c) proibição de incriminações de simples estados ou condições existenciais;
- d) proibição de incriminações de condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico;³⁴

O doutrinador César Roberto Bitencourt³⁵ defende a indispensabilidade ao menos de um perigo concreto, real, substancial, efetivo, ao bem jurídico penal protegido, sob pena de haver uma injusta repressão penal, sobre uma conduta que sequer levou, de fato, o bem jurídico a perigo. Nesse mesmo sentido a doutrina de Ferrajoli³⁶ segundo o qual o princípio da lesividade existe porque a interferência punitiva do Estado no controle social, através do Direito Penal, é tão gravosa à liberdade e à dignidade dos seus sujeitos que somente se justifica como último remédio.

Para o mencionado autor os delitos de perigo abstrato punem a mera desobediência da norma, sem que nada tenha havido de relevante no mundo para que houvesse punição, vejamos:

O mesmo pode-se dizer dos denominados ‘delitos de perigo abstrato’ ou ‘presumido’, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como ‘perigo’ que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao

prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo.³⁷

Igualmente, em defesa do crime de perigo concreto e não abstrato, Guilherme de Souza Nucci exalta a dificuldade para o exercício da ampla defesa e do contraditório – direitos fundamentais insculpidos no art.5º, inciso LV da CRFB/88 - nos delitos de perigo presumido:

Sem dúvida, os casos de perigo concreto são mais adequados ao campo penal, permitindo-se a prova em sentido contrário, ou seja, dado determinado fato e exposta a sua potencialidade lesiva, o réu pode questionar ambos os elementos: o fato + potencialidade de causar dano. Quando o tipo invade a seara da abstração do perigo, torna-se mais dificultosa a prova defensiva, podendo-se exagerar na medida punitiva. Afinal, dado determinado fato presume-se a sua potencialidade lesiva, razão pela qual o acusado somente pode questionar um dos elementos da imputação: o fato. Não se admite a alegação ou a prova de que aquele fato não tem potencial para gerar dano, no caso concreto.³⁸

Ante o exposto, não restam dúvidas sobre a inconstitucionalidade do delito de dirigir embriagado, ao menos como delito de perigo abstrato, conforme defendido pela doutrina minoritária, em razão da violação dos princípios penais já mencionados, bem como dos direitos assegurados na Constituição Federal como a liberdade, a intimidade, a vida privada (art.5º, *caput*, e inciso X da CRFB/88) que são tolhidos, pela legislação simbólica e punitivista, em vez de servirem de base limitadora do poder criminalizante primário.

3.2 Embriaguez ao Volante e sua Incompatibilidade com Estado Democrático de Direito

Aqui, necessitamos definir o Estado de Democrático de Direito, que nas palavras de Nina Beatriz Stocco Raniei é “a modalidade do Estado constitucional e internacional de direito que, com o objetivo de promover e

33 ZAFFARONI, op.cit., nota 30, p.226.

34 GRECO, op.cit., nota 12, p.87.

35 BITENCOURT, op.cit., nota 11, p.61.

36 FERRAJOLI, op.cit., nota 14, p.372.

37 FERRAJOLI, op.cit., nota 14, p.383

38 NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais penais e processuais penais. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p.256



assegurar a mais ampla proteção dos direitos fundamentais tem na dignidade humana o seu elemento nuclear e na soberania popular, na democracia e na justiça social os seus fundamentos.”³⁹

Sob o prisma do Direito Penal, o modelo de Estado supracitado deve respeitar todas as normas jurídicas, ou seja, não só as regras, mas também os princípios, em especial as normas atreladas à dignidade da pessoa humana, objetivando sempre controlar o *jus puniendi*:

O Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada e de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.⁴⁰

Segundo Roxin,⁴¹ a função do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, de modo que a evitabilidade pauta a estruturação

do tipo, de forma que a criação de um risco não permitido (concreto) ao bem jurídico já merece tutela do Direito Penal. Dessa forma, o Direito Penal só deve intervir em situações as quais haja um risco relevante de lesão ao bem jurídico.

O autor rechaça a utilização dos tradicionais parâmetros apontados pela doutrina, como a infração de um dever de cuidado. Os tradicionais critérios utilizados para identificar a imprudência – previsibilidade, advertibilidade, cognoscibilidade –, segundo Roxin, são vagos e imprecisos, levando a falsa noção de que de uma transgressão de normas de cuidado se deduz um delito imprudente.

Em outra passagem, Roxin demonstra o conflito existente na ciência penal alemã entre o Estado Democrático de Direito e a punição do estágio anterior, como acontece nos crimes de perigo abstrato:

Na ciência alemã de Direito Penal, discute-se intensamente se a tendência de nosso legislador de permitir a punibilidade já no estágio anterior a uma lesão de bens jurídicos é justificável desde o ponto de vista do Estado de Direito. Por exemplo, a condução de um automóvel em estado de embriaguez é punível também quando inclusive não ocorreu absolutamente nada.⁴²

Com base no exposto, tendo como norte

39 RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito, Barueri, SP: Manole, 2013. p.245.

40 BITENCOURT, op.cit., nota 11, p.42.

41 ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 39, jul.-set. 2002. Trad. Luís Greco.

42 ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.28.

a Constituição Federal de 1988, constata-se que o art.306 do CTB é incompatível com o regime democrático de Direito, não só em razão da sua inconstitucionalidade patente, mas porque “a onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático.”⁴³

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, observa-se que são vários os fundamentos e argumentos para se questionar a constitucionalidade do crime de embriaguez ao volante (art. 306, do CTB) como um delito de perigo abstrato, desde a ofensa a princípios penais, como a lesividade, insignificância e individualização da pena, perpassando também por fatores ideológicos, como o direito penal mínimo e o estado liberal, voltados para o respeito à liberdade do indivíduo e sua vida privada.

Vigora no Brasil o Estado Democrático de Direito e dar efetividade a esse modelo de Estado é um dever do legislador, que não pode atender a pressões sociais e midiáticas, que fomentam o direito penal simbólico e punitivista. Em verdade, a atividade legislativa deve ter como norte a dignidade da pessoa humana, assegurando os direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal, através de políticas públicas, principalmente a educação (art.205 da CF).

Rogério Greco⁴⁴ já afirma que não se educa com o Direito Penal, mas com políticas públicas. Pensar que o endurecimento das sanções penais resolverá o problema social dos acidentes de trânsito é tornar o Brasil um Estado Totalitário, conforme breve lição retirada do clássico “Dos delitos e das penas” de Beccaria, publicado em 1764: “Todo ato de autoridade de homem para homem que não derive de absoluta necessidade é tirânico”.⁴⁵

Nesse contexto, a mais recente modificação realizada no CTB, a Lei nº 13.546/17⁴⁶, embora não tenha revogado/alterado especificamente o art.306, CTB, ela atendeu em parte ao princípio da individualização da pena, visto que incluiu qualificadoras nos delitos de homicídio culposo no trânsito (art.302, CTB) e lesão corporal culposa no trânsito (art.303, CTB), para quando o agente estiver, respectivamente, sob a influência de álcool ou com capacidade psicomotora alterada em razão dessa influência, punindo de fato a ação concreta realizada, e não o simples fato do agente estar sob efeito de álcool, como ocorre com o art.306, CTB.

Assim, caso o legislador permaneça com a política criminal de punir aquele que dirige sob a influência de álcool, mesmo sem ter causado qualquer lesão à incolumidade pública, têm-se como mais adequado ao princípio da lesividade, individualização da pena e da proporcionalidade, entender o delito de embriaguez ao volante como de perigo concreto, coadunando, ainda que mitigadamente, com os princípios constitucionais penais e, consequentemente, com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTÔNIO, Luiz. **Embriaguez**. Disponível em: <<http://www.alcoolismo.com.br/artigos/embriaguez/>>. Acesso em: 26 jun. 2017, 12:00:00.

BARBOSA, Marialva. **História Cultural da Imprensa: Brasil, 1900 – 2000**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Trad. J Cretella Jr e Agnes Cretella I. – 2.ed. ver., 2. Tir. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Beck, Ulrich. **Risk society. Towards a new modernity**. Londres: Sage Publications, 1992

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 20 ed. Ver. Ampl. São Paulo, Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 jun. 2017, 19:00:00.

43 BITENCOURT, op.cit., nota 11, p.48.

44 GRECO, op.cit., nota 12, p.19.

45 BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Trad. J Cretella Jr e Agnes Cretella I. – 2.ed. ver., 2. Tir. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p.28

46 BRASIL. Lei nº 13.546 de 19 de dezembro de 2017. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13546.htm>. Acesso em: 09 março. 2018, 09:30:00

_____. **Decreto-Lei nº 3.651 de 11 de setembro de 1941.** Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3651-11setembro-1941-413903-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 jun 2017, 15:00:00.

_____. **Lei nº 5.108 de 21 de setembro de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5108.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017, 16:00:00.

_____. **Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1977.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.ht>. Acesso em: 25 jun 2017, 09:34:44.

_____. **Lei nº 12.760 de 20 de dezembro de 2012.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12760.htm>. Acesso em 25 jun. 2017, 08:45:00.

_____. **Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008.** Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017, 09:30:00.

_____. **Lei nº 13.546 de 19 de dezembro de 2017.** Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13546.htm>. Acesso em: 09 março. 2018, 09:30:00.

BRITO, Alexis Couto de. **Imputação Objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo penal.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HAUSER, Ester Eliana. **Política Criminal.** Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

JAKOBS, Günther. **Bases para una teoría funcional del derecho penal.** Trad. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez, Enrique Peñaranda Ramos, Marcelo A. Sancinetti, Carlos J. Suárez Gonzáles. Lima: Palestra Editores, 2000.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Org. trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 3 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

JESUS, Damásio. E. de. **Imputação Objetiva.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral, introdução, volume I.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão**

minimalista do Direito Penal. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** Rio de Janeiro, Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais.** Rio de Janeiro, Forense, 2015.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito,** Barueri, SP: Manole, 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal.** Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **A teoria da imputação objetiva.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 39, jul.-set. 2002. Trad. Luís Greco.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ZAFFARONI, E. Raul. Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª Edição.

ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM RELAÇÃO À ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA (*CUSTOS JURIS*) NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Fábria Priscilla de Araújo Costa

Graduada em Direito, Pós-graduação em Direito Processual Civil - EJUSE, Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil - Faculdade Guanambi - Ciclo, Assessoria Jurídica na PGE - Procuradoria Geral do Estado - Regional Caruaru, Analista de direito no MP/SE - Ministério Público do Estado de Sergipe



1. INTRODUÇÃO

O tema em comento mostra-se imperativo em sua relevância jurídica posto que, ante as atribuições elencadas na Constituição Federal de 1988 ao Ministério Público, inobstante, dentre elas, a defesa da ordem jurídica, ao *Parquet* era atribuída a função de fiscal da lei "*custos legis*" no antigo Código de Processo Civil.

Entrementes, infere-se que o Novo Código de Processo Civil inovou ao denominar a referida função ao Ministério Público como sendo fiscal da ordem jurídica "*custos juris*", o que, decerto, revela novos contornos da atuação ministerial na efetiva defesa da ordem jurídica.

Será posta em discussão as alterações atinentes à atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica "*custos juris*" nas ações de família, nova denominação apontada no Novo Código de Processo Civil, antes delineada como fiscal da lei "*custos legis*".

Esta é, justamente, uma dificuldade hermenêutica responsável pelo limbo processual ao qual a intervenção ministerial foi acoimada pelo sistema de justiça nacional, com manifestos prejuízos à sua efetividade.

Certamente, o *status* processual do *Parquet*, quando chamado a intervir na qualidade de *custos legis*, parece nunca ter sido muito bem interpretado, posto que sua presença em juízo não se amolda completamente à ultrapassada regra de *judicium est actus trium personarum: judicis, actoris et rei* (a existência de um processo depende de três pessoas: o juiz, o autor e o réu).

De toda sorte, o Colendo Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são uníssonos no entendimento de que o Ministério Público pode, e deve, atuar como fiscal da ordem jurídica, outrora fiscal da lei, notadamente, nas

ações de família, à guisa de qualquer alusão à posição *sui generis* do Ministério Público como interveniente na relação jurídica processual civil, ainda mais, quando esta intervenção possui uma conotação de fiscalização suprapartes.

É sobremodo importante assinalar a relevância de tal assunto para o Direito, posto que não devemos ficar limitados ao campo estritamente normativo, pois tal discussão interfere, por via oblíqua, no campo social e político, por abranger, notadamente, a atuação do Ministério Público em dada conjuntura, e, por conseguinte, para que evitemos exemplos espúrios de uma rivalidade puramente institucional.

Em remate, iremos abordar as alterações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil pertinente à atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica "*custos juris*" nas ações de família.

2. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM RELAÇÃO À ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA (*CUSTOS JURIS*) NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

2.1 O Dever de Defesa da Ordem Jurídica e do Regime Democrático

A ideia de democracia está intimamente ligada à concepção de Estado de Direito. Assim, em uma visão simplista, deve-se atribuir o termo qualificativo de "Direito" ao Estado que exerça os seus poderes dentro dos limites previstos pelo Direito e em perfeita harmonia com os seus parâmetros estabelecidos, sem olvidar a imperiosa observância das garantias outorgadas

aos indivíduos.

No cenário de evolução da concepção do Estado Social e Democrático de Direito, os direitos civis constituiriam as liberdades públicas, impelindo uma obrigação negativa ao Estado, que está proibido de violá-las. Nesta ordem de ideias, os direitos humanos, indubitavelmente, serão polarizados constantemente pelo princípio da igualdade, posto que isso é resultado da própria noção de Estado de Direito, isto é, todos devem estar sujeitos ao império do Direito para que todos possam obter os mesmos benefícios provenientes deste Direito.¹ Sobremais, na teoria jurídica, podemos definir que o termo *ordem jurídica* é uma ordem social, e, como um sistema de normas que regula a conduta humana, diferentemente das demais ordens sociais, contém o elemento da coação, isto é, exige determinado comportamento expresso por uma norma.²

Nessa esteira, a defesa da ordem jurídica pressupõe a aferição de todos os atos praticados pelos órgãos de Estado, podendo, para tanto, ajuizar as medidas imperativas à repressão de abusos e/ou ilegalidades, na busca incessante de mantê-los coadunados às balizas da Constituição e dos direitos estabelecidos. Destarte, o termo ordem jurídica não guarda similaridade com a lei em sentido estrito, mas, sim, com o Direito em sentido amplo.

Assim, os interesses tutelados por normas de natureza de ordem pública frequentemente são indisponíveis, seja de forma absoluta ou relativa, à medida que os interesses tão-somente individuais são sinalizados pelo traço da disponibilidade.³

A par disso, temos que o Ministério Público, por força do art. 127, *caput*, da CF/88, cuja norma de repetição encontra-se inserta no art. 1º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), preveem que o *Parquet* tem a incumbência funcional da defesa a ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Por sua vez, realizando uma interpretação teleológico-sistemática do disposto no art. art. 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e do art. 1º da Lei nº 8.625/1993, seguramente pode-se afirmar que a atribuição de *defesa da ordem jurídica* não valida a conclusão de que o Ministério Público deve atuar em toda e qualquer demanda que nela encontre o seu fundamento de atuação. Se assim o fosse, o termo ordem jurídica envolveria toda e qualquer atribuição ministerial.

Entretanto, em razão da natureza dos demais interesses tutelados pelas referidas normas, isto é, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, e, considerando a própria *ratio* da atividade finalística atribuída e desenvolvida pelo Ministério Público, consoante dicção do art. 129 da CF/88, inteiramente voltada à satisfação dos interesses da sociedade, entende-se que à Instituição não cabe a defesa, irrestrita e amplamente, da acepção do termo ordem jurídica, mas, sim, de parcela que conjugue os interesses tutelados pelas denominadas normas de ordem pública, que



1 GARCIA, Emerson. Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48.

2 Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 21-24.

3 GARCIA, Emerson. Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50.

abrangem os interesses sociais, os individuais, ainda que sejam disponíveis, porém, que gerem reflexos relevantes e imediatos na coletividade.⁴

Contudo, a obrigação de assegurar a concretização de todos os mecanismos destinados a proteger o indivíduo em suas relações com o Estado não é tarefa do Ministério Público de forma isolada, e sim, parte de um processo que envolve todo o ambiente em que a sociedade está inserida, posto que há necessidades diferenciadas que exigem respostas individualizadas.

Nesse diapasão, inolvidável que novos paradigmas engendram novos olhares, e por isso, se faz pertinente a discussão em torno da alterações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil em relação à atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica "*custos juris*" nas ações de família.

4 GARCIA, Emerson. Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50.

2.2 O Ministério Público como *custos juris* no NCPC

No Processo Civil, mesmo quando se atribui ao Ministério Público a proteção de interesses particulares de outras pessoas, como os direitos dos interditos, da Fazenda Pública, entre outros, a sua função processual nunca é a de um representante, na acepção da palavra, da parte material.

Assim, o seu posicionamento jurídico é de substituto processual, conforme dispõe o art. 18 do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/15), isto em razão da própria natureza e fins institucionais do Ministério Público ou, ainda, em decorrência da vontade da lei, a "*intentio legis*".

Desta forma, mesmo agindo em nome próprio, o Ministério Público defende interesse alheio, isto é, quer seja atuando como parte principal, quer seja como substituto processual, o Ministério Público é parte quando está em Juízo, e nunca procurador ou mandatário de terceiros.⁵

Por conseguinte, no exercício das múltiplas tarefas que lhe confere a ordem jurídica, o Ministério Público ora age como parte, consoante dicção do art. 177 do NCPC/15, que dispõe que "*o Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais*",⁶ ora age como fiscal da ordem jurídica, conforme previsão no art. 178 do NCPC/15.

Como consectário lógico, ainda entre as suas funções, e, sendo outorgado o direito de ação ao Ministério Público, obviamente que o Código lhe atribuiu os mesmos poderes e ônus que são estabelecidos às partes, mesmo que não esteja expressamente disposto no art. 177 do NCPC/15.

Por sua vez, como *custos juris* o MP não tem qualquer compromisso com a parte ativa e/

5 ASSIS, Jacy de. O Ministério Público no Processo Civil. Revista Brasileira de Direito Processual. [S. l.: s. n.], v. III, 3º trimestre, 1975, p. 97 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2016, p. 464.

6 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.



ou passiva da demanda, a não ser a defesa do império da ordem jurídica e do bem comum, haja vista que no NCPC/15 não há diferenciação entre a função do Ministério Público ora como parte e ora como fiscal da ordem jurídica, sendo estas denominações meramente nominais, já que, na prática, os poderes que lhe são conferidos são tão amplos como os das próprias partes envolvidas na lide.⁷

Consequentemente, o NCPC/15 autoriza nos incisos I e II do art. 179, cuja norma de correspondência encontramos no art. 83 do CPC/73, que o Ministério Público, nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, poderá praticar os atos processuais equivalentes aos das partes, e, para tanto, pode requerer a produção de provas, medidas processuais pertinentes no decorrer da relação processual, bem como recorrer contra decisões que entenda lesivas aos interesses por ele judicialmente representados.⁸

Esclarece Theodoro Júnior (2016) que o MP gozará de prazo em dobro para se manifestar nos autos, o que inclui a sua atuação como *custos juris* como quanto parte (art. 180, *caput*, do NCPC/15). Todavia, não haverá a contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o *Parquet*, conforme previsto no § 2º do art. 180 do NCPC/15.⁹

2.3 As Alterações Introduzidas pelo NCPC em Relação à Atuação do MP como Fiscal da Ordem Jurídica nas Ações de Família

O Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/15) prevê em seu art. 178 que:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I – interesse público ou social;

II – interesse de incapaz;

III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.¹⁰

À vista disso, a regra é que, prevalecendo o poder dispositivo das partes sobre os direitos privados, principalmente aqueles de expressão econômica, não cabe ao Ministério Público intervir nestas causas correspondentes.

Como vimos, se o interesse posto em juízo é público, a necessidade de intervenção ministerial é clarividente. Nessa ordem de ideias, mesmo em se tratando de interesses privados, há hipóteses em que o procedimento de jurisdição voluntária ou o processo contencioso versam sobre determinados bens que se encontram sob uma tutela especial estatal, de maneira que, o litígio passa a atingir, pela via oblíqua, um interesse eminentemente público.

À continuação, muito embora nos procedimentos de jurisdição voluntária haja previsão genérica acerca da intimação do órgão ministerial nos procedimentos da espécie, consoante dicção do art. 721 NCPC/15, o entendimento que prevalece na jurisprudência é no sentido de que a obrigatoriedade de tal intimação somente se dá nas hipóteses explicitadas no art. 178 do NCPC/15, correspondente ao disposto no art. 82 do CPC/73.¹¹

Logo, em todas estas possibilidades, o Ministério Público atua como *custos juris* e apresenta-se como sujeito especial do processo, intervindo na demanda para garantir a observância dos interesses da ordem jurídica a serem resguardados na composição da lide, e, desse modo, assegurar a efetividade da

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2016, p. 464

8 DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. Novo Código de Processo Civil: Comparativo com o Código de 1973. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 145.

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2016, p. 465.

10 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2016, p. 467-468

função jurisdicional.¹²

Noutro giro, é cediço que a ausência de intimação do *Parquet* para integrar a relação processual a qual está incumbido a intervir é considerada hipótese de nulidade processual absoluta, conforme previsto no art. 279 do NCPC/15.

Sem embargo, através do cotejo de diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal infere-se que ambos qualificam a ausência de intimação para a intervenção ministerial como hipótese geradora de mera nulidade relativa, argumentando que o único motivo ensejador a justificar a anulação decorreria do prejuízo causado às partes ou à descoberta da verdade substancial.¹³

Interessante se faz trazer à baila a atuação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que, no exercício das atribuições fixadas no art. 130-A, § 2º, inciso I, da CF/88, e, considerando a necessidade de orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República, que priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente, editou a Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, ainda na vigência do CPC/73 e, posteriormente, com a entrada em vigor do NCPC/15, editou a Recomendação nº 34, de 05 de abril de 2016, revogando a recomendação anterior e, sem caráter vinculante, dispôs sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil.¹⁴

Acrescente-se que, no exercício do seu mister, o membro ministerial pode e deve fazer uma análise acurada acerca da sua atuação como órgão interveniente no processo civil nas

demandas em que se constate a existência de relevância social, pois, como bem prevê o art. 1º, incisos III e IV, da Recomendação nº 34/2016 do CNMP, os órgãos do Ministério Público, “no âmbito de sua autonomia administrativa e funcional, devem priorizar a busca da efetividade em suas ações e manifestações e a limitação da sua atuação em casos sem relevância social para direcioná-la na defesa dos interesses da sociedade”.

De fato, observa-se que a maior dificuldade consiste em definir o *interesse social*, expressão que possui natureza de conceito *jurídico indeterminado* e cuja verificação ficará a cargo das unidades do Ministério Público no caso concreto, que, por ato interno e sem caráter vinculante, deverão disciplinar a matéria da intervenção cível, respeitada, em todo caso, a independência funcional dos seus membros.

Por outro lado, mostra-se pertinente que, ao analisar o não cabimento da sua intervenção, o Órgão Ministerial apresente as razões que justificam a ausência de interesse no feito respeitando-se, dessa forma, o Princípio da Disponibilidade Motivada, consoante acertadamente dispõe o art. 2º da sobredita Recomendação, ao prever que “a identificação do interesse público no processo é juízo exclusivo do membro do Ministério Público, sendo necessária a remessa e indevida a renúncia de vista dos autos”.

2.3.1 Ação de Divórcio e Separação Litigiosa

No que diz respeito às ações de divórcio judicial e separação litigiosa, verifica-se que, em ambas as figuras, em razão de o casamento poder ser extinto ou deixar de produzir os seus efeitos jurídicos, daí decorre a exigência da intervenção ministerial em feitos desta natureza, posto que existiria, nestes casos, um interesse público evidenciado.¹⁵

Por seu turno, o art. 693 do NCPC/15, prevê que as normas do Capítulo X, que trata das Ações de Família, “aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável,

12 Conforme precedente do STF, “A qualificação do Ministério Público como órgão interveniente defere-lhe posição de grande eminência no contexto da relação processual, na medida em que lhe incumbe o desempenho imparcial da atividade fiscalizadora pertinente à correta aplicação do direito objetivo” (ADI 758 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 8 abr. 1994)

13 Neste sentido, STJ, 2ª Turma, REsp 201001084632, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 3 out. 2011, e STF, 2ª Turma, ARE 744437 AgR, Relª. Min. Cármen Lúcia, julgado em 14 out. 2014, Processo eletrônico DJe 212, div. 28 out. 2014, publicado em 29 out. 2014.

14 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação nº 34, de 05 de abril de 2016. Brasília DF, 05 abr. 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomendacao_34_Alterada_Rec37.pdf>. Acesso em: 1 out. 2017.

15 GARCIA, Emerson. Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 324



guarda, visitação e filiação”.¹⁶

Registre-se ainda, que o Enunciado 72 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) dispõe que “o rol do art. 693 não é exaustivo, sendo aplicáveis os dispositivos previstos no Capítulo X a outras ações de caráter contencioso envolvendo o Direito de Família”.¹⁷

Essa novidade acolhe a pretensão daqueles que militam em favor de um procedimento próprio para as ações que envolvam o Direito de Família, os quais entendem que nestas demandas são discutidas questões relevantes e, não raras as vezes, de complexa resolução, não apenas porque abarcam a vida, a intimidade e a dignidade das pessoas envolvidas no litígio, mas, igualmente, os seus familiares que são diretamente atingidos por tal circunstância.¹⁸

Sobremais, através da análise do art. 694, depreende-se que o NCPC/15 prioriza e prestigia, a todo tempo, soluções pacificadoras, utilizando-se, para tal desiderato, das técnicas

e dos métodos consensuais de solução de conflitos, através da conciliação e/ou mediação, sejam estas judiciais ou extrajudiciais, em detrimento da decisão da autoridade judicial, com base unicamente na lei, uma vez que este tipo de decisão apenas deve ser reservado para os casos em que não for possível obter o consenso entre as partes.

Mutatis mutandis, o art. 226, § 6º da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 66/10 (EC), passou a prever que “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”.¹⁹

Apesar disso, o legislador infraconstitucional insistiu em dispor acerca do instituto da separação judicial no art. 23, bem como nos arts. 693 e 731, do NCPC/15, este, que por sua vez, trata do procedimento de jurisdição voluntária de separação consensual.

Por outro enfoque, de acordo com a redação do art. 698 do NCPC/15, sem correspondência no CPC/73, “o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo”.²⁰

16 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

17 DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. Novo Código de Processo Civil: Comparativo com o Código de 1973. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 378.

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2016, p. 367.

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Código de Processo Civil. Brasília DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

20 DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. Novo Código de Processo Civil: Comparativo com o Código de 1973. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 379.

Consequentemente, em consonância com a leitura do art. 176 do NCPC/15, conclui-se que o *Parquet*, neste caso, atua como *custos juris* de interesses e direitos individuais indisponíveis, mais uma vez, atendendo aos anseios de racionalização de sua atuação processual, conformando-o à defesa dos interesses metaindividuais.

2.3.2 Ação de Reconhecimento e Extinção de União Estável

Convém ressaltar que o NCPC/15 equiparou a ação de reconhecimento e extinção de união estável às ações de família sob todos os aspectos, seja de jurisdição (art. 23, III); de competência (art. 53, I); de capacidade processual (art. 73, § 3º); de forma dos atos processuais (art. 189, II); dos requisitos da petição inicial (art. 319, II); e, do reconhecimento e da extinção da união estável contenciosa e voluntária (arts. 693 e 732), respectivamente.²¹

Entretanto, o rol previsto no art. 731 do NCPC/15 não é taxativo, posto que outras ações, como a de reconhecimento de união estável, guarda, visitação e filiação consensuais, acaso propostas, se submeterão ao rito especial da jurisdição voluntária.²²

Outrossim, pelo princípio da simetria, o disposto no art. 732 do NCPC/15 igualmente é aplicável à extinção consensual de união estável entre pessoas do mesmo gênero, devendo, para tanto, a homologação do pleito de extinção ser requerido por ambos os companheiros.

À continuação, a lei não prevê, bem como a doutrina e a jurisprudência pátria são uníssonas no sentido de que não é necessário determinado lapso temporal para a configuração da união estável, tampouco para a sua dissolução.

Contudo, não restará configurada se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 1.521 do Código Civil de 2002 (CC/02), que trata dos

impedimentos legais para o matrimônio.²³

Registre-se ainda, que as relações advindas da união estável não condensa os seus efeitos à esfera patrimonial, sendo certo que produz efeitos nomeadamente pessoais e sociais, tais como o uso de sobrenome, a guarda e visitação de filhos, entre outros, o que evidencia o interesse da intervenção do *Parquet* nestes feitos.²⁴

Inobstante o NCPC/15 não tenha previsto o procedimento de jurisdição voluntária de forma minudente, posto que visa à celeridade e simplificação processual, nesta ordem de ideias, o legislador infraconstitucional sequer reproduziu a norma de repetição contida no CPC/73 que previa que deveria ser realizada audiência com o fito de as partes manifestarem sua ratificação quanto à intenção de dissolver a união estável. Assim, estando a petição inicial em ordem, o juiz, havendo interesse de incapaz, deverá ouvir o MP previamente, conforme o art. 178, inciso II, do NCPC/15.

Contudo, a par disso, é imperativo destacar que a necessidade da intervenção do Ministério Público se justifica através da interpretação estruturante do ordenamento processual civil, pois, em que pese a legitimação da atuação ministerial se confirmar por se tratar de uma típica matéria afeta às ações de famílias, caracterizando, assim, o interesse como indisponível em face da natureza da lide, de igual modo, tal participação ministerial apenas irá ocorrer se restar evidenciado interesse de incapaz envolvido na demanda.

2.3.3 Ação de Guarda e Visitação

Cumpra examinarmos, neste passo, o contido nos arts. 1.583 e seguintes do Código Civil de 2002 (CC/02) com a redação dada pela Lei nº 13.058/14, os quais dispõem que a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada.²⁵

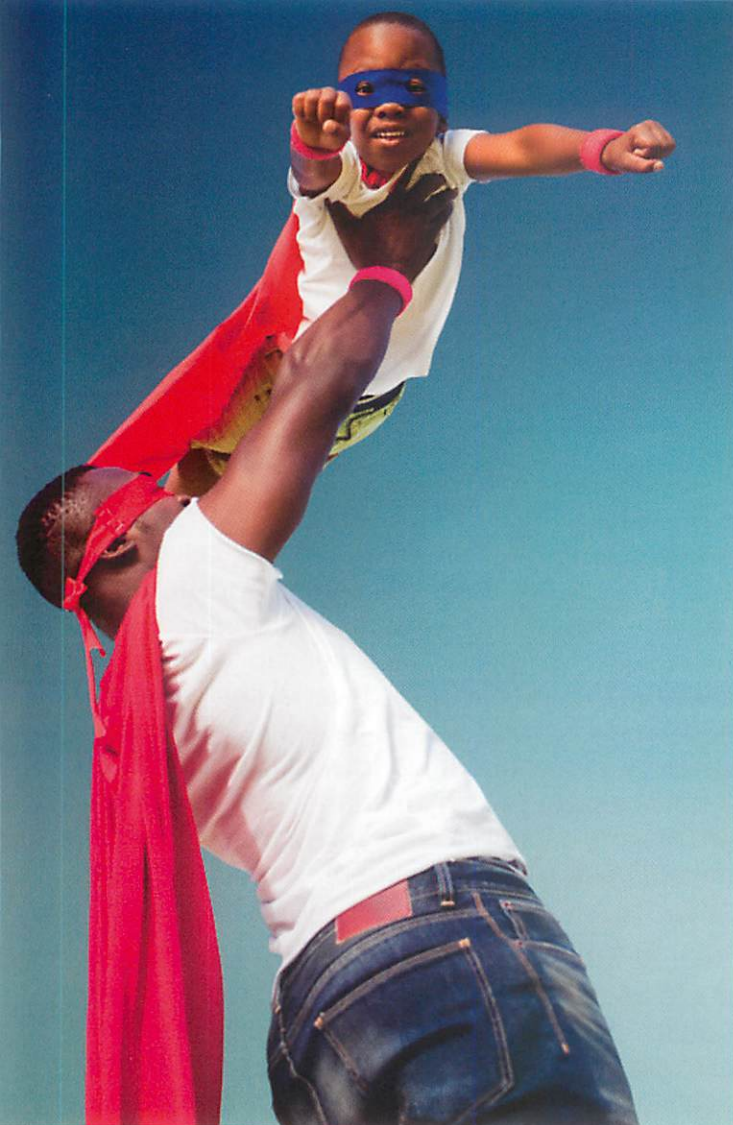
21 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

22 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2016, p. 476.

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2016, p. 477.

24 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v. 6, 2014, p. 529.

25 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.



Com efeito, os deveres dos pais não emanam da situação da entidade familiar, ao contrário, independem dela, pois emergem do poder familiar. Assim, com a dissolução da sociedade conjugal o poder familiar subsiste, alterando-se apenas a guarda dos filhos menores e a definição do direito de visitas, quando a guarda não for compartilhada.

De mais a mais, não há diferença quanto à relação do ex-companheiros com os filhos, assim como do ex-concubinos e sua prole, em razão do princípio constitucional de igualdade dos filhos.²⁶

Cabe ressaltar, que o disposto no art. 731, inciso III, do NCPC/15, prevê que para a homologação do divórcio, da separação consensual e da extinção da união estável consensual, deve constar na exordial o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e quanto

ao regime de visitas.²⁷

Posta assim a questão, é de se dizer que o Ministério Público, ainda que o pleito das partes quanto à ruptura da relação amorosa seja consensual, bem como haja acordo quanto ao direito de guarda, visitação e alimentos, havendo interesse de incapazes, o órgão ministerial deverá intervir no feito, com fundamento nos arts. 178, inciso II, art. 179, art. 180, art. 698 e 731, incisos III e IV, todos do NCPC/15.

2.3.4 Ação de Filiação

A partir da estrutura constitucionalmente imposta à filiação, é mais do que razoável afirmar que, além da absoluta impossibilidade de tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem, não há óbice à identificação da filiação, rompendo-se, desta forma, o sistema jurídico até então vigente, não sendo tolerado nenhum obstáculo ao reconhecimento e/ou à contestação da filiação, conforme bem prevê os arts. 26 e 27 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, e os arts. 1.601 e 1.606 do CC/02.²⁸

Sem embargo, o filho havido fora do casamento, em cuja certidão de nascimento não consta o nome de um ou ambos os progenitores, pode intentar ação investigatória de paternidade e/ou maternidade, a fim de obter, oficialmente, o direito de definir os seus nomes, bem como a regularização de seu assento registral.²⁹

Justamente por se tratar de uma ação de estado e, em sendo o caso de interesse de incapaz posto em juízo, a intervenção ministerial é obrigatória, *ex vi* do disposto nos arts. 178, inciso II, art. 179, art. 180 e art. 698, do NCPC/15.³⁰

Sobremais, não sem tempo, a Recomendação nº 37, de 13 de junho de 2016 alterou a Recomendação nº 34/2016 do CNMP, revogando o inciso IX do art. 5º da sobredita Recomendação,

27 DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. Novo Código de Processo Civil: Comparativo com o Código de 1973. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 391.

28 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v. 6, 2014, p. 567.

29 NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2011, p. 307.

30 NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2011, p. 307.

26 NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2011, p. 507.

que definia como caso de relevância social as ações relativas ao estado de filiação, ainda que as partes envolvidas fossem maiores e capazes. Em verdade, tal orientação não cumpria com uma de suas funções principais, que é a de tutelar interesses individuais indisponíveis, o que, de fato, não ocorre nestas hipóteses.

Por tudo isso, apenas se deve atribuir à intervenção do Ministério Público os casos que, devidamente comprovados, configurem hipóteses de envolvimento de interesses de incapazes, ainda que sejam maiores.

2.3.5 Ação de Alimentos

Tenha-se presente que neste novo sistema processual a ação de alimentos que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto na legislação específica, a saber, a Lei nº 8.069/90, aplicando-se, no que couber, o disposto no Capítulo X, consoante o disposto no Parágrafo único do art. 693 do NCPC/15.³¹

Posta assim a questão, e, considerada a natureza peculiar da obrigação alimentícia, é incontestável concluir que a ação de alimentos exige um procedimento especial, mais simplificado e célere.³²

Neste toar, o Ministério Público está legitimado a requerer alimentos em favor da criança, do adolescente e do idoso. Ademais, a legitimidade do MP para a propositura da ação de alimentos é plenamente compatível com a sua atual feição ministerial, pois se encaixa nas atribuições constitucionais que lhe são conferidas pelo art. 127 da CF/88, no tocante à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis.

Como se depreende, efetivamente, através de uma interpretação teleológica do texto constitucional, infere-se de forma clarividente que o Ministério Público está legitimado não só a propor ação de alimentos, mas, igualmente, as

demais ações que lhe são afetas, tais como ação de execução de alimentos, propriamente em razão do caráter indisponível do direito posto em litígio e pelo alcance social desta legitimidade.³³

Em epítome, a intervenção ministerial em tais ações de família sempre serão norteadas pela racionalização da atividade do *Parquet* no atingimento de suas finalidades, o qual deve servir como instrumento de maior efetividade e qualidade na prestação da atividade jurisdicional, na busca de uma resolução célere e efetiva.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise do que preceitua a Constituição Federal de 1988, infere-se que vige no Brasil um Estado Constitucional Democrático de Direto, cuja incumbência, de forma precípua, reside em proporcionar o bem comum para a sociedade, através da garantia dos direitos fundamentais individuais e coletivos, no qual compreende-se, de um modo muito cristalino, que sua atuação é voltada para garantir essa defesa.

O desenho constitucional do Ministério Público Brasileiro confere-lhe um perfil *sui generis*, sem paralelo entre as demais instituições públicas mundo afora. Trata-se de uma instituição permanente, independente e essencial à função jurisdicional estatal, encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Desta forma, através do cotejo dos arts. 127 e 129 da CF/88, infere-se que o *Parquet* possui ampla legitimação ativa para, na qualidade de parte, ajuizar demandas coletivas na proteção dos interesses ou direitos difusos, marcados pela titularidade, indivisibilidade e transindividualidade de todo o arcabouço social.

Assim, quando da apreciação do objeto do presente trabalho, qual seja, as alterações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil em relação à atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*) nas ações de família, observa-se que a atuação ministerial no processo civil não deve jamais ofuscar o fato

31 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

32 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v. 6, 2014, p. 769.

33 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v. 6, 2014, p. 773.

de que, seja atuando como parte, seja atuando como órgão interventivo, os interesses e/ou direitos que devem ser representados e/ou protegidos constitucionalmente são os mesmos.

E, para esse desiderato, se faz necessário considerar que a *ratio essendi* da intervenção do Ministério Público no processo civil é justamente o interesse público, pois, mantendo afastada a possibilidade de discussão em torno das diferentes expressões normativas utilizadas para fundamentar a atuação *custos juris* do Ministério Público, é patente que a justa e adequada tutela jurisdicional é, e sempre será, o interesse público primário.

Não obstante, conforme explanado no presente trabalho, tanto a Constituição Federal quanto as normas infraconstitucionais (Lei nº 13.105/15 e Recomendação nº 34/2016 do CNMP) autorizam o membro do Ministério Público na identificação do interesse público que justifique a intervenção da Instituição na causa.

Nessa esteira, o que há de realmente novo no ordenamento processual civil é a compreensão do Ministério Público como adequado representante dos interesses difusos em juízo, e, conseqüentemente, do interesse público, priorizando a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente, o que, decerto, exige uma efetiva representação que só se satisfaz integralmente diante da percepção do Ministério Público no processo judicial sempre como parte.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil: Comparativo com o Código de 1973**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, v. 6, 2014.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 5.

ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2016.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Código de Processo Civil. Brasília DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília DF, 12 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 34, de 05 de abril de 2016**. Brasília DF, 05 abr. 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomendacao_34_Alterada_Rec37.pdf>. Acesso em: 1 out. 2017.

REFLEXÕES ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DE CUNHO INDENIZATÓRIO NO CENÁRIO BRASILEIRO

Guilherme Augusto Melo Batalha De Gois

Mestrando em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS.
Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Judicial do Estado de Sergipe – EJUPE.
Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Tiradentes – UNIT. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. Advogado



1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da Constitucionalização do Direito em *terra brasilis* é considerado, de certo modo, recente, e tem influenciado uma substancial modificação em todas as áreas do Direito. Verifica-se que, contemporaneamente, é muito raro encontrar uma demanda judicial, independentemente do ramo – penal, trabalhista, civil, empresaria, etc -, em que a Constituição Federal não seja em algum momento convocada pelas partes da lide e depois utilizada pelo julgador na fundamentação do seu *decisum*.

Constata-se que a *Lex Fundamentalis* é invocada não somente nas querelas mais polêmicas ou graúdas, como também em simples causas de nos juizados especiais ou em singelas ações de cobrança. Enfim, a Constituição Federal faz-se presente de modos diversos no cotidiano da sociedade, de forma sem precedentes no país.

Neste contexto, verifica-se que a Carta Política de 1988 rompeu paradigmas que reinavam até então, onde os direitos fundamentais eram vistos como um quadro decorativo. Assim, o constituinte ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, consagrou no texto constitucional, direitos elementares ao ser humano, não se olvidou em tutelar o direito à alimentação, bem como em criar mecanismo de efetivação destes créditos alimentares, diante da importância destes para manutenção da dignidade do alimentando.

Nesta perspectiva, nota-se que a Constituição Federal no capítulo destinado aos direitos fundamentais, previu a possibilidade de prisão civil do devedor inadimplente de obrigação alimentar, desde que esta mora

seja inescusável e voluntária. Entrementes, ao valer-se da expressão “obrigações alimentares” a Lei Maior não descortinou qual ou quais tipos de obrigações alimentares estariam sujeitas a incidência do referido mecanismo de cunho constitucional-processual, fato que vem causando debates na esfera doutrinária e jurisprudencial.

A par de tais considerações é que brota o escopo do presente estudo, o qual visa desvelar elementos para reflexões acerca da temática proposta, contudo, sem ter-se a pretensão de exaurir o tema diante da sua vasta profundidade.

2. PREMISSAS INAUGURAIS

Sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi elaborada por uma Assembleia Constituinte livre e democrática, a qual emergiu num período de suplantação de um cenário de autoritarismo Estatal que menosprezava os direitos fundamentais, os quais eram postos numa esfera periférica.

Visando repelir os fantasmas do passado, a *Lex Fundamentalis*, dolosamente, consagrou no seu catálogo, logo nos primeiros dispositivos, direitos de matriz fundamental, antes mesmo das normas concernentes à organização do Estado. A localização topográfica privilegiada conferida aos direitos fundamentais pela CF/88 serve para descortinar a ideologia acolhida pelo constituinte que passou a projetar as normas fundamentais como valores morais superiores ao próprio Estado, concebida na ideologia de que “as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos” (SARMENTO, 2006, p. 35).

Neste panorama, visualiza-se que inúmeras prerrogativas foram concretizadas graças ao Estado Democrático de Direito¹. Salvaguardou-se neste, sobretudo os direitos tidos como fundamentais², os quais não geram apenas direitos subjetivos para seus titulares, mas se alastram pela ordem jurídica como princípios superiores do ordenamento jurídico, que influenciam a produção normativa em todos os campos do direito, bem como estabelecem deveres fundamentais para o Poder Público (de realização e proteção), para os demais agentes privados (de respeito), inclusive para o próprio titular do direito (de indisponibilidade).

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 (doravante designada CF) foi a primeira, na história constitucional brasileira, a prever um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais (Título II), em que, juntamente com os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos e as regras sobre a nacionalidade, foram também consagrados direitos sociais básicos [...]. Embora na evolução constitucional precedente já houvesse previsão de algumas normas versando sobre justiça social e mesmo de alguns direitos sociais, foi apenas em 1988 que os direitos sociais foram efetivamente positivados como autênticos direitos fundamentais [...] reforçando a existência de uma recíproca complementariedade entre direitos individuais (direitos de liberdade) e direitos sociais (direitos de igualdade), na medida em que todos eles densificam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que a ela não se reduzam (SARLET, 2013, p. 534).

Nesta perspectiva, verifica-se que os

direitos mais elementares ao homem foram alçados a órbita constitucional, na medida em que a Constituição Federal deposita na dignidade da pessoa humana um dos seus fundamentos³.

De modo que, considerando que o ser humano, desde a sua concepção, necessita ser alimentado como condição elementar ao seu desenvolvimento pleno, o constituinte não olvidou de dedicar parte do seu texto a esta temática, tendo o feito em diversas passagens.

Promovendo-se uma interpretação sistemática⁴ da Constituição Federal, infere-se que os alimentos devem englobar as necessidades vitais do alimentando (a alimentação, a moradia, a educação, a saúde, o lazer, dentre outros), com vistas a conservar a dignidade deste. Não à toa, a alimentação foi tratada pela Carta Magna como norma de matriz fundamental, uma vez que foi consagrada, expressamente, como um direito social⁵.

Sucedendo que, a CF/88 não se limitou a prescrever normas de cunho material às obrigações alimentares. Diante importância do direito em roga, o constituinte dispôs mecanismos para a sua efetivação. Nesta senda, um dos dispositivos que mais chamou a atenção dos estudiosos do Direito, no âmbito dos créditos alimentares, versa sobre a possibilidade da prisão civil⁶ do devedor de alimentos (art. 5º, LXVII da CF). Pela leitura deste dispositivo constitucional, constata-se a vedação de prisão civil, ressalvada duas hipóteses: i) a do responsável pelo inadimplemento, voluntário e inescusável, de obrigação alimentícia; ii) do depositário infiel⁷.

1 El paradigma del Estado constitucional de derecho – o sea, el modelo garantista – no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la substancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material (FERRAJOLI, 2001, p. 22).

2 Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeito por uma norma jurídica; y por status la condición de um sujeito, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (FERRAJOLI, 2001, p. 37).

3 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/88).

4 Consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto (MAXIMILIANO, 2009, p. 104).

5 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. (CF/88).

6 Art. 5º. [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; (CF/1988)

7 Em que pese a temática se instigante, por limitações puramente metodológicas a exceção da prisão civil do depositário infiel não será abordada no presente estudo.



Mister pontuar que a prisão civil do devedor de alimentos não tem índole satisfativa ou punitiva, na medida em que, mesmo preso, o alimentante continua inadimplente frente as prestações vencidas e vincendas no decorrer do processo⁸. Em verdade, a prisão civil do devedor de alimentos trata-se de ferramenta processual, de cunho excepcional, vocacionada a pressionar o alimentante em mora a promover o adimplemento da sua obrigação alimentar. Portanto, não guarda correlação com a prisão de natureza criminal.

A prisão civil não se confunde com a prisão de natureza penal, determinada pelo juízo penal competente, seja no transcurso do processo penal, seja ao final, quando prolatada sentença penal condenatória, com aplicação da respectiva pena. No Brasil, no que diz com as possibilidades previstas na Constituição, a prisão civil não é considerada uma pena propriamente dita, mas, sim, um excepcional meio processual de cunho coercitivo com duas finalidades: a) obrigar o devedor de alimentos a cumprir com a sua obrigação alimentar [...] (SARLET, 2013, p. 464).

Ocorre que a celeuma que o presente estudo visa retratar não reside na possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos, mas, sim, no alcance da referida norma, na medida em que questiona-se na esfera acadêmica e jurisprudencial, se todos os tipos de prestações alimentares estariam englobadas nesta medida extraordinária.

3. ALCANCE DAS NORMAS ALIMENTARES NO CENÁRIO BRASILEIRO

3.1 Natureza jurídica das obrigações alimentares e suas modalidades

O ser humano, por natureza, antes mesmo do seu nascimento⁹, é dependente de alimentos, como condição de vida. É de bom alvitre averbar que a expressão alimentos deve ser interpretada em sentido amplo, alcançando tudo que é indispensável para satisfazer as necessidades vitais do alimentando. Neste sentido, “constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo” (CAHALI, 1999, p. 16).

A par de tais considerações, os alimentos podem ser concebidos como prestações destinadas a satisfazer as necessidades vitais daquele indivíduo que pleiteia tais verbas. A obrigação alimentar, dependendo da natureza jurídica que originou referida obrigação, é classificada pela doutrina em: alimentos legítimos, voluntários e indenizatórios.

Os primeiros são impostos por lei e decorrem da solidariedade familiar, emanado da relação de parentesco, casamento ou união estável. A doutrina alinha referida obrigação alimentar como “alimentos familiares” ou “alimentos legítimos”.

Como legítimos, qualificam-se os alimentos

8 Art. 528. [...] § 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas; (Lei nº 13.105/2015).

9 Diante desta necessidade, o legislador brasileiro elaborou a Lei nº 11.804/2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos.

devidos em virtude de uma obrigação legal; no sistema do nosso direito, são aqueles que se devem por direito de sangue (*ex iure sanguinis*), por um veículo de parentesco ou relação de natureza familiar, ou em decorrência do matrimônio; só os alimentos legítimos, assim chamados por derivarem *ex dispositione iuris*, inserem-se no Direito de Família (CAHALI, 1999, p. 22).

Noutra banda, os alimentos voluntários podem se constituir em razão de uma declaração de vontade humana – *inter vivos* ou *mortis causa*. Estes são prestados em função de um negócio jurídico (relação obrigacional) ou por disposição de última vontade (direito sucessório).

Por fim, o direito alimentar pode aflorar em virtude da prática de algum ato ilícito – e.g. homicídio – por este motivo, é conhecido pelos estudiosos como “alimentos indenizatórios” ou “alimentos reparatórios”.

3.2 Efetivação dos créditos alimentares

Considerando a natureza do crédito alimentar, especialmente, por sua essencialidade, é inevitável que este exija respostas mais enérgicas do ordenamento jurídico ao buscar sua efetivação. A execução¹⁰ alimentar é uma

execução de pagar quantia certa, que por conta da estrutura do direito resguardado é visto como execução especial.

Assim, infere-se que o crédito alimentar situa-se em posição privilegiada, sendo incompatível com o procedimento amplo e burocrático da execução comum de prestação pecuniária. Tanto é que, como relatado alhures, a Constituição Federal admite a possibilidade do uso da coerção pessoal, pela restrição da liberdade, como técnica de cumprimento da prestação alimentar.

Vale ressaltar que, em função da gravidade que a coerção impõe – restrição da liberdade do devedor alimentar –, a Carta Magna condiciona a sua aplicabilidade à voluntariedade e inescusabilidade do alimentante em adimplir os créditos alimentares. Assim, infere-se que a ausência do pagamento dos créditos alimentares, *per si*, não justifica a prisão do alimentante, uma vez que esta deve ser empregada em casos de desídia, obstinação, contumácia na frustração do crédito.

De modo que, constatada a voluntariedade e a inescusabilidade do alimentante em adimplir os créditos alimentares, a prisão deste é medida válida. Entrementes, inexistente convergência a respeito da modalidade de prestação alimentar que pode ser manejada pela via especial. Parte da doutrina sustenta que a via especial é destinada, exclusivamente, aos alimentos legítimos. Noutra banda, há vozes que defendem que referida limitação é indevida, devendo-se aplicar

¹⁰ Neste caso, a expressão “execução” deve ser considerada na sua acepção ampla, na medida em que a depender do título que imponha a obrigação alimentar, em verdade pode-se versar sobre cumprimento de sentença – no caso de título judicial – ou demanda autônoma de execução – para os títulos extrajudiciais.



os mecanismos especiais indistintamente da origem do crédito alimentar.

Da leitura do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, nota-se que o constituinte se vale da expressão “*obrigação alimentícia*”, não especificando qual ou quais tipos de crédito alimentar encontram-se sob a égide do referido mecanismo processual-constitucional. Aqui reside o ponto nevrálgico do presente estudo¹¹.

3.3 Impossibilidade de prisão civil do devedor de alimentos de natureza indenizatória

Em que pese a *Lex Fundamental* ser omissa a respeito dos tipos de obrigações alimentares que comportam a coerção por meio da prisão civil, na medida em que o texto constitucional vale-se do termo “*obrigação alimentar*”, parcela significativa da doutrina e da jurisprudência advogam que somente os créditos alimentares legítimos é que fazem jus ao referido mecanismo.

Sabe-se que, os alimentos legítimos são fixados de acordo com o binômio¹² - possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado¹³ -, assim, em princípio, o prestador tem condições de suportar tal obrigação. Se o alimentante não paga, sua má-fé é presumida, o que torna justa a coação da prisão civil em prol da sobrevivência do credor alimentar. Enquanto que os alimentos indenizatórios são estabelecidos de acordo com o efetivo dano causado, independentemente da possibilidade do alimentante. Neste caso, a prisão civil do devedor é desarrazoada e pode encarcerar pessoas por sua pobreza. Com isso, estar-se-ia vilipendiando a dignidade da pessoa humana do devedor alimentar. Por esta razão, Carlos Roberto Gonçalves aduz que “não cabe, porém, a prisão por inadimplemento de prestação alimentícia decorrente de

responsabilidade por ato ilícito” (2016, p. 565).

Esta interpretação restritiva, encontra-se consolidada perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ que, em síntese, entende que somente os créditos alimentares decorrentes do direito de família comportam a prisão civil do alimentante em mora, posto que a natureza da relação travada entre alimentante e alimentando, neste tipo de relação, é regida por normas da esfera do direito de família. Nesta linha, as turmas do STJ competentes para o julgamento de litígios que versem sobre direito privado (3º e 4º Turmas), já se posicionaram reiteradamente¹⁴.

Assim, para os adeptos deste entendimento, os alimentos indenizatórios por possuírem regras específicas - ligadas ao campo da responsabilidade civil -, bem como por haver regras próprias para satisfação dos seus créditos - e.g. a constituição de capital para asseguramento do pagamento do valor mensal da pensão¹⁵ -, justificam a impossibilidade de prisão do alimentante inadimplente.

3.4 Possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos de natureza indenizatória

Noutra margem, há vozes que defendem a possibilidade da utilização deste instrumento constitucional-processual (prisão civil), contrapondo os argumentos lançados pela corrente oposta, na medida em que “o verdadeiro espírito da lei é franquear meios executórios mais lests e eficazes aos alimentários em geral, deixando de discriminá-los em razão da fonte da obrigação alimentar” (ASSIS, 2011, p. 112).

Ademais, considerando que os créditos alimentares se destinam ao atendimento das necessidades vitais do alimentando, independentemente da sua origem desta obrigação, a vedação à utilização da coerção da liberdade do alimentante inadimplente é visto como um óbice desleal àquele que necessita dos alimentos.

11 Em decorrência de limitações metodológicas este estudo não abordará alguns assuntos correlatos ao tema, tais como: escolha entre os diferentes meios executivos para a execução de alimentos (art. 528, § 8º do CPC/15); debate acerca do prazo da prisão civil (art. 528, § 3º do CPC/15 vs. art. 19 da Lei nº 5.478/68); regime a ser cumprida a prisão civil (art. 528, § 4º), dentre outros. Na medida em que o trabalho visa focar na discussão acerca da (im) possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos de natureza indenizatória.

12 Alguns doutrinadores, a exemplo da Maria Berenice Dias, falam em trinômio: proporcionalidade/necessidade/possibilidade.

13 Art. 1694. [...] § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (Código Civil).

14 No mesmo sentido: REsp. 62.963/MG; HC 92.100/DF; HC 35.408/SC; HC 182.228/SP.

15 Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. (CPC/2015)

Em realidade, atento ao pressuposto da unicidade de destinação dos alimentos, não se pode pretender – apenas em função da diversidade das causas geradoras da obrigação alimentar – a fragmentação do instituto em compartimentos estanques, informando-se cada modalidade em princípios autônomos, com disciplina jurídica exclusiva e incomunicável. A promiscuidade de princípios informadores das várias causas geradoras da obrigação alimentícia não comporta ser descartada sumariamente, dependendo da solução, o mais das vezes, das respectivas disciplinas no ordenamento jurídico (CAHALI, 1999, p. 25).

Por fim, mas não menos importante, vislumbra-se que, a natureza da norma de direito fundamental pode ser tanto uma regra quanto um princípio, posto que ambos dizem o que deve ser. Os princípios assumem a característica de serem aplicáveis à medida que vão ganhando o espaço permitido pelas circunstâncias fáticas e jurídicas. Enquanto que, as regras se caracterizam por ser um comando definitivo, de tudo ou nada. A respeito do tema, valido invocar as lições de Ronald Dworkin.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] A regra pode ter exceções, mas se tiver, será imprecioso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um (2002, p. 39/42).

Assim, para os filiados a esta causa, na medida em que a Constituição Federal, na qualidade de norma estrutural do ordenamento jurídico¹⁶ doméstico, sendo, portanto, norma válida, ao consagrar a regra da possibilidade da prisão civil do devedor de obrigação alimentar inadimplente, sem prever exceções a referida regra, não quis que seu alcance fosse restringido a determinada categoria de alimentos. De modo que, a omissão da *Lex Fundamentalis* a respeito do tema deve ser interpretado como um silêncio eloquente, entendendo-se a possibilidade de prisão civil a qualquer tipo de obrigação alimentar, em homenagem a dignidade da pessoa humana do alimentando.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto nas linhas introdutórias, a Constituição Federal, hodiernamente, faz-se presente no dia-a-dia dos cidadãos de inúmeras formas. Ademais, nota-se que o debate dos mais variados conflitos jurídicos, políticos e sociais são equacionados a partir da *Lex Fundamentalis*.

No que concerne a temática acerca da prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios, nota-se que a regra constitucional ao dispor sobre referido instituto vale-se do termo “obrigação alimentar”. A partir de lacuna, a doutrina e a jurisprudência não são uníssonas ao tratar do tema. O princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado como bandeira para o discurso restritivo, bem como pela doutrina ampliativa.

De modo que, como dito alhures, o presente trabalho não tem o objetivo de exaurir o tema, inclusive, encontra-se anos luz deste propósito. Porém, espera-se que a par das considerações postas em *outdoor* possa-se fomentar o debate acerca da temática proposta. Refletir sobre temas importantes, especialmente, que versem sobre matéria constitucional é de extrema valia, na medida em que pode influenciar a vida dos cidadãos.

¹⁶ A hierarquização é um corolário do princípio dinâmico dos sistemas jurídicos, que pressupõe que a validade de uma norma jurídica deve ser determinada por critérios estritamente formais, o que significa que uma norma é considerada válida se tiver sido criada por uma norma em nível hierárquico a ela superior. No topo dessa cadeia encontra-se a constituição. (SILVA, 2011, p. 17).

Afinal, “a constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é” (RAWLS, p. 288).

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASSIS, Araken de. **Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ÁVILA, Flávia de. **Direito e Direitos Humanos: abordagem histórico-filosófica e conceitual**. Curitiba: Appris, 2014.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário Político**. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 43. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAHALI. Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Uma questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: princípio constitucional**. Curitiba, Juruá, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo, Ática, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. **Comentário sobre o artigo 6º da Constituição Federal de 1988**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016.



1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, será abordada a mediação como forma de resolução pacífica dos conflitos e sua implementação legislativa no Código de Processo Civil de 2015. Destacam-se o conceito e escopo do instituto, seus princípios basilares, a pessoa do mediador, modalidades e objeto da mediação e, por fim, audiência de mediação.

A diversidade de conflitos existentes nas sociedades contemporâneas, a ineficiência do Poder Estatal para a resolução eficaz das controvérsias, bem como a necessidade de pacificação social e de soluções mais justas levaram ao desenvolvimento de meios não jurisdicionais de solução de litígios.

A mediação de conflitos apresenta-se como uma dessas formas de resolução de conflitos desenvolvida e difundida tendo como sustentáculo o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade do indivíduo, bem como a consciência do direito de participar e ter o poder de decidir sobre sua própria vida, com a finalidade de atingir a pacificação dos conflitos de forma justa.

A partir da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a mediação começou a ser oficialmente adotada pelos Tribunais do país como uma forma de solução dos conflitos, tendo sido criados Núcleos Permanentes e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e implementados cursos de capacitação de mediadores.

Em 2015, o Código de Processo Civil recepcionou os anseios do CNJ e da sociedade, trazendo no texto aprovado extensa regulamentação acerca da Mediação e

Conciliação e tornando obrigatória, em regra, a designação de audiência de mediação ou conciliação.

Serviram de fonte para a presente problematização tanto obras que tratam sobre a mediação de conflitos de forma geral, quanto aqueles trabalhos que procedem a uma abordagem crítica sobre o tema. Foram utilizados como substrato do trabalho o Código de Processo Civil de 2015 e a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça.

2. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1 Conceito e escopo da mediação

A mediação é uma forma alternativa de resolução de conflitos na qual as partes, voluntariamente, recebem a ajuda de uma pessoa imparcial para retomarem a comunicação com vistas à realização de um acordo. Nesse sentido, confere-se às próprias partes a autoria de suas decisões, por meio do diálogo e da reflexão.

Diferentemente dos outros meios de resolução de conflitos, a exemplo da conciliação e da arbitragem, a finalidade da mediação não é a celebração de acordos, mas o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos e a manutenção da boa relação, mesmo depois de solucionada a controvérsia.

Muitas vezes, a conclusão de um acordo resta impossibilitada diante de um quadro de instabilidade emocional em que as partes se encontram, marcado por sentimentos de rancor, medo, insegurança e desafeto. Daí a importância da participação de um terceiro imparcial, que tentará cessar as tensões, em

busca da facilitação da comunicação.

Na perspectiva do mestre Luís Alberto Warat,

A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa. (WARAT, 2004, p. 60)

Atingido o objetivo de modificar a dinâmica do conflito, as partes poderão melhorar o relacionamento e tentar manter a comunicação alcançada na sessão de mediação, o que evitará que outros conflitos se desenvolvam, pois, suas futuras divergências poderão ser eliminadas com a conversa, sem a necessidade de uma nova mediação ou do ajuizamento de uma ação judicial.

Nesse ínterim, a grande vantagem dessa forma de resolução de conflitos consiste na restauração do diálogo entre os mediandos, bem como na perspectiva de prevenção de novos conflitos, propiciando uma pacificação duradoura.

2.2 Implementação legislativa

Diante da necessidade de regulamentar a mediação de conflitos em juízo e de dar diretrizes aos Tribunais, o Conselho Nacional de Justiça, órgão com atribuições delineadas no art. 103-B, §4º, da Constituição Federal, no uso da função de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, editou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito daquele Poder.

Por meio dessa resolução, determinou-

se aos Tribunais a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, e a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSCs, incumbidos de realizarem as sessões de conciliação e mediação pré-processuais, cujas audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal.

A partir de então, um grande esforço para treinamento de conciliadores e mediadores passou a ser desenvolvido, com a multiplicação de cursos de capacitação, supervisionados pelo próprio CNJ e Tribunais, para o fim de treinamento dos interessados, para a nova atividade então estimulada.

Justamente na mesma época que o CNJ deu novas diretrizes à conciliação e a mediação no Brasil, deu entrada no Senado, o Projeto de Lei nº 166/2010 tratando do Novo Código de Processo Civil, que mais tarde foi transformado no Projeto Substitutivo nº 8.046/2010, na Câmara dos Deputados, e que em 17 de dezembro de 2014, após retornar ao Senado, foi finalmente aprovado pelo Poder Legislativo.

O Novo CPC recepcionou os anseios do CNJ de estimular a chamada “Cultura da Paz”, trazendo o texto aprovado grande destaque para a Mediação e Conciliação. Para que tais modalidades possam se firmar como instrumentos de solução de conflitos de forma rápida e eficiente, será necessária mudança de postura e implementação de ações efetivas para dar o mínimo de suporte material, estímulo, treinamento, inclusive, previsão de remuneração dos mediadores e conciliadores, sob pena de perecer todo o esforço legislativo até então empreendido.

A seguir serão explicitados tópicos acerca da mediação de conflitos, com base em estudos da doutrina especializada e das novas disposições normativas do Código de Processo de 2015, destacando-se os princípios basilares, a pessoa do mediador, modalidades de mediação, objeto e audiência de mediação.

2.3 Princípios basilares

A mediação de conflitos desenvolveu-se e difundiu-se tendo como sustentáculo o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade do indivíduo, bem como a consciência do direito de participar e ter o poder de decidir sobre sua própria vida, com a finalidade de atingir a pacificação dos conflitos de forma justa.

Para tanto, o Novo CPC prevê em seu art. 166 que a mediação de conflitos será informada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

O *Princípio da Independência* consiste no dever do mediador de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão, se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, inexistindo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável. Trata-se do princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes.

Tem-se, também, o *Princípio da Imparcialidade*, pelo qual o mediador deve funcionar como um terceiro imparcial e posicionar-se de forma equidistante das partes. Isso significa dizer que ele ouvirá as duas partes e não irá induzi-las a um acordo. Sua função é restaurar o diálogo entre os envolvidos, de modo que cada um deles se sinta à vontade para expor seus pontos de vista, mas também ouça a opinião do outro.

Na opinião do especialista Luís Alberto Warat

(2004, p. 64), o mediador “tem poder de ajudar, não tem poder de decidir o conflito. O poder do mediador é para criar espaços transacionais (um “entre nós” afetivo – informativo que facilita às partes a tomarem decisões).”.

Destaca-se, ainda, o *Princípio da Autonomia da Vontade*, que confere às partes a liberdade de adotar a mediação de conflitos como forma de lidar com seu problema, bem como o poder de tomar as decisões que melhor lhe convierem no decorrer do processo de mediação e, ainda que sejam encaminhadas obrigatoriamente para a mediação, como ocorre em alguns países, os mediados devem ter a liberdade de optar pela continuidade ou não do processo.

Diante do amplo poder de decisão conferido às partes envolvidas, poderia se perguntar acerca do papel do mediador da fase de conversação até a resolução final do litígio. Pois bem. O mediador gera oportunidades para que os mediados sejam inseridos num ambiente favorável à comunicação e à negociação, oportunidade em que virão à tona múltiplas opções de encaminhamento dos conflitos, com base em novas informações trazidas no momento da conversação.

Tem-se, ainda, o *Princípio da Confidencialidade ou Privacidade*, pelo qual se exige um ambiente propício à comunicação reservada entre as partes de modo a proporcioná-las um clima de confiança e respeito, necessário a um diálogo franco para embasar as negociações. As pessoas envolvidas no conflito necessitam de um ambiente favorável para que possam expor seus verdadeiros interesses e intenções,



descortinando os pedidos e reclamações.

A mediação de conflitos é marcada, ademais, pela *Informalidade*, ou seja, embora o mediador conte com alguns métodos para a abordagem das partes, o início e o estabelecimento da conversação entre elas, a mediação de conflitos não possui forma exigível para sua condução, não havendo uma estrutura previamente estabelecida. Cabe ao mediador orientar os mediados a percorrer um caminho pacífico, objetivando a comunicação entre as partes, restando a estas decidir qual o caminho a percorrer.

A *oralidade* configura outra característica da mediação, vez que a celebração do acordo escrito e a posterior homologação pelo magistrado são faculdades das partes, no sentido de conferir exequibilidade à avença, na hipótese indesejada de descumprimento.

Ainda sob os auspícios desse princípio, diz-se que os atos praticados devem ser precisos, com clareza, concisão e simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos, sendo marcado pela simplicidade.

Por fim, acrescenta-se o *Princípio da Decisão Informada*, que cria ao mediador o dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido. Ainda que as formas consensuais independam do direito material real ou imaginado de cada parte envolvida, devem elas ter a exata dimensão a respeito dos aspectos fáticos e jurídicos do conflito em que estão envolvidas.

2.4 A pessoa do Mediador

O mediador é uma terceira pessoa imparcial ao conflito, cuja função principal é a de facilitar a comunicação entre as partes, de forma a conduzir o diálogo, escutando as pessoas envolvidas e formulando perguntas, com vistas ao restabelecimento das relações familiares e sociais. Por isso, o art. 165, §3º, do CPC/15 aduz que o mediador “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios,

soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

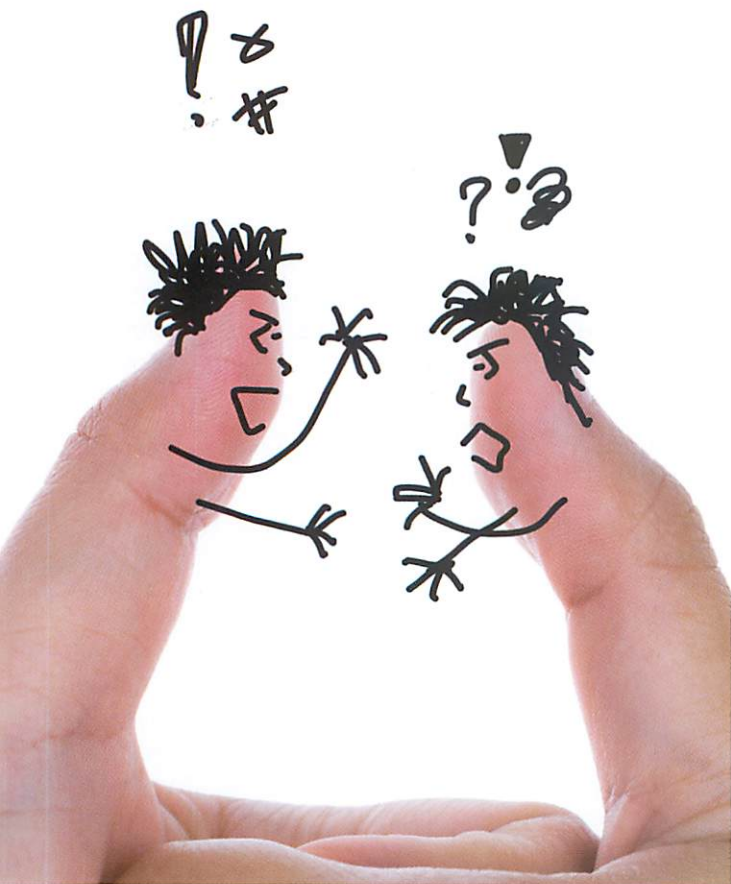
O mediador deve ser pessoa capacitada, com conhecimento básico de psicologia, sociologia, técnicas de escuta e comunicação, formas de manejo de conflitos e outros, não havendo necessidade de formação em Psicologia, Direito, Serviço Social ou qualquer outra formação acadêmica específica. No mesmo sentido, Fernanda Tartuce salienta que:

Em realidade, o mediador deve representar um novo profissional. Não pode agir estritamente como advogado, porque a hipótese não é de mera subsunção dos fatos às normas e também porque não pode ser parcial em sua atuação. Não pode agir como psicólogo porque a escuta não tem finalidade propriamente terapêutica, e, sim, didática. Não pode agir simplesmente como um médico que ouve e delimita um diagnóstico porque são as partes que definirão os contornos da controvérsia e as saídas para o impasse. Assim, o mediador fica em uma posição incômoda por não se encaixar no modelo de nenhuma das profissões. (TARTUCE, 2008, p. 233)

Além de uma boa formação técnica, o mediador deve ser alguém que seja sensível, perspicaz, paciente, sem preconceitos, com habilidades de formular perguntas certas às partes, com a finalidade de conduzi-las à reflexão sobre seus papéis nos relacionamentos e suas responsabilizações quanto à reorganização do convívio.

Em outras palavras o mediador não deve se preocupar em celebrar um acordo, deve, todavia, trabalhar no sentido de redimensionar o conflito, entendendo-se este como um conjunto de condições psicológicas, sociais e culturais, que geram um choque de interesses entre os mediados. Nesse ínterim, Luis Alberto Warat (2004, p. 60) ensina que “A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo.”

Nos termos do art. 167, caput, CPC/15, os mediadores serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça



ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. Para o referido cadastro, deve o profissional preencher o requisito da capacitação mínima, ou seja, ter realizado o curso em entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (Art. 167, §1º, NCPC)

Será excluído do cadastro de mediadores aquele que agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres previstos em lei ou, ainda, atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito, consoante art. 173, caput, NCPC)

O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo (Art. 173, §2º, NCPC).

2.5 Modalidades de mediação

Considerando que a mediação de conflitos seja um “processo” por meio do qual duas ou mais pessoas recorrem a um profissional imparcial, é de fácil observação que sua realização não está adstrita a um determinado órgão ou instituição, podendo ocorrer, dessa forma, nas comunidades, nas famílias, nas escolas, nas associações de bairro, nas igrejas, no Poder Judiciário e outros.

A experta Maria Inês de Correa (2004, p. 133) classifica as modalidades de mediação de acordo com o ambiente em que é procedida, denominando aquela que ocorre no seio social, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, como sendo a extraprocessual, que pode ser profissional ou não profissional.

A mediação não profissional seria aquela realizada pelos pais para ajudar seus filhos, pelos religiosos, em relação aos fiéis, ou seja, por todos aqueles que inspiram confiança para as partes do litígio e são por estes consultados, com o fito de obterem conselhos valiosos.

No presente trabalho, contudo, optou-se por analisar a mediação realizada por um profissional, denominado mediador, cujas funções foram delineadas no item anterior.

Na mediação profissional, as partes decidem passar pela experiência e escolhem um profissional para ajudar na conversa entre as elas, de modo a verificar os pontos relevantes do conflito e aqueles pontos em que pode haver maior facilidade no consenso, dando destaque aos de proximidade e às novas relações que precisam ser construídas entre os mediandos.

A segunda modalidade de mediação colocada pela autora é chamada mediação processual, realizada nas estruturas do Poder Judiciário, em juízo ou por determinação legal. Pode ocorrer no curso de um procedimento judicial já instaurado, sendo denominada de endoprocessual, ou durante uma fase anterior ao início do processo judicial, como meio de pacificação do litígio, evitando a participação efetiva do magistrado.

2.6 Objeto da mediação

Atualmente a mediação de conflitos possui amplo espectro de abrangência, servindo como técnica de encaminhamento e composição de modalidades diversas de controvérsias. Tem-se admitido a mediação não apenas na seara privada, mas também nos conflitos de ordem familiar, trabalhista e inclusive penal, cujo conteúdo publicístico é evidente.

Em regra, a mediação encontra possibilidade de utilização quando o conflito versar sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis em que a própria lei permita alguma sorte de negociação. Ressalta-se, novamente, que a disponibilidade é conceito legal indeterminado, não trazendo o ordenamento jurídico uma definição ou um rol taxativo de direitos indisponíveis ou disponíveis, cabendo ao operador do direito expandir ou restringir sua extensão.

Configura-se a impossibilidade de utilização da mediação para resolver o litígio nas hipóteses em que estão em jogo interesses que envolvem direitos absolutamente indisponíveis, em relação aos quais nem mesmo a lei permite transação.

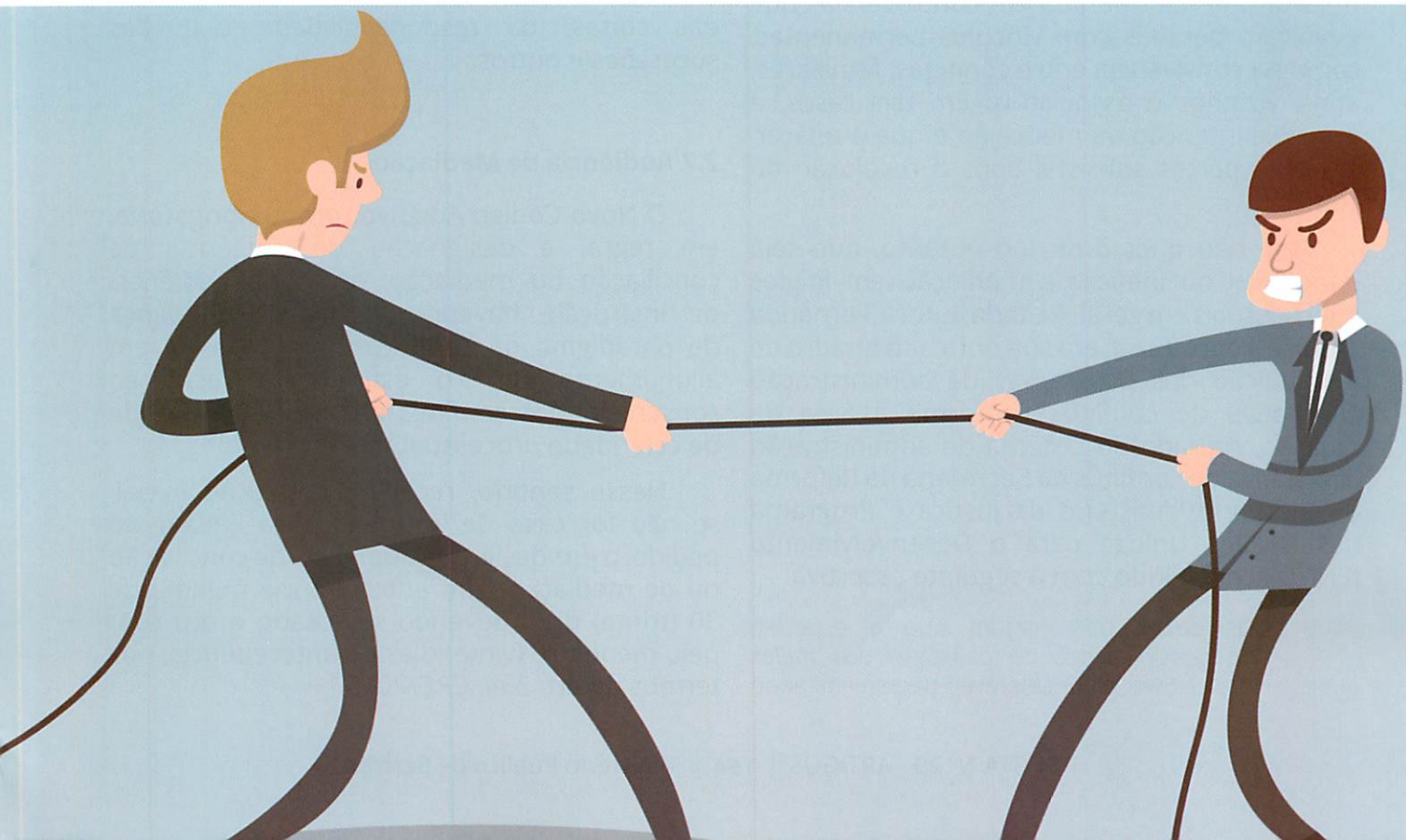
Na seara cível, pode-se mencionar a proibição contida na norma do art. 17, §1º, da

Lei nº 8.429/92, que veda a transação, acordo ou conciliação, nas ações instauradas com a finalidade de aplicar sanções aos agentes públicos ou não que praticarem ato de improbidade administrativa.

No âmbito penal, outra hipótese de vedação do uso de meios não jurisdicionais de solução de controvérsias é a configuração de crime de ação penal pública incondicionada, em que pouco importa a vontade da vítima. *In casu*, vige o Princípio da Indisponibilidade, que preceitua que, uma vez proposta a ação penal, o Ministério Público não poderá desistir, consoante art. 42, do Código de Processo Penal.

Já nas infrações de menor potencial ofensivo reguladas pela Lei nº 9.099/95, cuja ação penal é privada ou pública condicionada à representação, há a possibilidade de utilização da mediação, vez que a vontade da vítima é relevante para o início da ação, havendo a possibilidade de renúncia do direito de queixa ou representação, de retração da representação e de transação.

Por outro lado, há situações em que o uso da mediação não é aconselhado. São as chamadas situações peculiares críticas, que ocorrem quando, por exemplo, as partes se encontram em evidente desigualdade a ponto de comprometer a formação de um consentimento





genuíno e a celebração de um acordo justo e satisfatório para ambos.

Outro caso de inadequação da mediação acontece quando as partes iniciam uma série de acusações de natureza penal que impossibilitem a atuação imparcial do mediador ou ainda quando há perda considerável de confiança, havendo chances de celebração de um acordo enganoso.

A mediação de conflitos, por seu turno, é mais facilmente utilizada em controvérsias que envolvam pessoas com vínculos permanentes, como na convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados. Em tais casos, a principal intenção da mediação é que a relação entre as partes subsista, após a resolução do conflito.

Isso não quer dizer, no entanto, que seja impossível ou ineficaz a mediação em litígios interpessoais em geral. A citada autora, Fernanda Tartuce, reproduziu, em sua obra, um quadro de distribuição dos programas de administração alternativa de conflitos conforme a área de atuação, retirado do Sistema de administração alternativa de conflitos da Secretaria da Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), concluindo com a seguinte assertiva:

Os dados demonstram que o espectro de possibilidades de utilização dos meios alternativos é considerável; não se limitando

a relações jurídicas continuativas, eles têm o condão de alcançar grande parte dos conflitos interpessoais instaurados entre os indivíduos, desde que se revele possível a negociação de pelo menos alguns dos pontos controvertidos. (TARTUCE, 2008, p. 269)

Destarte, a mediação desponta como importante mecanismo para que os envolvidos possam entabular uma comunicação eficiente e definir os destinos da controvérsia em diversas áreas do direito, na seara familiar, contratual, das coisas, da responsabilidade civil, das sucessões e outros.

2.7 Audiência de Mediação

O Novo Código Adjetivo tornou obrigatória, em regra, a designação de audiência de conciliação ou mediação, antes da audiência de instrução, havendo verdadeira mudança de paradigma na condução do processo, em alinhamento com o estímulo à resolução consensual dos conflitos e com a necessidade de celeridade processual.

Nesse sentido, recebida a petição inicial, se não for caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência, nos termos do art. 334, CPC/2015.

Todavia, a audiência poderá não ser realizada se não se admitir autocomposição ou se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. Para tanto, o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência (Art. 334, §§ 4º e 5º, CPC/15).

Destaque-se que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, conforme determina o art. 334, §8º, NCCP.

Por fim, ao término da audiência de conciliação ou medição, havendo acordo entre as partes, o conciliador ou mediador deverá reduzir a termo e submeter à homologação do Poder Judiciário.

3. CONCLUSÃO

Verifica-se que a mediação de conflitos já era utilizada pela sociedade como forma de resolução de conflitos, antes mesmo de sua jurisdicionalização. O Novo Código de Processo Civil, em atendimento às necessidades sociais e acompanhando a Resolução CNJ nº 125/2010, trouxe a regulamentação desse instituto, com a criação de Núcleos Permanentes e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e implementação de cursos de capacitação de mediadores.

Nesse sentido, houve verdadeira institucionalização da mediação de conflitos, devendo os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimularem a solução consensual das controvérsias. Além disso, tornou etapa obrigatória do procedimento comum a designação de audiência de mediação ou conciliação.

Dessa forma, apresentou-se a mediação como um meio de resolução de conflitos desenvolvida e difundida tendo como sustentáculo o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade do indivíduo, bem como a consciência do direito de participar e ter o poder de decidir sobre sua própria vida, com

a finalidade de atingir a pacificação dos conflitos de forma justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciene Moessa de [Coord.]. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Brasília: DJE/CNJ nº 219/2010, de 01/12/2010, p.2-14 e republicada no DJE/CNJ nº 39/2011, de 01/03/2011, p. 2-15.

MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia Prático de Mediação de Conflitos em Famílias e Organizações*. 2ª ed. São Paulo: Summus, 2008.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em Juízo*. São Paulo: LTr, 2004.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luís Alberto. *Surfando na Pororoca*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Jéssica de Jesus Almeida

Pós-graduada em direito penal e processual penal (ESTÁCIO/FASE) e em direito penal econômico (IBCCRIM/COIMBRA); Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Advogada (OAB/SE). Ex-estagiária de direito do Ministério Público do Estado de Sergipe, Comarca de Boquim/SE.



1. INTRODUÇÃO

A Internação Psiquiátrica consiste no recolhimento de paciente acometido por transtornos mentais a clínicas médicas, fundamentando-se na necessidade de conferir tratamento especializado a patologias psíquicas.

Contudo, este procedimento médico é alvo de fortes críticas, mormente através dos integrantes dos grupos anti-manicomiais (ABDALLA FILHO, 2013).

Ademais, nos termos da Lei nº 10.216/2001, a internação psiquiátrica possui três modalidades, quais sejam: a internação voluntária, involuntária e a compulsória.

O presente estudo delimita-se em analisar o instituto da internação psiquiátrica, com ênfase na modalidade compulsória, como forma de tratamento a ser aplicada a adolescentes acometidos por transtornos mentais e que perpetram, durante a menoridade, atos infracionais equiparados a infrações penais graves, pretendendo-se, dessa forma, ofertar adequado tratamento da saúde (física e mental) dos referidos jovens, ao mesmo tempo em que se confere proteção à sociedade civil.

Isso porque, diante o atual cenário jurídico e social, em que a maioria penal se tornou a pauta de discussões de grande parte dos grupos sócio-comunitários, mostra-se imprescindível investigar possíveis métodos e soluções plausíveis para fins de tratamento dos adolescentes em conflito com a lei que são portadores de patologias de ordem psiquiátrica.

Busca-se, aqui, esclarecer de forma simples e didática institutos que, apesar de essenciais, são tão pouco conhecidos socialmente.

Serão realizadas pesquisas bibliográficas e

documentais, com caráter qualitativo e natureza exploratória. Utilizar-se-á, ainda, a técnica da análise de conteúdo para verificação dos dados coletados.

A estrutura textual contempla Introdução e Desenvolvimento, esse último dividido em três pontos, quais sejam: "Aspectos históricos da Internação Compulsória", "Breves notas acerca da Lei nº 10.216/2001", e "Interdição Civil cumulada com a decretação de Internação Psiquiátrica Compulsória".

Ainda na estrutura textual foi realizada a análise dos resultados obtidos e a apresentação das conclusões finais.

Por fim, cumpre destacar que a internação psiquiátrica compulsória será analisada à luz da dignidade da pessoa humana, postulado basilar da ordem jurídica interna e externa.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

Sabe-se que a formação da sociedade e o desenvolvimento social, nos contornos modernos, foram marcados por conflitos entre grupos sociais e pela segregação humana, seja por critérios de sexo, cor, idade, etnia, religião ou por tantos outros motivos similares.

Ocorre que, aquilo que modernamente se entende como mistificação ou critérios de segregação preconceituosos e inaceitáveis, foram traços comuns na história da humanidade.

Nesta perspectiva, a Internação Compulsória foi utilizada, desde a Idade Média, como mecanismo de segregação da parcela da população vista como "estorvo" às pretensões e padrões sociais.

De acordo com FOUCAULT (2004), o Período Medieval foi marcado pelos “leprosários”, estabelecimentos nos quais pessoas portadoras da patologia vulgarmente denominada de “lepra” eram internadas e abandonadas.

Ademais, diante do desaparecimento da “lepra”, no final da idade média, passou-se a segregar pacientes acometidos por doenças sexualmente transmissíveis.

Cumpra destacar que ambas as medidas não tinham caráter curativo, mas, tão somente, visavam o isolamento daqueles indivíduos como forma de evitar o contágio dos demais grupos sociais.

Ocorre que, contrariamente do que houve com os leprosos, os portadores de doenças sexualmente transmissíveis (DST's) não se conformaram com a segregação pura e simples, passando, em dado momento da história, a exigir acompanhamento e tratamento médico-hospitalar em áreas externas às instalações físicas dos antigos leprosários (FRANÇA, 2012).

Diante disso, a segregação social assumiu novos contornos na idade clássica, deixando de ser mero isolamento físico para assumir os contornos de segregação moral (FOUCAULT, 2004).

Isso porque, apesar da superação dos limites físicos, os indivíduos historicamente afastados do seio sócio-comunitário continuaram a ser vistos como um “mal social”, os quais não deveriam (e não podiam) coabitar os mesmos espaços socioambientais.

A segregação moral, então, era vista como algo natural, mormente em razão do tratamento isolante comumente conferido.

Ainda neste contexto histórico, já por volta do século XVII, surgiu um novo estigma para a sociedade clássica: a loucura.

Mas, nessa época, a loucura não é tratada como doença (...) uma vez que a internação dos loucos não está relacionada a questões de saúde e sim a questões econômicas e jurídicas. Assim, o louco era internado juntamente com outras pessoas, tais como: desempregados, vadios, libertinos, prostitutas, outros doentes, pobres e etc. Essas pessoas eram vistas como aquelas que de alguma forma poderiam prejudicar os

avanços econômicos da Europa século XVIII. (...) as internações dessas pessoas sofrem um considerável aumento em épocas de crises. (FRANÇA, 2012, p. 12).

De mais a mais, por volta do século XIX, houve à dissociação da doença mental das demais patologias, surgindo, daí, tratamentos médicos especializados através da psiquiatria, dos centros de internação e, principalmente, dos manicômios.

Assim, podemos aduzir que a criação de manicômios consistiu, em verdade, na fundação de novas instituições de isolamento social, as quais assumiram a roupagem de nosocômios para tratamento psiquiátrico, cujo acolhimento ocorreria mediante internação compulsória.

Ainda acerca destes aspectos históricos, cumpre destacar que a França foi o Estado pioneiro em regulamentar a temática em âmbito legislativo.

Isso porque, em 1838, o Governo Francês aprovou a primeira legislação regulamentadora da internação psiquiátrica e dos cuidados dispensados aos pacientes acometidos por doenças mentais.

Tal norma constituiu, ainda, o principal mecanismo influenciador do desenvolvimento da psiquiatria moderna e do regime jurídico sobre a matéria no mundo ocidental (BRITO, 2004).

Voltando-se ao contexto histórico-nacional, no Brasil, a Internação Compulsória seguiu o modelo europeu, adotando-se, inclusive, o ciclo sequencial de pacientes que deveriam ser submetidos a tal medida: leprosos, portadores de doenças venéreas e loucos.

Ademais, com forte influência francesa, foi editado no Brasil, no ano de 1903, o Decreto nº 1.132. Este Decreto consistiu, em verdade, na primeira legislação nacional a regulamentar a internação compulsória.

A referida norma era composta por 23 (vinte e três) artigos que tratavam, em suma: dos motivos e procedimentos para internação; dos bens dos pacientes; da alta médica; da proibição de mantê-los em cadeias públicas; da inspeção dos estabelecimentos de internação (“asilos”); do custeio do tratamento dos pacientes (diárias);



dos trabalhadores do Hospício Nacional e das colônias de alienados; das penalidades pelo descumprimento da lei (BRASIL, Decreto nº 1.132/1903).

Ademais, acerca do Decreto nº 1.132/1903, cumpre salientar as valiosas lições de Genival Luiz de França (2012, p. 14-15) sobre a matéria. *In verbis*:

Em seu artigo 1º, o decreto autorizava o poder público a recolher as pessoas e depois de internadas é que eram verificadas as suas condições de saúde. A saúde e bem-estar dos doentes eram ficados em segundo plano. O laudo médico era irrelevante para a internação, que ocorria sempre sem a confirmação dos profissionais. O médico, posteriormente à internação, emitia um laudo somente para se verificar o grau da loucura, tendo assim, o laudo médico papel secundário na internação. O poder público, por meio de requisição, ou qualquer pessoa particular, por meio de requerimento, poderiam solicitar a internação do doente, e o decreto não estabelecia grau de parentesco para o particular em relação ao doente, tornando qualquer pessoa apta a requerer a internação, bastando que o alienado fosse considerado como risco para a ordem pública. Para o término da internação não havia a previsão de participação do doente. A internação teria fim quando houvesse o pedido de quem foi o responsável pelo recolhimento e mais uma vez, deveria ser verificado que o doente não poderia causar risco para a sociedade.

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 891/1938, o qual passou a autorizar a internação

compulsória dos dependentes químicos.

Contudo, em razão da ausência de regulamentação quanto ao procedimento a ser adotado, continuou aplicando-se àquele reservado ao doente mental, isto é, o procedimento disposto no Decreto nº 1.132/1903 (FRANÇA, 2012).

Modernamente, já nos anos 2000, foi editada a Lei 10.216/2001, a qual “dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”.

A nova legislação estabeleceu verdadeiras inovações em relação ao tratamento do doente mental, sendo, inclusive, considerada revolucionária em termos de procedimentos psiquiátricos, conforme analisaremos a seguir.

3. BREVES NOTAS ACERCA DA LEI Nº 10.216/2001

A Lei nº 10.216/2001, também chamada de “Reforma Psiquiátrica brasileira”, resultou do projeto nº 3.653 de 1989, de lavra do Deputado Federal Paulo Delgado.

O projeto pretendia, precipuamente, deter a expansão desenfreada da criação de leitos manicomiais pelo ramo empresarial nacional, com a finalidade de que, dessa forma, houvesse a extinção gradativa daquelas instituições.

Isso porque, com o declínio da era militar, em meados da década de 70 e 80, foram

amplamente divulgados pela mídia nacional as degradantes condições a que eram submetidas os pacientes internados nos manicômios brasileiros. Vejamos:

Corpos nus, estendidos no chão frio de cimento. Amontoados. Rostos descarnados, envelhecidos, embotados. Olhares vazios. Memórias e consciências ausentes, perdidas em algum recanto obscuro da mente. Restos humanos. Apenas vestígios. As imagens chocantes de pacientes psiquiátricos flagrados em pleno abandono nos pavilhões, corredores e quartos de manicômios brasileiros estarreceram o país nas décadas de 70 e 80, quando a imprensa começou a revelar a barbaridade por trás dos muros daquelas solenes e venerandas instituições. Um escândalo. Corpos e almas mutilados por um “tratamento” baseado na corrupção violenta da afetividade, da personalidade, da identidade e da saúde física dos internos. Lobotomia, choques elétricos, espancamentos, sedação, camisas de força, overdose de antipsicóticos de efeitos irreversíveis, encarceramento, abusos. O horror, comparável, mantidas as proporções, a um cenário de holocausto, denunciou a verdade sobre os “campos de concentração” brasileiros, como bem definiu Austregésilo Carrano, uma de suas vítimas, que relatou sua tragédia pessoal em “Canto dos malditos”. E havia mais: as internações silenciosas, noturnas, verdadeiros sequestros que confinavam os indesejados, os inconvenientes, os diferentes, os miseráveis, sem qualquer direito de defesa. Uma vez no interior das muralhas, vidas esquecidas, desprezadas. Nenhuma esperança. Única saída: a morte (DELGADO, 2001, p. 01).

Ademais, com as mobilizações sociais pós-ditadura militar, surgiram importantes grupos na sociedade a fim de lutar em favor da mudança dos tratamentos psiquiátricos aos quais eram submetidas pessoas acometidas por doenças mentais.

Ocorre que, atrelando-se muito mais aos interesses das oligarquias políticas do que à saúde mental, o projeto que resultou na Lei nº 10.216/2001 sofreu demasiadas alterações legislativas, ainda quando da tramitação no Congresso Nacional.

Prova disso é que o projeto apresentado no ano de 1989 somente fora aprovado em meados

do ano de 2001. Dá-se, assim, para imaginar as longas e calorosas discussões em torno da temática.

Neste contexto, BRITO (2004, p. 46 e 92) leciona que:

Inicialmente, as ações do movimento concentraram-se na exposição da realidade asilar através das denúncias para que a sociedade tomasse conhecimento deste fato e (...) lutar para alterar a realidade psiquiátrica. A princípio, tais mudanças eram buscadas por meio de duas fontes: inverter a política privatizante de saúde mental e constituir uma rede de serviços extra-hospitalares.

(...)

O movimento social para a aprovação da lei da Reforma Psiquiátrica, de acordo com o projeto do deputado Paulo Delgado, tinha como objetivo central a extinção progressiva dos manicômios, entendidos como instituições de internação psiquiátrica especializada. No entanto, no decorrer do processo, as negociações legislativas, juntamente com o jogo de interesses e as forças políticas, acabaram fazendo com que houvesse mudanças fundamentais no texto final da lei. A principal mudança diz respeito ao ponto central do PL, a extinção dos manicômios que não foi mencionada no substitutivo do Senador Sebastião Rocha.

Cumprir destacar, entretanto, que mesmo distante da utopia pensada por Paulo Delgado, elaborador do projeto da Lei nº 10.216/2001, esta legislação confere tratamento mais digno às pessoas submetidas a tratamento psiquiátrico.

Podemos aduzir, outrossim, que a nova legislação brasileira busca proteger o postulado maior do ordenamento jurídico pátrio, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Isso porque, “(...) reconhecer a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado de Direito, que é a base do Estado brasileiro, conforme consta do inciso III do art. 1º da Carta Magna, é proporcionar a plenitude da vida (...)” (FERRO, 2012, p. 01).

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, insta salientar que, nas palavras de PIOVESÁ (2000, p. 54): “É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido (...). Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro

superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno”.

Partindo desta perspectiva, podemos afirmar que a lei atualmente em vigor disciplina a internação psiquiátrica com mais humanidade, estabelecendo, inclusive, aspectos pormenorizados sobre o tratamento a ser conferido aos doentes mentais, legislação, a qual, será abordada a seguir.

3.1 TIPOS DE INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA À LUZ DA LEI Nº 10.216/2001

A Lei nº 10.216/2001 se destaca entre todas as normas jurídicas que regeram, anteriormente, a temática da internação compulsória no ordenamento jurídico brasileiro, precipuamente em razão de esta elencar, expressamente, uma série de direitos e garantias fundamentais às pessoas portadoras de transtornos mentais.

Ademais, como já fora ressaltado, a legislação em vigor disciplina as modalidades e as hipóteses em que ocorrerá a internação psiquiátrica. *In verbis*:

Art. 6º: A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. (BRASIL, Lei nº 10.216/2001).

Diante do trecho legislativo acima transcrito, denota-se que, no Brasil, existem três modalidades de internação psiquiátrica, quais sejam: a internação voluntária, involuntária e a compulsória.

Ocorre que, no presente momento, nos ateremos à análise da internação compulsória, que, nos termos da lei, consiste na internação “determinada pela justiça” (BRASIL, Lei nº 10.216/2001, artigo 6º, inciso III).

Realizando-se, ainda, uma análise normativa, cumpre destacar que o artigo 9º da supracitada lei dispõe que “A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários” (BRASIL, Lei nº 10.216/2001, artigo 9º).

Em breve síntese: a internação psiquiátrica compulsória será determinada pelo Poder Judiciário, diante da avaliação e elaboração de laudo psiquiátrico circunstanciado e ocorrerá, tão somente, quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes para fins de tratamento psiquiátrico (BRASIL, Lei nº 10.216/2001, artigo 4º).

De mais a mais, importante salientar que, ao passo em que ocorreu a evolução legislativa pátria, houve, em contrapartida (e de forma mais acentuada), a evolução dos problemas sociais.

Modernamente, a internação psiquiátrica compulsória assumiu novas perspectivas, consistindo, inclusive, em mecanismo utilizado para o tratamento de usuários de entorpecentes e de substâncias psicoativas em geral, tendo em vista a potencialidade de estas acarretarem transtornos mentais aos seus usuários.

Neste arrimo, vejamos as valiosas lições de FERREIRA (2012, p. 01):

A dependência química é uma doença crônica, classificada pela Organização Mundial de Saúde, cujos sintomas compulsivos reaparecem. Por isso, o dependente não deve ser tratado como um marginal, mas como um doente que precisa de tratamento. Em geral, a decisão inicial de usar drogas é voluntária. No entanto, a dependência pode se estabelecer e, nesse momento, a capacidade de exercer autocontrole pode ficar seriamente comprometida. Nesse caso, sair das drogas deixa de ser um ato de vontade. Estudos de imagens do cérebro de dependentes químicos mostram mudanças físicas em áreas do cérebro críticas para julgamento, tomada de decisão, aprendizagem, memória e controle do comportamento. Acredita-se que essas mudanças alteram o funcionamento do cérebro, explicando, pois, os comportamentos compulsivos e destrutivos do dependente. Por isso, a dependência é considerada uma doença mental. Se o dependente químico é



um doente mental que não possui critério para decidir por si próprio, porque não possui autocontrole, é preciso que alguém decida por ele. Isso dito, é preciso que existam mecanismos de internação compulsória. Não bastam ações que mais parecem o jogo de “gato e rato” ou afirmar que há uma boa infraestrutura de assistência hospitalar à disposição daquele que quer largar as drogas. Não se trata de uma decisão de vontade. (...). Um dependente em surto coloca em risco sua família e si próprio. Os mecanismos de internação compulsória adotados, atualmente, interferem na agilização que a situação exige. Sem eles, não é possível enfrentar o problema da crackolândia. (...). Como é possível enfrentar esse problema sem uma infraestrutura que de suporte aos encaminhamentos? Na verdade, muitos médicos e hospitais sequer sabem como proceder diante da situação e não atendem o paciente como um doente, mas como um marginal. O usuário é estigmatizado (...). Não se trata apenas de um problema de segurança, mas também de saúde pública. Aceitem ou não é uma doença que precisa de tratamento especializado. As autoridades faltam compaixão e bom senso.

Como visto, a internação psiquiátrica compulsória consiste em um importante instituto à disposição das autoridades públicas, em geral, para o combate da alarmante (e cada vez mais crescente) dependência química que assola a sociedade moderna.

Outrossim, prova de que o uso de substâncias entorpecentes consiste em uma grave patologia, o uso de drogas, tipificado ao teor do artigo 28 da Lei nº 11.346/2006, se encontra, atualmente, em vias de descriminalização.

Isso porque, adotando-se a premissa de que o direito penal não pode punir a autolesão, postulado corolário do Princípio da Intervenção Mínima (CUNHA, 2015), a legislação prevê, atualmente, para o usuário de drogas sanções de caráter educativo e curativo. *Ipsis literis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

(...)

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

(...)

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente

ambulatorial, para tratamento especializado. (BRASIL, Lei nº 11.343/2006).

Diante do exposto, é notório que a figura do usuário de drogas assumiu, modernamente, contornos patológicos, necessitando, portanto, da atenção estatal e da destinação de políticas públicas especializadas.

Trata-se, pois, de uma questão de saúde e de segurança pública.

Ademais, no tocante à segurança pública, a internação psiquiátrica compulsória, atualmente, vem sendo utilizada para a internação de jovens infratores após o escoamento dos prazos máximos para cumprimento de medidas socioeducativas previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, cujas demandas são manejadas mediante o ajuizamento de ações de Interdição Civil cumuladas com o pedido de Internação Compulsória, consoante passaremos a explicitar.

4. INTERDIÇÃO CIVIL CUMULADA COM A DECRETAÇÃO DE INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA COMPULSÓRIA

Conforme outrora exposto, a internação psiquiátrica compulsória assumiu novos contornos na sociedade contemporânea, mas, sobretudo, consiste em uma medida de *ultima ratio* para fins de tratamentos de pessoas portadoras de transtornos mentais.

Ocorre que, segundo já fora brevemente demonstrado, a internação compulsória também constituiu um importante mecanismo terapêutico na luta e combate contra a dependência de substâncias psicotrópicas.

Isso porque, o uso de entorpecentes é tido, atualmente, como uma questão de saúde e de segurança pública.

Ademais, em relação à preservação da segurança pública e da saúde mental, o ordenamento jurídico brasileiro vem enxergando a internação psiquiátrica compulsória como mecanismo apto para o tratamento de adolescentes em conflito com a lei, acometidos por problemas mentais, após o término do período de internação socioeducativa previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste ítem, MONTEIRO e MONTEIRO (2014, p. 01) lecionam que:

A finalidade da internação tem como principais objetivos o tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais, buscando possibilitar as condições para sua reintegração social. É uma medida de caráter extremo, somente devendo ser utilizada durante o período que se mostrar necessária e quando os demais recursos restarem ineficientes às necessidades terapêuticas do paciente.

Deve haver observância de requisitos para a efetivação da internação, os quais se constituem em garantias conferidas aos portadores de transtornos mentais, com fins de evitar internações indevidas ou seu prolongamento necessário.

(...) restando demonstrado por laudo médico especializado que o paciente é possuidor de transtorno mental e que pode vir a ocasionar riscos não somente para si, mas também para terceiros, mostra-se cabível o internamento, sem que se faça necessário, a depender do caso, o uso anterior de recursos terapêuticos extras-hospitalares.

Como visto, a internação psiquiátrica compulsória de jovens que perpetraram atos infracionais análogos a crimes de natureza grave, aplicada após o término do cumprimento de eventual medida socioeducativa, deve seguir os mesmos parâmetros normativos estabelecidos pela Lei nº 10.216/2001, isto é, deverá ocorrer em *ultima ratio*, apenas quando os recursos extra-hospitais se mostrarem insuficientes.

Frise-se, ainda, que esta modalidade de internação deve ser manejada mediante Ação de Interdição Civil cumulada com pedido de Interdição Psiquiátrica Compulsória.

Cumprido destacar, ademais, que com a vigência do Novo Código de Processo Civil, a Interdição Civil sofreu relevantes alterações, conferindo, sobretudo, maior autonomia e respeito às condições pessoais do interditando (artigos 747 a 758 do NCPC).

Contudo, as referidas disposições não desnaturam o procedimento regido pela Lei nº 10.216/2001 para a internação compulsória.

Em verdade, as legislações se complementam e são extremamente criteriosas



quanto ao estabelecimento dos requisitos necessários para a decretação da interdição civil e da internação compulsória, uma vez que consistem em medidas extremas.

Frise-se, inclusive, que, assim como para a internação compulsória, o Novo Código de Processo Civil passou a exigir relatórios médicos especializados para a decretação da interdição do incapaz, os quais devem demonstrar a indispensabilidade da medida e a especificação dos atos para os quais será necessária a curatela (artigos 750 e 753, §§ 1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil).

De mais a mais, apesar da clareza normativa, a temática da internação compulsória de adolescentes em conflito com a lei não se revela tão pacífica na doutrina pátria.

A corrente extremista defende, inclusive, que a medida consiste em um verdadeiro “Direito Penal do Inimigo Juvenil” (RAMIDOFF, 2014).

Entretanto, instado a apreciar a matéria, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legalidade da internação psiquiátrica compulsória decretada após o cumprimento de medidas socioeducativas.

Cumprindo ainda destacar que a temática foi debatida no Habeas Corpus nº 130.155/SP, de relatoria do DD. Celso Limongi, Desembargador convocado do TJ/SP.

Naquela ocasião, a Corte do STJ posicionou-se no sentido de que a internação compulsória consiste na última medida a ser adotada na

realização do tratamento psiquiátrico, como defesa do internado e, secundariamente, da sociedade.

Todavia, a decretação da internação se dará mediante a indispensável observância da apresentação de laudo médico circunstanciado, comprobatório de sua necessidade.

O voto do Ministro Relator Limongi destacou, ainda, que, no caso sob análise no HC nº 130.155/SP, o paciente tinha “histórico de agressividade, com maldade acima do comum” e, ainda, “a existência de graves transtornos de personalidade a colocar em risco não só a integridade física de terceiros como a sua própria”.

Isto é, a Excelsa Corte reconheceu não só o direito indisponível à saúde (física e mental) do paciente submetido à medida, mas, em última análise, buscou resguardar à sociedade (HC nº 130.155/SP, Relator Ministro Celso Limongi).

Ressalte-se, outrossim, que as demais Turmas do Superior Tribunal de Justiça vem seguindo o entendimento acima exposto, conforme infere-se dos julgamentos dos Habeas Corpus nº 135.271-SP (STJ, 3ª Turma, Relatoria do Ministro Sidnei Beneti) e nº 169.172-SP (STJ, 4ª Turma, Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão).

Por fim, quem não se recorda do emblemático *case* envolvendo o adolescente vulgarmente conhecido como “Champinha”?

O jovem infrator perpetrar atos infracionais de extrema gravidade (análogos aos crimes de

roubo, estupro e homicídio), os quais deixaram o País em um verdadeiro estado de “choque”.

O adolescente em conflito com a lei, que, à época dos fatos, tinha apenas 16 anos de idade, foi acolhido em uma instituição de execução de medidas socioeducativas do Estado de São Paulo, local em que permaneceria aguardando o término da medida que a ele fora imposta.

Ocorre que, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que as medidas socioeducativas só podem ser aplicadas pelo prazo máximo de 03 (três) anos ou até que o adolescente em conflito com a lei complete 21 (vinte e um) anos de idade (BRASIL, Lei nº 8069/1990, artigo 121, §§ 3º e 5º).

Diante disso, a sociedade se perguntava: “O que fazer com Champinha”?

Asolução foi alcançada através da decretação de sua Interdição Civil cumulada com aplicação de Internação Psiquiátrica Compulsória pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A decisão (...) foi embasada por um laudo psiquiátrico que diagnosticou o menor com transtorno de personalidade antissocial, termo médico para definir os psicopatas, e leve retardo mental. De acordo com os médicos que o acompanham, a mistura dessas duas doenças faz dele um indivíduo sem sentimento de culpa, sem respeito a leis nem às regras sociais, predisposto a se envolver em atos violentos e extremamente impulsivos. Ao longo desses dez anos, o quadro de Champinha manteve-se inalterado.

Ele é descrito nos laudos médicos como uma pessoa quieta, que vive em um ambiente restrito, de convívio controlado com outros internos por estar jurado de morte. Mantém contatos esporádicos com a mãe, que o visita periodicamente (...). (ZYLBERKAN, 2013, p. 01).

Saliente-se, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto a esta demanda, firmando entendimento de que a internação de “Champinha” não constitui constrangimento ilegal (HC nº 169.172-SP, STJ, 4ª Turma, Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão).

5. CONCLUSÃO

O presente artigo, intitulado de “Internação Psiquiátrica Compulsória à Luz da Dignidade da Pessoa Humana: cerceamento da liberdade *versus* medida de proteção social” buscou analisar os institutos jurídicos da Internação Psiquiátrica Compulsória e da Interdição Civil de jovens em conflito com a lei após o escoamento do prazo de cumprimento das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Foram realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, com caráter qualitativo e natureza exploratória. Utilizou-se, ainda, a técnica da análise de conteúdo para verificação dos dados coletados.



A estrutura textual contemplou Introdução e Desenvolvimento, esse último dividido em três pontos, quais sejam: “Aspectos históricos da Internação Compulsória”, “Breves notas acerca da Lei nº 10.216/2001”, e “Interdição Civil cumulada com a decretação de Internação Psiquiátrica Compulsória”.

Concluídas as pesquisas, e, após a breve análise dos supracitados institutos, verificou-se que a Internação Psiquiátrica Compulsória constitui um meio capaz de propiciar um tratamento adequado àqueles que foram acometidos por doenças mentais, sejam estas decorrentes de fatores internos (física) ou externos (substâncias psicotrópicas).

Verificou-se, ainda, que os institutos em comento poderão constituir uma possível solução para aquelas situações em que adolescentes, portadores de problemas mentais, perpetraram atos infracionais revestidos de extrema gravidade, e que, logo após o término do prazo para o cumprimento das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, são postos nas ruas, totalmente desprotegidos.

Importante salientar que, conforme verificou-se, a referida internação reveste-se de caráter extremo, isto é, apenas será aplicada em *ultima ratio*, e mediante a estrita observância das diretrizes estabelecidas na Lei nº 10.216/2001 e no Código de Processo Civil, referente, este último, ao instituto da interdição civil.

Ademais, em tempos de reiterados debates e manifestações a respeito da redução da maioria penal, a temática da Internação Psiquiátrica Compulsória assume extrema relevância.

Conforme exposto no presente estudo, via de regra, escoado o prazo para o cumprimento das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente ou completados 21 (vinte e um anos), o Estado perde o seu poder socioeducativo em relação aos jovens em conflito com a lei.

Entretanto, resta a preocupação dos juristas e dos jurisdicionados quanto aos jovens portadores de patologias de ordem mental que perpetraram, durante a menoridade, atos infracionais revestidos de gravidade.

Isso porque, não é plausível que os referidos sejam postos nas ruas, totalmente desprotegidos e em situação de vulnerabilidade social.

Nesse contexto, considerando que a Internação Psiquiátrica Compulsória reveste-se de caráter protetivo ao direito indisponível à saúde (física e mental) dos pacientes a ela submetidos, é possível concluir que tal instituto constitua uma possível solução à problemática ora apresentada.

Considerando, outrossim, os ditames da Dignidade da Pessoa Humana, princípio norteador e basilar do ordenamento jurídico interno e externo, podemos aduzir que a criação de meios protetivos e a concessão de tratamentos psiquiátricos eficazes para os portadores de transtornos mentais, consistem em desdobramentos axiológicos desse “superprincípio”.

De mais a mais, seria antagônico consagrar a Dignidade da Pessoa Humana como princípio ordenador do ordenamento pátrio e, ao mesmo tempo, não criar mecanismos efetivos para o tratamento psicossocial destes jovens.

Saliente-se, em última análise, que conforme fora demonstrado durante o presente estudo, é possível aduzir que tal instituto resguarda, de certa maneira, à sociedade civil, uma vez que esta não estará exposta ao convívio social com um indivíduo que necessita de tratamentos e cuidados psiquiátricos especializados, os quais evitarão, inclusive, que aquele volte a delinquir.

REFERÊNCIAS

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 13.0155/ SP. Relator: Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP). DJe 14/04/2010. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9173292/habeas-corpus-hc-130155>>. Acesso em 25 Jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 13.5271/ SP. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, 3ª Turma. DJe 04/02/2014. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24870498/habeas-corpus-hc-135271-sp-2009-0082035-2-stj>>. Acesso em 25 Jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 16.9172/ SP. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe

05/02/2014. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24876561/habeas-corpus-hc-169172-sp-2010-0067246-5-stj>>. Acesso em 25 Jun. 2016.

ABDALLA-FILHO, Elias. **Boletim Científico Saúde Mental em Foco**. Edição nº 10. Disponível em <http://www.abpbrasil.org.br/boletim/exibBoletim/?bol_id=10&boltex_id=40>. Acesso em 05 Jul. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Vade Mecum: Edição Especial. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 1.132 de 22 de dezembro de 1903**. Reorganiza a Assistência a Alienados. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html>>. Acesso em 05 Jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.216 de 06 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em 23 Jun. 2016.

BRASIL, **Lei nº 11.346 de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 05 Jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 05 Jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum: Edição Especial. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRITTO, Renata Corrêa. **A internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216/01**. Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental. Rio de Janeiro: s.n., 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para Concursos**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. **Abaixo a Barbárie**. Disponível em <<http://www.paulodelgado.com.br/revista-cidadania/abaixo-a-barbarie/>>. Acesso em 05 Jul. 2016.

FERREIRA, Beatriz Silva. **Porque a Internação Compulsória do Dependente Químico é necessária**. Disponível em <<http://blogln.ning.com/forum/topics/porque-a-interna-o-compulsoria-de-dependente-de-crack-necess-ria>>. Acesso em 25 Jun. 2016.

FERRO, Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança. **Direitos Dos Usuários No Ambiente Do Transporte Coletivo**. 2012. Disponível em <<http://psa.unit.br/wp-content/uploads/2013/07/DISSERTA%C3%87%C3%83O-SANDRA-REGINA-FERRO.pdf>>. Acesso em 25 Jun. 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FRANÇA, Genival Luiz de. **Internação Compulsória Do Dependente Químico: Violação Do Direito De Liberdade Ou Proteção Do Direito À Vida? Faculdades Integradas "Antonio Eufrasio De Toledo"**. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3066/2828>>. Acesso em 05 Jul. 2016.

MONTEIRO, Fábio de Holanda Monteiro; e MONTEIRO, Elizabeth Soares Oliveira de Holanda. **A Internação Psiquiátrica Compulsória E A Atuação Do Superior Tribunal De Justiça**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6760-a-internacao-psiquiatrica-compulsoria-e-a-atuacao-do-superior-tribunal-de-justica>>. Acesso em 25 Jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª ed. São Paulo: Editora MaxLimonad, 2000.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito Penal do Inimigo juvenil: interdição e internação compulsória**. Disponível em <http://nanabritomoraes.jusbrasil.com.br/artigos/114666279/direito-penal-do-inimigo-juvenil-interdicao-e-internacao-compulsoria?ref=topic_feed>. Acesso em 05 Jul. 2016.

ZYLBERKAN, Mariana. **Dez anos depois, o que fazer com Champinha?** Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/dez-anos-depois-o-que-fazer-com-champinha/>>. Acesso em 25 Jun. 2016.

Júlia Meneses da Cunha Ramos

Pós-graduanda em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Ciclo/Faculdade Guanambi. Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Advogada inscrita na OAB/SE



1. INTRODUÇÃO

A maternidade no cárcere é uma temática de extrema importância tanto no âmbito da realidade criminal do país, como no contexto social, pois visa analisar os desafios para acessar os direitos e garantias da presa gestante a qual se encontra cumprindo pena restritiva de liberdade, em regime fechado, bem como do (a) seu (sua) filho (a) após o nascimento.

O principal ponto de observação se refere às particularidades inerentes à mulher, especificidades essas que vão de uma estrutura carcerária inadequada até a má execução dos tratamentos especiais assegurados pela legislação para propiciar uma gravidez saudável e, após o nascimento, o convívio mãe-filho. Nota-se que apesar das conquistas obtidas através de normas gerais, documentos internacionais, princípios norteadores e leis específicas, a sua efetivação é comprometida devido ao desrespeito a tais dispositivos.

Inicialmente, serão analisados os dispositivos que asseguram a assistência humanitária necessária no decorrer do período gravídico e a possibilidade da concessão da prisão domiciliar.

No que tange aos princípios basilares da Execução Penal, destaca-se o da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 5º, III da Constituição Federal de 1988, ao assegurar que todos devem ser tratados de forma igual e digna. É dever do poder público e da sociedade promover políticas para garantir esse direito, entretanto, a realidade no sistema prisional feminino não condiz com a previsão legal, visto que as presas recebem tratamento desumano e degradante, até mesmo durante o parto.

Nota-se que o sofrimento da apenada

ocasionado pelas circunstâncias e limitações impostas no ambiente prisional é “estendido” para criança, por não ter o convívio diário com familiares, nem com outras crianças, violando a Proteção Integral da mesma.

A metodologia utilizada é descritiva ao correlacionar as políticas públicas pertinentes com a análise da legislação, dos documentos oficiais e jurisprudências. É ainda exploratória, pois a escolha da temática foi consequência do projeto de pesquisa “Mulheres encarceradas: uma análise processual do garantismo penal no Presídio Feminino de Sergipe”.

Desse modo, a problemática será explorada através do aspecto jurídico ao analisar os direitos e garantias da mulher presa e da criança já previstos na Lei Maior e nas normas infraconstitucionais. Contudo, também é válida a análise fática no seu aspecto empírico, em virtude dos dados oficiais divulgados com relação ao tema e trazidos no presente artigo.

2. GRAVIDEZ NO SISTEMA CARCERÁRIO

As relações estabelecidas entre a genitora e seu (sua) filho (a) durante a gravidez constituem tema amplo e peculiar, repercutindo de forma relevante no domínio jurídico pela ocorrência de questões delicadas, pois o direito à vida e à saúde do (a) filho (a) que vai nascer, encontra-se abalado pelo ato da genitora.

Desde o ambiente intrauterino o vínculo afetivo entre mãe e bebê é desenvolvido numa oferta de segurança e amor. Todavia, discorrer sobre gravidez no cárcere é tratar da violação dos direitos básicos assegurados à mulher que se encontra no período gestacional. Fica evidente, desta forma, o descumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana e,

especificamente, o da humanidade das penas.

A ação do Estado na realidade da gravidez no ambiente intramuros se faz totalmente presente, posto que a mãe vivencia esta fase no contexto da pena privativa de liberdade. Além do fato dela e seu (sua) filho (a) estarem inseridos em ordenamentos jurídicos diferentes, não se pode deixar de destacar que o nascituro não cumpre pena, e, portanto, não está sujeito aos ditames da Lei de Execução Penal (VIEIRA; VERONESE, 2015). Contudo, ambos estão sob a responsabilidade do Estado, carecendo, consequentemente, de uma verificação jurídica que leve em consideração as necessidades, garantias e direitos da criança ante sua mãe, os familiares e a sociedade.

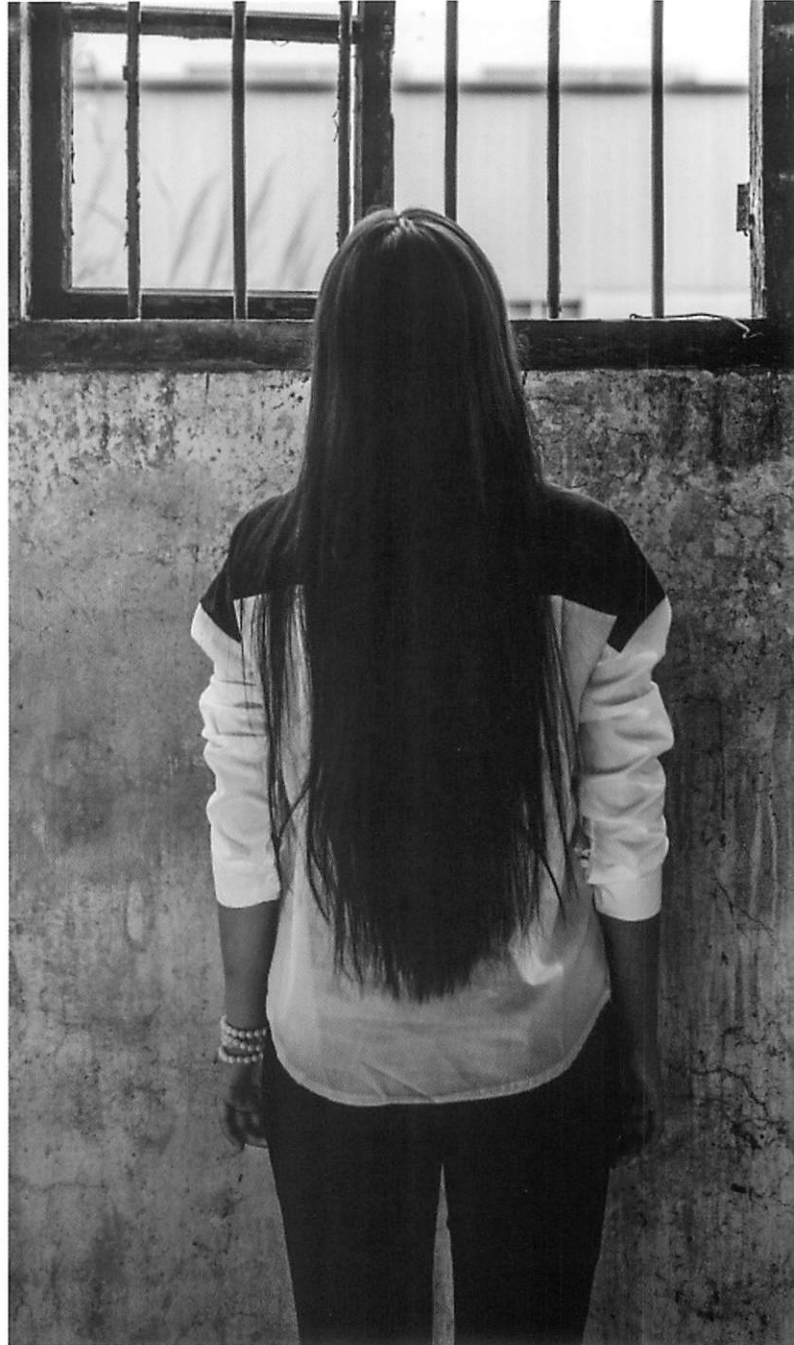
2.1 Direitos e garantias reconhecidos *versus* a realidade no ambiente intramuros

Lemgruber (2001) enfatiza sobre o planejamento do encarceramento como um todo. Para ela, as prisões são basicamente planejadas por homens e desenhadas para homens, assim como suas regras são também definidas por eles.

A população carcerária feminina brasileira é de 37.380 presas, representando 6,4% do total de presos no Brasil (WALMSLEY, 2015). De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014 (Infopen Mulheres), disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, 238 são estruturas mistas e apenas 103 - num total de 1.420 estabelecimentos prisionais - são destinados exclusivamente ao gênero feminino (BRASIL, 2014).

Pode-se extrair ainda do “Infopen Mulheres” que 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45 anos, ou seja, estão em idade fértil (BRASIL, 2014). Desse modo, a igualdade é desigual ao desprezar as distinções. Por isso, são pelas gestantes e crianças por quem deve ser lembrado que alguns desses presos, sim, menstruam (QUEIROZ, 2015).

O direito social da proteção à maternidade, assegurado no artigo 6º da Constituição Federal, é infringido no âmbito intramuros, bem como a integridade emocional e física da gestante, os quais deveriam ser cuidados emergentes da



atuação estatal. Entretanto, como afirma Stella (2006), no cárcere todo o colorido se esmorece e as tintas ficam mais escuras que claras, com a fragilidade rondando continuamente a futura mãe, envolvendo-a em uma série de embaraços sociais e psicológicos.

A maior parte das concepções tende a supor que as mães encarceradas são mães de má qualidade e um péssimo modelo de devotamento. Todavia, independente da sua condição penal, essas mulheres são mães assim como outras e a criação de um prejulgamento pode ser entendido como uma pena adicional.

De mais a mais, o ordenamento jurídico evoluiu nos últimos anos com leis e normas referentes ao encarceramento feminino,

e, mais do que isto, com regulamentações relacionadas à maternidade intramuros.

O direito à saúde é garantido constitucionalmente no artigo 196 e deve ser usufruído por todas as mulheres, estando ou não sob custódia estatal. Os cuidados médicos na gestação são fundamentais e devem ser oferecidos, tanto para mulher quanto para criança.

A Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal (LEP) - dispõe no artigo 11 que o Estado tem a responsabilidade de prestar várias formas de assistência - social, jurídica, educacional, saúde, material e religiosa - à pessoa presa, uma vez que, cumprindo pena privativa de liberdade, esta não consegue acessar satisfatoriamente os direitos fundamentais que são inerentes à pessoa humana. Sendo assim, a gestão penitenciária não pode confundir a pena estabelecida com a exclusão de outros direitos e garantias a que faz jus qualquer ser humano (SANTA RITA, 2006).

A entrada em vigor da Lei nº 11.942/09 alterou a redação do artigo 89 da Lei de Execução Penal para estabelecer que as penitenciárias de mulheres sejam dotadas de seção para gestante, no entanto, os dados do "Infopen Mulheres" demonstram que apenas 34% dos estabelecimentos femininos dispõem de cela ou dormitório específicos para gestante. Em relação aos estabelecimentos mistos, apenas 6% deles possuem um espaço adequado (BRASIL, 2014).

A lei citada também alterou o artigo 14, parágrafo 3º da LEP para certificar às mães encarceradas e às crianças condições mínimas de assistência. A aprovação da referida lei restaurou o direito à saúde das presas, ao garantir acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Contudo, o dispositivo citado não previu o atendimento psicológico à mãe neste contexto. Destarte, fica clara a falta de interação com o artigo 8º, parágrafo 4º da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - que também abarca essa proteção assistencial com o intuito de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

No mesmo sentido, o artigo 8º do Estatuto

da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei nº 13.257/16, passa a assegurar às mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal através do Sistema Único de Saúde (SUS).

No plano internacional, evidenciam-se as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, intituladas como "Regras de Bangkok" e com o objetivo de firmar diretrizes e princípios sobre a discussão do encarceramento feminino. Idealizadas pela Organização das Nações Unidas em 2010 e tendo o Brasil como signatário desde então, elas só foram traduzidas oficialmente para português em março de 2016.

A sua Regra 10 estabelece que devem ser oferecidos às presas serviços de atendimento médico voltados especificamente para mulheres, sendo, no mínimo, equivalentes àqueles prestados na comunidade (BRASIL, 2016a). Em seguida, na Regra 48, fica expresso que as "Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado por um profissional de saúde qualificado". Deverão, além disso, "[...] ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças" (BRASIL, 2016a, p. 32).

No entanto, sobre a realidade do cárcere Vieira e Veronese asseveram:

[...] há as unidades prisionais que não dispõem de médicos ginecologistas, mesas para ginecologia, esterilizadores de instrumentos ginecológicos nem remédios, dentre outras deficiências, o que significa que as consultas pré-natais ou têm de ser feitas fora do estabelecimento penal, ou quando feitas ali, padecem de precariedade de recursos e da deficiência de equipamentos e instrumentos médicos (2015, p. 169).

Isto posto, a instituição de auxílios à mulher presa deveria ser interpretada como uma proteção dos direitos sociais, todavia, são concedidos muitas vezes como benefícios.

2.2 Dos requisitos para a concessão da prisão domiciliar

Aprição domiciliar possibilita o cumprimento da prisão preventiva em residência, de onde somente sairá por meio de autorização judicial. O juiz poderá permitir a transferência apenas em casos extremos previstos no artigo 318 do Decreto-Lei nº 3.689, o Código de Processo Penal (CPP).

Alterado pela Lei nº 13.257/16, cuja base é o Marco Legal da Primeira Infância, o artigo 318 do CPP passou por uma recente flexibilidade no tocante à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

O dispositivo supracitado, outrora havia sido modificado parcialmente pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Ela introduziu a possibilidade do juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente fosse imprescindível aos cuidados especiais de crianças menores de seis anos de idade ou com deficiência, e quando a detenta fosse gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Destaca-se a exigência pelo juiz de prova idônea dos requisitos do artigo para a substituição.

Todavia, em momento oportuno o legislador demonstrou atenção a essa realidade. A nova atualização da lei processual penal, de 8 de março de 2016, promoveu relevantes alterações nesse rol. O decano da Suprema Corte brasileira fez menção, inclusive, em posicionamento hodierno:

Ementa: Prisão em flagrante. Prisão preventiva. Mulher que se encontra em qualquer das situações excepcionais referidas no rol taxativo inscrito no art. 318 do CPP. Conversão em prisão domiciliar. Regras de Bangkok, promulgadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Inovações introduzidas no direito interno brasileiro: CPP, LEP, Lei das Medidas Cautelares e Lei da Primeira Infância. Outorga de tratamento diferenciado à mulher presa que ostente, entre outras, a condição de grávida ou de nutriz (lactante). Legitimidade desse tratamento, que também se justifica pela necessidade de respeito ao princípio constitucional que consagra o dever estatal de proteção integral da criança e do adolescente. Incidência da Convenção dos Direitos da Criança. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, particularmente de sua

Segunda Turma. Conversão do julgamento deste “habeas corpus” em diligência, para que o impetrante comprove que a paciente se enquadra em qualquer das situações previstas no art. 318 do CPP (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 134.734/SP, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 30/06/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: 05/07/2016).

A primeira inovação refere-se à prisão domiciliar para gestante. Confira-se em trecho de recente *decisum*:

Veja-se que, nos termos do inciso IV do art. 318 do Código de Processo Penal, basta que a investigada ou a ré esteja grávida para ter, em tese, direito à prisão domiciliar. Não mais se exige tempo mínimo de gravidez nem que haja risco à saúde da mulher ou do feto (Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 352.467/RJ, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 15/04/2016, Sexta Turma, Data de Publicação: 20/04/2016).

A segunda não existia e foi incluída pelo Estatuto da Primeira Infância. Trata-se da viabilidade do juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar na hipótese da mulher com filho de até 12 anos incompletos, firmada no artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal.

Nas palavras de Brasileiro:

[...] a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta [...]. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado (2015, p. 998).

Dessa forma, não basta que a investigada ou a ré esteja grávida ou tenha filho (a) menor de 12 anos de idade para ser concedida

obrigatoriamente a domiciliar. Segue esse entendimento:

Ementa: HABEAS CORPUS - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – Inadmissibilidade - Circunstâncias do caso concreto que admitem a custódia cautelar da acusada com fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal. Ordem denegada.

PRISÃO DOMICILIAR PARA CUIDADOS ESPECIAIS DE MENOR DE 06 ANOS. Impossibilidade. Inaplicável, no caso concreto, a concessão da prisão domiciliar, com fulcro no artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal (“imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência”), porquanto não comprovada a imprescindibilidade da paciente aos cuidados da criança, já que, inclusive ela estava presa um mês antes da nova prisão em flagrante, estando foragida. Ademais, o preceito legal em questão prevê que o Juiz “poderá” substituir a prisão preventiva pela domiciliar nessa hipótese, não se tratando, dessa forma, de um dever do Magistrado, já que necessária à análise do caso concreto (TJ-SP - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas: 01879864920138260000 SP 0187986-49.2013.8.26.0000, Relator: Desembargador Alex Zilenovski, Data de Julgamento: 09/12/2013, 2ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/12/2013).

Podem ser detectadas duas tendências no julgamento de gestantes ou puérperas

presas. Alguns julgadores denegam o pedido, fundamentando ser a conduta não condizente com a de uma mãe imprescindível para a criança; outros entendem ser a maternidade uma forma de não mais cometer delitos e de reestabelecer bons princípios, sendo um tipo de “salvação moral”, concedendo dessa maneira a domiciliar. Essa vertente mostra que além dos aspectos sociais e raciais presentes na seletividade do sistema da justiça criminal, os fatores de gênero são marcantes quando se trata do encarceramento feminino (BRAGA; FRANKLIN, 2016). Nesse seguimento, veja-se o trecho do julgado:

No mais, espera-se que a inserção em prisão domiciliar, inspire essa mãe a adotar novos valores morais, para que possa melhor gerir suas vidas, e proporcionar a seu rebento uma vida digna. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem [...]. (TJ-SP - HC: 1788673520118260000 SP 0178867-35.2011.8.26.0000, Relator: Desembargador Paulo Rossi, Data de Julgamento: 24/10/2011, 2ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 28/10/2011).

Conforme a Minuta de Decreto Presidencial proposta pelo Grupo de Estudos e Trabalho “Mulheres Encarceradas”, *342 mães com filhos menores de seis anos no cárcere, 188 mães lactantes e 350 gestantes poderiam cumprir suas penas em condições mais dignas (BRASIL, 2016b).*

Em razão das precárias condições materiais dos presídios femininos e da análise do



caso concreto, a melhor maneira de exercer a maternidade ocorrerá fora do presídio (BRASIL, 2015). Portanto, se a aplicação da prisão domiciliar fosse efetivada em todos os seus aspectos, de acordo com os princípios norteadores da execução penal, a realidade do sistema prisional feminino seria outra.

3. PRISÃO E PARTO: O DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À MATERNIDADE

O respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, disciplinado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é entendido como o mais amplo dos direitos de todo ser humano e relevante para a construção do Estado Moderno. Complementa, nesse sentido, o artigo VI da Declaração Universal de Direitos Humanos, afirmando que o ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei. De mais a mais, o artigo V do mesmo documento veda a tortura, o tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Reconhece-se a prisão como transgressora tanto dos direitos humanos dos homens presos como das mulheres nessa mesma situação. Entretanto, para estas há uma agravante observando-se a lógica normatizadora da instituição prisional que pensa sob a ótica masculina. Assim, a positivação dos direitos humanos por meio de instrumentos jurídicos não têm sido suficientes para impedir as frequentes violações aos direitos de todas as mulheres encarceradas (BRASIL, 2015). Não se respeita as particularidades, sobretudo no contexto da maternidade e em um momento delicado como o parto (SANTA RITA, 2006).

Muitos relatos atestam situações que a detenta realizou seu próprio parto (QUEIROZ, 2015) ou quando encaminhada para um hospital, foi algemada durante o percurso e até mesmo durante o nascimento da criança (VIEIRA; VERONESE, 2015). Diante disso, resta demonstrado o rigor relacionado à segurança e à disciplina dentro do cárcere, em prejuízo de qualquer respeito à integridade e aos direitos da custodiada.

O cuidado e atenção oferecidos por parte dos profissionais à parturiente são a base da humanização, do parto saudável e da prevenção da mortalidade infantil. O trato indelicado, desumano e desrespeitoso pode acarretar o sofrimento fetal, bem como outros danos psicológicos e físicos (LIPPI, 2011).

As “Regras de Bangkok”, por esse motivo, declaram na Regra 24 que “Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior” (BRASIL, 2016a, p. 25). Desta forma, pretende-se garantir o respeito à integridade moral e física das presas.

Corroborando com a Regras citada, no âmbito nacional em 2008 foi editada a Súmula Vinculante nº 11:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Nada obstante o uso de algemas ter se tornado exceção de acordo com o enunciado supradito, eram reiterados os casos de parturientes mantidas algemadas durante o parto. Tal conduta fica evidenciada no trecho da sentença proferida em ação indenizatória por danos morais:

D. C. C. move ação indenizatória contra a Fazenda do Estado de São Paulo. Alega, em síntese, que foi presa em flagrante em 25 de setembro de 2011 em estado de gravidez e deu à luz a seu filho algemada pelos pés e mãos, sem a presença de um familiar, o que lhe causou os danos morais apontados, cuja reparação pretende nos moldes expostos.

Aré contestou a fls. 380/385. Argumentou, em síntese, que a investigação acerca do episódio é inconclusiva quanto aos fatos alegados pela autora, além do que seria impossível realizar um parto com a gestante algemada.

Inegáveis, por outro lado, as sensações negativas de humilhação, aflição e



desconforto, entre outras, a que foi submetida a autora diante da cruel, desumana e degradante manutenção de algemas durante o seu trabalho de parto. São danos morais indenizáveis e guardam nexos com a ação estatal, de modo que avulta o dever de ressarcimento almejado. (TJ-SP Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – Ação Indenizatória por Danos Morais: 0035475042013826.0053 SP 0035475-04.2013.8.26.0053, Juiz de Direito: Fausto José Martins Seabra, Data de Julgamento: 30/07/2014, 3ª Vara da Fazenda Pública, Data de Publicação: 02/10/2014).

Ademais, diante da lacuna existente no artigo 199 da Lei de Execução Penal, foi publicado o Decreto nº 8.858/16. Regulamentando o emprego de algemas, esta determinação afirma, no artigo 3º, ser vedada a utilização “[...] em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período que se encontrar hospitalizada”.

Para complementar, no dia 13 de abril de 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.434/17, que acrescenta o parágrafo único ao artigo 292 do CPP, para vedar o uso de algemas [...] em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Reforça-se a ideia que o momento do nascimento pode marcar o infante em seus vínculos. Partos violentos podem prejudicar o estado puerperal, dificultando os laços da

genitora com o bebê.

4. PRISÃO E PÓS-PARTO: DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA AO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Para a criança recém-nascida a oportunidade de permanecer com sua genitora após o parto significa uma medida de conforto psíquico, auxiliando-a enfrentar a transição do estado intrauterino para a vida externa do corpo materno. A aproximação física ajudará a ocorrência da amamentação, trazendo incontáveis benefícios físicos e colaborando para o fortalecimento do vínculo mãe-bebê (VIEIRA; VERONESE, 2015). Outrossim destaca-se a importância do aleitamento materno para a prevenção de infecções e proteção contra o desenvolvimento de doenças imunológicas e crônicas (JACOB, 2010).

Já no cenário prisional, encontram-se as “Regras de Bangkok”, estabelecendo na Regra 49 que “Crianças vivendo com suas mães na prisão jamais serão tratadas como presas”, respeitando - teoricamente - a não transcendência da pena (BRASIL, 2016a, p. 33).

Na esfera da legislação interna, o artigo 83, parágrafo 2º da LEP, também alterado pela Lei 11.942/09, garante a obrigação dos estabelecimentos penais femininos serem dotados de berçário, “[...] onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até seis meses de idade”.

Outrora citado, o artigo 89 da Lei de Execução Penal determina que além de berçário,

as penitenciárias femininas devem dotar-se “[...] de creche para abrigar as crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”. No entanto, dados do último “Infopen Mulheres” informam a existência de berçário em 32% das unidades femininas, enquanto apenas 3% das unidades mistas o contemplavam. Com relação à creche, somente 5% dos estabelecimentos exclusivamente femininos possuíam; não foi registrada nenhuma instalada em unidades mistas (BRASIL, 2014).

A Resolução nº 3/2009 recomenda que a continuidade do vínculo materno deve ser considerada como prioridade em todas as situações e deverá ser garantida a permanência da criança, no mínimo, até um ano e seis meses junto às suas mães. Após esse período, deve ser iniciado o processo gradual de separação, podendo perdurar até seis meses (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2009).

As garantias previstas em lei nitidamente não condizem com a realidade. Para Vieira e Veronese (2015) o problema não está no âmbito formal, mas na maneira como tudo vem ocorrendo no sistema prisional brasileiro. Dessa forma, a ausência de berçários e creches na maioria dos estabelecimentos impõe à criança ocupar espaços indignos e insalubres. A omissão do Estado força a submissão do (a) filho (a) às circunstâncias de encarceramento da mãe, aprisionando-o e não respeitando seus direitos. Por um lado, se a criança permanece no cárcere, usufrui do contato com a genitora e dos benefícios da amamentação, por outro, passa pelas diversas carências da estrutura carcerária, limitando o seu progresso, violando assim a Proteção Integral (VIEIRA; VERONESE, 2015). Complementam as autoras:

[...] não se verifica na legislação a possibilidade de a criança sair do estabelecimento penal para brincar com outras crianças, praticar esportes, divertir-se com demais familiares de forma livre e em ambiente sadio, em franca violação não só de seu direito à convivência comunitária (art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente) mas, fundamentalmente, de seu direito à liberdade, previsto no art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente (VIEIRA; VERONESE, 2015, p. 219).

A Doutrina da Proteção Integral tem uma essência basicamente jurídica, sendo um preceito assecutorio e com o argumento protetivo oriundo dos valores humanos, cuja eficácia reconhece - sem qualquer distinção - crianças e adolescentes como sujeitos de direitos (RAMIDOFF, 2010). Introduzida pela Convenção sobre os Direitos da Criança, foi abarcada no artigo 227 da Constituição Federal, estabelecendo ser “[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária [...]”.

Verifica-se esse fundamento em trecho de decisão de *habeas corpus* substituindo a prisão preventiva pela domiciliar:

Ora, a paciente é mãe de um bebê recém-nascido, consoante, ainda lactente, com necessidades especiais, que não deve ser submetido aos riscos para a sua saúde que a vida no cárcere representaria, exposto que ficaria a toda sorte de infecções e doenças, e ao ambiente úmido, escuro e insalubre das prisões, penoso até mesmo para um adulto em boas condições físicas, ou, ainda, que fosse tão prematuramente afastado do convívio com sua mãe, pois a infante sofreria violação de seus direitos mais fundamentais, assegurados constitucionalmente, dentre os quais o direito à vida, à integridade física e mental e à convivência familiar (Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 280.936/SP, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 17/10/2013, Quinta Turma, Data de Publicação: 22/10/2013).

Quando descartada as hipóteses da concessão da prisão domiciliar e da criança ficar com sua mãe no ambiente intramuros, ela poderá permanecer com sua família natural, quais sejam pai e irmãos (artigo 25, ECA). Diante da impossibilidade, será encaminhada a algum integrante da família extensa ou ampliada, “[...] formada por parentes próximos com os quais a criança convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (artigo 25, parágrafo único, ECA).

Caso seja preciso retirá-la de sua família natural ou extensa, será conduzida para programas de acolhimento familiar ou

institucional, e - excepcionalmente - à família substituta de guarda ou tutela, mas de forma provisória (artigo 101, incisos VII, VIII e IX, ECA). A norma somente ordena a colocação da criança ou adolescente em família substituta adotiva como última opção. Nessa perspectiva, o encarceramento em tempo algum pode ser visto como abandono voluntário da prole, capaz de fundamentar o alijamento da família natural (ORIOLO, 2011).

Apesar dos dispositivos supracitados primarem pelo convívio em família natural ou ampliada, na prática, muitas vezes, as crianças são direcionadas imediatamente para um abrigo ou família adotiva, havendo o desrespeito à norma. Por esse motivo, várias mães relatam angustiadas não terem nenhuma informação de qual será o destino do seu (sua) filho (a) (ANGOTTI; BRAGA, 2015).

É válido lembrar que a condenação criminal da mãe ou pai não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso contra a própria filha ou filho, sujeito à pena de reclusão – artigo 23, parágrafo 2º, ECA.

O prazo mínimo de seis meses de amamentação e convivência garantidos na LEP por tantas vezes se torna o máximo em alguns cárceres do país. Para Santa Rita (2006), apesar de previsto no ordenamento jurídico, o momento da separação, predominantemente, acontece sem uma dinâmica de desligamento emocional entre mães e filhos (as).

Embora sem contato diário com a genitora, pelo fato de não estar mais no ambiente carcerário, fica assegurado à criança a garantia de visitá-la (artigo 41, X, LEP), em consonância com o direito à convivência familiar. A Lei nº 12.962/14 alterou o artigo 19 do ECA exatamente para certificar a convivência “[...] com a mãe ou pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial”.

Stella (2009) cita algumas circunstâncias que prejudicam a convivência familiar entre filhos e mães encarceradas, são elas: as dificuldades com transporte, a distância das prisões ao local de residência da sua família e o sentimento de



abandono o qual permeia os filhos separados repentinamente. Ademais, as instituições penais exigem um processo de revista, muitas vezes demorado e constrangedor, reduzindo o tempo para as visitas.

Por fim, ressalta-se que ao visitar sua mãe no estabelecimento prisional, a criança deve ser recebida de forma cautelosa com intuito de protegê-la integralmente, uma vez que, também é titular da dignidade inerente à pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objeto analisar a maternidade no sistema carcerário brasileiro e os problemas decorrentes desta situação, fazendo principalmente uma análise em relação aos direitos constitucionais e garantias legais

das presas gestantes e seus (suas) filhos (filhas).

A maioria dos presídios femininos não se encontram preparados com berçários e creches para receberem crianças, submetendo-as a celas lotadas, falta de higiene, exposição a doenças e falta de estrutura, ou seja, as mínimas condições necessárias para uma sobrevivência digna são deficientes, ferindo, portanto, a Proteção Integral e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nota-se um paradoxo e uma supressão de garantias, uma vez que o direito da genitora de amamentar seu (sua) filho (a) e o do infante em ter o convívio com sua mãe fará com que a pena daquela seja estendida a este, violando a intranscendência da pena.

Diante do exposto, tornam-se urgentes algumas ações. Nessa perspectiva, deve-se fazer revisão na legislação pertinente para garantir as necessidades específicas do gênero e buscar alternativas ao encarceramento para gestantes, mães ou responsáveis por infantes, como a aplicação de medida cautelar de prisão domiciliar. Além da efetivação dos direitos e garantias citados nesse artigo, não se restringindo apenas ao plano normativo.

Portanto, a manutenção dos laços familiares é de suma relevância para que os prejuízos do cárcere sejam amenizados, enquanto outras medidas - como o desencarceramento de mulheres - parecem inalcançáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 12, n. 22, p. 229-239, 2015. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101231>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. *Quando a casa é a prisão*: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei nº 12.403/2011, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 349-375, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579/15789>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. *Regras*

de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/vo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Decreto nº 8.858, de 26 de setembro de 2016. Regulamenta o disposto no art. 199 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 27 set. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 ago. 1990.

_____. Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 mai. 2009.

_____. Lei nº 12.962, de 8 de abril de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 abr. 2014.

_____. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 mar. 2016.

_____. Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 abr. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Minuta de Decreto Presidencial de Indulto para Mulheres*. 2016b. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto_para_mulheres.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias, INFOPEN Mulheres*. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça/IPEA, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 280.936/SP*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: T.A.M. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 22 de outubro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 352.467/RJ*. Impetrante: N.T.L. Paciente: I.L.C. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 20 de abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 134.734/SP*. Impetrante: E.J.O. Paciente: F.S.C. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 05 de julho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 11*, de 13 de agosto de 2008. Publicada no D.O.U em 22 ago. 2008.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. *Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) nº 3, de 15 de julho de 2009*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>>. Acesso em: 26 set. 2016.

JACOB, Cristina Miuki Abe. Estratégias de Prevenção da Alergia Alimentar: atualização. *Temas de Pediatria*, São Paulo, n. 88, 2010. Disponível: <http://www.sbp.com.br/sbpciencia/FILES/_pdf/Temas_88.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

LEMGRUBER, Julita. A mulher e o sistema de Justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, v. 36, p. 370-382, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de direito processual penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LIPPI, Umberto Gazi. Parto: Assistência Materna. In: CYPEL, Saul (Org.). *Fundamentos do desenvolvimento infantil: da gestação aos 3 anos*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2011. p. 67-78.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

ORIOLO, Débora de Vito. O direito fundamental da criança à convivência com a mãe presa. *Revista Especial da Infância e Juventude*, São Paulo, n. 1, 2011. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/REVISTA%20DA%20DEFENSORIA%20-%20INF%C3%82NCIA.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2006. 162 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/6377>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus nº 0178867-35.2011.8.26.0000*. Impetrante: A.P.S. Paciente: B.F. Relator: Desembargador Paulo Rossi. São Paulo, 28 de outubro de 2011.

_____. *Habeas Corpus nº 0187986-49.2013.8.26.0000*. Impetrante: F.P.B. Paciente: F.B.C. Impetrado: Juiz de Direito do DIPO. Relator: Desembargador Alex Zilenovski. São Paulo, 12 de dezembro de 2013.

_____. Vara da Fazenda Pública/Acidentes do Foro Central. *Ação Indenizatória nº 0035475-04.2013.8.26.0053*. Requerente: D.C.C. Requerido: Estado de São Paulo. Juiz de Direito: Fausto José Martins Seabra. São Paulo, 02 de novembro 2014.

STELLA, Claudia. Filhos das mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. *Estudos e pesquisas em psicologia*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, p. 292-306, 2009. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/pdf/v9n2a03.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. *Filhos de mulheres presas*. São Paulo: LTC, 2006.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

WALMSLEY, Roy. *World Female Imprisonment List*. 3. ed. Londres: World Prison Brief Institute for Criminal Policy Research, 2015. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

A EFICÁCIA IMEDIATA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA JUSTIFICADA PELO CARÁTER DEMOCRÁTICO DO JÚRI

Rafael Schwez Kurkowski

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Especialista em Análise Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide – UPO (Espanha). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo – FAPIDE. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Integrante dos grupos de pesquisa Tutela Penal dos Interesses Difusos da Universidade Federal do Mato Grosso – UFMT e Política Criminal do UNICEUB. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, atualmente exercendo as suas atribuições como Coordenador Disciplinar da Corregedoria Nacional do Ministério Público



1. INTRODUÇÃO

Recentemente, a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias¹, ganhou destaque com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Hábeas-Cópus² (HC) n. 126.292/SP, em fevereiro de 2016, no qual se decidiu que ela “não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. Essa decisão do HC n. 126.292/SP serviu de paradigma para os julgamentos subsequentes.³ Em outubro de 2016, o STF reforçou esse entendimento ao indeferir a medida cautelar postulada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) ns. 43 e 44, cujo objeto versa sobre o artigo (art.) 283 do Código de Processo Penal (CPP). O objetivo dessas ADCs consiste na declaração de que a execução da pena apenas pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em novembro de 2016, no julgamento do Agravo

em Recurso Extraordinário (ARE) n. 964.246RG/SP, com repercussão geral, o STF reafirmou o entendimento de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Na sequência, em março de 2017, o STF, no julgamento do HC n. 140.213/SP, ripristinando o entendimento sustentado no HC n. 84.336/RS (2004), decidiu que a execução provisória tem cabimento nas ações penais originárias, “uma vez que o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n.º 678/92, art. 8º, § 2º, “h”), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária”.⁴

Assim, pacificou-se, embora não por unanimidade, o cabimento da execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, o que ocorre quando são julgados a apelação (art. 593 do Código de Processo Penal – CPP), os embargos infringentes ou de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP) ou os respectivos embargos de declaração (art. 619 do CPP) que venham a ser interpostos.

Contudo, não houve reflexão específica a respeito da possibilidade da execução provisória da pena, no âmbito do tribunal do

1 Registra-se que, em outro lugar, já se demonstrou que a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, além de compatível com os direitos fundamentais (KURKOWSKI; SUXBERGER, 2016), se justifica pelo trânsito em julgado do capítulo sentencial da culpa (KURKOWSKI, 2017).

2 Sobre a forma hábeas-cópus, Kaspary ensina: “Hábeas-cópus é a forma lógica e completamente aportuguesada: com hífen, para indicar a unidade semântica do termo (à semelhança de pena-base, dias-multa, queixa-crime, etc.); com acento gráfico em hábeas, por ser paroxítona terminada em ditongo crescente (à semelhança de pâncreas, várzea, área, etc.); e também com acento gráfico em cópus, por ser paroxítona terminada em us (à semelhança de vírus, húmus, Vênus, etc.). Compare-se o termo com outros latinismos aportuguesados, tais como mapa-múndi, vade-mécum, pró-forma, fac-símile, etc”. (KASPARY, 2005, p. 115-116.)

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental n. 737305*. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 28 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11479231>>. Acesso em: 21 out. 2017.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Hábeas-cópus n. 346.721*, MG. Quinta Turma. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 1 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600031019&dt_publicacao=13/09/2016>. Acesso em: 21 out. 2017.

4 Este também é o atual entendimento do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Hábeas-cópus n. 383.616*, RJ. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Fonseca. Brasília, 28 de março de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603345289&dt_publicacao=05/04/2017>. Acesso em: 21 out. 2017.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Hábeas-cópus n. 388.863*, AP. Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 6 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700347561&dt_publicacao=14/06/2017>. Acesso em: 21 out. 2017.

júri, imediatamente após a decisão do conselho de sentença. A exceção consistiu no HC 118.770/SP, cuja ementa, dada a relevância desse precedente para o presente trabalho, segue transcrita:

Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavaski, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: "A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade." [sem grifos no original]

Com efeito, a especialidade do tribunal do júri demanda um entendimento diferenciado em relação à execução provisória da pena, o que justifica o interesse deste artigo. É justamente este o objeto do presente escrito: a feição democrática do júri, da qual deriva a soberania dos veredictos dos jurados, justifica a execução provisória da pena logo depois da decisão do conselho de sentença.

Para fins de comprovação do objeto acima descrito, sustentam-se, mediante análise

documental e revisão bibliográfica, duas hipóteses. A primeira advoga que o tribunal do júri, no ordenamento jurídico pátrio, consiste em verdadeiro instrumento de democracia participativa para os cidadãos. Já a segunda sustenta que o aspecto democrático do júri exige o cumprimento imediato da vontade (decisão) dos jurados.

2. JÚRI: INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O tribunal do júri tem natureza dúplice. Trata-se, inquestionavelmente, de direito fundamental do réu de ser julgado pelos seus pares, e não por um juiz de direito, conforme previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal (CF). Na condição de direito fundamental, o júri constitui cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF), motivo por que não pode ser suprimido do ordenamento jurídico.

Mas o júri também se afigura como um "direito coletivo, social, da própria comunidade, de julgar os seus infratores". (CAMPOS, 2010, p. 4). Mais do que um direito social, todavia, o júri é um sustentáculo da democracia. Na condição de órgão constitucional, ele constitui legítima manifestação de soberania popular relacionada à democracia participativa. (NASSIF, 2008). Enquanto o magistrado presidente faz uma representação indireta do povo, o conselho de sentença traduz representação direta do povo (TUCCI, 1999, p. 35), que é o próprio titular do poder executivo, legislativo e judiciário (art. 1º, parágrafo único, da CF).

Com efeito, ao lado do plebiscito, do referendo e da iniciativa legislativa popular, o júri caracteriza-se por ser um instrumento de participação direta do cidadão no Poder Judiciário, pois "no Júri o povo exerce a função jurisdicional de maneira direta, sem intermediários". (VIVEIROS, 2003, p. 59). Assim, enquanto o magistrado "exerce a função jurisdicional – que é função do Estado, e não do órgão que a manifesta – por delegação do poder político, a jurisdição do Júri é exercida diretamente pelo titular originário deste poder: o povo, o que lhe confere autêntica legitimidade popular". (VIVEIROS, 2003, p. 68-69).

A administração da justiça diretamente

pelo povo, por intermédio do tribunal do júri, é fruto do princípio democrático. (RANGEL, 2015, p. 19). Bobbio caracteriza a participação política do povo como liberdade positiva, quando o povo toma decisões, o que se relaciona a uma dimensão coletiva da sociedade. Na liberdade negativa, ao revés, o titular goza apenas de direitos, no mais das vezes, de feição negativa, a exemplo da liberdade de opinião. Sob essa óptica, a liberdade negativa está relacionada a uma concepção individual da sociedade, pois exalta o indivíduo, que é titular de direitos. (BOBBIO, 1997, p. 62).

Por outro lado, o júri não é órgão do Poder Judiciário, segundo sustenta Nassif, porquanto, além de não estar previsto no art. 92 da CF, ele não está submetido ao dever de fundamentar as suas decisões, o qual é exigível dos magistrados (art. 93, IX, da CF). E o fato de ele ser presidido por um magistrado não tem o condão de torná-lo órgão do Poder Judiciário. Trata-se de hipótese à do crime de responsabilidade (*impeachment*), na qual o Senado, apesar de ser presidido pelo presidente do STF, não se converte em órgão do Poder Judiciário. (NASSIF, 2008, p. 25-28).

Diante desses argumentos, constata-se que o júri constitui e reforça a democracia ao permitir que o cidadão participe do governo, notadamente ao conceber a ingerência direta do cidadão na administração da justiça.

3. O ASPECTO DEMOCRÁTICO DO JÚRI EXIGE O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA VONTADE DOS JURADOS

Apresentada a natureza jurídica do tribunal do júri – direito fundamental do réu e instrumento de democracia participativa –, observa-se que, como o povo é titular do Poder (tripartido em Executivo, Legislativo e Judiciário), ele tem direito a exercê-lo. Por conseguinte, devem-se evitar restrições ao exercício desse direito, sob pena de ofensa direta à democracia. Vale dizer: a desconsideração da vontade da sociedade traduzida pela decisão do conselho de sentença enfraquece a democracia.

Para evitar uma limitação excessiva do direito de a sociedade participar na administração da Justiça por intermédio do júri, a Constituição Federal outorgou soberania ao veredicto decorrente do seu julgamento (art. 5º, XXXVIII, c, da CF). Soberania está ligada à ideia de poder supremo, o qual, se exercido de forma coerente com os ideais do povo, não comporta restrição. Logo, o que fundamenta a soberania dos veredictos do júri é o aspecto democrático deste. Afinal, “o júri e sua legitimidade democrática estão simbioticamente relacionados. Não basta haver um tribunal popular se ele, de fato, não for soberano [...]”. (SEVERO; SILVA, 2017, p. 195).

Designadamente, a soberania do júri



representa o objetivo do constituinte originário de conferir às decisões do Júri popular o “caráter de inalterabilidade por parte do Poder Judiciário ou de qualquer outro órgão do Estado. Visou-se impedir que o conteúdo das decisões do órgão do povo pudesse ser modificado pelos juízes profissionais”. (VIVEIROS, 2003, p. 23). Por essa razão, a apreciação do fato criminoso é de competência exclusiva do conselho de sentença, tanto que as hipóteses de recurso contra a decisão do júri são mais restritas, de fundamentação vinculada⁵ a uma das quatro situações do art. 593, III, do CPP, ou seja, quando: *a)* ocorrer nulidade posterior à pronúncia; *b)* for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; *c)* houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; e *d)* for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Dessas quatro, apenas a prevista na alínea *d* permite a revisão – parcial – do entendimento dos jurados quanto à materialidade e à autoria do crime, mas somente quando a decisão for *manifestamente* contrária à prova dos autos. Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[d]ecisão manifestamente contrária às provas dos autos é aquela que não encontra amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo, inquestionavelmente, de todo o acervo probatório.”⁶ Nesse caso, entretanto, para garantir a soberania do júri, a revisão do entendimento dos jurados é apenas parcial, pois o juízo *ad quem* se limita a fazer o juízo rescindendo e determina o retorno dos autos a um novo conselho de sentença, o qual apreciará o fato e decidirá (art. 593, § 3º, do CPP). Não cabe nova apelação por esse mesmo motivo (art. 593, § 3º, *in fine*, do CPP). Por consequência, a conclusão do conselho de sentença não pode ser alterada pelo tribunal *ad quem*.

De fato, a inalterabilidade da conclusão dos jurados sobre o fato criminoso sob julgamento decorre da soberania dos veredictos. Todavia, na medida em que o júri representa um instrumento

da democracia participativa, o raciocínio deve ir além. Não devem ser admitidas manobras, quaisquer que sejam, tendentes a restringir a participação popular na administração da Justiça Criminal.

Uma dessas manobras consiste justamente em não conferir efeito imediato à vontade soberana dos jurados quando eles decidem pela condenação do réu. O não cumprimento imediato da decisão condenatória do conselho de sentença constitui séria e inadmissível ofensa à democracia. A expedita prisão do réu, após a decisão condenatória do conselho de sentença, traduz o exercício da função dos jurados (cidadãos) de julgar. Essa decisão, em função da sua soberania, é praticamente irrevisável no tocante à conclusão dos jurados sobre o fato criminoso julgado (materialidade e autoria), tirante a exceção da apelação fundada no art. 593, III, *d*, do CPP. Mesmo nessa exceção, contudo, impõe-se a elisão do efeito suspensivo da apelação em nome da defesa da democracia, considerando principalmente a interpretação restritiva sobre o conceito de decisão *manifestamente* contrária à prova dos autos, que vem a ser aquela que não encontra amparo em nenhuma vertente probatória passível de ser extraída do processo.

Do contrário, o poder, incluindo o jurisdicional – que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) – será um poder capenga: a sociedade pode decidir, mas não pode fazer cumprir imediatamente a sua vontade. Qual a serventia da titularidade do poder, então?

De outra parte, a parcela de responsabilidade do conselho de sentença pela sentença (condenatória) exige o seu cumprimento imediato. Ora, se os jurados – e apenas eles – são responsáveis pela decisão quanto ao fato criminoso, e porque essa decisão não pode ser modificada pelos magistrados togados, ela deve ser cumprida imediatamente. A propósito, com mais razão ainda, o entendimento deve ser o mesmo para a hipótese de absolvição pelo conselho de sentença: inexistente alternativa que permita a continuidade da prisão eventualmente já decretada.

Registra-se que a prisão imediata do réu condenado já era consequência decorrente da soberania do júri prevista no processo penal

5 Sobre a fundamentação vinculada da apelação, Nucci é claro: “Não se apresenta apelação, no contexto do Tribunal do Júri, por qualquer razão ou inconformismo, mas somente nos casos enumerados nas alíneas do inciso III do art. 593”. (NUCCI, 2015, p. 473).

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Hábeas-cópus n. 358.963*, PR. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Fonseca. Brasília, 1 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601521283&dt_publicacao=08/06/2017>. Acesso em: 21 out. 2017.

romano, provavelmente a primeira forma de julgamento colegiado, pelo sistema do júri, que o mundo conheceu. Nesse processo, “a sentença era (aliás, só podia ser...) emitida com base na votação [dos jurados], e não ficava sujeita a qualquer espécie de revisão, exceto à *restitutio in integrum*, pronunciada por magistrado superior”, em casos de vícios formais apenas, como a incompetência do órgão julgador, mas nunca com reapreciação do fato. (TUCCI, 1999, p. 15-16).

Em outra toada, argumenta-se que a força normativa da Constituição Federal exige o cumprimento imediato da decisão do conselho de sentença. Com efeito, a Constituição tem uma pretensão de eficácia consistente em imprimir ordem e conformação à realidade. Quando essa pretensão de eficácia é realizada, a Constituição adquire a sua força normativa. Para tanto, ela impõe tarefas aos seus destinatários. E a Constituição adquire força ativa quando essas tarefas são realizadas, quando existe disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. (HESSE, 1991, p. 11-19).

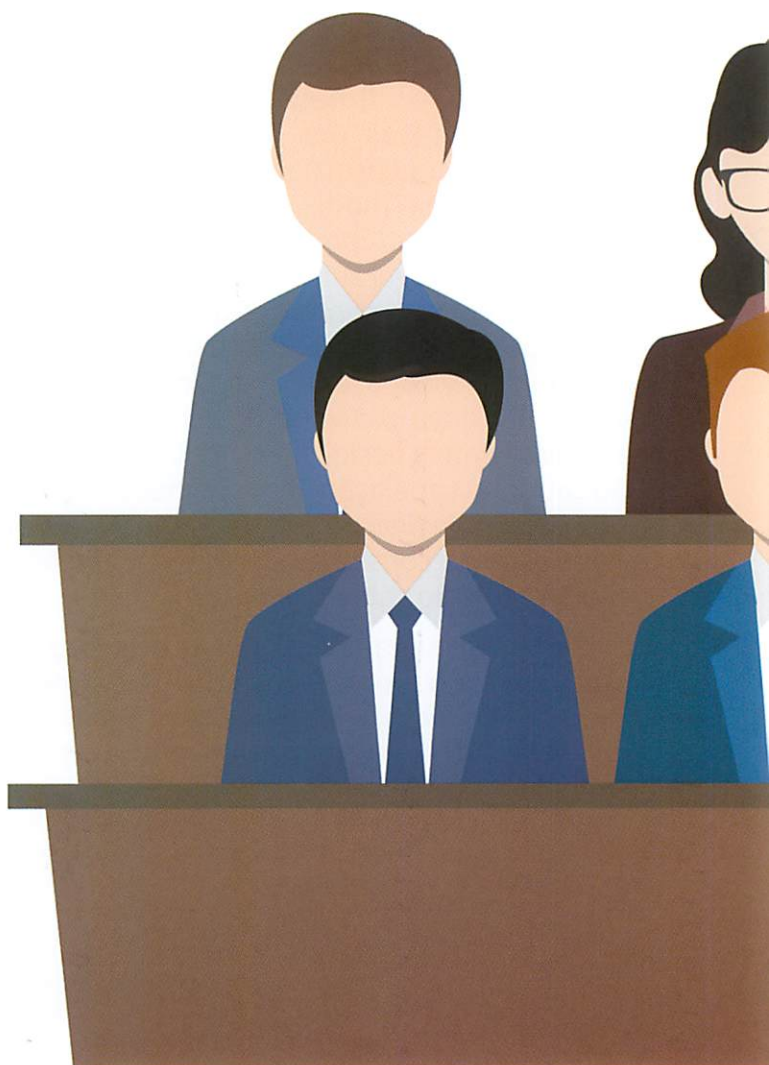
Na medida em que o Brasil é uma República Democrática, a Constituição Federal, naturalmente, impõe aos três Poderes e ao Ministério Público o dever-função de resguardar a democracia. Especificamente quanto ao Poder Judiciário, este deve direcionar a sua interpretação sobre o ordenamento jurídico para a defesa da democracia. Nesse ponto, “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma”. (HESSE, 1991, p. 22). Por consequência, a ótima concretização da norma que prevê a soberania das decisões do júri exige que elas sejam cumpridas de imediato, sem a necessidade de aguardar o julgamento de eventual recurso interposto contra elas. Assim, a “vontade de Constituição” (HESSE, 1991) demanda do Poder Judiciário que eventual recurso interposto contra a decisão do júri seja recebido apenas no efeito devolutivo.

Por outro lado, dada a semelhança do júri com o plebiscito e o referendo, especialmente a sua feição democrática enquanto instrumento da democracia participativa, o mesmo tratamento deve ser aplicado a esses três institutos. Assim,

se se confere efeito imediato ao resultado do plebiscito e do referendo – depois da votação, o cumprimento do resultado não fica no aguardo de nenhuma “chancela” posterior –, o mesmo procedimento deve ser adotado quanto à decisão do tribunal do júri. Não há sentido em submeter a eficácia da decisão soberana do conselho de sentença a um tribunal que não tem competência para reformá-la.

O respeito à soberania do veredicto do júri é obtido quando a vontade soberana dos jurados é cumprida, desde logo. Assim, na hipótese de decisão de condenação do réu, a prisão deste deve ser imediata.

Dessa sorte, tem-se que o caráter democrático do tribunal do júri exige o cumprimento imediato da sua decisão, ainda que em caráter provisório.



4. CONCLUSÃO

O poder emana do povo e é exercido por ele, direta ou indiretamente. Sendo tripartido o poder, no Brasil, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário devem ser exercidos pelo povo. Este último Poder, Judiciário, pode ser exercido indiretamente, por meio de juízes, ou diretamente pelo cidadão, no caso do tribunal do júri, mediante o conselho de sentença. Logo, o júri constitui e reforça a democracia, ao permitir a participação direta de cidadãos na administração da justiça (criminal).

Na condição de instrumento de democracia participativa, o júri não deve tolerar restrições ao exercício da função dos jurados. Limitações à função do jurado equivalem a limitações à própria democracia.

Igualmente, a parcela de responsabilidade do jurado pela decisão, no tribunal do júri,

exige o respeito a ela. Afinal, apenas o conselho de sentença, por ser o juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, pode decidir a seu respeito.

Além disso, a força normativa da Constituição Federal exige que o Poder Judiciário pautar a sua interpretação sobre o direito de forma a resguardar a democracia.

Dessa sorte, eventual recurso interposto contra a sentença condenatória, no júri, não deve ser recebido no efeito suspensivo, mas apenas no devolutivo. Permite-se, assim, a execução provisória da pena, no tribunal do júri.

A submissão, portanto, por intermédio de recurso, da eficácia da decisão do júri a um tribunal que não tem competência para reformá-la, quanto ao fato decidido, constitui inadmissível ofensa à democracia. Aliás, esse procedimento torna o poder jurisdicional – que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) – um poder capenga: a sociedade pode decidir, mas não pode fazer cumprir imediatamente a sua vontade. Qual a serventia da titularidade do poder, então?

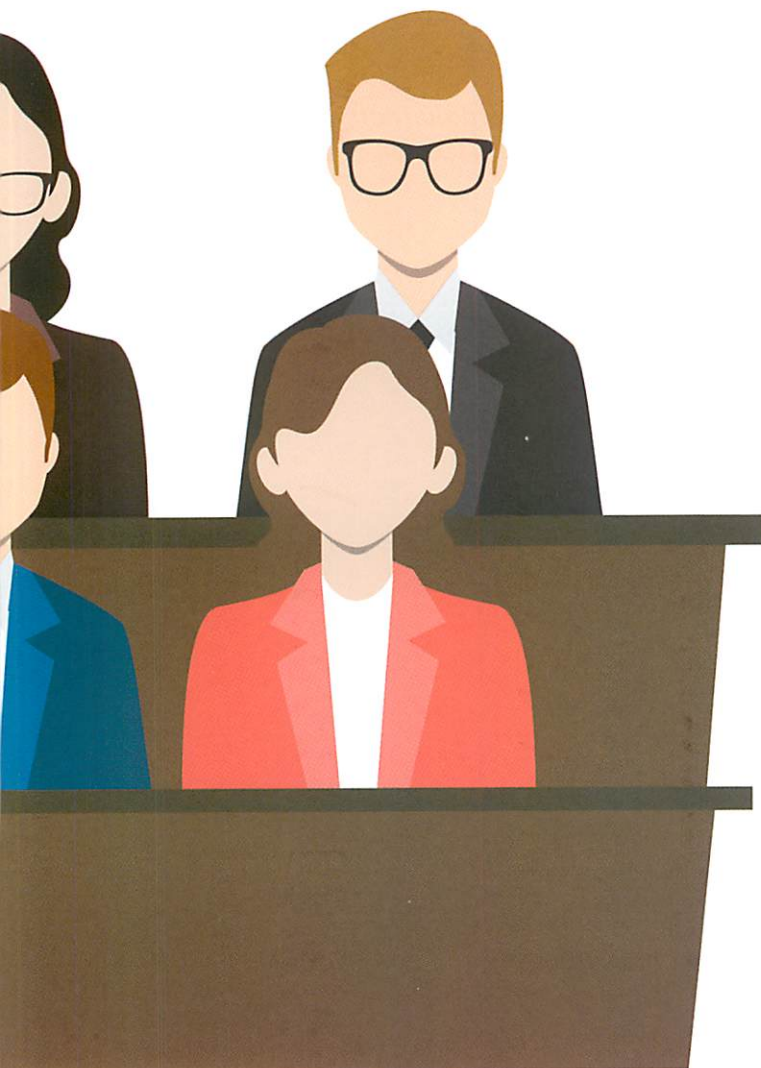
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edipro, 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-cópus n. 346.721*, MG. Quinta Turma. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 1 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600031019&dt_publicacao=13/09/2016>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de constitucionalidade n. 43*, DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986065>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de constitucionalidade n. 44*, DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986729>>. Acesso em: 21 out. 2017.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em recurso extraordinário n. 964.246*, SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo n. 737.305*, SC. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 28 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11479231>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-córpus n. 84.336*, RS. Segunda Turma. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 14 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79552>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-córpus n. 118.770*, SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 de março de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-córpus n. 140.213*, SP. Primeira Turma. Relator: Luiz Fux. Brasília, 2 de junho de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13044439>>. Acesso em: 21 out. 2017.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do júri: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KASPARY, Adalberto J. *Habeas Verba: português para juristas*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

KURKOWSKI, Rafael Schvez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. *Revista contribuciones a las ciencias sociales*, [S.l.], jul.-set. 2017b. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

_____. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de

inocência e a segurança pública. *E-civitas Revista científica do curso de direito do UNIBH*, Belo Horizonte, v. IX, n. 2, p. 1-38, dez. 2016. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>>. Acesso em: 07 mar. 17.

NASSIF, Aramis. *Júri: instrumento da soberania popular*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SEVERO, Jean de Menezes. SILVA, William de Quadros. O tribunal do júri e a participação popular na administração da justiça criminal: algumas reflexões. In: *Democracia (e) m sistema penal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.



Escola Superior do Ministério Público de Sergipe

AMOSTRA DE EVENTOS CIENTÍFICOS 2017

SEMINÁRIO

“Entrega Legal para Adoção: Um Ato de Amor”



A Procuradoria Geral de Justiça, por intermédio da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe e do Centro de Apoio Operacional da Infância e da Adolescência com o apoio do Grupo Projeto Acalanto realizou no dia 20 de março, o Seminário “Entrega legal para adoção: um ato de amor”.

O principal objetivo do encontro foi reunir forças para construir uma Política Pública de atenção às gestantes que desejam entregar seu filho para adoção. Palestraram no evento, a Diretora do CAOp da Infância e Adolescência, Dra. Mírian Teresa Cardoso Machado, a Vice-Presidente do Grupo Projeto Acalanto, Marta Batista de Souza, a Promotora de Justiça da Curadoria da Infância e da Adolescência de Aracaju, Maria Lilian Mendes Carvalho, e a Diretora Técnica do Núcleo de Apoio Profissional de Serviço Social e Psicologia da Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ana Cristina Amaral Marcondes de Moura.

Depois das palestras, o evento foi aberto para perguntas e debates. Além das palestrantes já citadas, fizeram parte da mesa de honra, a Procuradora de Justiça e Coordenadora-Geral do MP, Ana Christina Souza Brandi; o Diretor-Geral da ESMP, Newton Silveira Dias Júnior e Rômulo Lins Alves, Promotor da 8ª Promotoria dos Direitos do Cidadão.



WORKSHOP

“Todos Juntos por um Brasil Mais Acessível”

O Ministério Público de Sergipe, através da Escola Superior e do Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos, em parceria com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio do Núcleo de Atuação Especial em Acessibilidade (NEACE), promoveu o Workshop “Todos Juntos por um Brasil Mais Acessível”.

O evento discutiu a política urbana, de acordo com a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”. Além disso, também foi discutida a política habitacional (Lei nº 11.124/2005), a nova NBR 9050/2015, os pressupostos de acessibilidade da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da nova LBI - Lei Brasileira de Inclusão - Estatuto da Pessoa com Deficiência.





II SEMINÁRIO

“O Ministério Público na Defesa da Segurança Pública”

O Ministério Público de Sergipe, através da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe, promoveu o II Seminário “O Ministério Público na Defesa da Segurança Pública”. O evento, realizado no dia 27 de março, marcou a abertura da programação científica para o ano de 2017.

Na oportunidade, o Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Rony Silva Almeida, representante do Fórum Estadual de Segurança Pública, entregou formalmente ao Governador do Estado, Jackson Barreto, o texto final do documento que poderá ser adotado como referência para a elaboração de proposta de Projeto de Lei que instituirá uma Política Pública Estadual de Segurança.

A programação incluiu palestras do Professor Dr. Marco Antônio Jorge (UFS e FGV/SP), que falou sobre “Estudos de Economia do Crime para Sergipe” e da Pesquisadora Anúbia Melo Tavares. Ela uma exposição sobre “Homicídios no DHPP/SE (Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa): uma Reflexão Necessária”.

Em 2017, a Escola Superior adotou os temas relacionados à Segurança Pública e redução da criminalidade como principais motes para a promoção de eventos.



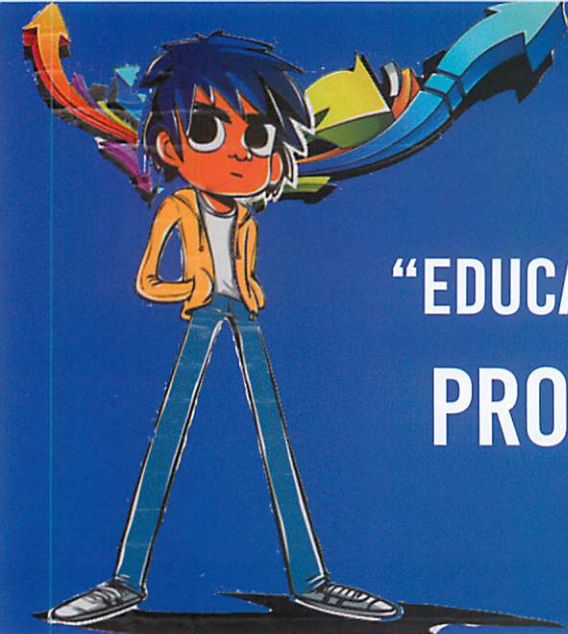
“CURSO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS”

O Ministério Público de Sergipe, por intermédio da Escola Superior e em parceria com a Comissão para Implementação do Núcleo de Práticas Autocompositivas do MP de Sergipe promoveu nos dias 3, 4 e 5 de abril, o Curso de Práticas Restaurativas.

O curso foi destinado aos membros, servidores e estagiários do Ministério Público e abordou a metodologia do “Círculo de Construção de Diálogos”. Técnicos do Serviço de Educação em Direitos Humanos – SEDHNPV/ Núcleo de Prevenção à Violência da Secretaria de Estado da Educação ministraram o curso.

As “Práticas Restaurativas” foram introduzidas formalmente no Brasil em 2006 e, embora partindo do âmago do Sistema Jurídico, os princípios e métodos das Práticas Restaurativas podem ser estendidos aos mais diversos campos de aplicação, revelando grande potencial na resolução de conflitos e pacificação social.





“EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: PROJETO JOÃO CIDADÃO”

O Ministério Público de Sergipe, através da Escola Superior e do Centro de Apoio Operacional dos Direitos à Educação, realizou no dia 10 de abril, o evento “Educação em Direitos Humanos: Projeto João Cidadão”.

O “Projeto João Cidadão” é uma iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público e tem o objetivo de contribuir com o desenvolvimento da cultura de direitos humanos no Brasil e promover uma maior aproximação entre o Ministério Público e a sociedade.

Para tanto, o projeto pretende divulgar conteúdo formativo e informativo sobre os direitos fundamentais e a atuação do MP em sua defesa, difundindo reflexões e ações que estimulem o reconhecimento e exercício dos direitos e deveres de cada pessoa em situações concretas, com destaque à sua relevância no dia a dia.

O evento contou com as palestras “Educação em Direitos Humanos: Projeto João Cidadão” e “Implantação do Projeto João Cidadão no Estado de Sergipe” e, ainda contou com apresentações culturais sobre a cartilha “João Cidadão: Um Jeito Simples de Entender Seus Direitos” com os alunos do Colégio Vitória de Santa Maria, e do Grupo Musical União Filarmônica Dom José Palmeira Lessa, formado por crianças da Comunidade “Pau Ferro”.



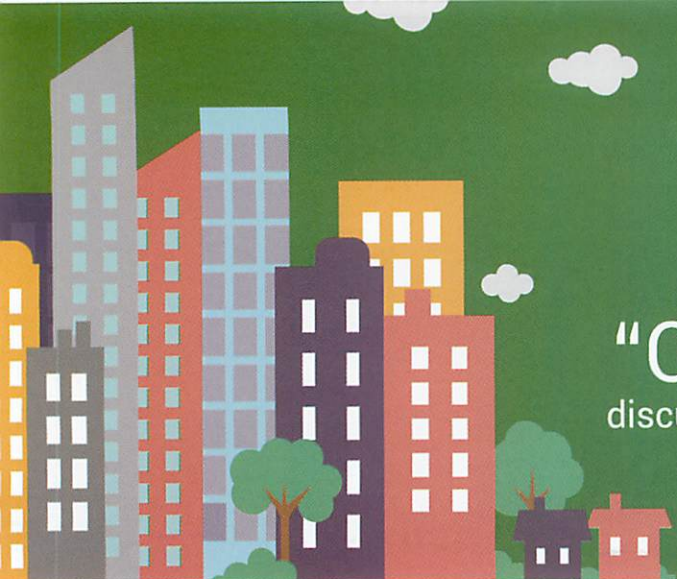


No dia 18 de maio de 1973, uma menina de 08 anos foi sequestrada, violentada e cruelmente assassinada no Estado do Espírito Santo. O corpo apareceu seis dias depois carbonizado, e os seus agressores, jovens de classe média alta, nunca foram punidos. A data ficou instituída como o “Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes”, a partir da aprovação da Lei Federal nº. 9.970/2000. O “Caso Araceli”, como ficou conhecido, ocorreu há mais de 40 anos, mas, infelizmente, situações absurdas como essa ainda se repetem.

Para refletir e discutir sobre a temática, a Procuradoria-Geral de Justiça, através da Escola Superior e do Centro de Apoio Operacional da Infância e Adolescência, promove todos os anos um Seminário para destacar a importância do 18 de maio.

A data marca a luta pelos Direitos Humanos de crianças e adolescentes no Brasil. É um importante momento para mobilizar, sensibilizar, informar e convocar toda a sociedade para participar da luta em defesa dos direitos das crianças e adolescentes, e garantir o direito fundamental ao desenvolvimento de sua sexualidade de forma segura e protegida, livres de toda forma de abuso e de exploração.





SEMINÁRIO

"Cidade sem Lixão"

discute Política Nacional de resíduos sólidos

O Dia Mundial do Meio Ambiente foi marcado por discussões e reflexões durante o Seminário "Cidade sem Lixão", promovido pela Procuradoria-Geral de Justiça, através da Escola Superior e do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente e Urbanismo. O evento contou com o apoio do Ministério Público Federal em Sergipe, do Ministério Público de Contas de Sergipe e da Escola de Contas – ECOJAN.

A abertura oficial do evento foi feita pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Rony Silva Almeida. Também participaram do evento o Promotor e Diretor do CAOp do Meio Ambiente, Dr. Carlos Henrique Siqueira Ribeiro, a Procuradora da República do Ministério Público Federal em Sergipe, Dra. Livia Nascimento Tinôco, e o Procurador do Ministério Público de Contas de Sergipe, Dr. Eduardo Santos Rolemberg Côrtes, que falaram sobre a necessidade urgente da implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos no Estado.



O evento ainda contou com duas palestras, uma sobre "Ações da FUNASA em Sergipe na Área de Resíduos Sólidos Urbanos" e outra que abordou "Disposição Irregular de Resíduos Sólidos e Impacto ao Meio Ambiente". Além das palestras, realizadas no MPSE, também foram oferecidas oficinas técnicas com os temas "Coleta Seletiva e Catadores" e "Contratos e Prestação de Contas", que ocorreram na ECOJAN, no Tribunal de Contas de Sergipe.



CURSO

de "Inteligência e Investigação Criminal"

A Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio da Escola Superior do Ministério Público e do Centro de Apoio Operacional do Patrimônio Público e Ordem Tributária, realizou mais um curso voltado à área de Inteligência e Investigação dos Crimes contra a Administração Pública.

Com o tema "Investigação Digital em Fontes Abertas", o módulo inaugural foi ministrado pelo Oficial de Cartório Policial da Delegacia de Repressão a Crimes de Informática da Polícia Civil do Rio de Janeiro, Guilherme Caselli de Araújo. O segundo módulo foi ministrado pelo Delegado da Polícia Federal em Sergipe, Márcio Alberto Gomes Silva, que falou sobre "Técnicas de Investigação em Operações Policiais". No penúltimo módulo, o Promotor de Justiça e Coordenador do Núcleo de Gestão do Conhecimento do MP/PB, Octávio Celso Gondim, falou aos presentes sobre a importância do MP possuir um papel resolutivo.

O responsável por ministrar o módulo de encerramento foi o Promotor de Justiça Fabrício Patury, responsável por ministrar o tema "Teoria Geral dos Crimes Cibernéticos".

O Ministério Público de Sergipe teve iniciativa pioneira ao realizar um curso sobre essa temática em quatro módulos, demonstrando a importância que a atual gestão atribui ao tema.





MP de Portas Abertas

Divulgar as funções do Ministério Público de Sergipe e aproximar o Órgão da sociedade. Esses são alguns dos objetivos do Programa “MP de Portas Abertas”, desenvolvido pela Escola Superior.

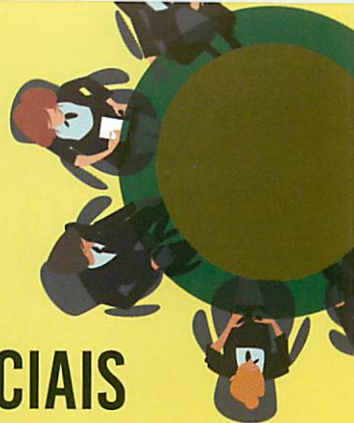
Lançado em março de 2013, o Programa é um instrumento complementar de transparência e de publicidade das atividades institucionais. Tendo como público-alvo estudantes do ensino médio de escolas públicas e particulares, e alunos do ensino superior, o “MP de Portas Abertas” é realizado através de duas formas: visitas às escolas no interior do Estado, junto com o Programa “MP Itinerante”, ou recebendo estudantes na sede do MP, em Aracaju.

Ao menos uma vez por mês, o “MP de Portas Abertas” recebe os estudantes dos níveis básico ou superior e, através de uma conversa extrovertida e bastante educativa, Promotores explicam “o que é o Ministério Público”, “como funciona”, “suas atribuições”, “quem são seus integrantes”, “formas e áreas de atuação”. Todas essas informações são compartilhadas com o auxílio da cartilha do Projeto, um pequeno manual, com linguagem simples, leitura didática e ilustrativa.

Em 2017, mais de 1350 alunos participaram do programa, através de visitas de 14 instituições de ensino. Os alunos conheceram toda a estrutura do Órgão: Conselho Superior, Procuradoria-Geral, Procuradorias, Promotorias, Centros de Apoio e a própria Escola Superior. Além disso, os estudantes, também, conhecem os projetos sociais desenvolvidos pelo Ministério Público.



ENCONTRO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E REPRESENTANTES DE MOVIMENTOS SOCIAIS



No dia 20 de novembro ocorreu o I Encontro Estadual do Ministério Público e Movimentos Sociais de Sergipe. Em um período político conturbado em todo o País, a Instituição tem o compromisso de reafirmar o seu papel perante a sociedade, exercendo o seu dever constitucional de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, além de garantir a ordem jurídica e a manutenção do regime democrático.

O Encontro Estadual teve o objetivo de fomentar o debate aberto, transparente e colaborativo entre a Instituição e os Movimentos Sociais em temas ligados à diversidade racial, liberdade de gênero e liberdade religiosa. Durante o debate, os participantes puderam expor aos Promotores de Justiça ameaças aos seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição.



EVENTO CELEBRA DIA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

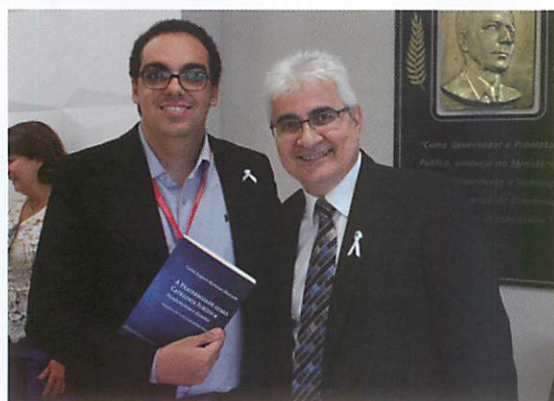
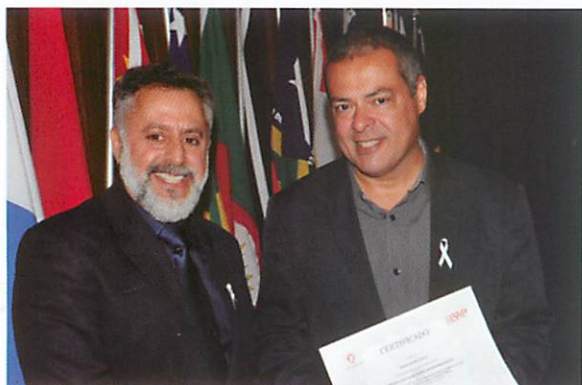
A Procuradoria-Geral de Justiça, através da Escola Superior e da Associação Sergipana do Ministério Público, realizaram no dia 11 de dezembro evento em comemoração ao Dia Nacional do Ministério Público. Membros, servidores e convidados participaram da solenidade realizada na sede do MP, em Aracaju.

A abertura do evento ficou a cargo do Procurador-Geral de Justiça, José Rony Silva Almeida, que falou aos presentes sobre a importância da data para todos que fazem parte do Ministério Público, assim como para a sociedade, que conta com o trabalho desenvolvido pelos membros e servidores da Instituição.

Depois da abertura, foi realizada a inauguração oficial do Centro de Educação a Distância do MP e empossados os 18 membros aprovados no Processo Seletivo e indicados pelo PGJ para compor o Corpo Docente da ESMP.

Em seguida, o Mestre em Educação pela UFAM, Professor Robson Santos da Silva, ministrou uma palestra com o tema “Educação a Distância: Perspectiva e Desafios”.

Para encerrar as atividades no auditório, o Procurador de Justiça e Corregedor-Geral do MPSE, Carlos Augusto Alcântara Machado, palestrou sobre “A fraternidade como categoria jurídica”, e depois realizou o lançamento do livro homônimo, de sua autoria.



Palestra sobre COLABORAÇÃO PREMIADA



Os acordos de Colaboração Premiada estampam há algum tempo as manchetes dos principais jornais do País. Consequentemente, o tema ganhou destaque na sociedade e é debatido pela grande maioria dos brasileiros. Com o objetivo de promover esse debate e de elucidar questões relacionadas à temática, o MP recebeu o Procurador da República, Vladimir Barros Aras.

O evento foi promovido pela Procuradoria-Geral de Justiça, através da Escola Superior e do CAOp da Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Tributária. Na oportunidade, também ocorreu o lançamento do informativo do CAOp do Patrimônio Público e da Ordem Tributária.

Capacitação de servidores para atuarem como brigadistas



O Ministério Público de Sergipe, através da Escola Superior e do Gabinete de Segurança Institucional, realizou em 2017 a capacitação de 17 novos servidores voluntários para atuarem como brigadistas, além da reciclagem de outros 19, por meio de cursos de Criação de Brigada e de Turmas de Reciclagem.

Os servidores voluntários receberam orientações sobre as ações de prevenção e emergência, conhecimento acerca da dinâmica do princípio de incêndio, utilização dos extintores. Além de noções básicas de primeiros socorros e logística de evacuação de pessoas em locais de incêndio.



FORMAÇÃO DO NOVO CORPO DOCENTE

Foi oficialmente constituído o primeiro quadro do Corpo Docente da história da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe.

Após Processo Seletivo realizado pela ESMP, autorizado pelo Procurador-Geral de Justiça, e indicação deste, tomaram posse os 18 membros do Corpo Docente: Carlos Augusto Alcântara Machado, Augusto César Leite de Resende, Henrique Ribeiro Cardoso, Orlando Rochadel Moreira, Luis Cláudio Almeida Santos, Newton Silveira Dias Junior, Rogério Ferreira da Silva, Alexandre Albagli Oliveira, Deijaniro Jonas Filho, Rivaldo Frias dos Santos Junior, Sandro Luiz da Costa, Daniel Carneiro Duarte, Manoel Cabral Machado Neto, Eduardo Lima de Matos, Cecília Nogueira Guimarães Barreto, Ana Paula Machado Costa Meneses, Alex Maia Esmeraldo de Oliveira e Edyleno Italo Santos Sodré.

Somente os 18 docentes empossados poderão exercer, no âmbito do Ministério Público, atividades de ensino, ou intelectual correlata, nas áreas de Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Processual Penal, Civil, Processual Civil e Práticas de Autocomposição e Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

A composição do quadro do Corpo Docente poderá ser renovada mediante novo Processo de Seleção, convocado sempre no mês de fevereiro dos anos ímpares.



Lançamento do CENTRO DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

O projeto mais importante para a Escola Superior do Ministério Público de Sergipe em 2017 foi o lançamento do Centro de Educação a Distância - CEAD. Após dois anos de investimento e planejamento, a ESMP inaugurou no dia 14 de dezembro a plataforma de Ensino a Distância do MP.

O moodle, Ambiente de Aprendizagem Virtual que será utilizado como plataforma de ensino, possibilitará aos membros, servidores e estagiários da Instituição o acesso a diversos cursos de capacitação e atualização. Além disso, por meio do Facebook, eventos promovidos pela ESMP serão transmitidos em tempo real aos membros e servidores incluídos nos grupos de transmissão, criados especialmente para este fim.

No evento de inauguração do CEAD, o Mestre em Educação, o Professor Robson Santos da Silva, ministrou uma palestra com o tema "Educação a Distância: Perspectivas e Desafios", em que explicou aos presentes as funcionalidades e utilização da plataforma moodle. Robson também foi o consultor da Escola Superior para a implementação da plataforma de ensino.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

PORTARIA Nº 3.144/17 DE 13 DE SETEMBRO DE 2017

Institui o Regulamento da Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe.

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais previstas na Lei Complementar nº 02/90, e

Considerando que o art. 3º, VI e 6º da Resolução nº 019/2017 (Regimento Interno da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe) determina que compete à Escola Superior promover a edição da Revista do Ministério Público de Sergipe;

Considerando a necessidade de se fixarem regras prévias, objetivas e gerais relativas à normatização editorial da Revista do Ministério Público de Sergipe;

Considerando a necessidade de prever requisitos para a composição e funcionamento do Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Sergipe;

Considerando a necessidade de uma adequação das normas editoriais da Revista que permita uma classificação cada vez melhor dentre as previstas para periódicos científicos pelo QUALIS PERIÓDICOS, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes);

RESOLVE:

TÍTULO I - DENOMINAÇÃO, LINHA EDITORIAL, OBJETIVOS E PERIODICIDADE

Art. 1º- A Revista do Ministério Público de Sergipe (ISSN 1806-2598 – versão impressa) é um periódico de conteúdo científico e profissional da área de Direito, tendo como objetivo fomentar o debate jurídico sobre temas que guardem pertinência com a atuação ministerial, voltada à publicação de artigos, resenhas ou ensaios doutrinários.

Art. 2º- A Revista do Ministério Público de Sergipe tem como objetivos específicos:

- I- Incentivar a produção intelectual dos membros, servidores do Ministério Público de Sergipe, bem como da comunidade jurídica e acadêmica em geral, através da seleção de artigos científicos, resenhas ou análises teóricas da área jurídica e afins;
- II- Promover a troca de conhecimento teórico, através da publicação de trabalhos que possam contribuir para uma constante atualização do público-alvo do periódico;
- III- Difundir a criação intelectual oriunda de estudos e pesquisas relacionadas à área de atuação do Ministério Público;
- IV- Aproximar o meio acadêmico dos temas discutidos na Escola Superior do Ministério Público de Sergipe, e que porventura venham ser objeto de publicação na Revista do MP/SE;

Art. 3º- A Revista do Ministério Público de Sergipe é uma publicação de periodicidade anual.

TÍTULO II - EDITOR RESPONSÁVEL

Art.3º- A Revista do Ministério Público terá como Editor Responsável o Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe, membro nato do conselho editorial, cujo mandato coincidirá com o tempo de exercício da Direção-Geral da ESMP/SE.

Art.4º- São atribuições do editor da Revista do Ministério Público de Sergipe:

- I - Gerenciar todo o processo de produção editorial da revista do Ministério Público de Sergipe
- II - Contribuir para a fixação de um padrão de qualidade das publicações da Revista do Ministério Público de Sergipe;
- II - Proceder a uma análise prévia dos textos submetidos à avaliação do conselho editorial, objetivando verificar sua adequação à linha editorial da Revista do Ministério Público de Sergipe;

TÍTULO III - CONSELHO EDITORIAL

Art.5º- O conselho editorial da revista do Ministério Público de Sergipe será formado por no mínimo 10 (dez) e no máximo 20 (vinte) conselheiros, dentre os quais terão assento obrigatório, no mínimo, 5 membros do Ministério Público de Sergipe.

§1º. Todos os membros do Conselho Editorial serão designados, formalmente, através ato do Procurador-Geral de Justiça.

§2º. São requisitos obrigatórios para integrar o conselho editorial, notório conhecimento jurídico, a atuação acadêmica.

§3º. Os membros exógenos da Revista do Ministério Público, não integrantes do quadro de membros do MP/SE, serão indicados pelos membros com assento obrigatório (endógenos), exigindo-se, além dos requisitos referidos no parágrafo anterior, a titulação mínima de mestre.

§4º. A designação, no caso dos membros endógenos (integrantes do MPSE), será para um mandato de 2 (dois) anos; e, no caso dos exógenos, até que um ato do Procurador-Geral de Justiça o exclua ou o substitua.

Art.6º- São atribuições do conselho editorial:

- I- Examinar e emitir parecer técnico-científico, com a observância dos critérios de avaliação estabelecidos por este regulamento;
- II- Analisar a pertinência acerca da publicação do trabalho submetido à apreciação do conselho editorial da Revista do Ministério Público de Sergipe;
- III- Atender às convocações do editor-chefe para participar de reuniões presenciais;
- IV- Deliberar acerca da seleção de artigos, segundo critérios objetivos previamente estabelecidos no edital de chamada de artigos, atribuindo as respectivas notas.

TÍTULO IV - NORMAS EDITORIAIS DA REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE.

Art.7º- Os artigos, ensaios ou resenhas doutrinárias deverão ser inéditos e observar as normas gramaticais vigentes.

Art.8º- Os textos deverão obedecer a quantidade máxima de páginas, conforme limite a ser fixado oportunamente no edital de chamada de artigos.

Art.9º- O autor em nenhuma hipótese será identificado.

Art.10- Os artigos serão submetidos à apreciação do conselho editorial utilizando-se o sistema de blind peer review, sistema de avaliação por especialista na área.

Art.11- A avaliação dos artigos, depois da análise prévia realizada pelo Editor da Revista, será realizada por dois pareceristas integrantes do conselho editorial, cujas identidades não serão reveladas, um avaliador e outro revisor, que analisarão os artigos conforme os critérios de domínio do conteúdo, qualidade do conteúdo, originalidade e adequação à normatização.

Único - Para os fins dos critérios estabelecidos no caput, considera-se:

- I - Conteúdo: Argumentação científica consistente, concatenação e logicidade no desenvolvimento do trabalho, problematização, objetivos, referencial teórico (peso 6);

II- Redação: Observância das normas gramaticais vigentes, coesão e coerência textual (peso 3);

III- Originalidade: Relevância do tema, ineditismo e atualidade (peso 1);

Art.12- Eventualmente, o Conselho Editorial poderá sugerir modificações ao trabalho aprovado, a fim de adequar o texto à publicação.

Único- Os autores terão acesso aos pareceres, seja para tomar conhecimento da avaliação seja para adequar o trabalho às alterações sugeridas àqueles trabalhos, que forem selecionados para publicação na revista.

Art.13- Os trabalhos deverão utilizar os editores de texto Word (Microsoft) ou Writer (BrOffice), obedecendo os seguintes padrões ao longo do texto:

I - Páginas tamanho A4, com margem superior 2,5cm; inferior 2cm; direita e esquerda 2cm;

II - Fonte Times New Roman 12 para o texto e Times New Roman 10 para notas de rodapé;

III - Título e os subtítulos em negrito;

IV - O texto deve ser corrido, sem a utilização de espaços entre os parágrafos, sem a utilização de tabulação (tecla Tab) no início dos parágrafos, com alinhamento à esquerda;

V - Todo destaque ao texto deverá ser dado através do uso do itálico (não deve ser usado negrito ou sublinhado);

VI - As citações no corpo do texto devem seguir o padrão NOME, DATA, PÁGINA, para as citações textuais diretas (FERNANDES 2005, p. 149), estas deverão obrigatoriamente vir entre aspas, e NOME DATA (FERNANDES, 2005) para as citações indiretas, com a bibliografia relacionada ao final do texto por ordem alfabética, consoante as normas da ABNT (NBR-6023);

VII - As citações maiores de 3 (três) linhas devem estar separadas do corpo, em espaço simples e com fonte Times New Roman 11;

VIII - O nome dos artigos, livros, ensaios, teses dissertações ou capítulos de livros, citados no corpo do texto, devem estar entre aspas e sem itálico;

IX - O texto deve conter na primeira página o título, seguido de resumo em português com cerca de 150 palavras e até cinco palavras-chave, todos alinhados à esquerda;

X - Os títulos das seções do trabalho científico devem ser alinhados à esquerda e numerados com algarismos arábicos (1,2, 3...).

Art.14- Os trabalhos submetido à análise do conselho editorial não deverão indicar em sua parte textual o seu autor.

Único - Os trabalhos científicos deverão ser apresentados com uma capa contendo o título do trabalho, nome completo do autor, curriculum para publicação, de acordo com o especificado no art. 21, endereço residencial ou profissional, telefones de contato e e-mail.

Art.15- A estrutura do artigo científico a ser submetido à apreciação do Conselho Editorial, deverá necessariamente conter:

I - Elementos pré-textuais: cabeçalho contendo o título do artigo e resumo com até 150 palavras;

II - Elementos textuais: introdução, desenvolvimento e conclusão;

III - Elementos pós-textuais: referências bibliográficas.

Art.16- A exatidão e a adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados ou mencionados no corpo do artigo são de responsabilidade exclusiva do autor.

Art.17- O envio dos artigos implica automática autorização do seu autor para publicação de forma totalmente graciosa, não ensejando, portanto, direito a qualquer retribuição financeira, assumindo o autor total responsabilidade pelo conteúdo do texto

enviado.

Art.18- Os autores colaboradores da revista possuem a mais ampla liberdade, sendo de sua responsabilidade única e exclusiva as ideias e conceitos constantes no trabalho, bem como a obediência à legislação autoral vigente no país.

Art.19- Os trabalhos submetidos ao Conselho Editorial não serão devolvidos.

Art.20- Quando feita a primeira impressão da revista, deverá o autor responsabilizar-se pelas revisões e correções necessárias, em tempo hábil, para a impressão da versão final.

Art.21- O autor do trabalho científico a ser submetido à análise do conselho editorial deve enviar o seu curriculum, inserido na capa que precede o trabalho científico, obedecendo a seguinte ordem: titulação acadêmica (da última para a primeira); magistério, caso o exerça; e por fim a função exercida.

TÍTULO V- DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Art.22- Para fins de publicação somente serão aceitos para publicação trabalhos de autoria individual.

Art.23- Os trabalhos deverão ser encaminhados por meio eletrônico (e-mail para revista.esmp@mpse.mp.br), em arquivo word ou writer, acompanhados de formulário próprio. Para efeito de comprovação do envio, será considerada válida, exclusivamente, a confirmação do recebimento a ser enviada ao autor através do mesmo e-mail.

Art.24- O Ministério Público disponibilizará 5 (cinco) exemplares da revista ao autor, que tiver seu artigo publicado.

Art.25- Os trabalhos poderão ser alterados, ex officio, quanto a sua forma, quando verificado pela equipe revisora ser necessário proceder correções ortográficas, gramaticais, adequações de estilo e etc.

Art. 26- Esta Portaria entra em vigor a partir de sua publicação.

Dê-se ciência, cumpra-se e publique-se.

José Rony Silva Almeida
Procurador-Geral de Justiça

Mais informações:
ESMP/SE

Fone: (79) 3209-2400, ramais 2531 e 2533

E-mail: revista.esmp@mpse.mp.br

Site: <http://www.escolasuperior.mpse.mp.br>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA



Escola Superior do Ministério Público de Sergipe