

Luciana de Castro Bastos (Org.)

TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Prefácio por Daniel Rocha Corrêa



O livro Temas Atuais de Direito Público e Privado foi elaborado com base em estudos, pesquisas e exposições realizados na Disciplina Metodologia da Pesquisa Jurídica com os alunos do oitavo período do Curso de Direito da PUC Minas Barreiro, lecionada no segundo semestre de 2022.

Este livro conta com trabalhos selecionados pela professora da disciplina, apresentando, com diferentes ângulos e visões, pontos importantes existentes no mundo jurídico atual. O leitor terá acesso, a partir das contribuições dos autores, a uma porção relevante de temas atuais suscitados em torno de questões de Direito Público e Privado. Portanto, a sua leitura é uma forma de aprofundar os estudos em várias áreas do Direito, bem como de inspirar novas produções científicas, buscar novas abordagens e promover o fomento e manutenção do desenvolvimento do Direito.

Os temas foram organizados de forma a convidar o leitor para uma jornada multifacetada e pluridisciplinar que vai muito além de uma mera leitura ou um estudo, e sim, de inserção dinâmica em uma via de contínua construção própria do direito, sob o viés de valores existenciais e patrimoniais que a sociedade moderna busca tutelar. Assim, convido todos os leitores a conhecerem as proposições teóricas apresentadas nessa obra, que buscam apresentar o senso crítico de temas extremamente atuais de Direito Público e Privado.

Luciana de Castro Bastos

ISBN 978-65-89904-93-9



9 786589 904939 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO





Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Professora associada e membro do corpo permanente do PPGD da faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Dr. Francisco Satiro

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza

Professor da Universidad de Litoral (Argentina)

Dr. Henrique Viana Pereira

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Leonardo Gomes de Aquino

Professor do UniCEUB e do UniEuro, Brasília, DF.

Dr. Luciano Timm

Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGVSP e ex Presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia)

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dra. Renata C. Vieira Maia

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Professor Adjunto na PUC Minas e na Faculdade de Direito Milton Campos, vinculado ao Programa de Mestrado.

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão:Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BASTOS, Luciana de Castro (Org.)

Título: Temas atuais de direito público e privado - Belo Horizonte -
Editora Expert - 2023.

Organizadora: Luciana de Castro Bastos

ISBN: 978-65-89904-93-9

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1. Direito público. 2. Direito privado 3. Direito 4. Direito Temas Atuais I. I.

Título.

CDD. 342

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

APRESENTAÇÃO

O livro *Temas Atuais de Direito Público e Privado* foi elaborado com base em estudos, pesquisas e exposições realizados na Disciplina Metodologia da Pesquisa Jurídica com os alunos do oitavo período do Curso de Direito da PUC Minas Barreiro, lecionada no segundo semestre de 2022.

A pesquisa tem um papel fundamental no processo ensino/aprendizagem, visto a partir do modelo construtivista, representa exatamente um mecanismo de construção crítica do conhecimento. Enquanto produto, apresenta-se como um relatório, ou seja, um texto que descreve a proposta que instaurou a investigação, expõe os conteúdos correspondentes e, por fim, informa as conclusões auferidas. Da mesma forma, a pesquisa jurídica deve ser promovida de maneira que os seus resultados possam, responsavelmente, contribuir a uma melhor compreensão do objeto investigado.

O saber jurídico não se constrói isoladamente, mas sim em permanentes diálogos com várias outras áreas. Deste modo, a pesquisa se apresenta como referencial para aprimorar as competências e habilidades necessárias à atuação, neste caso, do futuro profissional jurídico. Afinal, entende-se a relevância de sua atuação crítica e consciente, junto à sociedade pós-moderna, a qual se caracteriza pela diversidade, pela desigualdade social e pela constante necessidade da busca por justiça social. Esse é, sem dúvidas, o intuito da construção da presente obra.

Este livro conta com trabalhos selecionados pela professora da disciplina, apresentando, com diferentes ângulos e visões, pontos importantes existentes no mundo jurídico atual. O leitor terá acesso, a partir das contribuições dos autores, a uma porção relevante de temas atuais suscitados em torno de questões de Direito Público e Privado. Portanto, a sua leitura é uma forma de aprofundar os estudos em várias áreas do Direito, bem como de inspirar novas produções científicas, buscar novas abordagens e promover o fomento e manutenção do desenvolvimento do Direito.

Os temas foram organizados de forma a convidar o leitor para uma jornada multifacetada e pluridisciplinar que vai muito além de uma mera leitura ou um estudo, e sim, de inserção dinâmica em uma via de contínua construção própria do direito, sob o viés de valores existenciais e patrimoniais que a sociedade moderna busca tutelar.

Assim, convido todos os leitores a conhecerem as proposições teóricas apresentadas nessa obra, que buscam apresentar o senso crítico de temas atuais de Direito Público e Privado.

Luciana de Castro Bastos¹

¹ Professora universitária: PUC Minas; Coordenadora dos Cursos de Especialização a Distância em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups e em Direito Bancário e do Mercado Financeiro da PUC Minas Virtual; Palestrante; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ; Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas com distinção *cum laude*. E-mail: lucianadecastrobastos@gmail.com

PREFÁCIO

Em Temas Atuais de Direito Público e Privado, encontramos o registro de uma prática exitosa de pesquisa desenvolvida a partir da atividade de ensino da disciplina Metodologia da Pesquisa Jurídica oferecida aos alunos e às alunas do 8º período noite do Curso de Direito da PUC Minas Barreiro e ministrada pela Professora Luciana de Castro Bastos.

Toda a dedicação e amor à docência da Professora Luciana Bastos foi o germe que permitiu aos autores a oportunidade de trazer a lume as discussões nascidas das aulas e dos estudos desenvolvidos na PUC Minas Barreiro ao longo da jornada da Graduação que estão prestes a concluir brilhantemente.

O esforço individual rendeu frutos e permitiu aos autores colaborarem na produção dessa obra que lhes garante um diferencial positivo e valioso em seus currículos profissionais.

Vemos nos trabalhos que compõem este livro a discussão teórica de temas práticos e relevantes que enriquecem de modo ímpar a formação dos discentes da PUC Minas Barreiro. Parabêniso a Professora Luciana de Castro Bastos pela iniciativa e aos autores e às autoras pelo fruto que o trabalho de cada um e cada uma gerou.

Convidamos o leitor a verificar os resultados das pesquisas que se desdobram num leque amplo e diversificado de temas. A obra estabelece importantes discussões que perpassam a esfera criminal, especialmente no que se refere à proteção jurídica da mulher e também em questões de política criminal; no Processo Penal, a importante discussão a respeito da produção probatória; no Direito Civil, encontramos discussões a respeito de temas afetos ao cotidiano, como o inventário, adoção, casamento e união estável; a obra ainda nos traz discussões sobre impactos da recente reforma trabalhista e

sobre questões envolvendo a tributação, a regulação do transporte rodoviário e também sobre a solução de conflitos internacionais.

Espero que o leitor aprecie o trabalho.

Belo Horizonte, Janeiro de 2023.

Daniel Rocha Corrêa
Doutor em Direito – PUC/MG
Professor e Coordenador do Curso de Direito da PUC
Minas Barreiro
Advogado

AUTORES

Cinthia Fernandes Ferreira

Fabiana Simões Mendes Gonçalves

Gustavo Costa Fialho

Italo Geraldo Oliveira Da Silva

Karla Karolina Leite Norberto Senesi

Letícia Layla Ribeiro Costa

Letícia Luciana Martins Rosa

Lorraine Pereira dos Santos

Lorrayne Stefany Silva Cunha

Maria Eduarda De Souza Soares

Nathália Elen Da Silva Godinho

Nathália Mota Durães

Pedro Henrique Noronha de Paula

Roberto Vicente Teixeira

Stella Cristina Gonçalves

Yuri Vinícius Cardoso Pio

SUMÁRIO

1. Reflexões acerca da (im)possibilidade de aplicação das regras da lei n.º 6.858/80 dentro dos processos de inventário15
2. A prática de *fishing expedition*: seus desdobramentos e impactos no processo penal à luz da sistemática constitucional brasileira.....41
3. O princípio da insignificância e suas nuances67
4. Violência doméstica contra a mulher e a eficácia das medidas protetivas da lei nº 11.340/2006 em tempos de pandemia.....91
5. Psicopatia: impactos na legislação penal e no sistema carcerário brasileiro113
6. Bastidores da adoção à brasileira: o impacto social ao burlar o sistema nacional de adoção e acolhimento137
7. Medida de segurança: a produção da morte por meio da leniência e do preconceito dentro do direito penal.....151
8. A análise das espécies tributárias e a hipótese de tredestinação legal das contribuições especiais: desvinculação de receitas da união – DRU.....169
9. O impacto da “nova” lei de relicitação no setor rodoviário brasileiro ...197
10. Direito internacional e a resolução pacífica dos conflitos armados213

11. Análise sobre a eficácia das medidas protetivas no que tange aos crimes contra a mulher.....227

12. O retrocesso dos direitos dos trabalhadores pós reforma trabalhista..245

13. Casamento e união estável: coexistência e suas consequências nas sucessões e dissolução.259

REFLEXÕES ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DA LEI N.º 6.858/80 DENTRO DOS PROCESSOS DE INVENTÁRIO

Cinthia Fernandes Ferreira¹

RESUMO: O presente artigo trata de refletir acerca da (im) possibilidade de aplicação das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro dos processos de Inventário, dada a relevância social do Direito das Sucessões. Para tanto, são abordados conceitos gerais relativos à matéria sucessória, as distintas ordens de vocação hereditária previstas no ordenamento jurídico, os diferentes procedimentos ligados à transmissão “causa mortis” e os pontos que revelam a (im) possibilidade de concomitância entre os ritos do Inventário e do Alvará Judicial nos mesmos autos. Nessa toada, tem-se uma pesquisa eminentemente descritiva, de natureza qualitativa e com método hipotético-dedutivo, cuja hipótese delineada é de impossibilidade da aplicação das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro dos processos de Inventário.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Inventário. Alvará Judicial. Lei n.º 6.858/80.

1. INTRODUÇÃO

O Direito das Sucessões, muito embora se encontre previsto apenas no final do Código Civil de 2002, em seu Livro V, assume gigantesca relevância dentro das relações sociais. Isso porque, com o fim do curso natural da vida – o que é recorrente –, essenciais se fazem as providências para a transmissão patrimonial dos falecidos aos seus respectivos sucessores.

¹ Assistente de Apoio de Gabinete do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Graduada em Filosofia pelo Centro Universitário Dom Bosco. E-mail: fcinthiaf@gmail.com

Com efeito, a mais comum das providências adotadas após o falecimento de determinada pessoa é justamente a propositura de Inventário, no qual se propõe a partilha de bens e valores deixados pelo “de cujus”.

Na espécie, via de regra, observa-se a sucessão legal do art. 1.829 do Código Civilista, iniciando-se com os descendentes em eventual concorrência com o cônjuge/companheiro do “de cujus”, e/ou com eventual sucessão testamentária, hipótese na qual também são chamados a suceder os herdeiros testamentários indicados pelo falecido.

Todavia, não obstante isso, algumas verbas específicas, como trabalhistas, previdenciárias, de restituição de impostos e bancárias de pequena monta, podem ser objeto de um procedimento bem mais célere e menos burocrático que o Inventário: o Alvará Judicial da Lei n.º 6.858/80.

Este, por sua vez, apresenta uma ordem sucessória distinta daquela civilista, vez que chama a suceder, primeiramente, o dependente habilitado previdencialmente em nome do falecido e, somente após, se inexistente o primeiro, os sucessores dispostos do Código Civil.

No entanto, em que pese seja mais célere e menos burocrático que o Inventário, a adoção do procedimento da Lei n.º 6.858/80 configura-se apenas como uma faculdade dos interessados, motivo pelo qual eles também podem optar pela inclusão das mencionadas verbas trabalhistas, previdenciárias, de restituição de impostos e bancárias de pequena monta normalmente no Inventário, o que não raramente acontece.

Em face disso, a questão que se coloca como um problema diz respeito à (im)possibilidade de aplicação das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro dos processos de Inventário, especialmente no que diz respeito às ordens sucessórias distintas e rito diferenciado, o que demanda relevantes reflexões.

Tal questionamento se justifica na medida em que se deve investigar a (im)possibilidade de concomitância de distintas ordens

hereditárias e ritos processuais dentro dos Inventários, notadamente porquanto a Lei n.º 6.858/80 envolve a transmissão de imensuráveis verbas brasileiras. Além disso, fundamenta-se a questão levantada no fato de que, não havendo respaldo jurídico e jurisprudencial exato, os diferentes magistrados é que têm definido a destinação dos referidos valores da hipótese tratada nos casos concretos, valendo-se de suas respectivas convicções motivadas, o que pode eventualmente ir de encontro ao princípio da segurança jurídica disposto na Carta constitucional.

Por assim dizer, de forma geral, assume-se o objetivo de refletir acerca da (im)possibilidade jurídica e prática de aplicação das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro dos processos de Inventário. Para tanto, especificamente, objetiva-se trabalhar conceitos e temas gerais do Direito das Sucessões, discorrer sobre as possíveis ordens sucessórias brasileiras, diferenciar os procedimentos da Lei n.º 6.858/80 e do Inventário, investigar a possibilidade de concomitância das ordens sucessórias e dos ritos distintos, refletir sobre os efeitos desta eventual concomitância, além de apresentar autores que corroboram as ponderações realizadas.

Com tal intuito, dentre outros estudiosos eventualmente mencionados, serão primordialmente admitidos como referenciais teóricos do presente artigo alguns autores que trabalham aspectos gerais e conceituais do Direito das Sucessões, bem como questões processuais relativas aos procedimentos de partilha “causa mortis” de bens e valores.

São eles os professores Carlos Roberto Gonçalves com a obra “Direito Civil 3 – Responsabilidade Civil, Direito das Famílias e Direito das Sucessões”, Wagner Inácio Dias com o livro “Direito Civil – Famílias e Sucessões”, bem como Elpídio Donizetti com o livro “Novo Código de Processo Civil comentado”.

Nesse sentido, a reflexão proposta será desenvolvida mediante uma pesquisa eminentemente descritiva, ou seja, baseada em revisão bibliográfica de assuntos teóricos, utilização de doutrinas, jurisprudência e textos de lei. Além disso, assumirá a pesquisa uma

natureza qualitativa, pelo que se promoverá uma análise crítica dos dados e informações coletados do material utilizado. Por fim, será adotado o método hipotético-dedutivo, delineando-se como hipótese a impossibilidade da aplicação das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro dos processos de Inventário.

2. DO DIREITO SUCESSÓRIO EM LINHAS GERAIS

Nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, a herança é um direito constitucional, conforme previsão expressa do art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal da República de 1988, segundo o qual “é garantido o direito de herança”. Além disso, no plano infraconstitucional, tal direito é disciplinado pelo Código Civil brasileiro de 2002, mormente em seu Livro V, que versa especificamente sobre o Direito das Sucessões, bem como pela legislação esparsa, tal como ocorre na Lei n.º 6.858/80, da qual advém o Alvará Judicial.

Em suma, o Direito das Sucessões busca regulamentar a transmissão do patrimônio dos sujeitos após os seus respectivos falecimentos, seja da forma legal e/ou testamentária, por meio da disposição da ordem de vocação hereditária, dos limites da transmissão ocorrida e das demais questões que envolvem a matéria sucessória. Isso porque, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 849), “a palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”. Todavia, continua o professor, especificamente no ramo sucessório, “[...] o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão causa mortis”.

Em boa medida, a compreensão do Direito das Sucessões perpassa pelo entendimento de um dos seus mais elementares e norteadores princípios, qual seja, o princípio de “saisine”. Este, disposto no art. 1.784 do CC, prevê que, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Noutros termos, por este princípio, delinea-se que o exato momento da morte se confunde com a abertura da sucessão patrimonial, a qual constitui-se, justamente por isso, como uma espécie de fotografia do patrimônio do “de cujus” no momento do falecimento, fazendo com que o óbito seja o fato gerador para efeitos tributários, dentre outros. Nos dizeres do professor Gonçalves (2018, p. 853), presume-se “[...] que o próprio de cujus investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo”.

Dito isso, tem-se que, na prática, a regulamentação “causa mortis” se caracteriza por ser um misto do princípio da autonomia da vontade privada (art. 5º, inc. XXII, CRFB/1988) com a ideia de perpetuidade do patrimônio do falecido. Isso porque, na mesma medida em que disciplina a possibilidade de liberalidade por parte dos indivíduos, mormente pela via testamentária, também dispõe limites à própria destinação patrimonial dos titulares, especialmente com a previsão de herdeiros necessários de observância obrigatória (art. 1.789, CC).

Vale registrar que, em grande medida, isso se dá porquanto o Direito das Sucessões também se fundamenta no direito constitucional de propriedade e na função social desta, tal como se infere dos incs. XXII e XXIII do art. 5º da CRFB/1988.

Para além disso, cumpre diferenciar dois institutos que, apesar de serem comumente confundidos, são distintos por natureza e possuem efeitos diversos dentro do Direito das Sucessões: a herança e a meação.

A herança diz respeito ao efetivo patrimônio pertencente ao sujeito falecido e que, em razão da morte, há de ser transmitido aos herdeiros e legatários do “de cujus”. Lado outro, a meação se refere à exata metade do patrimônio de um casal, à qual faz jus o cônjuge ou companheiro em razão da comunicabilidade dos bens, o que dependerá do regime adotado.

Em face justamente disso é que, quando da abertura da sucessão e providências relativas à partilha de bens e valores, a meação deverá ser devidamente discriminada para que se promova a correta

divisão patrimonial do casal. Afinal, só a partir daí é que será possível delimitar a herança em si e partilhá-la entre os herdeiros e legatários do falecido.

Feitas, então, essas breves e gerais considerações acerca do Direito Sucessório, as quais servirão de base para as reflexões que se pretende com o presente trabalho, necessário se faz tratar, agora, de forma pormenorizada, acerca de um dos seus principais e mais relevantes elementos, que é a ordem de vocação hereditária.

3. DA ORDEM SUCESSÓRIA CIVILISTA PELO ART. 1.829 DO PRÓPRIO CÓDIGO CIVIL

Nos termos da normatização civilista e no que se refere especificamente à sucessão legítima, a ordem de vocação hereditária pode ser compreendida como a sequência pela qual os parentes sucessíveis de um falecido serão chamados a sucedê-lo. Essa ordem se encontra disposta a partir do art. 1.829, CC, segundo o qual:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais.

Do referido dispositivo legal, constata-se em resumo que, com o falecimento de uma pessoa e em razão do princípio de “saisine”, os primeiros chamados a sucedê-la serão seus descendentes, em concorrência com o cônjuge (ou companheiro) sobrevivente, salvo

se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Na sequência, caso inexistentes descendentes do autor da herança e, pois, sendo ultrapassado o primeiro inciso do art. 1.829, CC, proceder-se-á ao chamamento dos segundos parentes sucessíveis segundo o Código Civilista, que serão exatamente os ascendentes em concorrência com o cônjuge (ou companheiro), conforme previsão do art. 1.836, CC.

Ato contínuo, caso também ultrapassado o inciso II sem ascendentes sucessíveis, será o próximo chamado a suceder, única e exclusivamente, independentemente do regime de bens, o cônjuge (ou companheiro) supérstite do falecido, nos termos do terceiro inciso do art. 1.829, CC. Ou seja, nesta hipótese, não há segredos: referido sucessor receberá a integralidade da herança, assumindo a denominação de adjudicatário.

Em continuidade, caso também superado o inciso III, proceder-se-á ao chamamento dos herdeiros colaterais de até quarto grau que, diferentemente dos anteriores, que são necessários, podem ser integralmente excluídos da herança por mera liberalidade da pessoa falecida, desde que esta tenha lavrado um testamento com disposições nesse sentido. Isso porque, muito embora sejam sucessores legítimos, configuram-se como facultativos.

Ainda, na hipótese de restar também ultrapassado o último inciso do art. 1.829, CC sem apresentação de parentes sucessíveis ou mesmo de um testamento feito pela pessoa falecida, assumirá a herança um caráter de jacência. Após, decorrido o prazo legal e tomadas as providências necessárias, passará a ser vacante, situação a partir da qual os bens e valores poderão passar ao domínio do Estado (art. 1.819 e seguintes, CC).

Importa registrar, contudo, que, para além desta sucessão legítima disposta no art. 1.829, CC, também prevê o Código Civilista a possibilidade de sucessão testamentária (art. 1.857 e seguintes, CC). Por esta, é possível que os sujeitos destinem a totalidade ou parte de

seu patrimônio a pessoas determinadas por mera liberalidade, desde que observadas as regras testamentárias e mediante feitura de um documento próprio, chamado de testamento, que, em suas formas ordinárias, pode ser público, cerrado ou particular (art. 1.862, CC).

De todo modo, cumpre apenas ressaltar que, havendo herdeiros necessários, o testamento só poderá contemplar até metade do acervo do “de cujus”, pois assim não afetará a porção indisponível da herança; noutro norte, inexistindo os necessários, poderá abranger inclusive a totalidade do patrimônio, o que dependerá da disposição de última vontade efetuada. Aliás, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 979), “malgrado a lei assegure a legítima aos herdeiros, nada impede que o testador deixe sua quota disponível ao herdeiro necessário, uma vez que pode atribuí-la a quem bem entender, seja estranho, seja herdeiro.”

Finalizadas, então, as considerações gerais acerca da ordem sucessória civilista legítima e testamentária, impõe-se tratar de uma esparsa lei que, muito embora seja curta e pouco trabalhada doutrinariamente, produz efeitos imensuráveis no campo das Sucessões: a Lei n.º 6.858/80.

4. DA LEI N.º 6.858/80 E SUA DISTINTA ORDEM SUCESSÓRIA

Conhecida por dar origem ao Alvará Judicial, a Lei n.º 6.858/80 foi regulamentada pelo Decreto n.º 85.845/81 e, em suma, dispõe sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares, os quais podem ser resumidos em verbas trabalhistas, previdenciárias, de restituição de impostos e bancárias de pequena monta (arts. 1º e 2º da Lei n.º 6.858/80).

Quando promulgada, referida normatividade objetivava conferir efetividade às ideias de desburocratização da época, mormente baseadas no Programa Nacional de Desburocratização de 1979 instituído no Brasil. Isso porque, por meio do mencionado programa, buscava-se conferir celeridade e economicidade a determinados

pleitos sociais, dentre os quais se fazia incluso o rápido recebimento de verbas consideradas alimentares.

Por assim dizer, com a referida Lei, à época, pretendeu-se facilitar o recebimento de valores essenciais à subsistência dos sujeitos surpreendidos com a morte de um ente familiar do qual dependiam. Dentre tais saldos, pode-se citar, por exemplo, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o Programa de Integração Social (PIS), a restituição do Imposto de Renda (IR), as cadernetas de poupança limitadas a 500 Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs) se inexistentes bens sujeitos à Inventário etc.

A princípio, a ideia era de que sequer fosse necessário um pronunciamento judicial a respeito da (im)possibilidade de recebimento dos valores, haja vista que os próprios dependentes poderiam diligenciar junto aos órgãos e instituições necessários com o fito de levantar os saldos, desde que naturalmente munidos da comprovação de que a eles faziam jus.

Todavia, considerando que, em muitas das vezes, a obtenção de informações bancárias demanda quebra do próprio sigilo bancário, além de que, por vezes, se faz essencial uma análise mais criteriosa da cadeia sucessória dos falecidos, costumeiramente as instituições exigem uma ordem judicial que permita o recolhimento de informações e o recebimento dos valores. Para tanto, via de regra, tal ordem se dá mediante um alvará. Daí o motivo pelo qual, justamente, o procedimento diretamente ligado à Lei n.º 6.858/80 é o Alvará Judicial.

O grande ponto específico e distinto desta Lei, contudo, diz respeito à diferenciada ordem sucessória que traz consigo. Afinal, em contrapartida ao que dispõe o art. 1.829, CC antes trabalhado, o art. 1º da Lei n.º 6.858/80 dispõe que:

Art. 1º – Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em

quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

Como pode ser observado do artigo, exatamente com a finalidade de resguardar a subsistência dos indivíduos que dependiam do falecido, os valores sujeitos à Lei n.º 6.858/80, que assumem um caráter alimentar, devem ser pagos primeiramente aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares. À vista disso, somente se inexistirem dependentes cadastrados em nome do “de cujus” é que se procederá ao chamamento dos sucessores dispostos no art. 1.829, CC e/ou nas disposições testamentárias.

É válido ainda registrar que, muito embora o transcrito art. 1º faça menção apenas a algumas das verbas sujeitas à Lei n.º 6.858/80, o art. 2º deste diploma legal inclui outros valores também sujeitos à sua aplicação, para os quais, de igual maneira, será considerada a mesma ordem sucessória iniciada pelos dependentes. Veja:

Art. 2º O disposto nesta Lei se aplica às restituições relativas ao imposto de renda e outros tributos, recolhidos por pessoa física, e, não existindo outros bens sujeitos a inventário, aos saldos bancários e de contas de cadernetas de poupança e fundos de investimento de valor até 500 (quinhentas) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional

A única diferença entre as verbas descritas no art. 1º e no art. 2º diz respeito, exatamente, à destinação final dos valores na hipótese de inexistirem tanto dependentes quanto sucessores. Afinal, nesta situação, diferentemente dos procedimentos de jacência e vacância

aos quais podem se sujeitar os bens e valores levados ao Inventário, as verbas nesta Lei elencadas são, em tese, devolvidas a variados fundos.

Tratando mais especificamente desta distinção, para os saldos do art. 1º da Lei n.º 6.858/80, dispõe o parágrafo segundo deste dispositivo que:

§ 2º – Inexistindo dependentes ou sucessores, os valores de que trata este artigo reverterão em favor, respectivamente, do Fundo de Previdência e Assistência Social, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Fundo de Participação PIS-PASEP, conforme se tratar de quantias devidas pelo empregador ou de contas de FGTS e do Fundo PIS PASEP.

Por outro lado, para os saldos do art. 2º da Lei n.º 6.858/80, prevê o parágrafo único que, “na hipótese de inexistirem dependentes ou sucessores do titular, os valores referidos neste artigo reverterão em favor do Fundo de Previdência e Assistência Social”.

De todo modo, em suma, pode-se afirmar que a Lei n.º 6.858/80 apresenta uma ordem distinta de vocação hereditária para o recebimento dos valores a ela submetidos quando da propositura do Alvará Judicial. Isso porque, em síntese, inicia-se com o chamamento dos dependentes; e, somente se estes inexistirem, passa-se aos sucessores civis.

5. DO PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO E PARTILHA DE BENS E VALORES

Dispostas as ordens sucessórias civilista e da Lei n.º 6.858/80, bem como suas respectivas distinções, essencial se faz trabalhar, também, ainda que em termos gerais, os procedimentos diretamente ligados à efetiva relação e partilha dos bens e valores deixados pelos falecidos.

O mais conhecido dos procedimentos relativos à partilha de bens “causa mortis” é o Inventário (Capítulo VI do CPC). Podendo ser proposto judicial ou extrajudicialmente (art. 610, CPC e Resolução n.º 35/2017 do CNJ), referido procedimento destina-se à arrecadação de todos e quaisquer bens e valores deixados pelo falecido – chamados de ativo – , reconhecimento das dívidas deixadas pelo “de cujus” – denominadas de passivo – e abatimento destas naquelas, de forma a se obter o líquido partilhável, o qual será dividido entre os sucessores. Conforme ensina o professor Gonçalves (2018, p. 1.171), trata-se da “[...] relação, descrição e avaliação dos bens deixados, e à subsequente partilha, expedindo-se o respectivo formal”.

Para tanto, no curso do Inventário, busca-se a identificação dos herdeiros deixados pela pessoa inventariada, sejam eles legítimos e/ou testamentários, bem como seu chamamento ao processo para, ao fim, proceder-se à divisão do líquido partilhável entre os herdeiros em conformidade com as regras da ordem de vocação hereditária (art. 1.829, CC).

Ao longo deste procedimento, diversas providências são tomadas com a finalidade de se resguardar o espólio, os sucessores e, ainda, o Fisco. Algumas delas são a nomeação de um inventariante (art. 619, CPC), sujeito responsável pela administração do espólio; apresentação das declarações, sejam as iniciais ou finais (arts. 620 e 652, CPC); citações dos sucessores e eventuais impugnações (art. 626 e seguintes, CPC); avaliação e cálculo de imposto devido (art. 630 e seguintes, CPC), comumente chamado de ITCD; pagamento das dívidas (art. 642 e seguintes, CPC) e, por fim, efetiva divisão do acervo partilhável (art. 647 e seguintes, CPC).

Há, ainda, a possibilidade de que outros procedimentos distintos sejam propostos no curso do Inventário, seja sob a forma de ações próprias ou mesmo sob a forma de incidentes, os quais podem surtir efeitos variados ao longo do feito. Podem ser citados, por exemplo, o incidente de remoção de inventariante (art. 620, CPC); o incidente de habilitação de crédito (art. 642, CPC); a ação de sonegados (art. 1.992

e seguintes, CC); a ação para abertura, registro e cumprimento de testamento (art. 735 e seguintes, CPC), dentre outros.

Por fim, é de se destacar que, segundo as regras processuais civis de 2015, o Inventário deve ser proposto em até 2 (dois) meses após o óbito e finalizado nos 12 (doze) meses subsequentes, salvo no caso de eventuais prorrogações que se fizerem necessárias (art. 611, CPC).

6. DO PROCEDIMENTO DE ALVARÁ JUDICIAL DA LEI N.º 6.858/80

Na contramão do Inventário, apresenta-se o Alvará Judicial regido pela Lei n.º 6.858/80 com pretensa celeridade e economicidade processual. Por meio de tal procedimento, busca-se igualmente a partilha de valores entre os sujeitos legitimados a recebê-los. Todavia, por abarcar apenas e tão somente verbas consideradas de caráter alimentar, tende a uma tramitação bem mais célere e com maior observância à simplicidade das formas. Conforme leciona Elpídio Donizetti (2017, p. 536), “em suma, para o recebimento dessas verbas dispensa-se a formalidade de abertura do inventário. Basta que seja formulado pedido de alvará judicial”.

É nesse sentido, por exemplo, que se faz dispensável a nomeação de um inventariante; que também são desnecessárias as declarações iniciais e finais; que a citação dos sucessores civis dependerá de prévia análise da (in)existência de dependentes habilitados; que o ITCD não incide por sobre a maior parte das verbas; dentre outras questões.

Além disso, haja vista a ordem sucessória distinta que apresenta a Lei n.º 6.858/80, muitas das vezes sequer haverá necessidade de se aferir a ordem sucessória civilista, visto que o dependente habilitado é o primeiro chamado a suceder o “de cujus” – e, não raramente, os falecidos de fato deixam dependentes. Para tanto, bastará a simples juntada aos autos de uma certidão emitida junto ao órgão previdenciário, na qual conste a lista de dependentes habilitados, de forma a comprovar o vínculo do interessado.

É certo destacar que, no muito, tal procedimento poderá exigir a remessa de ofícios, por exemplo, aos órgãos e às instituições bancárias com o fito de informarem e, eventualmente, transferirem os valores deixados pela pessoa falecida. Contudo, só pelo fato de lidar única e exclusivamente com saldos, os quais possuem liquidez e, por conseguinte, são de fácil verificação, já se percebe a maior facilidade e economia pretendidas com a Lei n.º 6.858/80.

Há de se ressaltar, inclusive, que, via de regra, não há óbices jurídicos para que se proponha tanto o Inventário quanto o Alvará Judicial. Afinal, o legislador cuidou de ser específico e expresso quanto à única restrição existente: nos termos finais do art. 2º da Lei n.º 6.858/80, havendo bens sujeitos a Inventário, tais como imóveis etc., os saldos bancários e cadernetas de poupança de até 500 OTNs não poderão ser submetidos à Lei n.º 6.858/80, estando vinculados apenas ao próprio Inventário. Quanto aos demais saldos, contudo, não se constata nenhuma vedação.

7. DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI N.º 6.858/80 DENTRO DOS PROCESSOS DE INVENTÁRIO

Feitas, pois, considerações gerais acerca das ordens sucessórias do Código Civil e da Lei n.º 6.858/80, bem como dos seus respectivos procedimentos, o Inventário e o Alvará Judicial, além de ponderações genéricas sobre o Direito das Sucessões, fundamental se faz tratar, agora, do objeto do presente trabalho, qual seja a (im)possibilidade de aplicação das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro dos processos de Inventário.

7.1 DA LEI N.º 6.858/80 COMO UMA FACULDADE DOS INTERESSADOS E DA RENÚNCIA ÀS SUAS BENESSES

De início, importa destacar o contido no art. 666, CPC, segundo o qual “independerá de inventário ou de arrolamento o pagamento

dos valores previstos na Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980”. Deste dispositivo legal, pode-se afirmar que os sujeitos interessados estão desobrigados à propositura de Inventário para o recebimento de verbas trabalhistas, previdenciárias, de restituição de impostos e bancárias de pequena monta, podendo submetê-las diretamente ao procedimento do Alvará Judicial.

Todavia, muito embora desobrigue a propositura do Inventário, referido artigo de lei não torna obrigatória a adoção do procedimento mais simples, mas apenas o coloca como uma faculdade dos indivíduos interessados caso desejem um processo mais simples e menos burocrático. Por assim dizer, em que pese exista uma normatividade em tese mais favorável, podem sucessores optar por declararem tais verbas no próprio Inventário, como se renunciando estivessem às benesses da Lei n.º 6.858/80.

Isso porque, na realidade, diversas outras situações semelhantes ocorrem no ordenamento jurídico brasileiro com relação à existência de um procedimento mais simples e outro mais complexo referentes à mesma matéria. Porém, nos referidos casos, quando quis colocá-los como obrigatórios, e não facultativos, o legislador cuidou de fazê-los expressamente, delimitando o alcance de cada procedimento; lado outro, quando quis deixá-los facultativos, e não obrigatórios, também o fez de maneira expressa.

É o caso, por exemplo, dos ritos sumaríssimo e ordinário dentro do sistema normativo trabalhista, pelos quais, desde que atendidos os requisitos da adoção sumaríssima, o procedimento a ela corresponde deve ser necessariamente adotado (vide art. 852-A, CLT, que utiliza o termo “ficam sujeitas ao procedimento sumaríssimo”). Do mesmo modo, a lógica dos ritos sumaríssimo, sumário e ordinário percebidos na normatividade penalista, pela qual, sendo verificados os requisitos do procedimento sumaríssimo, ele deve ser obrigatoriamente adotado (vide art. 60 da Lei n.º 9.099/95, que dispõe que os Juizados Especiais Criminais “tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência”).

Por outro lado, tal como na disposição facultativa com relação à Lei n.º 6.858/80, no que tange aos Juizados Especiais Cíveis, muito embora almejem celeridade e menor burocracia, são tidos apenas como uma opção dos interessados, motivo pelo qual eles também podem renunciar a tal direito e proporem suas demandas diretamente na chamada Justiça Comum, ainda que menos célere e mais burocrática.

Ou seja, dessa análise comparativa e por meio de uma analogia com outras searas jurídicas, extrai-se a ideia de que, por ser possível a adoção tanto da Lei n.º 6.858/80 quanto do Inventário para o recebimento das verbas sujeitas ao Alvará Judicial, ao optarem os sucessores por incluí-las diretamente no processo de Inventário, acabam por renunciar tacitamente às benesses da Lei n.º 6.858/80.

Afinal, a lógica de existência do Alvará Judicial como um procedimento próprio é exatamente facilitar o recebimento das verbas alimentares. Nesse sentido, ao dispensarem o procedimento simples e submeterem os referidos saldos ao procedimento mais complexo, subentende-se que os interessados abdicaram das benesses e sujeitaram-se à maior formalidade e burocracia do Inventário. Por esse motivo, não podem requerer também a aplicação das regras da Lei n.º 6.858/80 em concomitância com aquelas puramente civilistas, visto que se configura contraproducente tal aplicação.

7.2 DAS DISTINTAS ORDENS SUCESSÓRIAS E POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES POR SOBRE A IGUALDADE ENTRE OS SUCESSORES E O INSTITUTO DA MEAÇÃO

Partindo-se, pois, do pressuposto de que a adoção do Inventário para as verbas sujeitas à Lei n.º 6.858/80 implica em renúncia às suas benesses, mostra-se de suma importância trabalhar outro motivo pelo qual os referidos procedimentos configuram-se incompatíveis.

A lógica de se destinar as verbas trabalhistas, previdenciárias, de restituição de impostos e bancárias de pequena monta primeiramente aos dependentes no Alvará Judicial fundamenta-se na sujeição

econômica destes em relação ao indivíduo falecido, motivo pelo qual se subentende que carecem dos saldos para a própria subsistência.

Noutro norte, a destinação patrimonial promovida no Inventário, em verdade, não se fundamenta de maneira alguma na necessidade subsistencial dos sucessores civis. Na realidade, configura-se como um inesperado acréscimo em seus respectivos patrimônios em razão da ocorrência de um fato natural – a morte. Noutros termos, não houvesse o falecimento, não poderiam tais herdeiros se valer da herança, especialmente porquanto amplamente vedada sua antecipação em vida.

Por assim dizer, a aceitação do dependente em procedimento próprio, qual seja, o Alvará Judicial, baseia-se na necessidade deste, visto que vem a precisar das verbas para a própria subsistência, o que atende às intenções da lei. Lado outro, distintamente, vez que foge à lógica da subsistência e fundamenta-se em verdade na continuidade patrimonial, o acréscimo do dependente nos autos do Inventário poderia configurar desrespeito à ordem sucessória civilista, especialmente em relação à almejada igualdade entre os sucessores e o instituto da meação.

Referida busca pela igualdade entre os sucessores pode ser observada, por exemplo, a partir de simples leitura do art. 648, I, CPC, segundo o qual, na partilha, uma das regras a serem verificadas é a da máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens, já buscando o legislador prevenir desigualdades entre os herdeiros. Com isso, se simplesmente acrescido o dependente anteriormente aos sucessores, os quinhões destes últimos, caso não sejam eles próprios os dependentes, poderiam restar desiguados.

No mesmo sentido, a intocabilidade da meação do cônjuge ou companheiro supérstite pode ser constatada a partir da leitura do art. 651, II, CPC, o qual exige a discriminação desta meação a fim de que se promova a separação patrimonial do casal para, somente em seguida, promover-se a divisão da herança propriamente dita. Nesta toada, considerando-se a hipótese de que o meeiro não seja o próprio dependente, mas que faça jus à metade das verbas em razão

da comunicabilidade de bens, se apenas colocado o dependente anteriormente aos sucessores nos autos do Inventário, sua meação poderia restar desrespeitada.

Vale registrar que, não fosse a intenção do legislador resguardar os quinhões dos sucessores civis no processo de Inventário, não haveria disposto institutos tão relevantes ao direito sucessório como o da necessária observância dos herdeiros necessários, bem como da inafastabilidade da meação. Também, não haveria previsto de forma tão restrita as poucas hipóteses de limitação da herança, que são a indignidade e a deserdação. Por esse motivo, não se pode meramente admitir a inclusão de um sujeito alheio à ordem do art. 1.829, CC em antecedência aos sucessores civis sem prévia observância e reflexão sobre as implicações por isso trazidas.

7.3 DA DIFERENCIAÇÃO E INCOMPATIBILIDADE DOS RITOS QUANTO AO PLEITO DE LEVANTAMENTO DE VALORES

Vista a aparente incompatibilidade em razão das ordens sucessórias distintas e passando-se ao próximo ponto, tem-se que um dos princípios mais celebrados da Lei n.º 6.858/80 é o da celeridade. Em nome dele, procura-se um recebimento célere dos valores submetidos à mencionada lei, notadamente por envolver baixas quantias de caráter alimentar. Disso resulta, inclusive, a possibilidade de adoção dos mais diversos atos necessários à consecução deste objetivo, como, por exemplo, pelo próprio magistrado, que pode valer-se do disposto no art. 723, parágrafo único, CPC, o qual dispensa a legalidade estrita.

Noutro norte, o procedimento do Inventário tende a assumir maior rigidez com relação ao levantamento de valores. Via de regra, nele só poderá haver recebimento adiantado de saldo antes da finalização da partilha em hipóteses mais excepcionais, tais como para a quitação de despesas do espólio surgidas ao longo do feito, bem como para o pagamento de dívidas anteriores deixadas pelo “de cujus”. Do contrário, caso se promova o levantamento em momento anterior

à ultimação do Inventário, pode haver caracterização de antecipação de herança, a qual plenamente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou mesmo prejuízo a eventuais credores do espólio, os quais devem necessariamente compor o passivo.

Tal entendimento relativo à vedação da antecipação de herança nos autos do Inventário se encontra consubstanciado no art. 1.791, CC, segundo o qual “a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”. Nesse sentido, muito embora o princípio da “saisine” admita que a herança se transmite no momento do óbito, a universalidade patrimonial somente será desfeita ao final do Inventário, com a efetiva homologação da partilha. É por isso, inclusive, que se regula o patrimônio do espólio pelas normas afetas ao condomínio, nos termos do art. 1.791, parágrafo único, CC.

Ademais, quanto aos credores, referido entendimento pode ser compreendido a partir da leitura do art. 1.997, CC, que dispõe que “a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido”, além do próprio art. 642, CPC, registrando que, “antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis”. Isso acontece porquanto, conforme dizeres do professor Donizetti (2017, p. 524), “com a morte do autor da herança, é muito comum que remanesçam obrigações por ele contraídas, as quais, evidentemente, deverão ser satisfeitas pelo espólio”. Nesse sentido, tendo em vista que podem requerer a quitação dos débitos a qualquer momento antes do julgamento da partilha, eventual levantamento antecipado nos autos do Inventário poderia configurar prejuízo aos credores do espólio.

7.4 DA DIFERENCIAÇÃO E INCOMPATIBILIDADE DOS RITOS QUANTO À MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Além disso, em termos de análise tributária, verifica-se outra incompatibilidade entre os dois procedimentos, o que inviabiliza eventual concomitância. No caso, justamente em razão

da desburocratização pretendida com a Lei n.º 6.858/80, ainda que eventualmente devido o ITCD sobre alguma das verbas sujeitas à lei, sua declaração imediata com obrigatoria apresentação da certidão de pagamento/desoneração nos autos do Alvará Judicial para conclusão do feito poderá ser dispensada pelo magistrado. Do mesmo modo, ainda que necessárias à averiguação da (in)existência de dívidas perante a Fazenda Pública, as certidões negativas de débitos municipais, estaduais e federais em nome do falecido podem ser dispensáveis neste rito.

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme julgados que seguem transcritos.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALVARÁ JUDICIAL. SALDO BANCÁRIO E NUMERÁRIO DEPOSITADO EM CADERNETA DE POUPANÇA INFERIORES À 500 OTN. LEI Nº 6.858, de 1980. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS FISCAIS E COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO DE ITCD. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A Lei nº 6.858, de 1980, elenca os créditos que podem ser levantados pelos dependentes ou sucessores do titular mediante alvará judicial. 2. Nestes casos, a apreciação do pedido de alvará não está sujeita ao cumprimento de diligências inerentes ao procedimento de inventário. 3. Agravo de instrumento conhecido e provido para revogar a decisão que determinou a apresentação de certidões negativas de débitos fiscais e comprovação de quitação de ITCD. (TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0418.15.001217-1/001, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/05/2017, publicação da súmula em 14/06/2017) EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – DIREITO TRIBUTÁRIO – ALVARÁ JUDICIAL – VALORES DEPOSITADOS EM CONTAS CORRENTES DA FALECIDA – LEI Nº 6.858/80 –

APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE QUITAÇÃO DO ITCD – DESNECESSIDADE.

1. Desnecessário o condicionamento da apreciação de pedido de expedição de alvará judicial para levantamento de verbas depositadas em contas correntes do falecido à apresentação de certidão de quitação do ITCD, nos termos da Lei n.º 6.858/80.

2. Não estão sujeitas à incidência do imposto estadual os resíduos salariais tampouco os saldos de FGTS, PIS ou PASEP. (TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0702.16.007521-5/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/10/2017, publicação da súmula em 18/10/2017)

Por outro lado, de modo distinto, quando se trata do procedimento intrínseco ao Inventário, prevê o art. 654, CPC que, “pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha”. Noutras palavras, essencial a integral quitação tributária referente à transmissão “causa mortis”, bem como a juntada das certidões negativas municipais, estaduais e federais para a devida ultimização do Inventário.

No muito, neste procedimento mais complexo, em caráter de excepcionalidade, permite o parágrafo único do mencionado artigo que “a existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido”. Entretanto, em todo caso, como se pode perceber, traduz-se essencial ao menos a garantia de quitação das dívidas perante o Fisco para conclusão do processo, fator que já não se vislumbra a partir da Lei n.º 6.858/80.

7.5 DA DIFERENCIAÇÃO E INCOMPATIBILIDADE DOS RITOS QUANTO À DESTINAÇÃO ÚLTIMA DOS BENS E VALORES NO CASO DE INEXISTÊNCIA DE SUJEITOS SUCESSÍVEIS

Conforme trabalho anteriormente, a destinação de bens e valores “causa mortis” deve seguir necessariamente as ordens sucessórias previstas no ordenamento jurídico, seja pela via puramente civilista, seja pela via da Lei n.º 6.858/80, pelo que serão chamados a suceder o “de cuius” os parentes sucessíveis.

No entanto, em que pese seja extensa a possibilidade de chamamento hereditário, muitas das vezes os falecidos não deixam dependentes ou sucessores a serem chamados. Nestes casos, nos termos do professor Wagner Inácio Dias (2020, p. 185), “a lei não pode admitir que bens fiquem sem destinatário; logo, que fiquem sem utilidade. Isso é absolutamente contrário à noção de função social [...]”. Por isso, na espécie, são previstos procedimentos específicos para destinação última dos bens e valores deixados, os quais variam a depender do rito adotado, o que vem a revelar mais uma incompatibilidade entre o Inventário e o Alvará Judicial.

Isso porque, na realidade, quando se constata a inexistência de sucessores do falecido nos autos do Inventário, torna-se necessária a adoção de dois procedimentos sequenciais específicos e complexos à últimação da destinação patrimonial. O primeiro deles, chamado de jacência (art. 1.819, CC), dedica-se à entrega do espólio a um curador provisório, a fim de que este o guarde e o administre por prazo definido em lei, até eventual aparecimento de um sucessor habilitado ou, se for o caso, declaração de vacância. O segundo deles, chamado de vacância (art. 1.820, CC), reserva-se à hipótese de finalização do prazo da jacência sem aparecimento de sucessores. Quando declarada, se assim permanecer por cinco anos, implicará na destinação do patrimônio ao Estado brasileiro, observada a circunscrição na qual estiverem localizados os bens e valores deixados.

Por outro lado, quando constatada a inexistência de dependentes ou sucessores do falecido com relação à Lei n.º 6.858/80, dois diferentes

procedimentos poderão ser adotados: se os valores se referirem àqueles previstos no art. 1º da referida normatividade, as verbas serão remetidas ao Fundo de Previdência e Assistência Social, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Fundo de Participação PIS-PASEP, conforme se tratar de quantias devidas pelo empregador ou de contas de FGTS e do Fundo PIS PASEP; lado outro, se se referirem aos valores contidos no art. 2º, serão revertidos em favor do Fundo de Previdência e Assistência Social.

Ou seja, em suma, quando inexistirem sujeitos sucessíveis nos autos do Inventário, proceder-se-á aos chamados procedimentos de jacência e vacância. Noutra parte, inexistindo dependentes ou sucessores no Alvará Judicial, as verbas serão imediatamente revertidas a Fundos específicos previstos na própria lei. Há, pois, nítida diferenciação entre os institutos, o que configura mais uma incompatibilidade das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro do processo de Inventário.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorrer acerca de temáticas sucessórias é tarefa complexa. Por isso, com o presente artigo, sem qualquer pretensão de esgotamento do assunto ou de encerramento da questão, foram propostas reflexões acerca da (im)possibilidade de aplicação das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro dos processos de Inventário.

Para tanto, buscou-se inicialmente trabalhar conceitos gerais relativos ao Direito das Sucessões e que se relacionam, em alguma medida, com a discussão levantada. Foram eles, por exemplo, o princípio da “saisine”, as ideias de autonomia da vontade e de perpetuidade patrimonial, bem como os institutos da meação e da herança.

Na sequência, fez-se uma síntese das duas ordens sucessórias existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, aquela civilista, mormente prevista no art. 1.829, CC, e aquela da Lei n.º 6.858/80, prevista em seu art. 1º. Nesta oportunidade, delineou-se a

diferenciação entre as duas ordens, discorrendo especialmente sobre a figura do dependente.

Ato contínuo, apresentou-se os dois procedimentos diretamente ligados à transmissão patrimonial em razão da morte, que são o Inventário e o Alvará Judicial, trabalhando seus principais institutos e os ritos adotados em ambos os casos, bem como traçando detalhadamente suas principais diferenças procedimentais.

Após, colocadas todas as ideias acima descritas, trabalhou-se efetivamente a (im)possibilidade de aplicação das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro dos processos de Inventário. Na oportunidade, expôs-se diversos pontos que revelam certo conflito entre os dois procedimentos, tais como a faculdade dos herdeiros quanto à adoção da Lei n.º 6.858/80 e, pois, a ideia de renúncia às suas benesses; a distinção entre as duas ordens sucessórias existentes e, por consequência, a possibilidade de desrespeito à igualdade entre os sucessores e à meação na hipótese de concomitância dos ritos; e a distinção de tratamento nos dois procedimentos quanto ao pleito de levantamento de valores, à análise tributária e à destinação última dos bens e valores quando inexisterem sujeitos sucessíveis.

Em conclusão, reafirmando a ideia de que não se pretende de maneira alguma encerrar as reflexões aqui propostas acerca do tema, assume-se a tese de incompatibilidade das regras da Lei n.º 6.858/80 dentro do processo de Inventário, haja vista as ponderações realizadas ao longo do trabalho, bem como a doutrina e jurisprudência utilizadas na fundamentação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao>. Acesso em: 22 de out. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 22 de out. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 de out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.858, 24 de novembro de 1980**. Dispõe sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, dos valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de nov. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6858.htm>. Acesso em: 22 de out. 2022.

DIAS, Wagner Inácio. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 4ª ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3 – Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

A PRÁTICA DE *FISHING EXPEDITION*: SEUS DESDOBRAMENTOS E IMPACTOS NO PROCESSO PENAL À LUZ DA SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

*Leticia Layla Ribeiro Costa*¹

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a prática de *Fishing Expedition* ou, na tradução literal, “pescaria probatória”, pelos órgãos responsáveis pela persecução penal. Tendo em mente as normas previstas no Processo Penal constitucionalizado e, em virtude do instituto *supra* não acatar as “regras do jogo”, faz-se necessário analisar a complexidade das consequências diretas dessa prática no processo penal, além dos prejuízos causados aos indivíduos que têm seus direitos e garantias violados, por uma desnecessária e excessiva técnica de investigação, com o escopo de encontrar eventuais provas para uma acusação “a qualquer custo”. Com o fim de se verificar a ilegalidade e abuso dessa prática, analisou-se o atual cenário das instituições estatais responsáveis pelas investigações a partir de uma perspectiva histórica, conceitual e principiológica e, ainda, a verificação da tímida e precária aplicação jurisprudencial adotada pelas Cortes Judiciárias brasileiras, fatores primordiais para a garantia do devido processo legal.

Palavras Chaves: *Fishing Expedition*. Investigação especulativa. Encontro eventual de provas. Processo Penal Constitucionalizado.

1. INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto que o Sistema Processual Penal e o comportamento dos agentes incumbidos pela persecução penal deve ser pautado na Constituição Federal de 1988, tem-se um consectário lógico de que toda e qualquer ação cabível para instruir o processo

¹ Discente em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: leticialrcosta@outlook.com.

penal deve ser orientada pelas regras do jogo garantista. Sendo garantido a todos os indivíduos direitos e garantias fundamentais, o presente trabalho buscará analisar as consequências da prática *Fishing Expedition* e os seus impactos no Processo Penal Constitucionalizado.

A finalidade principal será verificar como esse instituto aproveita-se da atividade do poder estatal para mascarar a inobservância de garantias constitucionais, violando a intimidade, à vida privada, o domicílio e outros direitos fundamentais, além ignorar os limites legais das “regras do jogo”.

Assim, justifica-se a abordagem desse tema por verificar que a vedação à *Fishing Expedition* desempenha o papel de garantir que as normas processuais e constitucionais sejam seguidas, ao fato que existem, principalmente nos órgãos da persecução penal, situações que, de forma aparente, demonstram a corriqueira prática dessa técnica nas investigações e medidas cautelares.

Apesar de ser um tema pouco desenvolvido no âmbito nacional, a pescaria probatória² possui ampla correlação com os fundamentos e vedações do ordenamento jurídico brasileiro, expondo as atitudes dos agentes encarregados pela persecução penal que contrariam o dever fiel de observância as regras expressas na legislação.

Em consequência da prática de *Fishing Expedition*, acontece o eventual encontro de provas, cuja a obtenção de prova ou elementos é diversa da finalidade inaugural da investigação, em vista que esse instituto é considerado uma “pesca” de possíveis elementos, pautados em uma convicção e não uma certeza, acabando por trazer à tona a possível ilicitude das provas (advindo da vedação de prova ilícita expressamente no texto constitucional³) e a contaminação do Devido Processo Legal.

Será analisando, ainda, a timidez jurisprudencial brasileira quanto à avaliação da prática da “pescaria probatória” e os “produtos” obtidos por ela, isto é, a análise da ilicitude das provas obtidas pela *Fishing Expedition*. Sem mencionar especificadamente esse termo, os

2 Tradução literal de “Fishing Expedition”.

3“Art 5º, L, CF – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

tribunais pátrios já declararam a ilegitimidade das “provas” pescadas por essa prática e, em decisões mais recente, os Ministros Gilmar Mendes⁴ Dias Toffoli⁵, por exemplo, citaram expressamente o termo “*Fishing Expedition*”, sendo, ambas as decisões, mostram a vedação expressa dessa prática e, ainda, a importância para discussões futuras sobre o tema.

Por fim, buscaremos demonstrar a impossibilidade da recepção pelo ordenamento jurídico pátrio da prática de uma pesca probatória em prol de fisgar qualquer prova ou elemento para fundar uma acusação. Ou seja, ficará constatado que a prática da *Fishing Expedition* não foi e não poderá ser recepcionada à luz da Constituição Federal de 1988.

Após esse sucinto exórdio, o primeiro capítulo versará sobre a definição e origem da prática da *Fishing Expedition*, sendo necessário expor os elementos de uma perspectiva histórica, conceitual e principiológica.

Já nos capítulos posteriores, abordaremos esse instituto sob à luz do Processo Penal Constitucionalizado, as regras do jogo para se seguir o devido processo e como essa técnica é vista pelos tribunais brasileiro, respectivamente. Ao final, do modo a concluir as indagações feitas, serão apontados os raciocínios finais.

2. FISHING EXPEDITION – A PESCARIA PROBATÓRIA

Fishing Expedition significa “expedição de pesca” ou, em livre tradução, “pescaria probatória” e, ainda, na tradução jurídica, trata-se de uma técnica de investigação excessiva, desnecessária e extensa que não tem relação com a persecução penal⁶ iniciada, isto é, a

4 (STF, HC 163.461/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 05/02/2019).

5 (STF, RE 1.055.941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, pág. 41 do voto, proferido em 20/11/2019).

6 **Persecução Penal** é o nome dado à somatória das atividades investigatórias pelos legitimados (fase pré-processual) e da ação penal (fase processual) promovida pelo Ministério Público ou ofendido (nos casos de ação de iniciativa privada). Compreende

técnica é utilizada em prol de uma procura especulativa, sem um alvo definido, sem um objeto determinado ou, se quer, seguindo os limites autorizados em lei e, se espera, descobrir elementos incriminadores ou informações úteis que serão capazes de imputar penalmente alguém.

Alexandre Morais da Rosa, Philipe Benoni Melo e Silva e Viviane Ghizoni Silva⁷ conceituam a *Fishing Expedition* como:

Apropriação de meios legais, para, sem objetivo traçado, “pescar” qualquer evidência, tendo ou não relação com o caso concreto. Trata-se de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado que, de forma ampla e genérica, lança suas redes com a esperança de “pescar” qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma ação já iniciada.

Essa expressão *Fishing Expedition*, com a tradução literal “Pescaria Probatória”, faz uma alusão as expedições de pesca, em que não se sabe, inicialmente, se haverá peixe e nem quais as espécies poderão ser fígadas, ou seja, há uma incerteza acerca do que será encontrado na pesca, mas se tem uma convicção de que algo será encontrado. Fazendo-se alusão, então, os agentes responsáveis pela persecução penal, não certeza que encontrarão provas, mas tem a convicção de que achará possíveis provas, sem qualquer relação com a persecução penal inicial, como meio para embasar uma condenação.

todo o esforço despendido pelo Estado para investigar e processar o suposto autor de uma infração penal.

7 SILVA, Viviane Ghizoni; SILVA, Philipe Benoni Melo; ROSA, Alexandre Morais. **Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e apreensão**: um dilema oculto do Processo Penal. 2.ed. Florianópolis: Emais, 2022. Op. Cit., p.50.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

De acordo com estudiosos brasileiros, a origem histórica da *fishing expedition* remete às cortes inglesas do final da Idade Média na Inglaterra e com aplicação expressiva nos Estados Unidos nas cortes do “*Common Law*”. Historicamente, durante os julgamentos, após colher o juramento *ex officio* do interrogado, que exigia-se as respostas do acusado, procedia-se, pelas partes interrogantes, uma espécie de investigação de acusações até então desconhecidas, como verdadeiro ato de pescaria e, pelo ato do juramento feito, a vida da pessoa que ali estava era vasculhada.

Garantias constitucionais como o “*nemo tenetur se detegere* – direito de não produzir provas contra si mesmo” ou a garantia *privilege against self – incrimination* – garantia contra a autoincriminação, podem ser entendidas como consectário lógico da vedação ao *fishing expedition*. Isso é, o juramento *ex officio*⁸ evoluiu e sofreu limitações, vedando a investigação de acusações não conhecidas, garantindo ao acusado interrogado a possibilidade de responder aquilo que entender necessário, combatendo, então, a prática da pescaria probatória feita por quem realizou o interrogatório.

Laura de Oliveira Mello Figueiredo⁹, em sua monografia “O direito ao silêncio: suas origens, desenvolvimento e desdobramentos no direito processual penal brasileiro”, explica:

O procedimento do juramento *ex officio* consistia em comparecerem as partes perante estas cortes, submetendo-se a um juramento de responder quaisquer questões que lhes fossem feitas.

8 Segundo Laura de Oliveira Mello Figueiredo “O procedimento do juramento *ex officio* consistia em comparecerem as partes perante estas cortes, submetendo-se a um juramento de responder quaisquer questões que lhes fossem feitas”

9 FIGUEIREDO, Laura de Oliveira Mello. **O direito ao silêncio: suas origens, desenvolvimento e desdobramentos no direito processual penal brasileiro**. 2016. Monografia (Bacharel em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Op. Cit., p.8.

Comumente, as acusações eram desconhecidas. Assim, o *privilege against self – incrimination* desenvolveu-se, inicialmente, como uma proteção às fishing expeditions, prática por meio da qual os juízes, através do ato do interrogatório, investigavam aspectos e procediam a questionamentos alheios ao objeto da acusação. Os advogados à época já se insurgiam contra a prática do juramento ex officio, por entender que ele conduzia ao perjúrio.

Da mesma forma, em solo americano, quando um agente ou órgão específico da persecução penal entender necessário, para o andamento da investigação, deve requerer determinada diligência, por exemplo, mediante apresentação de evidência capaz de embasar a atividade pretendida, ante o fato que o juiz somente expedirá a ordem caso repute que exista base factual suficiente, causa provável.

Disserta Alexandre Morais da Rosa, Viviani Ghizoni da Silva e Philipe Benoni Melo e Silva¹⁰, na obra sobre o assunto, que como forma evidente de evitar com o que os agentes se utilizem de meios não legais para pescar quaisquer evidências, no julgamento *United States v. Nixon* (1974), foi estabelecido que, para fazer um requerimento de alguma diligência necessária à investigação, o agente estatal solicitante deverá demonstrar:

1) que os documentos são probatório e relevantes, 2) que não é razoavelmente possível a sua obtenção por outros meios, 3) que a parte não consegue preparar-se propriamente para o julgamento sem essa prévia produção e inspeção, e que o insucesso em obter essa inspeção pode atrasar de forma desarrazoada o julgamento e 4) que a solicitação é feita de boa-fé, não se aceitando a genérica *fishing expedition*.

10 SILVA, Viviane Ghizoni; SILVA, Philipe Benoni Melo; ROSA, Alexandre Morais. **Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e apreensão**: um dilema oculto do Processo Penal. 2.ed. Florianópolis: Emais, 2022. Op. Cit., p.48.

Portanto, é notório que há uma preocupação em deter a prática de *Fishing Expedition* há algum tempo e que vem evoluindo a partir da dogmática criminal, estabelecendo limites e impondo regras a serem seguidas por aqueles que, em nome do Estado, devem buscar pela legal prática dos atos investigatórios.

3. O INSTITUTO À LUZ DO SISTEMA CONSTITUCIONAL GARANTISTA BRASILEIRO.

O Sistema Processual Penal brasileiro, sendo da década de 40 e espelhado no Código Roco e com ideais fascistas e inquisitórios, teve de ser redefinido à luz da Constituição Federal de 1988 que, certamente, definiu nosso sistema como acusatório, apesar de, ainda, haver uma persistência de ranços inquisitoriais.

O sistema acusatório, consagrado por nossa Carta Magna, proporciona descentralizar e limitar o poder punitivo estatal e, ainda, concede aos indivíduos o devido processo legal, fortalecendo as Garantias e Direitos Fundamentais.

A legalidade processual está diretamente atrelada à legalidade constitucional, de forma que o processo é codependente aos Direitos Fundamentais¹¹. Ora, o Devido Processo legal legitima aquelas normas que desenvolvem-se respeitando integralmente as garantias constitucionais.

Segundo Alexandre Morais da Rosa “*Fishing Expedition* é a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter **a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais.**”¹²

11 SILVA, Viviane Ghizoni; SILVA, Philipe Benoni Melo; ROSA, Alexandre Morais. **Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e apreensão**: um dilema oculto do Processo Penal. 2.ed. Florianópolis: Emais, 2022. Op. Cit., p.40/41.

12 ROSA, Alexandre Morais da, Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-390 – grifo nosso).

A Constituição de 1988 expandiu a proteção dos indivíduos ao assegurar-lhes, entre outras garantias, a inviolabilidade domiciliar, a preservação da intimidade, vida privada e as integridades física e moral, todos embasados no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é o princípio basilar. Essas garantias possuem fundamental importância em se tratando de técnicas investigativas para colheita de elementos de convicção para a formação da *opinio delict*.

Medidas cautelares, por exemplo, que podem servir como base para a formação da opinião do julgador deve, em regra e sem exceções, sob pena de ferir o garantido na Constituição, seguir os parâmetros descritos em lei, impondo os limites necessários à legalidade.

A violação desses direitos constitucionalmente estabelecidos pode ensejar a ineficácia da investigação e da medida realizada e, por consequência, a ilicitude da prova obtida.

Dispondo da assimilação das garantias constitucionais e a aplicabilidade de técnicas investigativas distintas das previstas em lei, é notório a incompatibilidade da *Fishing Expedition* com o sistema garantista brasileiro. Ora, se por consequência dessa prática Direitos e Garantias fundamentais previstos na Constituição são feridos, é evidente a incompatibilidade com o sistema processual brasileiro.

A direção a ser seguida pela persecução penal é uma: o devido processo legal. E, assim, as regras desse caminho, além de se encontrar no Direito Processual Penal, se encontram no Direito Constitucional com fulcro no estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³.

Portanto, a violação dos direitos fundamentais é submetido à reserva de jurisdição, ou seja, é imprescindível que as investigações e as cautelares, porventura necessárias à produção probatória, devam definir, antecipadamente e de forma clara, o objeto e o meio, preenchendo os pressupostos e requisitos legais.

Assim, a prática da “pescaria probatória” promove nítido obstáculo ao devido processo legal e às garantias fundamentais que tem

13 Assembleia Geral da ONU. (1948). “Declaração Universal dos Direitos Humanos.

como característica a inviolabilidade.¹⁴ E, ainda, violados os preceitos fundamentalmente constitucionais, por consequência colocam em risco o Estado Democrático de Direito, abrindo espaço para que os Direitos já conquistados retrocedessem, o que é expressamente vedado pelo *Efeito Cliquet*¹⁵.

4. AS REGRAS DO JOGO

Aury Lopes Jr. afirma que “O desafio do Processo Penal é punir dentro das regras do jogo válido” e, do contrário, transforma-se em um “vale tudo para impor uma acusação” que deixa a obtenção a livre vontade dos agentes incumbidos pelo estado a promover a persecução penal.¹⁶

Como já demonstrado, mesmo com direitos e garantias fundamentais invioláveis, existe a ilusória busca pela verdade real, uma espécie de “os fins justificam os meios” para uma condenação. Nessa linha trata Thalita Santos¹⁷:

O que ocorre mais vezes do que gostaríamos, porém, é que, baseados em especulações, “notícias anônimas”, colaborações premiadas (que muitas vezes não servem à elucidação dos fatos), deflagram-se operações, interceptam-se linhas telefônicas e outros dados

14 **Inviolabilidade:** ressalta a impossibilidade dos direitos fundamentais não serem observados por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de nulidades dos mesmos, bem como da responsabilização civil, penal ou administrativa.

15 *Efeito Cliquet* dos Direitos Humanos significa que os direitos não podem retroagir, ou seja, Direitos só podem avançar nas proteções dos indivíduos, vedando-se o retrocesso dos direitos já regulamentados.

16 ROSA, Alexandre Morais da. A prática de *fishing expedition* no processo penal. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

17 SANTOS, Thalita. Vedação da *fishing expedition* na persecução penal. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-24/thalita-santos-vedacao-fishing-expedition-persecucao-penal>. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

sensíveis, vasculham o asilo inviolável (casa) no intento de buscar todo e qualquer vestígio, ou indício que se enquadre em qualquer conduta delitiva, para corroborar o ato, e não o contrário como manda a lei, fazendo da persecução penal uma verdadeira pescaria probatória, em que qualquer ‘pescado’ (indício de materialidade de qualquer crime — mesmo que não seja o investigado) sirva para, através do clamor social, respaldar o ato ilegal.

Como já esclarecido, o Sistema Criminal e, especificadamente, a persecução penal é direcionada pelos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos. Alexandre Morais da Rosa, Viviani Ghizoni da Silva e Philipe Benoni Melo e Silva¹⁸ afirmam que um dos maiores desafios do Processo Penal é promover a garantia de todos os meios disponíveis para assegurar o cumprimento do Devido Processo Legal, vejamos:

O desafio é de promover a garantia de todos os meios disponíveis para assegurar, em toda a sua extensão e profundidade, o irrestrito atendimento do Devido Processo Legal, cujo dever de observância pelos agentes (públicos e privados), arreda qualquer pretensão de modulação e/ou da criação artificial de obstáculos.

As “regras do jogo” são estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio e as investigações e medidas cautelares precisam seguir, obrigatoriamente, a prévia exigência do que consta em lei para evitar, assim, arbitrariedades pelos agentes responsáveis pela persecução penal.

18 SILVA, Viviane Ghizoni; SILVA, Philipe Benoni Melo; ROSA, Alexandre Morais. **Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e apreensão**: um dilema oculto do Processo Penal. 2.ed. Florianópolis: Emais, 2022. Op. Cit., p.57.

Segundo Alexandre Moraes da Rosa¹⁹, os agentes públicos “oportunistas”, no aproveitamento no cumprimento de diligências, com ou sem autorização, colocam em prática a expedição probatória em diversas técnicas investigatórias e medidas cautelares, sendo a imaginação desses cada vez mais ampla, mas, cita-se as seguintes a fim de exemplificação sobre o tema²⁰:

- a) Busca e apreensão sem alvo definido, tangível e descrito no mandado (mandados genéricos);
- b) Vasculhamento de todo o conteúdo do celular apreendido;
- c) Continuidade da busca e apreensão depois de obtido o material objeto da diligência;
- d) Investigações criminais dissimuladas de fiscalizações de órgãos públicos (Receita Federal, controladorias, Tribunais de Contas, órgãos públicos etc.);
- e) Interceptação ou monitoramento por períodos longos de tempo;
- f) Prisão temporária ou preventiva para “forçar” a descoberta ou colaboração premiada ou incriminação;
- g) Buscas pessoais (ou residenciais) desprovidas de “fundada suspeita” prévia e objetiva; e,
- h) Quebra de sigilo (bancário, fiscal, dados etc.) sem justificativa do período requisitado.

Pode-se verificar que, nas hipóteses supramencionadas, quando praticadas pela *Fishing Expedition*, não possuem objetivo certo ou declarado, normalmente sem individualizações ou finalidades específicas, não seguindo a verdadeira intenção da diligência em

19 ROSA, Alexandre Moraes da. A prática de *fishing expedition* no processo penal. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 21 de out. de 2022.

20 ROSA, Alexandre Moraes da. A prática de *fishing expedition* no processo penal. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 21 de out. de 2022.

prol da investigação inicial, isto é, “pescam” quaisquer informações além do necessário para a persecução em curso, podendo ocasionar acusações em crimes futuros e, ainda, manipular as investigações e decisões em curso.

Por se tratar de um meio, por obvio abusivo, de obtenção de prova ou elementos de investigação, tem-se um largo campo de ocorrência na cultura da prática penal pelos órgãos oficiais da persecução, que buscam uma acusação e posterior condenação a qualquer custo, uma espécie de “os fins justificam os meios”, fazendo com que as hipóteses de diligências abarcadas pela *Fishing Expedition* sejam ampliadas no âmbito investigativo.

5. A FISHING EXPEDITION SEGUNDO O ENTEDIMENTO DAS CORTES BRASILEIRAS

No Brasil, o tema da *Fishing Expedition* ainda se mostra tímido no que tange as discussões doutrinária e jurisprudenciais, mas, a partir dos debates já existentes, contribuem intensamente para a análise do instituto.

Antes da expressão ser efetivamente utilizada pelos tribunais pátrios, a ideia central do instituto (vedação a provas obtidas por meios ilícitos) era colocada em prática para vedar a utilização dessas provas e elementos colhidos por ilegitimidades na investigação e nas medidas cautelares.

Em 2007²¹ o Supremo Tribunal Federal, mesmo sem citar a expressão *Fishing Expedition*, declarou ilegítima a quebra de sigilo bancário realizada com base em uma lista genérica, considerando que a busca deveria ser determinada contra pessoa devidamente individualizada e que esteja no rol de investigados. Isto é, considerou-se

21 Configura-se ilegítima a quebra de sigilo bancário de listagem genérica, com nomes de pessoas não relacionados diretamente com as investigações (art. 5º, inc. X, da Constituição da República). 3. Ressalva da possibilidade de o Ministério Público Federal formular pedido específico, sobre pessoas identificadas, definindo e justificando com exatidão a sua pretensão. 4. Agravo provido parcialmente.” (STF, Inq-AgR 2245/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 09/11/2007).

ilegítima a quebra de sigilo bancário com nomes de pessoas não relacionadas diretamente com as investigações, além da exigência de que o *parquet* deveria definir e justificar com exatidão a sua pretensão.

Outra decisão²², também da Suprema Corte brasileira e, ainda, sem fazer referência a teoria adotada, é possível verificar a vedação da pescaria probatória no sistema processual brasileiro. Na decisão o STF reconheceu a ilicitude de uma espécie de “busca estendida” para um endereço que não constata no mandado. No caso em tela, a diligência se entendeu para endereço ulterior sem nova autorização judicial e, conseqüentemente, o resultado foi a ilicitude das provas encontradas nessa diligência.

Já no que diz respeito a utilização específica do termo e da teoria da “*Fishing Expedition*”, algumas decisões merecem destaques:

Os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli utilizaram o termo em suas decisões recentes sobre o assunto, vejamos:

“O controle judicial prévio para autorizar a busca e apreensão é essencial com a finalidade de se verificar a existência de justa causa, de modo a se evitar *fishing expedition* (investigações genéricas para buscar elementos incriminatórios aleatoriamente, sem qualquer embasamento prévio) (...) em relação à pessoa distinta daquela prevista no mandado judicial, porquanto direcionado à pessoa jurídica PF & PJ Soluções Tecnológicas e cumprido em relação às pessoas físicas dos pacientes”. (STF, HC 163.461/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 05/02/2019).

“É extremamente importante enfatizar, ainda, a absoluta e intransponível impossibilidade da

22 Inviolabilidade de domicílio (art. 5o, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas. (STF, HC 106.566/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, J. 16/12/2014).

geração de RIF's por encomenda (*fishing expeditions*) contra cidadãos sem qualquer investigação criminal existente ou alerta já emitido de ofício pela unidade de inteligência com fundamento na análise de informações contidas em sua base de dados. (STF, RE 1.055.941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, pág. 41 do voto, proferido em 20/11/2019).”

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2021²³, reconheceu a nulidade do Mandado expedido indistintamente contra todos os investigados, genericamente, sem analisar a situação de cada um, vejamos:

HABEAS CORPUS. NULIDADE. DECISÃO QUE DEFERIU EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. INUTILIZAÇÃO DOS ACHADOS ORIUNDOS DA DILIGÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. ORDEM CONCEDIDA. \nEmbora seja admitida a decisão *per relationem* em nosso ordenamento jurídico, no caso dos autos a decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão mostrou-se genérica e com fundamentação deficiente. Fragilidade da necessidade da diligência que emerge do próprio comando judicial, não havendo demonstração de indícios de autoria ou por que a busca e apreensão se justificava naquele momento, em detrimento de outras medidas menos invasivas que contribuiriam para a demonstração de indícios de autoria. **Mandado expedido indistintamente contra todos os investigados, sem analisar a situação de cada um. Situação que se assemelha à acoimada fishing expedition.** Nulidade da busca e apreensão declarada. Determinada a inutilização dos eventuais achados

23 (TJ-RS – HC: 50543301720218217000 RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento: 17/06/2021, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/06/2021.

oriundos da diligência, bem como a restituição dos bens apreendidos. ORDEM CONCEDIDA. (TJ-RS – HC: 50543301720218217000 RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento: 17/06/2021, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/06/2021 – grifo nosso)

Analisando, por fim, o HC: 663055 MT 2021/0128850-8²⁴, que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ilicitude da prova colhida em um caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio; para o STJ o agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo.

O STJ afirmou nessa decisão: “Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (*fishing expedition*), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.”, vejamos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E FALSA IDENTIDADE. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor

24 . (STJ – HC: 663055 MT 2021/0128850-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2022).

que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito. 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento

ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do (s) agente (s) público (s) que tenha (m) realizado a diligência. 4. Sobre a gravação audiovisual, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 (“ADPF das Favelas”), reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros, que “o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos”. 5. Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência, conforme se extrai da exegese do art. 248 do CPP, segundo o qual, “Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência”. 6. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia

autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo – vinculado à justa causa – para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas.

7. Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (*fishing expedition*), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade.

8. Segundo Alexandre Morais da Rosa, “*Fishing Expedition* ou Pescaria Probatória é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem ‘causa provável’, alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. [É] a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fisgados, muito menos a quantidade” (ROSA, Alexandre Morais da, *Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos*, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-390).

9. Sobre o desvio de finalidade no Direito Administrativo, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina: “Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei

como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício — denominado ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’ — são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo, 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106). 10. No caso dos autos, o ingresso em domicílio foi amparado na possível prática de crime de falsa identidade, na existência de mandado de prisão e na suposta autorização da esposa do acusado para a realização das buscas. 10.1 O primeiro fundamento – crime de falsa identidade – não justificava a entrada na casa do réu, porque, no momento em que ingressaram no lar, os militares ainda não sabiam que o acusado havia fornecido anteriormente à guarnição os dados pessoais do seu irmão, o que somente depois veio a ser constatado. Não existia, portanto, situação fática, conhecida pelos policiais, a legitimar o ingresso domiciliar para efetuar-se a prisão do paciente por flagrante do crime de falsa identidade, porquanto nem sequer tinham os agentes públicos conhecimento da ocorrência de tal delito na ocasião. 10.2 No tocante ao segundo fundamento, releva notar que, além de não haver sido seguido o procedimento legal previsto no art. 293 do CPP, não se sabia – com segurança – se o réu estava na casa, visto que não fugiu da guarnição para dentro do imóvel com acompanhamento imediato em seu encalço; na verdade, o acusado tomou rumo ignorado, com notícia de que provavelmente estaria escondido dentro do cemitério, mas os agentes foram até a residência dele “colher mais informações”. 10.3 Mesmo se admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para captura do acusado – em cumprimento ao mandado de prisão ou até por eventual flagrante do crime de falsa identidade –, a partir das premissas teóricas acima fundadas, nota-se, com clareza, a

ocorrência de desvirtuamento da finalidade no cumprimento do ato. Isso porque os objetos ilícitos (drogas e uma munição calibre .32) foram apreendidos no chão de um dos quartos, dentro de uma caixa de papelão, a evidenciar que não houve mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo réu – certamente portador de dimensões físicas muito superiores às do referido recipiente –, mas sim verdadeira pescaria probatória dentro do lar, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar o paciente. 10.4 Por fim, quanto ao último fundamento, as regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que a esposa do paciente – adolescente de apenas 16 anos de idade – teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do casal, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor de seu cônjuge. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo. 10.5 A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do acusado, em violação da norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela derivados, porque decorrentes diretamente dessa diligência policial. É preciso ressaltar, contudo, que a condenação pelo crime do art. 307 do CP (falsa identidade) não é atingida pela declaração de ilicitude das provas colhidas a partir da invasão de domicílio, eis que a prática do delito, ao que consta, foi anterior ao ingresso dos agentes no lar do acusado. 11. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas a partir da violação do domicílio

do acusado, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolvê-lo das imputações relativas aos crimes do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 e 14 da Lei n. 10.826/2003. (STJ – HC: 663055 MT 2021/0128850-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2022).

Nota-se, com o exposto nas decisões supracitadas, que as cortes brasileiras, mesmo que em lentos passos, estão adotando a vedação da *Fishing Expedition* e tornando ilícito o encontro eventual de provas advindas dessa prática, efetivando-se, assim, o Devido Processo Legal e, colocando em prática o que preceitua Jorge Henrique Schaefer Martins: “a sanha acusatória e o frenesi da responsabilização criminal não podem ser considerados como álibis para o Estado descumprir as determinações legais e, mais que isso, para desprezar princípios e garantias constitucionais”²⁵

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizou-se neste trabalho uma pesquisa capaz de identificar e entender o que é e como se daria o uso da técnica conhecida como *Fishing Expedition*, analisando-se, ainda, os danos causados na persecução penal e, por consequência, no devido processo legal.

Partindo-se do pressuposto que é um tema pouco desenvolvido em nosso país, fez-se necessário uma análise jurisprudencial e uma análise das “regras do jogo”, expondo o problema existente nos órgãos garantidores da persecução penal e, ainda, demonstrando o comportamento dos tribunais pátrios em relação ao tema.

25 MARTINS, J. H. S. Prender ou não prender. Critérios, adequação, necessidade – a escolha entre a prisão provisória, as medidas cautelares e a liberdade. *In*: Graziano Sobrinho, Sérgio Francisco Carlos (Org.); Andrade, Lédio Rosa de (Org.); Silva, Jaílson Lima da (Org.). Em nome da inocência: Justiça. 1. ed. Florianópolis: Editora UFSC, 2017. v. 1. 256p. p. 33 – 44.

Assim, justificou-se a abordagem desse tema por verificar, com clareza, que a prática da *Fishing Expedition* é incompatível com a sistemática processual garantidora, isto é, a vedação a pescaria probatória desempenha o papel de garantir que as normas processuais e constitucionais, bem como os direitos e garantias fundamentais sejam seguidas.

Ficou evidente que os parâmetros legais para a produção de provas no sistema acusatório, sistema esse consagrado pela CF/88, limita o poder estatal e, em contrapartida, a técnica de “pescar” qualquer prova ou elemento que aparecer flerta com o sistema inquisitório e autoritário, no qual vale-se qualquer coisa por uma condenação.

Seguir as regras do jogo é o básico que pode ser feito para que se tenha um processo penal justo e com paridade das armas. Ao expandir a proteção dos indivíduos assegurando-lhes, entre outras garantias, a inviolabilidade domiciliar, a preservação da intimidade, vida privada e integridade física e moral, o sistema proporciona técnicas investigativas e medidas cautelares capazes de respeitar tais direitos ou, ainda, mitigar na medida certa para que não tenha abusos e discricionariedades por parte de agentes públicos.

É notório, ainda, ser um dilema oculto no Processo Penal, fazendo-se necessário analisar, por meio jurisprudencial, como as cortes brasileiras se comportam em relação ao assunto. Ficou demonstrado que, a partir de pesquisas, a análise jurisprudencial os tribunais pátrios utilizavam da teoria da *Fishing Expedition*, só não se utilizam do termo específico e, em recentes decisões, se utilizou do termo para invalidar as provas obtidos por essa técnica.

Portanto, com base em todo o estudo e análise do ordenamento pátrio, pode-se concluir que é vedado, na atual sistemática processual constitucional garantista, a técnica da *Fishing Expedition* como meio de “pescar” qualquer elemento útil e com nada relativo a persecução penal iniciadora da investigação ou medida cautelar. Isto é, o encontro fortuito de provas pela prática da pescaria probatória é vedada, e em consequência da utilização dessa técnica vier a produzir provas,

essas considerar-se-ão ilícitas e não poderão ser utilizadas para uma possível condenação.

Por fim, é evidente a necessidade de ser colocado em prática o sistema acusatório e, assim sendo, um avanço na imparcialidade dos agentes responsáveis pela persecução penal a fim de que se supere a ideia de que “os fins justificam os meios” para uma possível condenação. E, enquanto ocorre essa superação, “aguardamos, sinceramente, o fim da temporada de pescas”.²⁶

26 FERNANDES B. NETTO, FERNANDA. *Fishing expedition: Os fins justificam os meios?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-11/luisa-netto-fins-justificam-meios>. Acesso no dia 12 de maio de 2022.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não é possível o fenômeno fishing expedition (ou pescaria/expedição probatória)**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizeirodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/518a38cc9a0173d0b2dc-088166981cf8>>. Acesso em: 21 de out. de 2022..

FERNANDES B. NETTO, FERNANDA. **Fishing expedition: Os fins justificam os meios?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-11/luisa-netto-fins-justificam-meios>. Acesso em: 21 de out. de 2022.

FISHING EXPEDITION. Dictionary.com. 2018. Disponível em: . Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

LOPES JUNIOR, AURY. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A ilegalidade de fishing expedition via mandados genéricos em “favelas”**. Revista Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: Acesso em: 21 de out. de 2022.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. ***Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação.*** Disponível em: <http://jota.info/artigos/fishing-expedition-21012017>. Acesso em 21 de out. de 2022.

ROSA, Alexandre Morais da, **Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos**, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. **A prática de fishing expedition no processo penal.** Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 21 de out. de 2022.

SANTOS, Thalita. **Vedação da fishing expedition na persecução penal.** Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-24/thalita-santos-vedacao-fishing-expedition-persecucao-penal>. Acesso em: 21 de out. de 2022.

STF, **HC 163.461/PR**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 05/02/2019).

STF, **RE 1.055.941/SP**, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, pág. 41 do voto, proferido em 20/11/2019).

STJ – **HC: 663055 MT 2021/0128850-8**, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2022.

TJ-RS – **HC: 50543301720218217000** RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento: 17/06/2021, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/06/2021.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUAS NUANCES

Gustavo Costa Fialho¹

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo a análise acerca da aplicação do princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela ou princípio bagatelar e suas nuances. Cunhado por Claus Roxin em 1964, em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, tal princípio é oriundo do adágio *minimus non curat praetor*, ou seja, os juízes e o tribunal não devem se preocupar com assuntos irrelevantes. Para analisar tal fenômeno, utilizou-se como metodologia a análise da realidade fática e cotejo com o entendimento jurisprudencial adotado pelas Cortes Judiciárias brasileiras. Traçado este paralelo, restou sedimentado vetores para sua aplicação no caso concreto.

Palavras-chave: Insignificância. Bagatela. Política Criminal. Jurisprudência. Direito Penal.

ABSTRACT: This study aims to study the application of the principle of insignificance, also known as the principle of bagatelle or bagatelle principle and its nuances. Coined by Claus Roxin in 1964, in his book *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, this principle comes from the adage *minimus non curat praetor*, i.e., the judges and the court should not worry about irrelevant matters. In order to analyze this phenomenon, the methodology used was an analysis of the factual reality and a comparison with the jurisprudential understanding adopted by the Brazilian Courts. Once this parallel was drawn, the vectors for its application in the concrete case were established.

Keywords: Insignificance. Bagatelle. Criminal Policy. Jurisprudence. Criminal Law.

¹ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: costagustavo97@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Não rara as vezes nos deparamos com condutas que, apesar de constituírem um fato típico, por não violarem sobremaneira um bem jurídico, se tornam insignificantes. Afinal, o Direito Penal, como última *ratio*, tem o condão de punir tão somente aquelas condutas capazes de violar de maneira relevante um bem jurídico tutelado pela norma penal. É dizer que a mera conduta de subtrair para si coisa alheia móvel, desde que de gênero alimentício, para saciar sua própria fome ou a de pessoa a este ligada por laços de parentesco ou amizade, não deve ser suficiente para mover a máquina estatal a fim de punir um ato tão insignificante.

Oriundo do Direito Romano, o princípio da insignificância, também conhecido como criminalidade de bagatela, visa excluir a tipicidade material de determinada conduta de modo que, apesar de ser tipicamente formal, ou seja, a conduta adequar-se com perfeição à descrição abstrata prevista no tipo penal incriminador, não se revela suficientemente adequado puni-la, devido à sua inexpressividade. Daí o brocardo *minimus non curat praetor*, ou seja, os juízes e o tribunal não devem se preocupar com assuntos irrelevantes. Nesse sentido, é dizer que tal princípio surgiu justamente para que fossem evitadas criminalizações de comportamentos que são considerados como bagatelares, tendo em vista que o Direito Penal, de acordo com a doutrina majoritária, tem caráter subsidiário e fragmentário.

Ainda que não previsto de maneira expressa, tal princípio já é encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 5º, onde “a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”. Depreende-se, portanto, que tão somente aquelas ações sobremaneira nocivas ao convívio em sociedade devem ser criminalizadas pelo Estado, evidenciando-se, assim, o caráter subsidiário do Direito Penal.

Acerca do caráter subsidiário do Direito penal, como expoente e precursor do princípio da insignificância, Claus Roxin ensina, em seu livro *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, em seu capítulo XI, que:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por esta razão denomina a pena como a ‘última *ratio* da política social’ e define a sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 1997, p. 65).

Desta feita, nota-se o caráter mínimo que o Direito Penal deve ter no ordenamento jurídico, visando punir apenas aquelas condutas que de fato afetam um bem jurídico de maneira relevante. Por este motivo, visando limitar a discricionariedade do poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu vetores para aplicação do princípio da insignificância, limitando seu campo de atuação. Estabelece-se, todavia, que a não criminalização de um delito bagatelar não se confunde com impunidade, haja vista que sai impune aquele que, apesar de ter cometido um fato típico, ilícito e culpável, não é punido.

Em terras pátrias, a primeira vez em que o princípio fora mencionado foi no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 66.869-1/PR, em 06/12/1988, em um caso de lesão corporal em acidente de trânsito, em que entendeu-se pela insignificância da lesão proporcionada pelo acidente.

O presente artigo tem como finalidade a análise do princípio da insignificância e seu âmbito de aplicação.

2. NATUREZA JURÍDICA

O princípio da insignificância sustenta ser vedada a atuação do Direito Penal pelo Estado naquelas condutas que não são capazes de lesar um bem jurídico tutelado pela normal penal. Desta maneira, é dizer que o princípio da insignificância é causa de exclusão de tipicidade, uma vez que tem-se excluída a tipicidade material da conduta. Nesse sentido, se posiciona o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Assim, pode-se dizer que o princípio da insignificância é corolário do princípio da intervenção mínima, onde, o Direito Penal, por representar a mais gravosa das respostas do Estado, deve ter aplicação subsidiária em relação aos outros ramos do direito, e fragmentária quanto ao bem jurídico tutelado.

De modo a exemplificar, imagine o crime de furto, disposto no artigo 155 do Código Penal – subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel –, em que determinada pessoa furta um pacote de biscoito a fim de saciar a própria fome. Não pode o Estado, ante o mínimo grau de lesividade da conduta, criminalizá-la, haja vista que a conduta sequer é dotada de reprovação social. Nesse sentido, tem se posicionado os Tribunais Superiores que tal conduta configura furto famélico, devendo o inquérito policial ser arquivado. Em suma, de acordo com Cleber Masson, o princípio da insignificância tem a finalidade de diminuir a intervenção do Direito Penal, não podendo, em hipótese alguma, ampliá-la.

Ademais, o sistema penitenciário hodierno, por visar a ressocialização do indivíduo e excluir de todo modo qualquer tipo de violência como forma de punição, de nada adiantaria para aqueles que cometem crimes – em sua maioria patrimoniais – por questões de crise na economia, desemprego, fome etc., haja vista que estes o fazem por extrema necessidade. Desta maneira, o grau de lesão sofrido pelo bem jurídico tutelado é o ponto fulcral do princípio da insignificância que, por sua vez, não deixa a norma penal incidir naquelas condutas de somenos importância, excluindo-se a tipicidade material da conduta praticada.

Para Luiz Flávio Gomes, o princípio da insignificância é o ataque a um bem jurídico irrelevante, ou seja, insignificante:

Conceito de infração bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante. (GOMES, 2009, p. 15)

É dizer que nem todas as condutas reputadas como ilícitas são capazes de ferir sobremaneira o bem jurídico tutelado pelo Estado a ponto de precisar haver a intervenção penal, haja vista que outras ceiras do direito são capazes de puni-la, a exemplo do direito civil.

Do mesmo modo, posiciona-se a jurisprudência pátria:

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite desconsiderar-se a

tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, afastadas do campo de reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal. (TACrim-SP, Apelação n 1.044.8895, Rel. Breno Guimarães, 21-09-97)

O legislador de 1940 preocupou-se em tornar típica apenas aquelas condutas dotadas de reprovabilidade social capazes de ferir o bem jurídico tutelado, não esclarecendo, porém, que em casos leves as condutas não deveriam se amoldar à norma tipificada. O princípio da insignificância tem por objetivo adequar a realidade ao princípio *nullum crimen sine lege* ao demonstrar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal (MANAS, 1994, p. 56).

Contudo, não cabem aos aplicadores do direito a seleção de bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado, nem tampouco os critérios a serem utilizados para selecioná-los, tendo em vista que tal tarefa foi incumbida ao legislador. Deste modo, para que uma infração seja dada como insignificante, não basta que seja de menor potencial ofensivo, haja vista que se assim fosse, o legislador não tipificaria os crimes de lesão corporal leve, injúria, ameaça etc. Por isso, apesar de possuírem menor grau de reprovabilidade se comparadas a outras infrações, ainda assim possuem relevância no ordenamento jurídico, devendo serem levadas a julgamento.

Entende-se que bem jurídico de menor importância são aqueles que não tem relevância suficiente para merecer um grau mínimo de intervenção estatal em âmbito penal. Entretanto, não se pode confundilas com as infrações de menor potencial ofensivo que estão previstos na Constituição de 1988, tendo em vista que não há relação direta entre a ofensividade da conduta e a irrelevância do bem jurídico.

3. REQUISITOS

Para que se possa reconhecer o princípio da insignificância, deve-se analisar requisitos objetivos, relacionados ao fato, e requisitos subjetivos, relacionados ao agente e à vítima.

3.1 REQUISITOS OBJETIVOS

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância tem como requisitos objetivos, relacionados ao fato: (a) mínima ofensividade da conduta, (b) ausência de periculosidade social da ação, (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Discute-se, contudo, que tais requisitos são tautológicos. Nas palavras de Paulo Queiroz, “se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação; e, pois, inexpressiva a lesão jurídica”. Neste sentido, os requisitos se reafirmam por meio de palavras diferentes.

Percebe-se, portanto, apesar da semelhança entre os vetores pré-estabelecidos, que na aplicação ao caso concreto, deve o operador do direito atentar-se para as peculiaridades do episódio, tendo em vista que, em um caso de furto, é fácil notar o reduzido valor do objeto material, mas não se revelando este como único aspecto a ser analisado para aplicação do princípio bagatelar.

3.2 REQUISITOS SUBJETIVOS

Por sua vez, como requisitos subjetivos, relacionados à condição do agente e da vítima: (a) condições pessoais do agente e (b) condições da vítima.

3.2.1 CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE

3.2.1.1 REINCIDENTE

Duas posições destacam-se quando da aplicação do princípio da insignificância ao reincidente:

– 1ª posição: é vedada a aplicação do princípio da insignificância ao reincidente por questões de política criminal, haja vista entendimento do Supremo Tribunal onde, uma vez aplicado o princípio da insignificância ao agente, não seria prudente nova aplicação dentro do prazo de reincidência². Dessarte, com base no caso concreto, o juiz pode entender que a absolvição com base nesse princípio é penal ou socialmente indesejável.

– 2ª posição: admite-se a aplicação do princípio da insignificância ao reincidente, tendo em vista que se não há relevância penal para o primário, não há também para o reincidente. Neste sentido, a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto.

3.2.1.2 CRIMINOSO HABITUAL

É vedada a aplicação do princípio da insignificância ao criminoso habitual, sendo este o que faz das práticas delituosas seu cotidiano. Se assim não fosse, de nada valeria a aplicação do Direito Penal, tendo em vista que, se vistos isoladamente, os delitos praticados poderiam ser insignificantes; mas somados, lesam de maneira relevante o bem jurídico tutelado. Contudo, há precedentes no STF em que se acolheu a tese do princípio da insignificância no caso em que o agente subtraía para si alimentos reiteradamente, configurando, assim, furto famélico.

² STF. 1ª Turma. HC 135164/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 23/4/2019 (Info 938).

3.2.1.3 MILITAR

É vedada a aplicação do princípio da insignificância ao militar, haja vista a elevada reprovabilidade da conduta praticada por um sujeito investido de autoridade, bem como o desprestígio ao Estado.

3.2.2 CONDIÇÕES DA VÍTIMA

Deve-se, todavia, levar em consideração a vítima, sua condição econômica, o valor sentimental do objeto material, bem como circunstâncias e resultado da prática delituosa. Desta feita, necessário a análise da extensão do dano causado à vítima, de modo a aquilatar a pertinência da aplicação do princípio da insignificância. De igual modo, se o objeto tiver valor sentimental para a vítima, deve-se afastar a aplicação do princípio.

4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O princípio da insignificância pode ser aplicado a qualquer tipo de conduta delituosa, desde que com ele compatível. Costumeiramente, seu âmbito de atuação restringe-se aos delitos patrimoniais, mas não só a eles alcança.

Evidente que, como toda regra, há exceções em que tal princípio não poderá ser aplicado, haja vista a incompatibilidade com a criminalidade de bagatela, como crimes hediondos e equiparados, racismo, ação de grupos armados, seja civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Passa-se, então, ao estudo dos crimes em que não incide aplicação de tal princípio.

4.1 CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA

Nos crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, consolidou-se a não incidência do princípio da insignificância, tendo em vista que o patrimônio não é único bem jurídico tutelado, mas, primordialmente, a integridade física e psíquica do ser humano. Nesse sentido, se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

(...) é inviável a aplicação do princípio da insignificância em crimes perpetrados com violência ou grave ameaça à vítima, não obstante o ínfimo valor da coisa subtraída. Ademais, o STF já decidiu que o referido princípio não se aplica ao delito de roubo. Precedentes citados do: STF: RE-AgR 454.394-MG, DJ 23/3/2007; do STJ: REsp 468.998-MG, DJ 25/9/2006, e REsp 778.800-RS, DJ 5/6/2006. REsp 1.159.735-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15/6/2010.

4.2 CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da insignificância nunca fora admitido nos crimes contra a administração pública, vez que o valor do bem não deve ser o único parâmetro para a análise da lesividade da conduta, considerando que há, nestes delitos, ofensa à moralidade administrativa e à probidade dos agentes públicos.

Assim, a súmula 599 do STJ dispõe que “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

Doutro modo, apesar do entendimento firmado pelo Tribunal Superior, no julgamento do RHC 85.272/RS, autuado em 06/06/2017, aplicou-se tal princípio no caso em que um senhor de 83 anos, primário, passou o carro por cima de um cone de trânsito ao furar

um bloqueio da Polícia Rodoviária Federal. O bem fora avaliado à R\$ 20,00, correspondente a menos de 3% do salário-mínimo vigente à época. Desta forma, entendeu o então Ministro Nefi Cordeiro que:

A despeito do teor do enunciado 599, as peculiaridades do caso concreto justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.

4.3 CRIMES PREVISTOS NA LEI DE DROGAS – LEI 11.343 DE 2006

Os crimes dispostos na Lei de Drogas são de perigo abstrato e tutelam a saúde pública. A bem da verdade, alguns destes delitos são constitucionalmente equiparados a hediondo, de acordo com o art. 5º, XLIII, da CF, c/c o art. 2º, I e II, da Lei n. 8.072/1990, sendo, assim, inaplicável o princípio da insignificância. Deste modo, mesmo aquele agente que porte/possua droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006), não há que se falar na aplicação do princípio, vez que, caso assim fosse, seria o mesmo que descriminalizar o uso de pequena quantidade da substância ilícita. Isso porque o consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade.³

Há de observar-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal possui precedente isolado, em que o indivíduo portava 0,6g de maconha. Entendeu o Tribunal que o caso concreto não preenchia os vetores estabelecidos pela corte para a não aplicação do princípio, haja

3 STJ. 6ª Turma. RHC 35.920-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/5/2014 (Info 541).

vista a ínfima quantidade de droga apreendida, inexpressivo prejuízo ao titular do bem jurídico tutelado e à integridade da ordem social.⁴

4.4 DESCAMINHO E CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS

É aplicável o princípio da insignificância àqueles crimes tributários federais cujo tributo devido não ultrapasse o valor de R\$ 20.000,00, *vide* art. 20 da Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei 13.974/2019, regulamentado pelo art. 2º da Portaria MF 75/2012, *in fine*:

Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.

Assim, quando o valor sonegado for inferior à R\$ 20.000,00 poder-se-á aplicar o princípio da insignificância ao descaminho (art. 334, CP), ressalvados os casos de reincidência ou comprovada a habitualidade delitiva, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Destaca-se que a portaria alcança tão somente tributos federais. Assim, para tributos estaduais e municipais, imperioso haver legislação específica.

4.5 CONTRABANDO

O princípio da insignificância não pode ser aplicado ao crime de contrabando (art. 334-A, CP), haja vista não poder ser reputada

⁴ STF. HC 110475, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/02/2012.

insignificante a entrada e saída de mercadorias classificadas como ilícitas no país, conforme entendimento da 6ª Turma do STJ. Logo, não é possível aplicação do princípio da insignificância, já que este postulado é incabível para contrabando.⁵

Contudo, em precedente isolado, o Superior Tribunal de Justiça já aplicou tal princípio ao contrabando de pequena quantidade de medicamento para uso próprio.⁶

4.6 CRIMES AMBIENTAIS

Em regra, o princípio da insignificância não é aplicável aos crimes ambientais, haja vista o interesse difuso e a relevância jurídica do bem jurídico protegido. Entretanto, decidiu a 2ª turma da Suprema Corte a aplicação do princípio no caso em que um deputado e outras duas pessoas foram encontradas em embarcação fundeada em área marítima pertencente à unidade de conservação federal de proteção integral, entendendo não haver o requisito da justa causa a propiciar o prosseguimento da ação penal, especialmente pela mínima ofensividade da conduta do agente, pela ausência de periculosidade social da ação, pelo reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e pela inexpressividade da lesão jurídica provocada.⁷

4.7 CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

É inadmissível a aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a fé pública, por tutelarem a credibilidade depositada

5 STJ. 6ª Turma. REsp 1.427.796-RS, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, julgado em 14/10/2014 (Info 551).

6 STJ. EDcl no AgRg no REsp 1.708.371/PR, rei Min. Joel ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 24.04/2018.

7 STF. 2ª Turma. Inq 3788/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 1º/3/2016 (Info 816).

nos documentos, sinais e símbolos empregados nas relações indispensáveis. Nesse sentido, posiciona-se o STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSERÇÃO DE ASSINATURA FALSA EM DOCUMENTO PÚBLICO CARACTERIZA O DELITO DO ART. 297 DO CP. NÃO CABIMENTO DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA FALSIDADE IDEOLÓGICA. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A inserção de assinatura falsa em documento público ou particular caracteriza ilícito material de perigo abstrato e prescinde de resultado concreto ou de finalidade específica (dolo). Precedente. 2. O princípio da insignificância não é aplicado aos delitos cujo bem tutelado seja a fé pública. Precedente. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1134866/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/08/2021, DJe 16/08/2021)

4.8 TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO

Não é aplicável o princípio da insignificância ao tráfico internacional de arma de fogo, donde o agente favorece a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente. Isso porque, trata-se de crime de perigo abstrato, para o qual não importaria o resultado concreto, e atentatório à segurança pública.

4.9 PORTE E POSSE DE MUNIÇÃO

Duas são as posições jurisprudenciais acerca da aplicação do princípio bagatelar no porte ilegal de munição.

A 1ª posição entende pela não aplicação do princípio, uma vez que tal conduta consiste em crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação. Nesse sentido, a mera posse ou porte de arma, munição ou acessório de uso permitido, ou seja, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, configura os crimes tipificados nos artigos 12 e 14 da Lei 10.826/2003. É o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.⁸

A 2ª posição entende ser aplicável o princípio da insignificância, mas em situações excepcionais. A Corte Suprema reconheceu a possibilidade de aplicação na apreensão de ínfima quantidade de munição desacompanhada da arma de fogo.⁹ Ainda, entendeu atípica a conduta daquele que porta, na forma de pingente, munição desacompanhada de arma.¹⁰

No mesmo sentido, o atual entendimento do STJ é no sentido de que a apreensão de pequena quantidade de munição, desacompanhada da arma de fogo, permite a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela.¹¹

Por sua vez, no delito de posse ilegal de munição, tem-se admitido a aplicação do princípio.

4.10 RÁDIO PIRATA

Inadmissível, segundo os tribunais superiores, a aplicação do princípio da insignificância aos crimes de transmissão clandestina de sinal de internet, via radiofrequência, sem autorização da Agência Nacional de Telecomunicações. Neste sentido:

8 STF. 2ª Turma. HC 119154, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 26/11/2013 e STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1442152/MG, Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 07/08/2014.

9 STF. 2ª Turma. RHC 143449, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/09/2017.

10 STF. 2ª Turma. HC 133984/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 17/5/2016 (Info 826).

11 STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 517.099/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 06/08/2019.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIME DE TELECOMUNICAÇÕES. RETRANSMISSÃO DE SINAL DE INTERNET VIA RÁDIO. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. CLASSIFICAÇÃO QUE NÃO RETIRA A NATUREZA DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. 2. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO CONCRETO. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a transmissão clandestina de sinal de internet, via radiofrequência, sem autorização da Agência Nacional de Telecomunicações, caracteriza, em tese, o delito previsto no artigo 183 da Lei n. 9.472/1997. Não há se falar em atipicidade do delito pela previsão de que se trata de serviço de valor adicionado, uma vez que referida característica não exclui sua natureza de efetivo serviço de telecomunicação.

2. Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de não ser possível a incidência do princípio da insignificância nos casos de prática do delito descrito no art. 183 da Lei n. 9.472/1997. Isso porque se considera que a instalação de estação clandestina de radiofrequência, sem autorização dos órgãos e entes com atribuições para tanto, já é, por si, suficiente para comprometer a segurança, a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações do país, não podendo, portanto, ser vista como uma lesão inexpressiva.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 33.399/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 15/02/2016)

4.11 ATOS INFRACIONAIS

Segundo a Lei 8.069/1990, considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal praticada por criança ou adolescente. Entende-se que, se é aplicável o princípio bagatela para crimes praticados por agentes que já atingiram a maioridade penal, também o será para os que ainda não a atingiram.

4.12 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER

Segundo entendimento dos Tribunais Superiores, é inaplicável o princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica, devido à expressiva ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica causada.

Nesse sentido se posicionou o STJ ao editar a Súmula 589, em que “é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”.

Posicionou-se também o STF em julgamento do HC 133.043/MS. De acordo a Ministra Cármen Lúcia:

O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, notadamente quando exercidos com violência contra a mulher, devido à expressiva ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica causada, perdem a característica da bagatela e devem submeter-se ao direito penal.

5. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA IMPRÓPRIA

Também sem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da insignificância em sua modalidade imprópria impõe que, ainda que a conduta seja típica (formal e materialmente), ilícita e culpável, se torna desnecessária e inoportuna a aplicação da pena. Segundo Cléber Masson (2020), são fatores para aplicação do princípio bagatela em sua modalidade imprópria: “sujeito com personalidade ajustada ao convívio social (primário e sem antecedentes), colaboração com a justiça, reparação do dano causado à vítima, reduzida reprovabilidade do comportamento, reconhecimento da culpa, ônus provocado pelo fato de ter sido processado ou preso provisoriamente etc.”.

Deve-se, contudo, analisar as circunstâncias simultâneas e posteriores ao fato para verificar, no caso concreto – nunca no plano abstrato –, se ainda há interesse em punir o agente, pois se tornando a pena desnecessária deve ser extinta a punibilidade do agente que transgrediu a norma penal incriminadora.

Nota-se que, ao contrário da aplicação do princípio da insignificância em sua modalidade própria, na imprópria segue-se o regular processo, iniciando a ação penal, mas analisando as circunstâncias do caso concreto, se torna recomendável a exclusão da pena, funcionando, assim, como causa supralegal de extinção de punibilidade. Neste sentido, só cabe aplicação na modalidade imprópria quando incabível a modalidade própria, haja vista que neste último caso, sequer nasceria a ação penal.

6. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Muito se fala sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade, haja vista que incumbe tão somente

ao Poder Judiciário a apreciação e aplicação do princípio. Assim, a autoridade policial está obrigada a efetuar a prisão em flagrante, submetendo de imediato à autoridade judiciária competente.

Lado outro, parte da doutrina entende pela possibilidade, a exemplo de Cléber Masson: “com o devido respeito, ousamos discordar desta linha de pensamento, por uma simples razão: o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial”.

À vista disso, o Delegado de Polícia, como precursor do inquérito policial, pode balizar a (des)necessidade de se mover a máquina estatal, o que acarreta enorme prejuízo financeiro ao Estado. Nessa linha de raciocínio, aduz Castro (2015) que “o inquérito policial desacompanhado de *fumus comissi delicti* traduz um procedimento natimorto, fadado a movimentar inutilmente a máquina estatal, com todo o ônus decorrente”.

Desta maneira, estando o Delegado de Polícia frente ao caso em que se possibilita a aplicação do princípio bagatelar, a exemplo de um furto famélico, deveria deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, devendo, sempre, fundamentar a decisão. Dessarte, evitaria constrangimentos desnecessário ao investigado, uma vez que faltaria justa causa para nascimento da ação penal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, conclui-se que, quando condutas que não lesam sobremaneira um bem jurídico tutelado pelo Estado, não há necessidade de o Direito Penal, como última *ratio*, puni-las, evidenciando-se, assim, seu caráter fragmentário e subsidiário. Conquanto, faz-se necessário analisar o caso concreto, haja vista que nem todo delito cabe aplicação do princípio bagatelar, como as infrações de menor potencial ofensivo, em que o legislador, ciente de sua mínima ofensividade, cominou penas menores, atendendo às necessidades sociais e morais históricas dominantes, não podendo se falar, nesses casos, em insignificância

das condutas. Deste modo, mesmo que tal conduta possa parecer no plano concreto insignificante, os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valorados pelo legislador. O mesmo ocorre nos casos em que o bem jurídico, por si só, revela-se importante, como nos crimes contra a administração pública, em que moral administrativa é abalada, independentemente do valor da vantagem obtida na conduta.

Lado outro, nas hipóteses em que pode haver incidência do princípio bagatelar, como no furto de um pão, deve a autoridade policial ou a autoridade judiciária, ante a ausência de tipicidade, aplicá-lo. Desta maneira, evitaria um procedimento natimorto, ou seja, fadado à morte antes mesmo de nascer.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 26°. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 517.099, 5ª T, rel. min. Joel Ilan Paciornik, 2019.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1442152, 6ª T, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, 2014.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no REsp 1.708.371, 5ª T, rel. min. Joel ilan Paciornik, 2018.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.427.796-RS, 6ª T, rel. min. Maria Thereza De Assis Moura, 2014.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 35.920, 6ª T, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, 2014.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, HC 110475, 1ª T, rel. min. Dias Toffoli, 2012.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, HC 119154, 2ª T, rel. min. Min. Teori Zavascki, 2013.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, HC 133984, 2ª T, rel. min. Cármen Lúcia, 2016.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, HC 135164, 1ª T, rel. min. Alexandre de Moraes, 2019.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, Inq 3788, 2ª T, rel. min. Cármen Lúcia, 2016.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, RHC 143449, 2ª T, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2017.

BRASIL. **Lei 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 01 jan. 1942.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, v. 1 / Paulo César Busato. – São Paulo: Atlas, 2017.

DE CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro. **O delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policia-delegado-aplicar-principio-insignificancia#author>.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, p. 15.

GRECO, Rogério, **Código Penal Comentado**: 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1o a 120) ~ v. 1 / Cleber Masson. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MANAS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.56.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador, 2020.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, tradução Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2002.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em: <https://abres.org.br/wp-content/uploads/2019/11/declaracao_dos_direitos_do_homem_e_do_cidadao_de_26_08_1789.pdf>. Acesso em 12 de dezembro de 2022.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E A EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº 11.340/2006 EM TEMPOS DE PANDEMIA

Fabiana Simões Mendes Gonçalves¹

RESUMO: O objetivo deste trabalho é verificar a efetividade da Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006) no combate à violência doméstica durante o período de pandemia do novo coronavírus (COVID-19). A hipótese levantada é de que, apesar da Lei Maria da Penha ser considerada uma ferramenta importante na luta contra a violência doméstica, ela não se demonstra completamente efetiva no período de pandemia sobretudo no tocante ao isolamento social imposto pelas medidas adotadas para conter o COVID-19. Embora existam leis que protejam as mulheres contra a violência doméstica, muitas vítimas não denunciam os abusos por medo de represálias ou de não serem acreditadas, o que significa que o número real de casos provavelmente é muito maior do que o registrado. A metodologia utilizada para o desenvolvimento desta pesquisa será qualitativa, exploratória e baseada em doutrinas, legislações, artigos de periódicos acadêmicos e conteúdos disponíveis em sites confiáveis.

Palavras-chave: Violência. Pandemia. Mulheres. Vítimas. Lei Maria da Penha.

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher é um problema grave no Brasil e tem sido responsável por um número crescente de mortes e lesões em todo o país. Apesar de existirem leis que protejam as mulheres contra a violência doméstica, muitas vítimas não denunciam os abusos por medo de represálias ou de não serem acreditadas. Isso

¹ Acadêmica do 8º período do curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: fabianasmg@gmail.com

significa que o número de casos de violência doméstica contra a mulher no Brasil é provavelmente muito maior do que o registrado.

A violência doméstica pode incluir qualquer tipo de abuso, desde ameaças e agressões físicas até violência sexual e assassinato. Muitas mulheres têm medo de denunciar os abusos porque dependem financeiramente dos agressores ou temem represálias deles. Além disso, muitas mulheres não têm acesso a serviços de apoio e à justiça, o que torna mais difícil para elas denunciarem os abusos e obter a proteção necessária.

A violência doméstica contra mulheres é uma questão complexa, que requer a atenção tanto do ponto de vista jurídico quanto social. Notoriamente, as discriminações e a desigualdade de gênero sempre estiveram presentes na humanidade, reflexo de uma sociedade que surge da visão patriarcal. Entretanto, os estudos científicos em andamento são essenciais para a adequada melhoria legislativa e o combate a este problema.

Dessa forma, o presente estudo intenciona verificar as consequências causadas pela pandemia do novo coronavírus, que chegou ao Brasil em 2020, e a eficácia das medidas protetivas oferecidas pela Lei nº 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, para o combate dos obstáculos enfrentados pelas mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil. A lei em questão tem como principal finalidade proteger as mulheres, direcionada na preservação de sua integridade, tanto física quanto moral, na esfera familiar/doméstica ou fora dela, de acordo com o alcance de suas medidas.

O problema de pesquisa do estudo será o seguinte: As medidas protetivas elencadas na Lei nº 11.340/2006 se demonstram suficientes para proteger as mulheres da violência doméstica maximizada no período de isolamento social propiciado pela pandemia do novo coronavírus?

Como hipótese levantada, a Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006), embora seja considerada uma ferramenta importante na luta contra a violência doméstica, não se demonstra completamente efetiva no período de pandemia. Levando-se em consideração que as

mulheres estão mais confinadas em suas casas devido ao isolamento social, a violência doméstica tende a ser maximizada nesse período. As medidas protetivas elencadas na Lei Maria da Penha, como a tutela antecipada de urgência, a remoção do agressor do lar e a proibição de acesso a determinados locais, podem não ser suficientes para proteger as mulheres de uma violência doméstica que se intensificou durante tal período, se fazendo necessário criar novas legislações o aprimorar as já existentes.

O objetivo geral é analisar a efetividade das medidas protetivas dispostas na Lei Maria da Penha para proteger as mulheres mediante a violência doméstica maximizada pela pandemia de COVID-19. Como objetivos específicos, a pesquisa almeja contextualizar a violência de gênero no Brasil e a promulgação da Lei nº 11.340/2006; analisar a efetividade das medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Brasil no período pandêmico e investigar as medidas tomadas pelo Poder Público na pandemia em relação à violência contra mulher.

Para o desenvolvimento desta pesquisa utilizar-se-á a metodologia qualitativa, exploratória, tendo como base doutrinas, legislações, artigos de periódicos acadêmicos e conteúdos disponíveis em sites confiáveis. A coleta dos dados será realizada por meio da técnica de levantamento bibliográfico e documental.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A trajetória humana se demonstrou estruturada desde seus primórdios com características de violência, concretizadas por meio da submissão e da elevação do homem pelo homem, de forma a omitir as relações de gênero, afetivas e sociais, através do poderio e das premissas de dominação.

Para compreender a evolução histórica da violência contra a mulher, se demonstra necessário o entendimento da trajetória social desde seu surgimento até os dias atuais. A violência doméstica aferida contra a mulher se compreende em uma problemática profunda, cercada de diversas obscuridades, que norteia relevantes debates

e indagações sociais há tempos, em suas características subjetivas, históricas e culturais. Dessa forma, o mencionado problema afere preocupações intensas a sociedade brasileira e também ao Estado, pois muitas mulheres sofrem diariamente com essa lastimável realidade, se tornando um ciclo vicioso que atinge todas as nações.

Nesse contexto, em observância aos estudos disponibilizados por Silva (2012, p. 02) é possível analisar que a história do ser humano carrega, desde seu início: “o traço da violência, forjada por meio da subjugação e da exploração homem pelo homem, transformando as relações de gênero, afetivas e sociais, por meio de dispositivos de poder e submissão.”

Assim, mesmo que práticas em prol do combate e prevenção à violência contra a mulher, através da população como um todo ou por meio da elaboração de normas específicas, sejam muito recentes, a conjuntura de violência contra a mulher, em consonância às lições proferidas por Leite (2013, p. 02) se demonstra no reflexo de uma “construção sociocultural, que atualmente ainda afere um tratamento desigual no que tange às relações de gênero, apesar de caracterizar uma sociedade onde as mulheres estavam inseridas somente no espaço da reprodução.”

Apesar de observados alguns avanços legislativos, a mulher ainda não possui seus direitos concretamente reconhecidos, assim, acabam passando por diversas barreiras diante de condutas discriminatórias contínuas. Nesse sentido, os ensinamentos de Schraiber (2009, p. 1055) elucidam que:

[...] é a própria construção social do feminismo denunciada e repudiada pelo movimento de mulheres e que constrói a concepção das mulheres como eternos dependentes. Pode, no ponto de vista histórico, explicar, sem eticamente justificar, tanto a cultura da proteção necessária (passando as próprias mulheres a se conceberem da mesma forma e conceberem seus companheiros como os provedores), proteção que não se confunde com cuidado, quanto a cultura de

que os sujeitos dependentes, sempre infantilizados como sujeitos sociais, precisam de eterna vigilância e educação rigorosa, o que em passado próximo, significava punições físicas e sanções morais, para o aprendizado da adequada conduta social.

Em consonância ao entendimento das autoras, as mesmas tratam sobre a violência doméstica relativa aos relacionamentos íntimos e familiares, praticada por cônjuges, filhos, genitores e até mesmo outros parentes que residem na mesma localidade, sendo que essa maneira de violência se encontra ativamente presente no cotidiano e é tida como uma situação comum.

Há pelo menos dois mil anos atrás fora vislumbrada a elaboração ideológica da superioridade masculina em detrimento à mulher e, como reflexo disso, a sua subordinação ao mesmo. Nas sociedades primitivas, a mulher detinha pouco ou nenhum poder de expressão, sendo observada como um mero reflexo do homem e tida como objeto a serviço de seu companheiro. Assim, as lições pontuadas por Dias (2019, p. 154) asseveram que: “a mulher também era vista como instrumento de procriação, como fêmea, sendo, por muitas ocasiões, comparada mais a um animal do que a uma pessoa.”

Desse modo, vale destacar que a mencionada violência não se compreende em um fato essencialmente moderno, mas se pondera que, nos últimos cinquenta anos, a proporção e a relevância dos fatos de violência à mulher em suas relações afetivas ganharam certo protagonismo no meio social e jurídico.

A referida violência, inserida em todas as classes sociais, se origina através de distintas razões, assim, segundo os ensinamentos corroborados por Dias (2015, p. 24): “a sociedade ainda cultiva valores que incitam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos.” Assim, o fundamento encontrado para a violência possui raízes culturais e reflete da desigualdade no desempenho do poder, o qual denota uma relação de dominante e dominado.

Nessa conjuntura, a promulgação do texto constitucional de 1988 determinou, em seu dispositivo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais perante a lei.” O mencionado artigo se trata da referência a uma nova aceção de igualdade entre indivíduos, se fundamentando na representação da transformação do meio social, ganhando destaque a partir da segunda metade do século XX e, até a atualidade, ainda não se findou. Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 faz referência à conquista de uma sistemática jurídica que legitimava notadamente o sistema patriarcal e a consequente opção do homem diante da mulher, sobretudo no próprio ambiente familiar. (BRASIL, 1988)

A partir do mencionado avanço constitucional, originaram-se princípios de igualdade de direitos e deveres, afastando a figura controladora do convívio conjugal e, juntamente com ele, os declives e vantagens que sustentavam juridicamente o domínio do homem. Dessa forma, o presente estudo reforça a igualdade entre homens e mulheres no tocante aos direitos e deveres, sendo um avanço relevante e desmedido em comparação ao Código Civil de 1916, que compreendia a mulher como incapaz em distintas ações sem a aprovação de seu companheiro.

Adiante, o art. 226, § 8 da CF/88 passou a estabelecer que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” O mencionado artigo traz, como reflexo, a obrigação estatal de atuar em prol da proteção aos direitos fundamentais das mulheres. Contudo, apesar dessa disposição, verifica-se que pouco se faz para que seja concretizada na prática.

Portanto, diante do exposto, vale dizer que o protótipo da discriminação, por possuir raízes históricas, demanda um razoável tempo para ser compreendido pela sociedade em sua nova ordem. Todavia, ainda que a legislação brasileira ainda carregue diversos preconceitos implícitos contra a mulher, já é possível verificar uma nítida conquista. As mulheres atualmente, estão se introduzindo gradativamente em seu merecido lugar no meio social, no anseio de

sua legitimidade, e nos dias atuais já ocupam relevantes espaços e cargos nos poderes do país.

3. BREVE HISTÓRICO DA LEI Nº 11.340/2006

A violência contra a mulher é um problema complexo e grave que carece de tratamento específico e matizado, pois o estado emocional da vítima é medido em um ciclo contínuo e devastador com danos avassaladores e imensuráveis, estendendo-se também à família e ao núcleo emocional. Assim, a Lei nº 11.340, promulgada em 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi batizada em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica perpetrada por seu companheiro, o economista Marco Antônio Heredia Viveiros. Desta feita, como explica Dias (2015, p. 15), a história de Maria da Penha foi edificada a partir de atrocidades, pois:

Por duas vezes, o seu marido tentou matá-la, onde, na primeira vez, em 29 de maio de 1983, simulou um assalto fazendo uso de uma espingarda. Como resultado ela ficou paraplégica. Após alguns dias, pouco mais de uma semana em nova tentativa buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto tomava banho.

A crueldade ocorreu na cidade de Fortaleza, e uma investigação sobre o caso começou em 1983, todavia a denúncia não foi apresentada até o ano seguinte. Mais tarde, em 1991, o Tribunal do Júri condenou o marido a 8 anos de prisão, mas a defesa de Marco Antônio conseguiu reverter o veredicto, e um novo julgamento só ocorreu em 1996, quando o autor foi condenado a 10 anos e 6 meses de prisão. Após meses de detenção, Marco Antônio recorreu novamente e anulou – novamente – o julgamento. Posteriormente, em 1998, o caso foi ouvido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização

dos Estados Americanos (OEA), que admitiu pela primeira vez em sua história uma acusação de violência doméstica. (DIAS, 2015)

Mais tarde, em 2000, a referida Comissão admitiu o relato do caso e o governo nacional permaneceu em silêncio. No ano seguinte, a OEA encaminhou novamente o relatório ao governo nacional e fixou um prazo de trinta dias para as manifestações. Em abril de 2001, a denúncia foi aceita e tornada pública, demonstrando a urgência do governo brasileiro. Em março de 2002, a OEA realizou novas audiências, ao final, o governo anunciou sua decisão de considerar e se comprometer com a implementação das recomendações da OEA e, finalmente, em setembro, Marco Antônio foi finalmente preso, no entanto, apenas cumpriu dois anos de pena. (CAMPOS, 2015)

A angustiante história de Maria da Penha desencadeou intensa luta e empoderamento para várias mulheres que sofreram violência doméstica. A referida Lei é uma evolução muito importante na efetivação dos direitos humanos e na história do Brasil, pois proporciona significativo avanço e defesa na luta das mulheres.

Cabe evidenciar que o cerne da Lei nº 11.340/2006 não beneficia apenas as mulheres – que nascem mulheres – cujo direito também pode se estender às relações entre pessoas do mesmo sexo, protegidas tanto na supracitada norma, quanto no texto constitucional de 1988. Nesse diapasão, as lições de Dias (2015, p. 35) sustentam que:

Ao ser afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada proteção tanto às lésbicas como às travestis, as transexuais e os transgêneros do sexo feminino que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio.

A Lei nº 11.340/2006 afirma claramente que a violência nada tem a ver com a orientação sexual do indivíduo, pois a Lei deve ser aplicada a todos, desde que a prática ocorra no âmbito familiar. A Lei acima se aplica mesmo se o indivíduo não morar na mesma residência,

desde que haja ou gere violência dentro na seara familiar. Assim, a violência doméstica pode ocorrer em qualquer natureza relacionada à intimidade pessoal, seja mulher ou homem, seja psicológica, física, etc.

De acordo com a determinação legislativa, a finalidade da Lei Maria da Penha é eliminar e prevenir a violência doméstica, protegendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo, sendo estendida a definição de família que, segundo Dias (2015, p. 136) “foi a primeira vez no âmbito infraconstitucional que a acepção de família não foi baseada por imposição da norma, mas sim pela vontade dos próprios indivíduos.”

Assim, o artigo 5º da Lei Maria da Penha estabelece que a violência doméstica é entendida como “qualquer ato ou omissão norteados pelo gênero que lhe cause lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, morte e dano, seja este moral ou patrimonial”. Nesse sentido, vale ressaltar que a violência se torna “doméstica” quando ocorre na unidade familiar, no ambiente doméstico ou em qualquer relação afetiva íntima, de forma alheia à orientação sexual da pessoa. (CAVALCANTI, 2010, p. 40)

Na mesma linha, as lições de Costa et al. (2012, p. 256) afirmam que “a Lei Maria da Penha tem como objetivo proteger e garantir o direito da mulher de viver livre da violência, para mudar de opinião e de hábitos. Na Lei foram identificadas várias medidas protetivas de urgência, que efetivamente promovem a concreção dos direitos fundamentais inerentes às mulheres.

Confirmou-se também que há um forte foco internacional na proposição de medidas e estratégias para eliminar e punir todas as formas de violência de gênero, demonstrando claramente que as mudanças históricas, temporais e culturais por si só não são suficientes para alcançar a igualdade entre mulheres e homens no Brasil e no mundo. No entanto, apesar de suas vantagens históricas e dos mecanismos de proteção contra a violência doméstica demonstrados pela Lei Maria da Penha, a legislação ficou muito aquém de seu objetivo principal, que é combater e prevenir a violência.

Portanto, observa-se que o principal problema a ser solucionado, isto é, a disparidade entre os gêneros, ainda é pouco ressaltado na sociedade, porque a hierarquia de poder que tem sido apresentada e promovida ao longo dos anos não é devidamente trabalhada. Assim, as políticas preventivas são essenciais em se tratando da violência doméstica, pois somente com a ruptura desse processo social no qual a violência de gênero se prepondera é que serão alcançados resultados realmente efetivos.

4. A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

É notório que a Lei Maria da Penha mediante a seus artigos, em particular as medidas protetivas de urgência, almeja proteger as mulheres da violência de seus agressores, na busca de acabar com esse problema. Entretanto, é fácil observar ainda que o propósito dos adventos legislativos trata a temática da violência doméstica que se mantêm avançando.

Dessa forma, em 2015 o Brasil promulgou a Lei nº 13.104/2015 que modificou o Código Penal Brasileiro adicionando a qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio, aspecto esse que expõe de um modo comovente a censura da independência feminina para tomar decisões sobre sua respectiva vida, que reproduzem há tempos em um regime que compreende como normal a submissão da mulher, o que problematiza a evolução rumo a uma sociedade com equidade. (BRASIL, 2015)

Nesse cenário, as medidas protetivas mostram desfrutar uma função mais significativa, pois atribui o cargo de impedir que a condição de violência doméstica cuja mulher é vítima, possa progredir para um feminicídio, assegurando, assim, que as mulheres desfrutem dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional de 1988, relativos à pessoa humana, almejando-se oportunidades e o ensejo de viver sem violência, tendo resguardada sua saúde física e psicológica.

Sendo assim, esses critérios poderão ser exigidos pela vítima, por intermédio do seu advogado, pelo Ministério Público ou a autoridade policial. Os pedidos de medida protetiva necessitarão serem direcionados ao magistrado que terá o prazo de até quarenta e oito horas para deliberar sobre sua concessão, estabelecendo, quando possível, a condução da vítima ao órgão de assistência judiciária, salvo a comunicação ao *Parquet*, a fim de que considere as devidas medidas. Vale destacar que a decisão do magistrado ocorre independentemente de audiência com as partes e, ainda, da manifestação do MP, com fulcro no dispositivo 19, parágrafo 1º, da LMP (BRASIL, 2006).

Destaca-se que a desenvoltura do referido procedimento denota certos obstáculos, uma vez que a concessão das medidas protetivas demanda a observação de todas as provas reunidas, dentre estas, boletins médicos, documentos pessoais, corpo de delito, declarações de testemunhas e ainda o relatório dos profissionais multidisciplinares na Vara ou Juizado competente (AMARAL, 2011).

Contudo, levando em consideração a urgência em sua decretação, sob pena de perder, em parte ou completamente, sua efetividade, existe necessidade de flexibilização da questão probatória. Desse modo, Costa (2010, p. 114) assenta que não existe obrigatoriedade de juntada de prova robusta, “sendo necessário somente o boletim de ocorrência, o requerimento de medidas protetivas feito pela ofendida, uma breve fundamentação dos motivos e o depoimento de duas testemunhas.”

Posteriormente a concessão da medida protetiva, com fulcro no dispositivo 21 da LMP, serão expedidos os mandados de citação de forma que manifeste resposta no prazo máximo de cinco dias, assim como a intimação, apontando a medida protetiva aferida e a notificação da vítima, podendo, o magistrado escolher pela diligência de audiência de justificação quando as provas para a edificação de seu convencimento não forem o bastante (BRASIL, 2006).

Há quem justifique que os documentos, a falta de peças e as informações, não será razão para negar o processo ou arquivá-lo. Entretanto, existem magistrados que não concedem as medidas requeridas, para que sua deliberação não se torne arbitrária, tendo em

vista que não existem vestígios suficientes para constatar a autoria, o que, como consequência, reflete em severas nocividades à vítima, pois raramente ela disporá de provas no lapso de quarenta e oito horas. (DIAS, 2015)

Ainda que a Lei Maria da Penha represente uma significativa conjunção legislativa, esta não tem concebido o resultado desejado pela sociedade, especialmente pela ofendida, em razão da demora de seus procedimentos penais. Fração que obsta a legislação em comento pode ser aferida à ausência de mecanismos aos órgãos do Estado envolvidos, uma vez que possuem uma conjuntura física e pessoal insuficiente e não sustenta a quantidade de procedimentos e demandas que cotidianamente cresce nas delegacias e no Judiciário, desenvolvendo uma sensação de absolvição aos responsáveis da violência doméstica para com a mulher (FREITAS, 2012).

Os conflitos acerca da eficiência da realização das medidas protetivas, assim como da Lei Maria da Penha retornou como pauta dos debates que envolvem a pandemia ocasionada pela Covid-19. Dessa forma, no decorrer do Painel “Vítimas de violência doméstica e acesso à Justiça” (IDP, 2020) foi delineado que a rede pátria em combate à violência contra a mulher arquitetada com base na Lei Maria da Penha, intensificada pela Lei do Feminicídio e, ainda que sejam legislações excepcionais e de muita contribuição para as mulheres brasileiras, o sistema em sua integralidade não é suficiente, visto que muitas vítimas que ainda sofrem a violência doméstica não tem noção do que fazer e quando tem não dispõem de uma rede de apoio consistente, dificultando uma solução definitiva do problema.

Por conseguinte, nota-se que os obstáculos com que a LMP encontra são externos ao seu desejo. Entretanto, para a precaução das realidades dos instrumentos disponibilizados pela LMP, é imprescindível a execução de melhoria nas tarefas realizadas nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, não se restringindo a estas, mas aos campos do Judiciário, vez que carecem trabalhadores do Ministério Público e da Magistratura, assim como no

que diz respeito ao escasso número de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

O surto da Covid-19 apresentou a carência de um preparo melhor das instituições que fazem parte da rede de combate à violência doméstica e familiar contra mulheres, deste modo demonstrou a necessidade de uma discussão com a população. A delegada Eugênia Villa, a título de exemplo, ao realizar um diagnóstico do perfil das vítimas no contexto de violência no Piauí, expõe que em predominância são pobres, sem acesso ao celular ou internet e periféricas, que apoia a exigência de desenvolver políticas públicas em consonância com a sociedade civil. (IDP, 2020)

Sendo assim, é visível que não se deve discutir a ineficácia da Lei Maria da Penha, mas sim sua aplicabilidade, tendo em vista que o Estado viola seu dever legal de assegurar o apoio, suporte e a fiscalização que a conjuntura da referida legislação necessita.

5. OS DESAFIOS PERMEADOS PELO PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA PELA EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

O movimento feminista brasileiro ocasionou visibilidade à violência contra a mulher, trazendo para o debate público um assunto que insistia em ficar somente entre as quatro paredes de casa, sendo uma das finalidades do supracitado movimento a de qualificar a violência contra mulheres como uma forma de violação dos direitos humanos, compelindo desse modo o governo a edificar políticas preventivas à violência doméstica, o que demorou para ser efetuado, necessitando, assim, de influxos de organismos internacionais.

A criação da Lei Maria da Penha tem como base o artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal de 1988 que dispõe “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no seio de suas relações”, e as ferramentas internacionais de direitos das mulheres assinados pelo Brasil são: A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) – 1979), no contexto das

Nações Unidas; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará – 1994), da Organização dos Estados Americanos. Os supracitados acordos propiciam obrigações legais aos países signatários para garantir os direitos humanos das mulheres e a supressão de todas as espécies de discriminação e violência pautadas no gênero (BRASIL, 1988).

Embora tenha havido algumas alterações desde a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, vale ressaltar a importância de estimular a ação socioeducativa para revigorar as mulheres como cidadãs empoderadas, possuidoras de direitos, pois todos são integrantes de um projeto de sociedade que preza pela família como instituição incumbida pela formação de indivíduos, ambiente em que se delimitam os papéis de homens e mulheres no meio social. Dessa forma, a desnaturalização completa desse processo de dominação é função difícil para os profissionais empenhados e comprometidos com o combate à violência contra a mulher.

A Lei Maria da Penha mudou a vida de vítimas e agressores, tendo em vista que tipificou a violência doméstica como uma forma de violação dos direitos humanos; modificou o Direito penal, admitindo que o agressor seja detido em flagrante ou tenham uma ordem de prisão preventiva emitida quando a colocarem em risco a integridade física da mulher; medidas protetivas para mulheres que correm risco de vida, assim como o distanciamento dos agressores da residência e a vedação de sua aproximação física junto à mulher vítima e aos filhos.

É importante evidenciar que são poucos os Juizados especializados que tratam da violência doméstica contra a mulher, aumentando a carga sobre os Juizados Criminais, ocasionando o abarrotamento e a morosidade no trâmite das demandas, sendo a situação ainda mais grave nos interiores do país. De acordo com o relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (2013):

Entende-se que a disponibilidade de serviços judiciais especializados e a agilidade no

processamento dos inquéritos, das ações penais e das medidas protetivas impactam na redução de homicídios e das agressões sofridas pelas mulheres, sendo um fato essencial para interrupção do ciclo de violência.

A partir do primeiro registro de agressão na Delegacia onde se abre o inquérito judicial o agressor deve ser direcionado compulsivamente para a assistência terapêutica, aqui entendida como os centros educativos e de reabilitação de agressores, pois quando uma mulher denuncia, muitas vezes esta não almeja a dissolução do vínculo, mas sim colocar um ponto final na violência vivida. Desse modo, com a inclusão do agressor no grupo de reflexão, é possível realizar o acompanhamento deste por profissionais capacitados, sendo a reincidência nestes grupos bem menor.

Tendo em vista os dados apresentados pela Secretaria de Políticas para as Mulheres, verifica-se quinze serviços de responsabilização de agressores. Estes se encontram dispostos na LMP, bem como outros serviços já mencionados, e ainda que seja um grande avanço a existência destes mecanismos, ainda são poucos no Brasil.

Os casos de violência contra a mulher antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha eram processados nos Juizados Especiais Criminais pela Lei nº 9.099/1995, que considerava a supracitada violência como de menor potencial ofensivo, com penas bem mais brandas ou simbólicas como a compra de cestas básicas para comunidades carentes. Contexto que ratificava ainda mais a violência existente numa cultura patriarcal e de extrema desigualdade entre os gêneros, onde o homem sempre foi o portador de todos os direitos e domínio sobre a companheira e os filhos (BRASIL, 1995).

Nessa hipótese e depois de várias denúncias de parlamentares feministas sobre os elevados índices de violência doméstica no Brasil, é adicionado ao Código Penal, a partir da Lei nº 10.886/2004, um tipo especial “violência doméstica” dispondo sanções mais severas

às lesões corporais contra ascendentes, descendentes, irmãos ou cônjuges/companheiros.

A lei Maria da Penha não visa prioritariamente a punição, mas sim coibir e prevenir a violência doméstica contra as mulheres, como é possível verificar em seu art. 1:

[...] cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

De acordo com Meneghel, as ações dispostas na LMP podem ser estruturadas em três fundamentos de intervenção, onde o primeiro refere-se às medidas criminais para punição da violência, a limitação da representação criminal para certos delitos e o veto para a aferição da Lei nº 9099/1995. No segundo fundamento verificam-se as medidas de proteção da integridade física e dos direitos femininos e, por fim, o terceiro trata sobre as medidas preventivas e educativas, com o propósito de combater a concretização da violência e das discriminações pautadas no gênero (MENEGBEL, 2013).

Como aponta Westin (2013, p. 2):

Os 46 artigos da lei são eficientes. A falha está, basicamente, na execução. Já faz quase sete anos que a Lei Maria da Penha foi instituída, mas ainda existem pouquíssimos Tribunais e Delegacias Especializados, os policiais das delegacias comuns

continuam ignorando as denúncias das mulheres, juízes machistas dão razão ao homem agressor, as medidas de proteção (como a ordem para que o companheiro se mantenha a certa distância) demoram a ser expedidas — e, uma vez expedidas, nem sempre são cumpridas —, faltam campanhas educativas que incentivem a mulher a quebrar o silêncio etc.

A Lei Maria da Penha é dotada de especificidade e trata sobre o combate à violência doméstica contra a mulher, sendo a mencionada realizada pela simples condição de ser mulher, protegendo, dessa forma, mulheres agredidas por ex-namorados, companheiros, mães ou avós espancadas por filhos e netos, dentre outras situações.

Na última década, a violência contra as mulheres tem recebido cada vez mais atenção, sendo difícil uma pessoa dizer que não a conhece ou que nunca ouviu falar sobre a Lei Maria da Penha no Brasil. Todavia, mesmo assim, a violência é invisibilizada e muitas vezes banalizada pela sociedade e pelo Estado.

Assim, desde a infância até a idade adulta, todos são integrantes do processo de reprodução de violência, alterando somente as figuras do mesmo. Pais agridem filhos, filhos agridem mães, maridos agridem as mulheres, dentre outras situações. E a relação de dominação do homem sobre a mulher é transpassada de geração para geração em uma sociedade machista e patriarcal, onde as funções sociais são colocadas estritamente a cada um, acarretando a violência presenciada nos dias atuais, sendo essencial a ação conjunta da sociedade e do Estado na eliminação, prevenção e punição da violência doméstica contra a mulher.

Portanto, verifica-se que a questão de gênero possui viés político e social, e quando o senso comum não reconhece tal fato, propicia nitidamente a violação de direitos. Os movimentos feministas foram fundamentais para a edificação e promulgação da LMP como ferramenta de luta pelo reconhecimento das mulheres como sujeitos de direitos, elevando publicidade e indagações aos casos de violência

que as mulheres sempre foram submetidas e à constante impunidade diante de tantas situações similares, trazendo para o ambiente público uma questão que anteriormente apenas era tratada no âmbito privado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente estudo, realizou-se uma contextualização histórica e social demonstrando como ocorre a relação de inferioridade imposta culturalmente à mulher ao longo do tempo, refletindo assim, na violência de gênero e, em casos mais extremos, no feminicídio. Dessa forma, a violência contra a mulher se compreende em uma direta violação de direitos fundamentais e humanos, sendo debate de inúmeras convenções e tratados internacionais a fim de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

Verificou-se, ainda, que a violência doméstica se consiste em um mal que alcança não apenas os envolvidos no ocorrido, mas a sociedade como um todo, aferindo não uma reprodução do ambiente externo nas relações familiares, mas sim a reprodução daquilo que é vivenciado internamente no âmbito familiar, no convívio social. Assim, a intervenção estatal nas ocorrências de violência doméstica não se compreende exagerada interferência no âmbito privado, mas sim, a proteção dos direitos das mulheres.

Para tanto, observou-se que o poder estatal não somente deve auxiliar e apoiar as vítimas de violência doméstica, mas igualmente estruturar e apresentar elementos e medidas que resolvam a base do problema, a fim de que, cada vez mais, esse tipo de violência se reduza. Desse modo, as mulheres vítimas de violência doméstica precisam encontrar apoio e assistência efetivos para que se possa realizar a ruptura do ciclo de violência, denunciando o agressor, com a confiança de que a justiça será feita e que seu agressor será devidamente punido.

Assim, para que as medidas protetivas dispostas na Lei Maria da Penha alcancem a finalidade almejada é de suma relevância que o Estado forneça meios para que as mesmas sejam plenamente cumpridas, não sendo, portanto, essencial apenas o seu deferimento

para que surtam reflexos positivos, mas também meios adequados de aplicar e fiscalizar o cumprimento de tais medidas.

Desse modo, o empenho estatal no ensejo por formas de atingir a eficácia dessas medidas é fundamental, pois apenas assim as mulheres que denunciarem estarão verdadeiramente protegidas, o que impulsionará outras mulheres, que se encontrem em situação similar, a agirem do mesmo modo, havendo a permanente ruptura do ciclo da violência doméstica.

Em resumo, é possível concluir que a Lei Maria da Penha e suas medidas protetivas de urgência são extremamente importantes quando empregadas adequadamente no contexto brasileiro. A LMP representa um relevante avanço no combate à violência doméstica no Brasil e, para que esta maximize ainda mais seus benefícios, é preciso que esta ande junto com as políticas públicas do âmbito e apresente melhorias nas redes de atendimento às mulheres em situação de violência, bem como em sua abrangência, qualificação dos profissionais e efetividade na fiscalização do cumprimento das medidas deferidas.

A presente pesquisa analisou a efetividade da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica contra a mulher. Apesar de existirem mecanismos legais para coibir este tipo de violência, como as medidas protetivas de urgência, há uma omissão na lei quanto ao procedimento que deve ser adotado para garantir o cumprimento destas medidas. Além disso, constatou-se que os casos em que há descumprimento das medidas protetivas são reflexos da falta de fiscalização estatal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Lei Maria da Penha não afasta a exigência do exame de corpo de delito**. Âmbito Jurídico, São Paulo, 01 jul. 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-90/lei-maria-da-penha-nao-afasta-a-exigenciado-exame-de-corpo-de-delito/>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Lei. Brasília, 9 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório. **O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15 nov. de 2022.

CAMPOS, Carmen Hein de. **A CPMI da violência contra a mulher e a implementação da Lei Maria da Penha**. Estudos Feministas, v. 23, n. 2. 2015.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06**. 3ª edição. Salvador, BA: Editora JusPODIVM, 2010.

COSTA, Marli. M. et al. **Direito, Políticas Públicas e Gênero**. Curitiba: MULTIDEIA, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **Lei Maria da Penha**: para além da medida protetiva. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3208, 13 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21471>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

IDP. Instituto Brasiliense de Direito Público. **Painel 78**: Vítimas de violência doméstica e acesso à Justiça. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aSravJT4ub8>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

LEITE, Maria Suzana Souza. **Lei Maria da Penha**: o desafio de sua execução frente às falhas do Estado. In: VI Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís, MA: 2013.

MENEGHEL, Stela Nazareth et al. **Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 18, 2013.

SILVA, Carla da Silva. **A desigualdade imposta pelos papéis de homem e mulher**: uma possibilidade de construção da igualdade de gênero. 2012. Disponível em: http://www.unifia.edu.br/projetoRevista/artigos/direito/20121/desigualdade_imposta.pdf. Acesso em: 12 nov. 2022.

SCHRAIBER, Lilia Blima et al. **Violência de gênero no campo da Saúde Coletiva**: conquistas e desafios. Ciência & Saúde Coletiva, v. 14. 2009.

WESTIN, Ricardo. **“Não se bate nem com uma flor”**. Jornal do Senado. Edição Especial. Ano XIX, nº 3.906. Brasília Jul. 2013. Disponível em: <www.senado.leg.br/jornal> Acesso em: 16 nov. 2022.

PSICOPATIA: IMPACTOS NA LEGISLAÇÃO PENAL E NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Italo Geraldo Oliveira Da Silva

RESUMO: Este artigo científico tem como objeto de estudo a análise acerca da incongruência quanto a punibilidade do indivíduo psicopata e sua influência negativa sobre o sistema carcerário brasileiro. Serão utilizados aspectos relevantes para retratar esse tema, abordando temas como a inobservância do Direito Penal, a não tipificação de punibilidade ao psicopata, classificação quanto a imputabilidade e o impacto nas organizações criminosas e sistema carcerário brasileiro. Desse modo, a pesquisa demonstrará um sistema jurídico em que não segue um critério de sentença acerca do tema, pecando até na real classificação de indivíduos com características psicopatas, que não cumpre sua função ressocializadora, e ainda inflama o crime organizado. Diante deste contexto, faz-se do Direito Penal, Psicologia Forense e Sociologia Jurídica como aliados para melhor compreensão do tema.

Palavras-chave: Psicopatia. Organização criminosa. Direito Penal. Sistema carcerário.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho tem por finalidade aprofundar as características e impactos da psicopatia no direito penal brasileiro, tendo como base a pesquisa bibliográfica, onde se busca fundamentações através de conceitos doutrinários e jurisprudenciais. Com isso, esse estudo analisa como funciona a mente de um indivíduo classificado como psicopata, tão quanto suas implicações no cenário jurídico, visto todas as controvérsias relacionadas a punibilidade, e os efeitos negativos atrelados ao sistema penitenciário. A ideia principal é o fato de o sujeito identificado com traços de psicopatia não ter tipificações específicas

perante seus atos criminosos, situação essa que vem impactando negativamente tanto no âmbito jurídico, como social.

O problema central, se dá pelo simples fato de não haver uma determinação precisa acerca de crimes cometidos por pessoas com qualificação de psicopata, e muito menos uma linha de raciocínio psiquiátrica de identificação dessas pessoas, fato esse que acarreta inúmeros problemas, tais como a falta de critério jurídico relacionado a punibilidade do agente; O impacto negativo que a presença de um psicopata traz para um regime fechado; E de certo modo, problemas sociais envolvendo as relações de convívio entre indivíduos com essas características.

Com base nesses problemas surgem as hipóteses acerca do tema, que irão servir de instrumento base para a real fundamentação do tema. Se tratando delas, há de se mencionar primeiramente o fato de as características dos psicopatas serem exclusivas dele, como, por exemplo, o alto índice de frieza, e por isso na ocorrência de atos ilícitos, as características são puramente específicas e fora do comum, resultando geralmente um fato típico com resquícios de crueldade. Além disso, é importante salientar sobre a hipóteses de que na psiquiatria, há uma incoerência perante a classificação do psicopata, e conseqüente dessa incongruência surge a falta de critério no julgamento do mesmo perante o judiciário. Ademais, também existe a presunção de negligência por parte do Código Penal brasileiro, visto a não tipificação de crimes desse gênero, e tão pouco sua respectiva punibilidade. E por fim, a hipótese de influência dos psicopatas nas negatividades do sistema carcerário e de certa forma, na estruturação das organizações criminosas, onde devido suas características únicas, os tornam indivíduos ligeiramente inteligentes e persuasivos, ocasionando conseqüentemente a liderança nos regimes fechados.

Como já supramencionado, tem-se como objetivo analisar as temáticas envolvendo o indivíduo classificado psicopata, e seu impacto negativo direto no cenário jurídico, social e sistema carcerário brasileiro.

Além disso, tem por objetivos específicos a identificação de problemas acarretados pelas características próprias dos psicopatas; evidenciar possíveis incongruências envolvendo o Direito Penal brasileiro e a punibilidade desses agentes; analisar a influência desses sujeitos na formação de organizações criminosas nos presídios; e verificar os possíveis meios de soluções, tanto institucionais quanto sociais envolvendo esses criminosos.

Com isso, esse artigo se justifica no cenário jurídico, social e institucional hodierno, onde se considera que tanto a esfera organizacional quanto a população sofrem com as respectivas desarmonias trazidas especificamente da negligência relacionada a punibilidade do psicopata. Por conseguinte, insta salientar a importância do aprofundamento acerca do tema, identificando objetivamente determinados problemas e trazendo consigo uma efetiva reflexão sobre os meios possíveis de correção do impasse.

O respectivo trabalho tem como fundamento teórico doutrinadores penais renomados, como Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Fernando Capez, Damásio de Jesus, Júlio Fabbrini Mirabete, Guilherme de Souza Nucci, Francisco de Assis Toledo. Também tem como referencial teórico, especialistas, especificamente psiquiatras forenses, como o Dr. Guido Palomba e a Dr. Ana Beatriz Barbosa. Além destes, baseia-se em todo ordenamento jurídico brasileiro, suas tipificações, bem como em outras doutrinas cabíveis, artigos científicos e jurisprudências.

O intuito dessa é utilizar de vários métodos, para sua efetiva realização, onde serão explorados e fundamentados com práticas comprovadas, tanto doutrinariamente quanto estatisticamente. O objetivo intrínseco, nada mais é do que explicitar todos os pontos possíveis acerca do tema, visando não somente apontar negativamente ou, positivamente, mas sim apresentar reflexões e soluções necessárias acerca de determinado impasse.

Contudo, serão utilizados como meios de ferramentas, artigos, livros, doutrinas, jurisprudências e estudos relacionados ao tema, para tanto um real entendimento, quanto a necessária base fundamental.

2. PSICOPATIA

No cenário hodierno, é muito recorrente a transmissão da imagem do psicopata, seja por veículos de comunicação jornalísticos, ou por filmes, séries e documentários, onde em sua vasta maioria se obtém um senso comum perante o tema. De antemão, é importante mencionar que por se tratar de um ramo da psiquiatria, em que se pese o intelecto mental, a conceituação desse termo característico não é tão simples. Porém, apesar de na própria psiquiatria existir divergências acerca do assunto, existe uma corrente majoritária que entende o termo psicopata, atualmente, como um transtorno de personalidade, e não propriamente uma doença mental.

2.1 SURGIMENTO DA PSICOPATIA

Se tratando de sua origem, a psicopatia surgiu em meados do século XIX, no ramo da Medicina Legal, sendo associada a todos os indivíduos que possuíam algum tipo de problema mental. No início, independentemente da doença, transtorno, e de certo modo, loucuras sobrenaturais, a pessoa era classificada como psicopata, no entanto, posteriormente ao momento em que alguns médicos começaram a notar semelhanças negativas em alguns pacientes, como, por exemplo, a crueldade e perversidade, começou-se um estudo individualizado dentre esses agentes. Esse estudo, teve como pioneiro o médico francês Philippe Pinel, que se baseou exclusivamente em casos concretos da época, estudando individualmente os padrões de comportamento, e como funcionava a mente de sujeitos com características psicopatas.

Com base nisso, Nelson Hauck, Marco Antônio Pereira e Ana Cristina indagam:

“O trabalho do médico francês Phillipe Pinel é considerado pioneiro por apresentar as primeiras descrições científicas de padrões comportamentais e

afetivos que se aproximam do que hoje é denominado psicopatia (Arrigo & Shipley, 2001; Vaugh & Howard, 2005). Por volta de 1801, Pinel (1801/2007) cunhou o termo mania sem delírio para descrever o quadro de alguns pacientes que, embora se envolvessem em comportamentos de extrema violência para com outros ou para consigo mesmos, tinham um perfeito entendimento do caráter irracional de suas ações e não podiam ser considerados delirantes (Arrigo & Shipley, 2001).”

Entretanto, a partir desses acontecimentos que se surgiu o termo psicopatia, onde a medicina começou a classificar os pacientes e apontar suas respectivas diferenças comportamentais atreladas ao termo.

2.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Como já supramencionado, o termo psicopata é muito complexo, tendo diversas correntes doutrinárias que o conceituam, seja atrelado à loucura, ou pelo simples distúrbio de personalidade. A própria psiquiatria tem dificuldades de classificar o que é um indivíduo psicopata ou não, e por isso o tema se torna a cada dia um embate social. No entanto, é importante mencionar os principais conceitos, e suas respectivas diferenciações relacionadas ao senso comum.

Primeiramente, o conceito atual de psicopata, é basicamente o indivíduo que possui características próprias, advindas de um transtorno de personalidade, onde ele nasce com esse distúrbio, podendo ou não agravar essa peculiaridade com o passar do tempo. Dentre a personalidade desses agentes, estão presentes um padrão de ausência emotiva, ética e moral, alto índice de frieza e descompromisso tanto com a própria lei, quanto para com as regras sociais, e em determinados casos, há a ocorrência de um elevado grau de persuasão.

Ainda assim, Alex Barbosa (2012), caracteriza a psicopatia como:

“A psicopatia, como um tipo de comportamento social onde os sujeitos são desprovidos de consciência moral, ética e humana, possuem atitudes descompromissadas com o outro e com as regras sociais, caracterizam-se por uma deficiência significativa de empatia. A psicopatia é um tema muito significativo no campo da psicologia forense, já que seus portadores estão quase sempre envolvidos em atos criminosos ou em processos judiciais. Essa terminologia é a mais usual e conhecida no senso comum, mas pode receber outras denominações, bem como sociopática, personalidade antissocial, personalidade psicopática, personalidade dissocial, dentre outras.”

É importante também mencionar o conceito de psicopata na obra de Isabela Meira:

“A palavra psicopata designa, a rigor, um indivíduo clinicamente perverso, com personalidade psicopática. A psicopatia é um distúrbio mental grave caracterizado por um desvio de carácter, isto é, ausência de sentimentos genuínos, frieza, insensibilidade, manipulação, egocentrismo e falta de remorsos. Apesar de ser mais frequente em indivíduos do sexo masculino, também se conhecem casos de mulheres afetadas, embora não possuam características tão específicas como as dos homens”.

Ademais, vale ressaltar o fato dessas expressões estarem tipificadas no Código Internacional de Doenças, tendo suas respectivas classificações previstas. Especificamente, a psicopatia se enquadra no Código F60.2, que trata sobre a Personalidade Dissocial, tendo o transtorno mental atrelado ao desprezo social e ausência de empatia.

Nessa lógica, a Organização Mundial de Saúde (OMS), caracteriza essa expressão da seguinte forma:

“Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade”.

No entanto, existem doutrinas e instituições divergentes quanto ao conceito e classificação dos psicopatas. Um exemplo disso é a Associação de Psiquiatria Americana, que enxerga o termo como um transtorno de personalidade antissocial, diferentemente da Organização Mundial da Saúde, que o conceituou como um transtorno de personalidade dissocial.

Seguindo essa lógica de existir várias teorias acerca do tema, Ana Beatriz Barbosa Silva nos explicita tal feito, enxergando três correntes doutrinárias que caracterizam o termo.

A primeira, no caso, seria atrelada ao fator vivencial, dependendo de alguma situação para se originar determinado distúrbio mental, como, por exemplo, um trauma pessoal advindo de alguma circunstância negativa.

A segunda, estaria vinculada biologicamente ao distúrbio, ou seja, seria uma doença mental e a pessoa nasceria com essas características impostas.

E por fim, a teoria de que seria um transtorno de personalidade, onde o indivíduo tem capacidade cognitiva suficiente, porém tem traços únicos de personalidade, que, de certo modo, o aproxima de cometer ilicitudes.

A autora ainda caracteriza os traços de personalidade dessas pessoas em uma de suas obras, chamada “Mentes Perigosas”:

“Os psicopatas em geral são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores, que visam apenas o próprio benefício. Eles são incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou de se colocar no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível de gravidade e com formas diferentes de manifestarem os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros “predadores sociais”, em cujas veias e artérias corre um sangue gélido. Podem ser encontrados em qualquer raça, cultura, sociedade, credo, sexualidade, ou nível financeiro. Estão infiltrados em todos os meios sociais e profissionais, camuflados de executivos bem-sucedidos, líderes religiosos, trabalhadores, “pais e mães de família”, políticos, etc.” (SILVA, Ana Beatriz Barbosa, 2008)

Diante disso, a autora conceitua:

“A psicopatia apresenta dois elementos causais fundamentais: uma disfunção neurobiológica e o conjunto de influências sociais e educativas que o psicopata recebe ao longo de sua vida. A engrenagem psicopática funcionaria desta maneira: a predisposição genética ou a vulnerabilidade biológica se concretizaria em uma criança que apresenta o déficit emocional. [...] No entanto, quando o ambiente não consegue fazer frente a tal bagagem genética — seja por falhas educacionais por parte dos pais, por uma socialização deficiente ou ainda por essa bagagem genética ser muito marcada —, o resultado será um indivíduo psicopata. (SILVA, 2008, p. 160)”

Há de se mencionar também, um fato curioso atrelado a psicopatia, e fundamentado pela autora, o qual é a questão desse transtorno não ter cura, onde apesar de haver vários graus agravantes,

do leve ao mais pesado, não existe uma forma concreta de cura, e sim um tratamento específico e longo.

Ana Beatriz Barbosa Silva indaga:

“A psicopatia não tem cura, é um transtorno da personalidade e não uma fase de alterações comportamentais momentâneas. Porém, temos que ter sempre em mente que tal transtorno apresenta formas e graus diversos de se manifestar e que somente os casos mais graves apresentam barreiras de convivência intransponíveis. Segundo o DSM-IV-TR, a psicopatia tem um curso crônico, no entanto, pode tornar-se menos evidente à medida que o indivíduo envelhece, particularmente a partir dos 40 anos”. (SILVA, 2008, p. 168)

Contudo, é indubitável que pessoas com traços de personalidade psicopata não são doentes mentais, pois possuem consciência absoluta de todos os atos que praticam, onde o que os diferem dos inimputáveis, são basicamente o fato de saberem o que estão fazendo, tendo capacidade cognitiva do que é certo e errado, e mesmo assim praticar, em completa sanidade mental, pelo simples prazer de não seguir as leis determinadas. Não obstante, vale ressaltar que ainda assim, apesar de possuir características que predispunham o cometimento de fatos ilícitos, existem pessoas com esses traços e que não os praticam. O indivíduo com características psicopatas não pode ser confundido com criminoso, embora a maioria seja, e muito menos com o termo genérico “serial killer”, que muitos assemelham devido à grande onda de filmes e séries inspirados, pois, a psicopatia nada mais é do que um tipo de transtorno da personalidade, que traz consigo traços próprios, e não obrigatoriamente a ilicitude. A pessoa com traços de psicopatia, tem por si só uma propensão a cometer crimes, porém tudo dependerá do grau agravante do transtorno. Obviamente, quanto maior o grau, maior será a disposição ao delito, no entanto, existem raras exceções onde a pessoa possui um grau baixo de psicopatia, e consegue viver

uma rotina de vida normalmente. Por isso, não há de se falar em generalização desse termo, onde deve ser analisado individualmente cada caso, por se tratar de um conceito com várias classificações e graus agravantes.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS PSICOPATAS

Como já supramencionado, é indubitável que a psicopatia se divide em vários estágios, indo do leve até o mais grave, onde as atitudes e comportamentos do indivíduo estão completamente ligados aos respectivos graus agravantes, no entanto, aprofundando sobre o tema, há de se observar a alta divergência doutrinária quanto à classificação específica, tendo inúmeras teorias acerca do tema.

Não obstante, seguindo a doutrina majoritária, a classificação do psicopata se divide em duas teorias complementares, de Ronald Blackburn e Theodore Millon.

2.3.1 TEORIA DE BLACKBURN

Primeiramente, se tratando da teoria proposta por Blackburn, é de extrema importância mencionar, que ele dividiu a psicopatia em dois ramos, primária e secundária, respectivamente. Para ele, os psicopatas primários, além de possuírem as características intrínsecas, eles têm um fator dominante que é ser sociável, ou seja, o agente consegue ter relações sociais normalmente, usando especificamente delas para praticar determinados comportamentos. Outra peculiaridade, é que a maior predominância de crimes violentos se encontra nesse time de psicopata.

Outrossim, quanto aos psicopatas secundários, Blackburn os enxerga como indivíduos inibidos, retraídos e isolados. Para o autor, apesar de cometerem atrocidades como os primários, eles geralmente necessitam de uma válvula de escape para o cometimento. Por serem

pessoas ansiosas e tímidas, a tendência nesses tipos de casos, são a prática não planejada e muito menos premeditada.

2.3.2 TEORIA DE MILLON

Relacionado aos ensinamentos de Millon, diferentemente de Blackburn, sua base de estudo se dá pelas diferenciações quanto as características do indivíduo psicopata, ou seja, classificando-os clinicamente, conforme a tipologia do ato praticado.

Millon subdividiu sua teoria em cinco características principais dos psicopatas, sendo elas: carente de princípios, malévolos, dissimulados, ambiciosos e explosivos.

Psicopata carente de princípios, é conceituado como um indivíduo que possui alto grau de persuasão, tendo como enfoque principal a enganação do próximo, no intuito de tirar proveito em benefício próprio. Além disso, possuem traços ligados a personalidades narcisistas e histéricas, complementando a ideia trazida por Blackburn.

Ainda assim, se tratando do psicopata malévolos, estes têm por característica própria, o fato de serem movidos por vingança, sendo conseqüentemente paranoicos, desconfiados, frios, e na maioria de seus atos praticados, levam a atitude como um castigo empregado a vítima. Vale ressaltar, que esses agentes não esboçam ressentimento nenhum, e em sua vasta maioria são legitimados por praticarem os crimes mais perversos e cruéis.

Diferentemente, o psicopata dissimulado se caracteriza por ser uma pessoa falsamente sociável, ou seja, se esconde por trás de falsas amizades e relações, e tira proveito disso para cometer determinados tipos de atos infratores.

Agora, discorrendo sobre o psicopata ambicioso, ele nada mais é do que um sujeito movido a conquistas pessoais, ou seja, requer a todo momento de algo que faça suprir determinado tipo de carência, que no caso é a ganância. Regularmente, eles são vazios, em todos os

aspectos, o que conseqüentemente resulta em uma vasta prática de delitos consecutivos, nos casos criminais.

Por fim, o psicopata explosivo, é aquele que, como o próprio nome diz, é movido pela afobação e a raiva. Nos casos relacionados a pessoas com essas características, um fator semelhante neles todos são a falta de controle por parte do agente, que pratica determinado ato através do ódio infrene.

2.4 CAUSAS DA PSICOPATIA

O indivíduo com características psicopatas, como já dito, nasce com esse tipo de transtorno, porém, existem casos onde a psicopatia não havia sido desenvolvida, e a partir de algum trauma se manifestou esse distúrbio. Com isso, é notório que o sujeito nasce com essas características, e só o decorrer da vida dirá se vão ou não se agravarem.

Biologicamente, é indiscutível que o cérebro de uma pessoa normal difere quanto ao de uma com resquícios de psicopatia, visto que por estudos realizados, foi-se comprovado problemas tanto nas amígdalas cerebrais, quanto no córtex pré-frontal, quando colocados em situações específicas, o que possivelmente influenciaria em alguns traços de personalidade intrínsecos deles.

Há de se mencionar, uma pesquisa feita pela Universidade de Wisconsin-Madison, nos Estados Unidos, que por testes psicológicos em 94 detentos, obteve-se a comprovação de que sujeitos caracterizados psicopatas possuem alteração negativa quanto as atividades cerebrais, principalmente quando se trata de emoções.

Além disso, foram feitos estudos relativos ao tema, induzindo que a psicopatia de fato traz consigo alterações neurais. Com base nisso, tem-se como pilar o estudo de dois doutrinadores renomados internacionalmente, sendo eles Blair, Kent Kiehl e Anderson.

Ambos, no que lhe concerne, remetem a ideia de que pessoas com traços de psicopatia sofrem alteração nas amígdalas cerebrais,

que anatomicamente são fundamentais para os estímulos emocionais humanos.

Além disso, os autores ainda indagam a importância do córtex pré-frontal, com vinculação á diversas emoções e atitudes, para o ser humano, e que assim como as amígdalas, sofrem alterações nos indivíduos com psicopatia.

Seguindo essa lógica, uma das causas de o indivíduo ser caracterizado psicopata, é o fator genético e hereditário, visto que por se tratar de alterações cerebrais, automaticamente tem-se o risco de ser transmitido hereditariamente.

Ademais, é evidente que além do fator biológico, ainda existe a questão social envolvida na psicopatia, onde através de algum trauma, a pessoa poderá ter seu estado agravado. Dentre exemplificações acerca dessa situação, há de se falar em traumas, envolvendo abusos tanto físicos quanto psicológicos, e negligências tanto familiares quanto sociais.

3. RESPONSABILIDADE PENAL

Quando se fala em culpabilidade, a denominação estrutural da palavra remete seu conceito atrelado a culpa do indivíduo em determinado ato ilícito praticado, sendo um dos requisitos para aplicação de sanção penal, no entanto, nem o próprio Código Penal brasileiro estabeleceu uma previsão acerca do que realmente é esse termo.

3.1 CLASSIFICAÇÃO DA CULPABILIDADE

Por ser tão implícito o conceito de culpabilidade perante o Código Penal, existem inúmeras correntes doutrinárias que explicam e classificam a culpabilidade, apontando suas diversas teorias e elementos. No entanto, majoritariamente, seguindo os ensinamentos de Rogério Greco, “Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal

que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal — Parte Geral. Vol.1, p. 379)

Com base nisso, é notório que a culpabilidade está inclusa na teoria tripartite do crime, onde para haver algum crime, o fato deverá ser típico, ilícito e culpável, sendo ela ligada ao terceiro requisito para a efetiva configuração, e tendo como subtipo a imputabilidade, que no caso dos psicopatas é muito controversia.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci indaga:

“Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito”.

Ademais, analisando especificamente o sistema jurídico brasileiro, visa deslumbrar acerca da classificação da culpabilidade relacionada ao indivíduo psicopata que porventura praticar algum fato ilícito. Seguindo essa ideia, segundo a doutrina majoritária, e jurisprudências interligadas ao tema, caso haja a consumação da atividade delitiva por parte do psicopata, o judiciário deverá julgá-lo como semi-imputável, obviamente variando alguns quesitos a depender da gravidade do caso, e o estado mental do agente, assim como previsto no artigo 26, do Código Penal, pois apesar de haver alterações cerebrais, e de certo modo, um distúrbio na personalidade, ainda assim o agente consegue ter um discernimento parcial dos fatos, excluindo o caráter intrínseco da doença mental, que enquadraria na questão da inimputabilidade.

Art. 26 — parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de

perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Como mencionado anteriormente, o judiciário brasileiro leva, geralmente, a caracterização do psicopata como semi-imputável, no entanto, existem casos onde o indivíduo, mesmo possuindo traços de psicopatia, ainda assim foi classificado como imputável e/ou, inimputável. Pois bem, se tratando dos qualificativos da culpabilidade, o requisito principal de classificação é a capacidade cognitiva dos fatos, ou seja, a determinação se dará perante a análise mental da pessoa. Se houver total discernimento mental dos fatos, se caracterizará imputável. Caso exista algum grau prejudicial nessa capacidade, que afete parcial ou minimamente, se configura semi-imputável. No entanto, verificando-se a incapacidade mental, advindo de doença ou desenvolvimento cognitivo incompleto, enquadrará inimputável.

3.2 APLICAÇÃO DA PENA

Notoriamente, apesar de na maioria dos julgamentos de indivíduos com traços de psicopatia, eles serem considerados semi-imputáveis, existe grande divergência jurista perante o tema, influenciando diretamente na aplicação da pena. A lei brasileira, não especifica em nenhum código uma caracterização do psicopata, ou seja, apesar de recorrente dentre os crimes nacionais mais perversos, não há tipificação prevista, nem no Código Penal, e muito menos do Código de Processo Penal.

Atualmente, o cenário encontrado no Brasil sobre a maioria dos crimes dessa natureza, como já dito, é a aplicação da semi-imputabilidade, porque os psicopatas possuem discernimento, e sabem a ilicitude dos fatos. Porém, ainda assim, existem casos em que

só é considerado semi-imputável, o indivíduo que não consegue ter controle sobre suas ações, apesar de tal discernimento.

Com base nisso, indaga Morana:

“A capacidade de determinação para o sistema penal de outros países restringe-se ao que é denominado de ‘impulso irresistível’ (formulado em Ohio, 1834). Em nosso sistema penal a capacidade de determinação não se restringe apenas ao ‘impulso irresistível’ que seria o caso para sujeitos com descontrole dos impulsos, mas também ao prejuízo da capacidade do sujeito em não poder resistir ao seu modo habitual de ser, como os sujeitos com personalidade antissocial com características de perversidade. Contudo, a tendência do judiciário atualmente é a de considerar como semi-imputável apenas os sujeitos que apresentem comprometimento dos impulsos e neste sentido seguir a orientação internacional.” (MORANA, Hilda Clotilde Penteado. São Paulo. 2006)

No entanto, a base de raciocínio jurídico brasileiro aplicados á casos desse tipo, ficam a encargo do juiz, que optará pelo tipo de sanção penal mais congruente, podendo no caso ser a medida de segurança, onde o agente cumprirá em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou a pena, com objetivo punitivo e finalidade ressocializadora.

Contudo, há de se explanar sobre as contradições impostas pela medida de segurança, visto que a própria psiquiatria forense afirma que a psicopatia não tem cura, excluindo diretamente o caráter desse tipo de sanção. Além disso, ainda existe a preocupante persuasão atrelada ao psicopata, onde nada garante a não possibilidade de manipulação de psicólogos e psiquiatras, o que resultaria em sua saída antecipada e possivelmente á novas práticas delitivas.

3.3 NEGLIGÊNCIA PENAL COM A FIGURA DO PSICOPATA

Indiscutivelmente, esse tema é algo controverso no Brasil, o que traz consigo inúmeras incongruências e de certo modo, insegurança quanto ao efetivo emprego tanto do judiciário, quanto do sistema punitivo estatal.

Como já mencionado, o Código Penal e Processual Penal, não possuem tipificações acerca do termo, onde, conseqüentemente, se abrem brechas interpretativas e qualificativas perante o psicopata.

Devido a não previsão expressa sobre indivíduo com traços de psicopatia, muito se confunde seu contexto com o doente mental, visto o teor primário paralelo do problema, que no caso seria a alteração cognitiva cerebral. Havendo essa confusão, a responsabilidade penal desses sujeitos está totalmente afetada negativamente, visto que não se tem um parâmetro jurídico, e nem uma lógica base de raciocínio, para aplicar determinado tipo de decisão. Por não ter uma base fundamental, e muito menos especificações sobre determinado tipo de situação, isso abre margem para casos semelhantes, onde possuem o mesmo crime tipificado, porém, tenham sanções completamente diferentes, devido à incongruência na classificação da culpabilidade do agente.

Ademais, é importante comparar a legislação vigente no Brasil com a Europa, por exemplo, que utiliza meios de identificação e classificação do psicopata, para facilitar o teor jurídico do caso. Se tratando disso, a metodologia usada em países da Europa, mais comumente na Inglaterra, se chama *Psychopathy Checklist*, denominado pela sigla “PCL”, que consiste basicamente em um método de classificação para os níveis de psicopatia identificados no indivíduo, criado pelo psicólogo e professor Robert Hare, e aplicado por profissionais qualificados.

Esse método tem grande importância, sendo extremamente relevante na elaboração e fundamentação de decisões em todo o mundo, assim como afirma o seu próprio idealizador: “Este teste é fundamental no âmbito legal para decidir a duração, o tipo de pena e

o tratamento que indivíduos delinquentes com um perfil psicopático deveriam (ou não) receber.” (HERE, Robert)

Contudo, a inobservância do Estado para com isso, acarreta inúmeros problemas, afetando não só o judiciário, mas também a sociedade e a população carcerária.

4. PSICOPATAS NO SISTEMA CARCERÁRIO

Tal desleixo por parte do Estado, afeta diretamente o sistema prisional, pois sendo classificado como imputável ou semi-imputável, e cumprindo pena privativa de liberdade com presos comuns, devido seu alto grau de persuasão e manipulação, o psicopata possivelmente irá causar rebeliões internas no presídio, e de certa forma, influenciar os outros detentos.

4.1 INFLUÊNCIA NEGATIVA NO SISTEMA PRISIONAL

Além disso, insta salientar alguns dados estatísticos acerca do assunto indagados pela psicológica Ana Beatriz Barbosa de Souza:

“Atualmente, cerca de 15 a 20% da população carcerária mundial é formada por psicopatas. No Brasil esse índice se repete. Por isso é fundamental diagnosticarmos e separarmos entre os presos aqueles que são recuperáveis. Isso fará com que o sistema carcerário volte a assumir o papel que deve desempenhar, ou seja, de recuperar o detento”.

Seguindo essa lógica, ao colocar um psicopata em regime fechado junto à presos comuns, torna ainda mais difícil o papel do Estado em ressocializar o criminoso para o retorno a vida em sociedade, visto a possível manipulação e influência que acarretariam por parte do indivíduo com transtorno de personalidade. Assim já citado, as

pessoas com resquícios de psicopatia, modulam as outras próximas, as manipulam, pelo simples fato de não ter empatia ou sentimento, e tiram proveito para benefício próprio, e não diferiria em um presídio.

Com base nisso, relata Ana Beatriz:

“O psicopata possui um tipo de transtorno de personalidade, ou seja, ele é incapaz de sentir culpa ou remorso ou empatia, que é a capacidade de se colocar no lugar do outro. Cerca de 4% da população mundial é formada por psicopatas. Para cada mulher psicopata, existem três homens. E isso se verifica desde a infância. Por isso, desde muito cedo temos que observar as crianças que agredem os irmãos, os coleguinhas, os animais”.

Situação essa, que em um olhar mais panorâmico, sugestiona até mesmo a criação e/ou, remodelação de organizações criminosas, que na maioria das vezes surgem nas penitenciárias, visto a característica intrínseca do psicopata em manipular e influenciar, objetificando o benefício próprio.

4.2 TENDÊNCIA NA CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Igualmente, assim como o psicopata manipula e se torna de fato um líder dentro da prisão, isso automaticamente causa uma predisposição interna no domínio de organizações criminosas, devido suas características naturais, tais como inteligência, extrema persuasão, manipulação, frieza, etc.

Por ser um indivíduo inteligente, o psicopata consegue moldar e planejar seus passos, visando algum tipo de benefício num futuro próximo, o que acarretado a sua ótima persuasão, se torna um fator crucial para mobilização de grupos no sistema prisional. Esse domínio hierárquico nos presídios, inflama ainda mais a criação ou, de certo modo, pertencimento de organizações criminosas, onde se tem como

exemplo o Primeiro Comando da Capital (PCC), que se criou a partir de uma Penitenciária em Taubaté, nos anos de 1993, e hoje é a maior facção criminosa do Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, conclui-se que o termo psicopata é muito mais complexo do que meramente o conceito de doente mental, visto sua vasta quantidade de qualificações, classificações e graus agravantes, sendo entendido como um transtorno de personalidade, descrito pelo alto grau de frieza, falta de empatia e desprezo, tanto para com a sociedade, quanto para com as leis vigentes.

Como já supramencionado, o indivíduo com traços de psicopatia, tem por si só, a predisposição em cometer atos ilícitos, ou seja, crimes propriamente ditos, sendo na maioria deles, perversos e com resquícios de crueldade, onde o agente tem total discernimento da prática errada, porém, mesmo assim a faz.

Diante disso, é indubitável que para haver um efetivo julgamento em cima de um caso caracterizado por pessoas com esse distúrbio, necessita-se primeiramente do mínimo de noção quanto a natureza dos fatos, e atrelado a isso, antecipadamente, o Estado tipificar e especificar esse tipo qualificativo para os respectivos crimes advindos de psicopatas, tão quanto adotar medidas de identificação e classificação dos graus de psicopatia no agente, para após determinadas perícias se colocar no lugar do julgador perante sua responsabilidade penal. É de extrema relevância, também, formar profissionais competentes, fundada em doutrinas e métodos comprovados de identificação e classificação quanto aos graus de psicopatia, como, por exemplo, o PCL, o que facilitaria muito tanto o judiciário, quando o real entendimento majoritário acerca do tema.

Ademais, não obstante, no que tange a influência do psicopata no sistema carcerário e nas organizações criminosas, é indiscutível pessoas com esse tipo de transtorno não pode dividir espaço com um preso comum, devido ao seu alto índice de manipulação,

o que conseqüentemente agravaria seu processo individual de ressocialização, além de formar organizações criminosas e rebeliões por ser visto como um líder no presídio.

Assim como o próprio Robert Hare (2013) e Ana Beatriz Barbosa Silva (2018) explanam, aproximadamente 20% da população carcerária são caracterizados por psicopatas, o que remete ainda mais para com um cuidado específico diante do caso, tendo como primordial objetivo a criação de instituições especializadas para pessoa com esses indivíduos, com tratamento específico e separado dos presos comuns. Por se tratar de um transtorno em que não tem cura, as medidas de segurança se tornam inaptas e incoerentes com o tipo de cuidado que necessita o psicopata. Muito menos o cumprimento de pena em regime fechado, que afetaria negativamente tanto os presos comuns, quanto inflamaria o crime organizado.

Contudo, percebe-se a real exigência de uma tipificação por parte cenário jurídico, seja no Código Penal ou Processual Penal, quanto aos crimes praticados por agente caracterizados psicopatas, seja especificando requisitos, tipos, ou, forma de responsabilidade penal. Arelado a isso, o aprofundamento em doutrinas e modelos efetivos já testados, para seguir como parâmetro de exemplo, e resolver através do políticas estatais, o respectivo impasse.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. DECRETO-LEI n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

HARE, Robert. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Versão em português da Escala Hare (PCL-R)**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena: parte geral e parte especial**. São Paulo: Imprensa, Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde — CID-10**. Disponível em: https://icd.who.int/training/icd10training/ICD-10%20training/ICD-10_Resources/ICD-10_Volume_1.pdf. Acesso em: 08/11/2022.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Capítulo I — DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**, Art. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11/11/2022

BRASIL, Código Penal (1940), **Título III — DA IMPUTABILIDADE PENAL**, Art. 26. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11/11/2022.

BRASIL, Código Penal (1940). **Capítulo III — DA APLICAÇÃO DA PENA, Art. 75.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11/11/2022.

BRASIL, Código Penal (1940). **Capítulo VI — DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA, Art. 97.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11/11/2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 15^a — Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, vol. III. 26^a Edição. São Paulo: Atlas, 2012. MYRA Y

LOPEZ, Emilio. **Manual de Psicologia Jurídica.** 3^a Edição, São Paulo: Impactus, 2009.

ANDERSON, N. & KIEHL, K. A. **O psicopata magnetizado: insights de imagens cerebrais.** Edição Especial: Cognição em Distúrbios Neuropsiquiátrico. (2012)

BLAIR, R. J. R. **O surgimento da psicopatia: implicações para a abordagem neuropsicológica dos transtornos do desenvolvimento.** (2006)

KIEHL, K. A. **Uma perspectiva de neurociência cognitiva sobre psicopatia: evidências de disfunção do sistema paralímbico.** Res. de Psiquiatria. 142, 107-128. (2006)

COELHO, Alexs Gonçalves; PEREIRA, Thaís Andréia et al. **A responsabilidade penal do psicopata à luz do ordenamento jurídico penal brasileiro: imputabilidade x semi-imputabilidade.** Revista Jus Navigandi,

ISSN 1518 – 4862, Teresina, ano 22, n. 5151, 8 ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59573>. Acesso em: 15/11/2022

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Revista Brasileira de Psiquiatria. v. 28. sup. 2. São Paulo: outubro de 2006. Disponível na internet: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462006000600005&script=sci_arttext. Acesso em 15/11/2022

BASTIDORES DA ADOÇÃO À BRASILEIRA: O IMPACTO SOCIAL AO BURLAR O SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO

Letícia Luciana Martins Rosa¹

RESUMO: A adoção à brasileira é um tema muito atualizado e pouco falado em nossa sociedade. A prática de registrar filhos de outra pessoa em nome próprio, além de crime, traz graves consequências em nossa sociedade. Isso porque, é muito comum que através dessa prática ilegal, muitas crianças acabem sendo vítimas de tráfico infantil, exploração sexual ou até mesmo trabalho análogo a escravidão. Por este motivo, o presente trabalho tem por objeto o estudo dos impactos sociais ao burlar o sistema nacional de adoção. Utilizando do procedimento de pesquisa teórica, é possível concluir que existem graves consequências na prática da adoção ilegal, denominada adoção a brasileira. Esta forma de adotar, fora da lei, contribui para outros crimes que colocam o bem estar do menor em risco. Sendo possível concluir que existe uma grande necessidade de aumentar a fiscalização sobre o assunto.

Palavras-chave: Adoção. Adoção à brasileira. Tráfico infantil.

1. INTRODUÇÃO

A adoção no Brasil enfrenta muitas dificuldades jurídicas. Dentre elas, a demora do processo legal que contribui para que alguns dos pretendentes à adoção – que aguardam nas imensas filas – desistam do método correto e com isso, optem pelo modo mais rápido, mas não aprovado por lei. As pessoas interessadas acabam por, de forma irregular, encurtar o caminho e burlar o sistema nacional de adoção (CNA).

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, unidade Barreiro. E-mail: leticialucianar.22@gmail.com

Entretanto, registrar o filho de outra pessoa em seu próprio nome, apesar de ser comum, e algumas vezes cometido com boas intenções, é tipificado como crime contra o estado de filiação e não caracteriza uma adoção, uma vez que não segue as exigências da lei. O artigo 242 do Código Penal descreve o delito de dar parte alheio como próprio e considera como crime o ato de registrar como sendo seu o filho de outra pessoa, bem como o ato de esconder ou trocar recém-nascido, por meio de remoção ou modificação de seu estado civil.

Por ser vista com bons olhos, ou com como caridade, muitas pessoas não entendem ainda o porquê da adoção ilegal, deve ser tão combatida no Brasil.

Pois bem, esse tipo de entrega favorece, em muito, casos como o de Madalena², mulher negra, irmã de outros sete irmãos, que aos oito anos bateu em uma porta para pedir comida, e ao ser recebida pela dona da casa, uma professora branca, foi convidada a entrar e ser adotada. O processo de adoção de Madalena nunca ocorreu, ela nem mesmo voltou à escola. Criada como empregada doméstica da família, trabalhou durante quatro décadas sem salários e nem folgas. Além das histórias de Madalena, podemos ter acessos a muitos outros casos, como de mães³ que esperavam gêmeos mas saíam do hospital apenas com uma criança.

A hipótese do presente estudo é que por trás da boa ação que a prática de adoção à brasileira pode passar, essa pratica contribui para problemas muito sérios, como o da exploração infantil e o trabalho análogo a escravidão. Embora criminalizada, a conduta não é coibida pelas autoridades competentes. Portanto, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a proteção geral da criança e

2 GORTÁZAR, Naiara Galarraga. Caso de Madalena, escrava desde os oito anos, expõe legado vivo da escravidão no Brasil. *El País*, São Paulo, 14 Jan 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-14/madalena-escrava-desde-os-oito-anos-expoe-caso-extremo-de-racismo-no-brasil-do-seculo-xxi.html?outputType=amp>

3 SOUZA, Alice de. Grávida de gêmeos, L. saiu da sala de parto com um filho só. A história que colocou um hospital sob suspeita. *El país*, São Paulo, 26 abr 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-04-26/gravida-de-gemeos-l-saiu-da-sala-de-parto-com-um-filho-so-a-historia-que-colocou-um-hospital-sob-suspeita.html?outputType=amp>

do adolescente, os direitos e garantias fundamentais a eles inerentes devem ser observados regularmente. Portanto, no caso de adoção à brasileira, deve-se discutir se esta é realmente a melhor forma de adiantar o processo legal de adoção.

A presente pesquisa se justifica inicialmente, pela sua relevância social e jurídica, bem como por se tratar de um assunto polêmico – o qual divide opiniões quanto a sua legitimidade e a sua finalidade. Essa prática, que embora contrária aos preceitos legais do ordenamento jurídico brasileiro, é considerada por muitos uma atitude nobre e louvável. Por isso, a proposta é trazer ao conhecimento as consequências desse ato.

O objetivo geral é demonstrar o impacto social derivado do ato de burlar o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), com a adoção à brasileira. Mostrando que, apesar de parecer bonita, existe um perigo enorme ao entregar uma criança a outrem, sem passar por todos os trâmites legais.

Desta forma, para alcançar o objetivo desta pesquisa, a obra será estruturada por meio dos seguintes tópicos: 1) A adoção no Brasil, como funciona e sua demora; 2) Na sequência, aborda-se como acontece a adoção à brasileira; 3) O terceiro e último tópico aborda as consequências de burlar o processo legal de adoção.

A presente pesquisa terá como referencial teórico o autor Artur Marques da Silva Filho com seu livro Adoção, bem como o autor J. M. Leoni Lopes de Oliveira com seu livro Guarda, Tutela e Adoção, além de outras doutrinas cabíveis.

Será utilizada a abordagem qualitativa, pois serão analisados aspectos históricos, valores sociais e percepções morais, de modo que o amplo foco de interesse inviabiliza pesquisas quantitativas, sem percepção estatística.

A abordagem utilizada será dedutiva, pois partirá de premissas gerais sobre os aspectos emocionais e as conexões biológicas, descreverá os princípios aplicáveis, traçará a adoção do ordenamento jurídico, passando a conceituar e descrever a adoção à brasileira, até chegar ao exame dos possíveis efeitos gerados pela sua prática.

2. A ADOÇÃO NO BRASIL

No Direito Civil, adoção é um ato jurídico em que um sujeito é assumido de forma permanente como filho de uma pessoa ou casal que não são seus pais biológicos.

Leoni Lopes de Oliveira define a adoção nas seguintes palavras:

A adoção é um instituto jurídico que procura imitar a filiação natural. Contrapõe-se a adoção à filiação legítima ou natural por sua característica artificial, também denominada de filiação cível, visto que não corresponde a uma descendência natural, biológica, mas resulta da manifestação da vontade, na adoção do sistema do código civil, ou de sentença judicial, no sistema ECA. (LOPES.2002. P. 147)

Para Maria Berenice Dias, “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”. Além disso, é um sentimento de pertencimento baseado no amor que gera parentesco por escolha, dedicando esta instituição a relações socioemocionais pai-filho baseadas em fatores sociológicos.

A lei 12.010, de Julho de 2009 determina os requisitos para a adoção; com relação aos que podem adotar o art. 42, §2º:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente,

contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

(Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Há, portanto, alguns requisitos burocráticos a serem seguidos para se concretizar a adoção, não sendo portanto um simples procedimento. No Brasil hoje para adotar você precisa, apresentar à Vara da Infância e Juventude alguns documentos, como comprovante de renda e domiciliar; atestado de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais e nativa de distribuição civil. Após a entrega desses documentos, é necessário passar por uma preparação e avaliação. O curso de preparação para a adoção é oferecido pelo Fórum onde o processo foi aberto, sendo obrigatório e gratuito, com duração de 2 meses. Depois do curso vem as avaliações feitas pelo setor técnico, divididos em psicossociais e psicoemocionais. Após isso, você passa a definir o seu perfil onde é predefinido as características da criança adotada, como idade, cor, sexo, saúde; entre outros.⁴

Ainda assim, a adoção no Brasil é vista como um processo muito lento. No entanto, podemos considerar que a demora da adoção não está no processo em si, mas sim na escolha do perfil escolhido pelo pretendente. E é essa demora que faz com que algumas pessoas que estão mais abertas a definir um perfil, considerem registrar o filho de outra pessoa em seu nome, sem passar pelo processo legal.

⁴ Preparando-se para a parentalidade por adoção. Adoção Tardia, 2021. Disponível em: <<https://www.adocaotardia.com/passa-a-passo/>>.

3. ADOÇÃO À BRASILEIRA

A adoção à brasileira é aquela que um indivíduo declara ser pai ou mãe biológicos de uma criança sem que isso seja verdade e sem que se submetam a um processo judicial, conforme dispõe o Senado:

Chamada de adoção brasileira, consiste em um modo pelo qual a mãe ou a família biológica “dá” a criança para outra pessoa, escolhida por ela, à margem dos trâmites legais. Muitas vezes, o casal adotante registra a criança como se fosse filho biológico. (SENADO, 2015)

Dessa maneira, essa forma de adoção, caracteriza-se como uma adoção irregular, uma vez que não seguiu os trâmites legais, sendo considerada até mesmo como crime, de acordo com o artigo 242 do Código Penal que diz:

Art. 242 – Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão, de dois a seis anos. (CÓDIGO PENAL)

Além de ser considerada uma prática criminosa, a adoção brasileira apresenta alguns riscos a criança ou adolescente. O Senado (2015) aborda sobre as consequências dessa prática ilegal:

Como ocorre fora de qualquer controle judicial ou institucional, a prática dá margem a injustiças com famílias mais humildes, que não necessariamente querem doar os filhos, mas podem ser levadas a isso por pressão social e econômica. A adoção à brasileira também pode encobrir casos de venda ou tráfico de

crianças. E, sobretudo, esse modo de adoção não leva em conta os interesses da criança, o que é o mais importante para a lei em vigor.

Apesar de ser vista com bons olhos por alguns, a adoção à brasileira pode esconder realidades e ilegalidades, como o tráfico de crianças ou o trabalho análogo a escravidão.

De acordo com Lôbo (2020) “a adoção a brasileira, ainda que violando as regras de adoção formal, atende ao mandamento contido na Constituição, assegurando à criança o direito ‘à convivência familiar’”.

É esse mesmo pensamento que, ainda que irregular, faz com que alguns tribunais decidam pela manutenção desta espécie de adoção. Levando em consideração o bem estar do menor, que mesmo que de forma ilegal, foi inserido em uma família da qual recebe sustento e amor.

A reflexão que deve ser feita é: mesmo tendo pontos positivos, quais são os impactos sociais ao burlar o sistema nacional de adoção?

Apesar de parecer uma causa nobre, uma vez que a maior parte das famílias biológicas que entregam seus filhos a outra família, vive em um estado de pobreza e acredita que pode ser o melhor para a criança, esse tipo de “adoção” esconde um sério problema, nem todas as crianças são entregues para um lar amoroso e que garantirá os seus direitos e deveres.

Isto porque, “como ocorre fora de qualquer controle judicial ou institucional, a prática dá margem a injustiças com famílias mais humildes, que não necessariamente querem doar os filhos, mas podem ser levadas a isso por pressão social e econômica” (BRASIL, 2021, online).

Logo, a “adoção à brasileira também pode encobrir casos de venda ou tráfico de crianças” (BRASIL, 2021, online), uma vez que muitas pessoas mal intencionadas fazem propostas irrecusáveis aos pais dessas crianças, se aproveitando dessa realidade cercada pela

miséria, e depois encaminham à adoção internacional, ou até mesmo ao tráfico para fins de exploração.

4. CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

Em todas as hipóteses, a adoção ilegal não leva em conta os interesses da criança, o que é o bem mais importante para a lei em vigor. Ao utilizarem da vulnerabilidade da população mais frágil e desprovida de recursos, maquiando suas atitudes com boas intenções, prometem uma melhor qualidade de vida ou até mesmo uma quantia em dinheiro pela entrega do menor.

Além de perigosa para a própria família adotante, uma vez que a família biológica pode voltar atrás e tomar por direito o filho de volta, a adoção brasileira traz outros problemas mais sérios. Dentre eles o tráfico infantil e o trabalho análogo a escravidão. Crianças e adolescentes “adotados” por famílias mais ricas que prometem melhores condições de vida e tratamento equivalente ao de um familiar.

Na prática, contudo, são submetidos a condições degradantes e inaceitáveis, recebendo, quando muito, comida, vestuário e a habitação no local de trabalho como “pagamento” pelos serviços prestados.

Esta pretensa e falseada “adoção”, com finalidade precípua de exploração, tem nome: “adoção de má fé”, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, e, embora gere o direito ao pagamento de danos morais, o dano e o sofrimento são, muitas vezes, irreversíveis.

Recentemente, o caso de Madalena Gordiano, de 46 anos, adotada nesta condição aos 8, ganhou repercussão na mídia após resgate pela Fiscalização do Trabalho. Jamais foi matriculada na escola, era proibida de falar com vizinhos, tinha negada a sua socialização e realizava os trabalhos domésticos para a família em troca de mínimas condições para a sua sobrevivência. A justificativa de que “fazia parte da família” foi utilizada por anos para esconder do exterior a exploração atroz de quem é submetido à escravidão contemporânea.

Casos de resgate – como o de Madalena – infelizmente não são frequentes no contexto brasileiro, não obstante, casos reais como o descrito, ainda se mostram recorrentes nas casas grandes de muitas famílias brasileiras.

É por casos assim, que é necessário enfatizar a importância do processo legal de adoção, que para muitos pode parecer burocrático e demorado. Mas protege e cuida do bem estar do menor.

5. TRÁFICO DE CRIANÇAS

Uma das consequências da adoção à brasileira é o tráfico de crianças e adolescentes. O novo artigo do Código Penal diz que é crime de tráfico de pessoas, interno e internacional, “agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso”, com o intuito de remove-lhe órgãos, para adoção ilegal ou exploração sexual.

Thais Oliveira e Adriana Carvalho (2019) acreditam que alguns casos de adoção ilegal no Brasil, acontecem através de compra e venda de crianças que estão em orfanatos no Brasil. Assim, através da ajuda de pessoas que trabalham na área, efetuam a compra destas crianças, em orfanatos ou em lares mais pobres e são encaminhadas a casais estrangeiros que sonham em ser pais.

A adoção internacional é uma prática legal legítima e distinta do tráfico internacional de crianças, embora os dois estejam relacionados, pois muitas vezes visam colocar crianças em famílias adotivas no exterior.

A crescente demanda de casais estrangeiros à procura de crianças ou adolescentes brasileiros gerou um aumento inusitado de adoções internacionais, entretanto, algumas pessoas estrangeiras se interessam apenas em levar as crianças para o exterior, não se importando em passar pelo processo legal de adoção. Sendo assim, são traficadas para uma adoção internacional que se dá de modo ilegal (MIRANDA, 2015).

Esses estrangeiros “candidatos a adotantes” em muitos casos conseguem ajuda das instituições clandestinas ou ainda, de pessoas inescrupulosas, cobrando preços caríssimos por uma criança ou adolescente, para que assim se providencie os papéis e a hospedagem para o interessado.

Essas crianças são vendidas como mercadorias prontas. Acontece da seguinte forma: um terceiro faz a mediação de toda a relação entre o estrangeiro interessado e a família interessada em vender a criança. O terceiro, de forma ilegal, facilita a saída da criança do país.

Além da compra e venda de crianças, como o caso da mãe que chegou ao hospital grávida de duas crianças e foi embora apenas com uma. E assim, sem saber do outro filho, que essa mãe passa o restante de sua vida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, inicialmente, teceu importantes considerações sobre a adoção, evidenciando sua definição o Brasil e a forma ilegal de se adotar, denominada ‘adoção à brasileira’. De forma geral, o primeiro capítulo definiu como funciona o processo de adoção no Brasil e concluiu que apesar de simples o processo de adoção pode ser tornar muitas vezes demorado.

No que tange a adoção à brasileira, restou demonstrado que esta é a prática ilegal de se adotar, ou seja, sem passar pelo processo legal de adoção. Sendo uma conduta criminosa, que mesmo vista com bons olhos apresenta inúmeros riscos aos envolvidos.

O terceiro capítulo, por sua vez, fez considerações sobre as consequências da adoção à brasileira, demonstrando que a prática em nenhum momento considera os direitos e bem estar do menor. No mais, o capítulo três e quatro demonstram as duas principais consequências, o tráfico de crianças e o trabalho escravo.

Frente a toda problemática apresentada, foi possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de estar bem atento a proteção da criança e adolescente no processo de adoção, é deficiente

quanto a proteção de crianças e adolescentes em relação a adoção à brasileira pelo fato de os mecanismos de fiscalização das políticas já existentes atuarem de forma insuficiente para contenção do problema.

Todavia, a questão do tráfico internacional de crianças e adolescente e adoção ilegal é tema delicado que demanda atenção e recursos para precaução e repressão. Ao se tratar de menores, o Estado brasileiro não pode eximir-se de sua responsabilidade de assegurar à criança e ao adolescente, prioritariamente, o direito à vida, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, de maneira a protegê-lo de todas as formas de exploração e violência, conforme artigo 227 da CF.

O Estado brasileiro deve ponderar seus esforços de proteção aos menores, uma vez que a imposição de procedimentos burocráticos para a efetivação da adoção internacional tende a prejudicar às crianças e adolescentes aptos à adoção, distanciando-os da convivência familiar que lhes é garantida pela Constituição Federal brasileira.

O direito à filiação não é exclusivamente um direito da verdade. É, também, um direito da vida, do interesse da criança, da harmonia das famílias, do afeto, dos sentimentos morais, do tempo que passa.

Esta preocupação deve ser constante, principalmente, pelo fato de nem sempre ser nobre o motivo que leva o indivíduo a adotar ilegalmente. Isto é, apesar de que muitas das vezes as crianças serem destinadas a adoção por famílias que buscam criá-las fornecendo amor, carinho e cuidado, este não é o destino encontrado por todos.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **O sistema da adoção no Brasil**. In: DIAS, Maria Berenice. Maria Berenice Dias, Porto Alegre, 03 jan. 2019. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/o-sistema-da-adocao-no-brasil/> . Acesso em: 8 dez. 2022.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação** / Artur Marques da Silva Filho. – 4. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JOYCE, Anne, organização, **Vade Mecum Acadêmico de Direito** – 29ª Ed. – São Paulo: Rideel, 20198.

O QUE é a ‘adoção à brasileira’. E quais problemas ela traz. Nexo, Rio de Janeiro, 3 jun. 2022. Expresso. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2022/06/01/O-que-é-a-‘adoção-à-brasileira’.-E-quais-problemas-ela-traz>

SOUZA, Alice de. **Grávida de gêmeos, L. saiu da sala de parto com um filho só**. A história que colocou um hospital sob suspeita. El país, São Paulo, 26 abr 2021.

Senado Federal. **Adoção “à brasileira” ainda é muito comum**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidaderasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx>

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Thais Fernandes Almeida de; CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. **Adoção e Tráfico Internacional de Crianças e Adolescentes.** In.: Revista Jurídica Luso Brasileira, Ano 4 (2019) nº1, p.2053. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_2045_2067.pdf

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. **Caso de Madalena, escrava desde os oito anos, expõe legado vivo da escravidão no Brasil.** El País, São Paulo, 14 Jan 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-14/madalena-escrava-desde-os-oito-anos-expoe-caso-extremo-de-racismo-no-brasil-do-seculo-xxi.html?outputType=amp>

Preparando-se para a parentalidade por adoção. Adoção Tardia, 2021. Disponível em: <https://www.adocaotardia.com/passo-a-passo/>.

MEDIDA DE SEGURANÇA: A PRODUÇÃO DA MORTE POR MEIO DA LENIÊNCIA E DO PRECONCEITO DENTRO DO DIREITO PENAL

Pedro Henrique Noronha de Paula¹

“[...] porque apenas os conteúdos históricos podem permitir descobrir a clivagem dos enfrentamentos e das lutas que as ordenações funcionais ou organizações sistemáticas tiveram como objetivo, justamente mascarar.”

Michel Foucault, *Em defesa da Sociedade*, 1976

RESUMO: Diante da realidade sociopolítica vivida nas sociedades contemporâneas, a valorização da vida acontece mediante a aferição do potencial de produtividade, bem como de padrões sociais dominantes. Nesse sentido, a Medida de Segurança, destinada à administração, pelo direito penal, daqueles que não conseguem compreender os fatos sociais e nem servem de força para a produção da sociedade capitalista, é um mecanismo de implacável segregação. No Brasil, essa perversidade acontece a partir da associação de psiquiatria e direito e pela falta de atuação conjunta dos 3 poderes. Assim, este trabalho visa a elucidar a maneira pela qual a manutenção da Medida de Segurança é uma política de morte social legitimada pela arbitrariedade das autoridades públicas principalmente vinculadas ao judiciário e da inércia dos demais poderes para com a saúde pública.

Palavras-chave: Medida de Segurança, Poder, Judiciário, Psiquiatria, Direito Penal.

¹ Bacharelado do curso de Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduando do curso de Licenciatura em Português da Faculdade de Letras da Universidade Federal de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

É sabido que o direito penal no Brasil possui uma série de problemáticas as quais se originam não só da aplicação da lei penal, mas principalmente de vários fatores sociais sobre os quais a lei e os operadores do direito não se debruçam ou deliberadamente desconsideram, encerrando o raciocínio jurídico em si mesmo. Assim, é da maior importância ressaltar que os fatores sociais sobre os quais se originam os problemas do atual sistema penal brasileiro, ao serem tratados com indiferença pelo ordenamento jurídico, somente ocasionam uma série de perversidades éticas na aplicação da lei, além de demonstrarem uma falta de compromisso com os ideais democráticos.

Nesse cenário, a aplicação da medida de segurança para os ditos inimputáveis devido à ausência de sanidade mental tem sido um problema gravíssimo de nosso ordenamento jurídico. Desde o século XIX, a associação perversa feita entre loucura e crime por meio do elo maligno da periculosidade tem sido um desafio para a concretização de ideais humanitários de dignidade principalmente com a não superação de teorias modernas do século XIX e XX de cunho determinista relacionadas ao crime e à identificação do criminoso devido à sua natureza.

Nesse sentido, a fim de demonstrar tanto a origem do modo de pensar político-jurídico das sociedades ocidentais, quanto o modo como as institucionalizações são cruéis, porque dotadas de um racismo que justifica a subalternização, morte e exploração da vida humana, este trabalho se propõe a realizar uma revisão bibliográfica sobre as disputas de poder e a histórica da relação da psiquiatria com o direito penal, bem como analisar por meio de pesquisas de campo já realizadas o modo como as instituições basilares do nosso país administram e gerem essa importante parcela da população.

Como método, adotar-se-á a análise e interpretação de textos e o emprego de raciocínio indutivo e dedutivo a fim de se constatar se a academia e os pensadores à fronteira do conhecimento das ciências

sociais corroboram com o pensamento aqui defendido e quais são os argumentos que fundamentam suas formulações.

2. BIOPOLÍTICA E NECROPOLÍTICA

Em um primeiro momento, uma reflexão filosófica e histórica é o mais adequado para a contextualização do que aqui se discute. O pensador Michel Foucault dedicou sua vida a estudar o fenômeno do poder e suas tecnologias e mecanismos de funcionamento. No Livro “Em defesa da Sociedade”, as notas de aula trazem que, para o estudioso do século XX, há um ponto de convergência entre o direito, o liberalismo e o marxismo no que concerne ao conceito de poder e, principalmente, no que concerne ao que é o poder político, qual seja o fato de centrarem a compreensão de poder a partir de parâmetros econômicos. O filósofo critica isso, pois afirma que o poder não é uma mercadoria, ele não se adquire da mesma forma que um produto, por isso ele tenta fazer uma investigação do que é o poder, considerando a economia como um fator secundário de sua manifestação. (FOUCAULT, 2019)

Dessa maneira, ao tentar compreender o poder sem o que ele apelidava de ‘economismos’, o que ele constata é que o poder é uma relação de força, na verdade, uma relação de repressão. Por conseguinte, o poder político e jurídico, na verdade, teriam como função reinserir perpetuamente nas instituições sociais, nas desigualdades socioeconômicas, na linguagem e até nos corpos, uma relação de força, fomentando eternamente uma guerra institucional. Logo, para o autor, o fundamento das relações de poder é o enfrentamento belicoso das forças sociais. (FOUCAULT, 2019).

Na mesma obra, o autor informa que uma das situações que mais influenciou a constituição das sociedades contemporâneas foi o surgimento e institucionalização do racismo de estado e dos mecanismos de controle massificados. O estudioso explica que o

*Darwinismo Social*², surgido da influência distorcida da teoria da evolução das espécies de Charles Darwin, ao influenciar diferentes áreas do conhecimento, foi utilizado como fundamento para justificar intervenções de higiene na população a fim de homogeneizar a sociedade e controlar não somente os corpos individuais, mas todo o corpo social que agora é denominado de população. A essa nova configuração que valorizava a regulamentação e a normalização da vida e dos corpos humanos segundo sua organização e produtividade, Foucault apelida de biopoder. (FOUCAULT, 2019).

Nesse cenário, o poder político do estado sobre a vida e a morte, isto é, o poder soberano, justifica uma cisão social sobre quem são as pessoas merecedoras de viver e quem é a parcela da população que merece morrer por ser um atraso genético para o corpo social, institucionalizando, uma perseguição, uma guerra política dentro das sociedades.

Nessa perspectiva, conforme elabora o pensador:

A raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização. Quando vocês têm uma sociedade de normalização, quando vocês têm um poder que é, ao menos em toda a sua superfície e em primeira instância, em primeira linha, um biopoder, pois bem, o racismo e indispensável como condição para poder tirar a vida de alguém, para poder tirar a vida dos outros. A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo [...] é a condição para que se possa exercer o direito de matar. Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo. E se, inversamente,

² A compreensão etnocêntrica de que existem culturas e povos mais evoluídos e desenvolvidos moralmente que outros. (ver: COSTA Júnior, José. Como viver depois de Darwin?: limites e possibilidades das abordagens evolucionistas da moralidade / José Costa Júnior. Orientadora: Telma de Souza Birchal. Tese (doutorado) – **Universidade Federal de Minas Gerais**, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte. 2017. 187 f.)

um poder de soberania, ou seja, um poder que tem direito de vida e de morte, quer funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia da normalização, ele também tem de passar pelo racismo. **E claro, por tirar a vida não entendo simplesmente o assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor a morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.** (FOUCAULT, 2019, p.215-216 grifos meus)

Destaca-se que o racismo da biopolítica a que o pensador se refere não necessariamente está ligado à discriminação pela etnia, mas sim a qualquer corpo, a qualquer existência humana que fuja dos padrões impostos por aqueles que ditam o exercício do biopoder em sociedade, padrões esses relacionados, a cor, gênero, etnia, integridade física e mental, etc. Além disso, é pertinente notar que Foucault destaca que a morte nas sociedades biopolíticas não necessariamente diz respeito somente ao fim biológico da pessoa natural, ele destaca que a morte social pode vir com o estigma, a privação do convívio com os pares, entre outras formas.

Nesse aspecto, o teórico camaronês Achille Mbembe promove um aprofundamento na teoria foucaultiana muito pertinente para adequação das teorias do filósofo europeu para as sociedades colonizadas. Segundo o estudioso, nas sociedades colonizadas, o fato de os colonizadores nunca terem tido a intenção de governar, e sim de explorar os recursos naturais existentes propiciou a institucionalização do racismo e da biopolítica de modo a promover a instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos e populações. (MBEMBE, 2020)

O autor, ao afirmar que não há como tratarmos das sociedades colonizadas sem passar pelo marco da escravidão, aponta que esse fenômeno foi, na verdade, uma das primeiras manifestações da biopolítica nas colônias. Essa manifestação delineou justamente a

maneira como a humanidade dos subalternizados é dissolvida e eles são mantidos vivos e organizados massificadamente para que possam entregar sua força de trabalho (já que são úteis para as necessidades dos senhores), mas somente sobrevivem em um “estado de injúria” (MBEMBE, 2020). Mbembe, descrevendo como foi delineada a biopolítica das sociedades coloniais destaca que:

A característica mais original dessa formação de terror é a concatenação do biopoder, o estado de exceção e o estado de sítio. A raça é, mais uma vez, crucial para esse encadeamento. De fato, é sobretudo nesses casos que a seleção de raças, a proibição de casamentos mistos, a esterilização forçada e até mesmo o extermínio dos povos vencidos foram inicialmente testados no mundo colonial. Aqui vemos a primeira síntese entre massacre e burocracia, essa encarnação da racionalidade ocidental. (2020, p.31-32)

Dessa forma, o teórico camaronês defende que: se é verdade que, conforme Foucault menciona “A política é a guerra continuada por outros meios”³, então, nas colônias,

“a soberania consiste fundamentalmente no exercício de um poder à margem da lei e no qual a ‘paz’ tende a assumir o rosto de uma ‘guerra sem fim’...Como tal as colônias são o local por excelência em que os controles e as garantias de ordem judicial podem ser suspensos – a zona em que a violência do Estado de exceção supostamente opera a serviço da ‘civilização’” (MBEMBE, 2020, p.35)

Assim, o filósofo entende que, nas sociedades colonizadas, tais como a sociedade brasileira ou a camaronesa, o poder soberano

³ Em defesa da sociedade, p. 15

produz realidades de morte, isto é, formas de existências social tão indignas que dão aos integrantes subalternizados da população o status de ‘mortos-vivos’ (MBEMBE, 2020, p.71). É a isso que ele chama de necropolítica.

3. A RELAÇÃO ENTRE PSIQUIATRIA, CRIME E LOUCURA

Concomitante a esses estudos relacionados à compreensão das sociedades contemporâneas e aos mecanismos e tecnologias de poder, Foucault debruçou-se também sobre o surgimento da psiquiatria e seus impactos sociais. Entre eles, destaca-se aquele que mais é pertinente para este trabalho, que é o impacto dessa área da saúde no direito, mais especificamente no direito penal:

[...]os dez ou quinze, no máximo vinte últimos anos, quero dizer, um período no qual se podem notar dois fenômenos que foram, se não realmente importantes, pelo menos, parece-me, bastante interessantes. De um lado, foi um período caracterizado por aquilo que poderíamos chamar de eficácia das ofensivas dispersas e descontinuas. **Penso em várias coisas, na estranha eficácia, por exemplo, quando se trata de travar o funcionamento da instituição psiquiátrica,** do discurso, dos discursos, muito localizados na verdade[...] **Penso ainda na eficácia dos ataques contra o aparelho judiciário e penal,** alguns dos quais eram muito remotamente relacionados com a noção geral, e aliás bastante duvidosa, de “justiça de classe”, enquanto outros eram vinculados, só um pouco mais precisamente, no fundo, a uma temática anarquista. (FOUCAULT, 2019, p. 6-7 grifos meus)

Em outra obra de grande estirpe, nomeada de “O poder psiquiátrico”, o autor francês explana que a associação entre o poder de punir do estado e à ciência médica voltada para a integridade mental

dos indivíduos ocorreu por iniciativa dessa última. Isso, porque, entre outras circunstâncias, a partir de 1820 a 1825 na Europa, médicos voluntariamente, sem o pedido de qualquer autoridade, órgão estatal ou advogado, muitas vezes davam sua opinião técnica sobre um crime, procurando razões para reivindicar para a doença mental o acontecido. A partir desse fenômeno instaurou-se uma cultura de entender a prática criminosa como sintoma de alguma patologia da mente quando não explicável por uma razão de interesses. (FOUCAULT, 2006)

O filósofo ainda explica que a razão para esse interesse repentino da psiquiatria no âmbito penal deu-se para instaurar a crença e o discurso de que todo louco é um possível criminoso. Assim, o psiquiatra pode exercer seus conhecimentos para alcançar uma espécie de defesa social ao vincular loucura e criminalidade por meio do elo da periculosidade, fundando também uma tecnologia e um espaço de poder próprio. Ainda, o autor aborda que, diferente de outras especialidades médicas, o psiquiatra acaba sendo o responsável por decidir o que é realidade e o que é loucura e é justamente nessa instância que o poder psiquiátrico se exerce. (FOUCAULT, 2006)

Mas, em verdade, o casamento entre o direito penal e a psiquiatria acabou se tornando uma ferramenta biopolítica muito eficiente para gerir a população e extirpar do convívio social uma massa de marginalizados que não serviam para a produção dentro do sistema capitalista, quer seja em liberdade ou dentro da economia do crime. Nesse sentido, o direito penal acabava recorrendo ao poder/saber psiquiátrico a fim de que esse oferecesse substrato necessário para o exercício do poder de punir ou entregasse aos cuidados do âmbito da “saúde mental” a vida do indivíduo. (MATTTOS, 2019)

4. O SOFRIMENTO MENTAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Feita essa contextualização da dinâmica atual das sociedades contemporâneas, cabe então compreender como a produção de realidades de morte se manifesta por meio da aplicação da medida de segurança e para isso é necessário compreender a constituição

histórica detal instituto. A princípio é necessário entender que, como dito anteriormente, lidar com o portador de sofrimento mental é um problema de gestão de população. Isso, porque é necessário dar-lhes algum fim já que não são produtivos para a sociedade de economia de mercado e isso desde o século XIX tem sido um grande desafio no Brasil.

Sobre o tema, PEREZ e NERY (2002), ao realizar uma análise sobre todos os dispositivos penais ao longo dos anos os quais davam diretrizes acerca de como lidar com a doença mental no âmbito do crime, apontam o gerenciamento do portador de sofrimento mental como dificuldade para os primeiros ordenamentos jurídicos do Brasil. No Código Penal do Império (1876), o qual adotara a doutrina clássica de Cesare Beccaria, os loucos sequer seriam julgados se pelo menos seus estados de loucura fossem intermitentes, situação essa que permitia-lhes ser imputado o título de criminoso. No geral, os loucos que cometessem crimes eram recolhidos à Santa Casa ou entregues a suas famílias para que eles cuidassem do indivíduo. Contudo, conforme revela MATTOS (2015), o problema de tal estratégia é que, muitas vezes, o delito cometido pelo louco impacta diretamente sua família e, assim, diversas vezes a própria família renega-o como ainda acontece nos dias de hoje, o que é um ponto extremamente sensível do problema que se apresenta.

Em 1852, inaugurou-se o primeiro asilo para loucos no Rio de Janeiro, mas ainda assim os psiquiatras buscavam uma legitimação legal da estratégia alienista para aumentar seu poder de intervenção.

Com a abolição da escravidão em 1888, o Código Criminal do Império passou por reformas as quais trouxeram importantes mudanças para o estatuto jurídico do doente mental, mas o novo código somente fora publicado em 1890 sendo já pertencente ao período do Brasil república. No código, passa a existir como requisito para a prática de crime a necessidade de responsabilização⁴ do agente.

⁴Ainda que existam as noções clássicas doutrinárias que diferenciam Imputabilidade e Responsabilidade, por razões de coerência teórica, para no presente artigo, adotou-se o posicionamento de Virgílio de Mattos que defende que a diferença

Ainda, quando o indivíduo era declarado louco, o lugar para o qual deveria ser encaminhado era o chamado “Hospício de Alienados”.

Contudo, assim como em uma série de localidades no mundo, a loucura acabou sendo generalizada de modo que, para além de um fenômeno de perturbação intelectual, acabou tornando-se de caráter moral também. Nesse sentido, os juristas acabaram percebendo que, para que o exercício do poder de punir funcionasse corretamente, era necessário que a intensidade da perturbação mental fosse completa. Do contrário, o poder psiquiátrico acabaria tomando o lugar do poder de punir. Conforme expõem os autores: “Os limites teriam que ser estabelecidos, tanto da loucura, quanto do papel do perito. A perícia, prova mais significativa de alienação mental, passa a ser uma parte do processo que tem por fim último assessorar o juiz. Este poderia, até mesmo, discordar do exame e colocar o réu considerado irresponsável pela perícia em observação, para uma decisão posterior, ‘atenta sua análise científica.’” (PEREZ e NERY, 2002, p.340-341)

Assim, houve uma disputa de poder entre a psiquiatria e o poder de punir de modo que apesar de já existir um movimento da psiquiatria para a construção de manicômios criminais, a lei penal expressamente dizia que o lugar do louco-infrator era justamente junto aos demais outros portadores de sofrimento mental no Asilo de Alienados.

Logo, a despeito das preocupações dos médicos quanto à interrupção do tratamento dos demais pacientes ocasionadas por invasões de criminosos, o que ameaçava o saber psiquiátrico, os juristas entenderam que sequer a decisão pela internação dos indivíduos cabia aos médicos, essa, na verdade, deveria ficar a cargo da autoridade judiciária, mais especificamente do juiz criminal uma

entre imputabilidade e responsabilidade é tão somente morfológica estando ambas as palavras num mesmo campo semântico, de modo que o portador de sofrimento mental, quando declarada a inimputabilidade, é obrigado a cumprir com uma sanção penal sem qualquer garantia constitucional. Desse modo, o autor defende a extinção do instituto e a declaração de que todos os indivíduos são imputáveis a fim de que as garantias fundamentais sejam plenamente respeitadas para todos.

vez que a periculosidade trata-se de elemento jurídico diretamente relacionado ao crime. (PEREZ e NERY, 2002)

Posteriormente, com o avanço das ciências penais, houve uma grande empreitada para a reformulação do código penal a qual ensejou no Código Penal de 1940 (atual). Nessa situação, a doença mental acaba sendo excludente de culpabilidade de maneira a não concretizar a materialização de um crime nos moldes doutrinários de fato típico, ilícito e culpável. Contudo, o mesmo compilado de leis traz como novidade a Medida de Segurança como ferramenta para ajudar o direito penal a lidar com aqueles que não podem ser responsabilizados total ou parcialmente. Influenciado pelas formulações teóricas de Cesare Lombroso, o código entende pela adoção de ideais positivistas e de biodeterminismos. Vejamos:

A pena, não mais castigo, deveria ser determinada com base na periculosidade do indivíduo, a qual seria avaliada através do **exame de sua personalidade. O critério da periculosidade subjetiva viria fundamentar a ação preventiva do Estado** (Hungria e Fragoso, 1978, p. 21) ao recusar as ideias de vontade livre, responsabilidade moral e caráter retributivo da pena. O crime, entendido como um produto da ação de fatores endógenos e exógenos sobre a vontade, pediria não mais medidas aflitivas, mas profiláticas ou de defesa proporcionais ao perigo representado pelo indivíduo. Os juristas, adeptos da escola clássica, rejeitaram essas ideias por se mostrarem incompatíveis com o direito de punir, uma vez que eram contrárias à doutrina do livrearbítrio. Além disso, a ideia de indeterminação da pena deixava espaço para arbitrariedades por parte do poder judiciário. No entanto, em uma classe especial de criminosos, os criminosos-loucos e os semi-responsáveis, tiveram aplicação na forma da medida de segurança, permitindo que o direito penal controlasse seus atos (PEREZ e NERY, 2002, p.345)

A medida de segurança instaura no direito penal a possibilidade de lidar com a loucura por meio de uma atuação que se disfarça de tratamento e se diz assistência desprovida de aflição ao doente mental. Contudo, o seu caráter indeterminado revela que é, na verdade, ainda mais cruel. Assim, respeitando o tempo mínimo estabelecido por lei o documento o compilado de leis penais do estado novo confere poder discricionário ao juiz para lidar da maneira como melhor entender. (PEREZ e NERY, 2002)

Os autores ainda apontam que o conflito entre o saber/poder jurídico e o saber/poder psiquiátrico continua uma vez que esse está sempre otimista quanto à cessação da periculosidade (afinal é medida de sucesso para eles: o tratamento que deu certo), enquanto aquele compreende sempre que uma observação e um tratamento mais demorado são maiores garantias de que o paciente não mais voltará a delinquir.

5. O PROBLEMA JÁ EXAUSTIVAMENTE DENUNCIADO

Diante dos panoramas históricos dos mecanismos de poder e organização da sociedade contemporânea e do lastro normativo deixado por ela no Brasil, percebe-se que, no país, a associação perversa e preconceituosa entre sofrimento mental e periculosidade surgiu da própria disputa de poder entre o sistema de poder jurídico e o sistema de poder psiquiátrico, mas o que chama a atenção é que a atuação de outros poderes democráticos é parca se não nula diante desse conflito que claramente tem implicações de saúde pública relacionadas aos seres humanos que estão sob a guarda do estado.

Há poucas narrativas envolvendo a atuação do poder legislativo (e mesmo assim só quando o poder judiciário o provoca para instituir alguma situação que lhe interesse) e quase nenhuma menção a atuação do poder executivo nessa situação, o qual é estranhamente responsável pela promoção de políticas de segurança pública e, por conseguinte, diretamente competente para lidar com a dita periculosidade do paciente sob custódia do estado.

Nessa perspectiva, vê-se que o problema da Medida de Segurança é de caráter sistêmico e possui em seu âmago a cristalização de uma série de preconceitos que ensejam tão somente na solução simplista da segregação que fomentam a arbitrariedade das autoridades públicas e, por conseguinte, a falta de compromisso com interesses e ideais democráticos.

A fim de demonstrar isso, a seguir promover-se-á uma análise de 2 Obras acadêmicas que além de denunciar a arbitrariedade do poder público, nos fazem pensar em como o inchaço do poder judiciário devido à inércia dos demais poderes é um fator crítico para a compreensão de como a Medida de Segurança somente favorece a manutenção de realidades de morte dessas pessoas que não são mais valiosas para a sociedade de consumo.

Caroline Guidis Gentil em sua Dissertação de Mestrado em Psicologia Social pela PUC-SP “Crime e loucura: problematizações sobre o louco infrator na realidade do Distrito Federal”, visa à elaboração de um perfil psicológico e social para compreender melhor maneiras de lidar e tratar os pacientes judiciários condenados à Medida de Segurança no Distrito Federal. Para tanto, ela se dirige a uma entidade especializada nisso para obter dados com que possa trabalhar e traçar este perfil, qual seja a Seção Psicossocial da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal.

Durante a pesquisa, a autora nota que existe uma arbitrariedade muito proeminente nos laudos periciais que dizem respeito aos pacientes associada a uma parca e contraditória documentação sobre a trajetória de vida de cada um deles.

Ora é defendido que estas pessoas devem permanecer presas porque são doentes mentais. Ora é defendido que a doença mental é o que as caracteriza como perigosas. Quais seriam os critérios específicos na utilização do conceito do exame de periculosidade? Qual o critério de melhora dos internos? Qual a visão de loucura dentro do sistema judiciário? Afinal de contas, porque o hospital de custódia e

tratamento judiciário se mantém? A ausência de dados, no nosso entender, se deve à construção sócio-histórica do imbricamento conceitual da loucura e da periculosidade, que objetifica o personagem louco infrator[...]. Tal objetivação cria o argumento para a segregação, promovendo a invisibilidade desses sujeitos, que, em última instância querem ser esquecidos pela sociedade. São sujeitos invisíveis na instituição até onde, em tese, deveria ser uma instituição que promoveria o seu cuidado. (GENTIL, 2012 p.65)

Nesse cenário, a autora constata que os laudos periciais feitos pelos experts do comportamento humano e da saúde da mente humana sequer desenvolvem uma argumentação coerente que muda de paciente para paciente sem a adoção de critérios objetivos, mas dotada de extrema subjetividade de profissionais que sucumbiram a uma mentalidade determinista do portador de sofrimento mental dentro do sistema carcerário influenciados pelos racismos biopolíticos presentes nas teorias modernas do direito penal e da ciência psiquiátrica. Dessa forma, a estudiosa revela também que não há um critério objetivo que consiga mensurar a periculosidade do portador de sofrimento mental ou de qualquer outra sentenciado, ou cidadão não processado pelo estado.

Se a obra de GENTIL (2012) informa a falta de critérios de determinação do que é a periculosidade e de como medi-la, bem como da arbitrariedade dos profissionais da saúde mental no embasamento do produto maior de seu saber no âmbito criminal, que é o laudo de cessação de periculosidade, de outro lado, a obra “Crime e Psiquiatria Uma saída: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança” de Virgílio de Matos, aponta um dilema legal e estrutural muito grave, que é a atuação do poder judiciário mesmo quando diante do laudo de cessação de periculosidade.

MATOS (2015), em sua tese de doutorado, aponta que o judiciário, mesmo quando diante do laudo apontando a cessação do conceito

etéreo de periculosidade, nega a desinternação condicional e o fim da Medida de Segurança a seus pacientes com base nos mesmos critérios de determinismos biológicos já citados. Ao expor 10 diferentes casos em sua obra, todos eles de pessoas analfabetas ou semianalfabetas, a maioria delas lavradores, o teórico explana como o poder judiciário não só nega a prestação jurisdicional que é direito subjetivo do sentenciado como prorroga cruelmente um ‘tratamento’ que mais faz mal do que bem, que mais adoecer que cura o paciente judiciário.

As justificativas para tanto são das mais variadas frivolidades e acrobacias argumentativas a fim de defender a ideologia do poder de punir, as quais vão desde a utilização de outros laudos anteriores (o primeiro que declarou a inimputabilidade) em vez daquele mais recente que declarou a cessação de periculosidade, passando pela ausência de família ou de grande distância até a assistência psicológica mais próxima a cidade em que residia o paciente, até a simples valoração pessoal da gravidade da conduta inconsciente cometida pelo agente.

MATOS (2015), munido do referencial teórico de Foucault sobre a loucura e o crime, denuncia no sistema judiciário uma negativa sistêmica da prestação jurisdicional, a qual acontece devido à falta de recursos de saúde mental pelo poder público para atender a essas pessoas que não tem como reivindicar tais direitos de assistência à saúde, porque a partir do momento em que são declarados inimputáveis a marca da periculosidade extirpa da realidade a existência desses corpos. Verifica-se, assim, uma flagrante política de morte promovida pelo próprio poder judiciário que tem como dever fazer cumprir a lei e as garantias existentes em nossa ordem constitucional.

Logo, percebe-se que, na disputa de poder entre o sistema jurídico e o sistema psiquiátrico, o único que perde é o paciente e que nesta disputa todos os outros poderes permitem que o judiciário avoque responsabilidades que a ele não pertencem e, ao arripio da lei, essa instituição promove maneiras de reprodução de realidades de morte. Atente-se que não se trata sequer de omissão, mas sim de ação comissiva do estado que promove a morte social dessas pessoas sob o pretexto da defesa social.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que fora exposto, percebe-se que o poder psiquiátrico consolidou-se no Brasil a partir da publicação da reforma do código criminal do império em 1890 após o fim da escravidão. Contudo, na disputa de poder e de área de atuação com as presenças juristas do país o poder psiquiátrico teve de submeter os seus saberes ao poder jurídico principalmente no que concerne à internação de doentes mentais que cometem condutas delituosas.

Além disso, constata-se uma subjetividade e arbitrariedade enorme em ambos os saberes que disputaram espaço de poder de modo que a aplicação, a manutenção e a cessação da Medida de Segurança desafia a qualquer critério de segurança jurídica tão apreciada pelo nosso ordenamento jurídico. Para além disso, um desafio hercúleo não só para a segurança jurídica, mas até mesmo para a manutenção das instituições democráticas apresenta-se no fato de o poder judiciário avocar para si a atribuição de realizar decisões políticas para a garantia da segurança pública sendo que tal atribuição nada lhe diz respeito e é de competência do poder executivo.

Quanto mais o poder judiciário nega a prestação jurisdicional, se esquivando de conceder o direito subjetivo do paciente de ver-se liberado das restrições institucionais colocadas pelo estado, mais ele reproduz realidades de morte física e social para essas pessoas que por não terem mais caráter produtivo para a sociedade são considerados cidadãos de 2ª categoria e podem, por isso ser descartados. Para mais, o judiciário dessa maneira somente impede a atuação de políticas públicas eficazes que promovam o acompanhamento adequado para essas pessoas que já tem atestado pelo saber médico que podem retornar ao convívio social tomando os cuidados necessários para com a saúde, assim como qualquer outro cidadão. Destaca-se que a própria psiquiatria afirma categoricamente que não é possível realizar previsões acerca da periculosidade de pessoas sãs e nem muito menos de pessoas com sofrimento mental.

Diferente do que defende Virgílio de Matos, não se acredita que a responsabilização do judiciária seja o caminho mais adequado para a solução da controvérsia, mas a comunicação e compartilhamento de atribuições junto ao poder executivo e ao poder legislativo é a melhor saída. Isso, porque não se pode esquecer que é obrigação do estado promover a saúde pública, a mental incluída, bem como a promoção de políticas públicas de segurança. Cabendo ao judiciário sim a custódia do paciente enquanto for pertinente a medida de segurança, mas o seu tratamento é situação que diz respeito ao médico responsável pelo caso e não ao juiz que não sabe de tudo, mas deve saber o direito e principalmente seus limites na vida privada dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

COSTA Júnior, José. Como viver depois de Darwin?: limites e possibilidades das abordagens evolucionistas da moralidade / José Costa Júnior. Orientadora: Telma de Souza Birchal. Tese (doutorado) – **Universidade Federal de Minas Gerais**, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte. 2017. 187 f.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: WMF, 2019. 269 p. ISBN 9788578273002.

FOUCAULT, Michel. **O poder psiquiátrico**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ISBN 8533622767.

GENTIL, Carolina Guidi – Crime e loucura: problematizações sobre o louco infrator na realidade do Distrito Federal. Orientadora: Maria Cristina Gonçalves Vicentin. Dissertação (mestrado) – **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, Programa de estudos pós-graduados em psicologia social. São Paulo. 2012. 102 p.

MATOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria uma saída**: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 238 p. ISBN 8571063656.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 edições, 2018. 71 p. ISBN 9788566943504.

PERES, M. F. T. e NERY FILHO, A.: A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, vol. 9(2):335-55, maio-ago. 2002.

A ANÁLISE DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS E A HIPÓTESE DE TREDESTINAÇÃO LEGAL DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS: DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO – DRU

Lorraine Pereira dos Santos¹

RESUMO: O tema a ser apresentado neste artigo refere-se a análise dos tributos, ou melhor, das espécies tributárias. Isto porque, o objetivo deste trabalho é o entendimento dessas espécies no sistema tributário nacional sob a ótica das características que lhes são próprias, de sua função e para quê tais tributos se destinam. Compreendido o escopo de cada espécie, partir-se-á para a análise crítica das contribuições especiais ante a Desvinculação de Receitas da União – DRU, uma hipótese de tredestinação legal que, inicialmente, possuía um caráter puramente temporário, porém, permaneceu presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Emenda Constitucional de Revisão nº 1/1994.

Palavras-chave: Tributos. Espécies. Contribuições Especiais. Finalidade. Destinação. Constituição. Desvinculação de Receitas da União – DRU.

1. INTROITO

Para o estudo do direito tributário no Brasil, há de se entender o que é tributo (gênero) e quais são as suas espécies. De início, compreende-se como sendo as espécies tributárias: os impostos, as taxas, as contribuições demelhoria, o empréstimo compulsório e, por último, as contribuições especiais. Essa divisão das espécies tributárias advém da teoria pentapartida, que é adotada no ordenamento jurídico brasileiro para a determinação do que seria considerado como tributo.

¹ Graduanda em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); exerceu atividades de monitoria em: Direito Civil (Parte Geral); Direito Civil (Obrigações); Direito Civil (Contratos); Teoria Geral do Processo (TGP); e, Processo Civil I (Processo de Conhecimento e Tutelas).

Da análise das espécies tributárias, percebe-se que, no âmbito das contribuições especiais, – que se subdivide-se em: Contribuições Sociais/Especiais; Contribuições de Intervenção do Estado Sobre o Domínio Econômico – CIDE; Contribuições de Interesse de Categorias Profissionais ou Econômicas; e, nas Contribuições de Iluminação Pública – COSIP, – há três pontos controversos a serem observados relativos as contribuições especiais/sociais, cuja função primordial é financiar a seguridade social, como a saúde, a previdência e a assistência social.

O primeiro está relacionado com a natureza desse tributo, isto é, das características que lhes são próprias, sendo, neste caso, a sua finalidade e a sua destinação². O segundo ponto possui relação com o desvio do produto da arrecadação dessa espécie tributária, fazendo ser necessário discorrer a respeito de suas duas modalidades, a destinação e a redestinação. Já o terceiro ponto controverso está ligado ao que se comina chamar de Desvinculação de Receitas da União – DRU, uma redestinação lícita e totalmente antagônica à própria natureza das contribuições especiais/sociais, porém, plenamente possível por estar prevista no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito a essa espécie tributária³.

Vale ressaltar que essa hipótese de redestinação legal advém do artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, determinando que 30% da arrecadação da União relativa às contribuições especiais/sociais estão desvinculadas de órgão, fundo ou despesa⁴.

2 COSTA, Alexandre Freitas. 1. A Desvinculação das Receitas da União face aos aspectos de finalidade e destinação das Contribuições Especiais. In: Alexandre Freitas Costa; Flávio Couto Bernardes. (Org.). CONSTITUIÇÃO FEDERAL: 30 anos o moderno Direito Constitucional Tributário. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018. Cap. 1. p. 14 – 24.

3 COSTA, Alexandre Freitas. 1. A Desvinculação das Receitas da União face aos aspectos de finalidade e destinação das Contribuições Especiais. In: Alexandre Freitas Costa; Flávio Couto Bernardes. (Org.). CONSTITUIÇÃO FEDERAL: 30 anos o moderno Direito Constitucional Tributário. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018. Cap. 1. p. 19.

4 Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais,

Feitas tais considerações, ao estabelecer essa desvinculação, surge o problema a ser estudado por este artigo: como um tributo cuja disposição deve estar expressa na lei, que possui uma finalidade e uma destinação certa (custear a seguridade social), pode determinar que 30% de sua arrecadação estaria desvinculado de órgão, fundo ou despesa? Não seria tal disposição legal totalmente antagônica à própria natureza das contribuições especiais?

Este questionamento se justifica a partir do estudo das espécies tributárias, oportunidade em que se verifica que, em específico, a chamada contribuição especial possui natureza jurídica vinculada a lei instituidora, pré – fixando a sua finalidade e qual seria a sua destinação, sendo que somente em 1994 sobreveio disposição em contrário desvinculando parte de sua destinação.

Nesta toada, o objetivo geral do presente artigo é a compreensão do todo no que se refere às espécies tributárias, a fim de se extrair a sua principal natureza, para, somente assim, analisar de maneira pormenorizada a contribuição especial/social ante a disposição totalmente antagônica da Desvinculação de Receitas da União – DRU.

No mais, tem-se, também, como objetivos específicos, a conceituação de tributos e a análise de suas espécies; as suas características; a sua função no sistema tributário nacional; e, também, para quê tais tributos são utilizados. Ainda, em continuidade, verificar-se-á como foi possível legalizar um instituto jurídico contrário àquele estabelecido anteriormente pela lei e de natureza totalmente diversa, sendo este aquele relativo às contribuições especiais.

Além disso, o presente artigo tem, como referencial teórico, os autores Alexandre Freitas Costa e Flávio Couto Bernardes, com o livro “Constituição Federal: 30 Anos e o Moderno Direito Tributário”, de onde foram extraídos dois capítulos: o primeiro chama-se “A Desvinculação de Receitas da União face aos aspectos de finalidade e destinação das contribuições especiais” do professor e organizador do

sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

referido livro, Alexandre Freitas Costa; o segundo capítulo intitula-se “A DRU, o federalismo fiscal e a fraude à constituição” do professor e doutor em direito Onofre Alves Batista Júnior e da mestre em direito Marina Soares Marinho. Para além desses autores, tem-se a mestre em direito Débora Ottoni Uébe Mansur com o artigo “A Desvinculação de Receitas da União e o seu Reflexo Sobre as Contribuições Especiais”.

Já a metodologia a ser utilizada para a elaboração desse trabalho é o método dedutivo a partir da pesquisa descritiva. Assim, será analisado e trabalhado sobre todo o tema relacionado aos tributos, buscando-se compreender a disposição relativa à Desvinculação de Receitas da União – DRU ante as contribuições especiais.

2. TRIBUTO E SUAS ESPÉCIES

De início, há de se determinar o que seria tributo para, somente dessa forma, abordar as suas espécies, características, funções e para que tais tributos são utilizados.

De acordo com o artigo 3º do Código Tributário Nacional – CTN “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Nesta toada, o professor Aliomar Baleeiro interpreta tal artigo no sentido de que “o Código Tributário Nacional adotou a teoria segundo a qual tributos se caracterizam pelo caráter compulsório e, para distingui-los das multas e penalidades, inseriu a cláusula que não constitua sanção de ato ilícito” (BALLEIRO; ABREU MACHADO DERZI, 2018).

Desse conceito, entende-se que o tributo, a bem da verdade, é o gênero, dos quais são espécies os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, o empréstimo compulsório e as contribuições especiais. No entanto, nem sempre foi assim. Na realidade, tal subdivisão das espécies tributárias advém da classificação acolhida pelo Supremo

Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 146.733, a chamada teoria pentapartida.

Ainda sobre a teoria adotada, o professor Alexandre Freitas Costa em seu livro “Constituição Federal: 30 Anos o Moderno Direito Constitucional Tributário”, apresenta que há três critérios classificatórios da teoria pentapartida. O primeiro corresponde à vinculação que poderá (não necessariamente deve estar presente) existir do fato gerador do tributo a uma atividade do Estado; o segundo diz que deverá existir uma finalidade para a exigência da obrigação tributária; já o terceiro possui ligação com o caráter de restituição do tributo ao contribuinte, que poderá ou não existir⁵.

Compreendido o conceito de tributo, sua classificação e a teoria adotada, há de se discorrer, separadamente, a respeito de suas espécies para, somente depois, abordar a chamada Desvinculação de Receitas da União – DRU e sobre a problemática a que este artigo pretende enfrentar.

2.1 IMPOSTOS

Pelo artigo 16 do Código Tributário Nacional – CNT “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Com isso, entende-se que o imposto é um tributo não vinculado a qualquer atividade relacionada ao Estado, seus órgãos, fundos ou despesas (princípio da não afetação do imposto).

Em síntese, o imposto terá como função primordial o financiamento das necessidades públicas gerais, não específicas, não contraprestativas e cuja validade para arrecadação e competência para tanto está disposto na própria Constituição Federal de 1988. É

5 COSTA, Alexandre Freitas. 1. A Desvinculação das Receitas da União face aos aspectos de finalidade e destinação das Contribuições Especiais. In: Alexandre Freitas Costa; Flávio Couto Bernardes. (Org.). CONSTITUIÇÃO FEDERAL: 30 anos o moderno Direito Constitucional Tributário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. Cap. 1. p. 13.

importante destacar que o contribuinte, ao pagar o referido imposto, não terá uma devolução direta pelo Estado, uma vez que o pagamento será revestido ao benefício de toda a coletividade, e não para aquele contribuinte de forma individualiza.

Além disso, sua instituição se dá mediante lei e todos os entes federados são competentes, tanto para instituí-los, quanto para cobrá-los. Faz-se válido destacar também que o imposto terá caráter pessoal e, sempre que possível, o Estado observará a capacidade econômica do contribuinte para realizar a sua cobrança⁶.

2.2 TAXAS

De modo diverso dos impostos, a taxa é uma espécie de tributo vinculado a determinada atividade, possuindo caráter contraprestativo, cuja função primordial está relacionada com o exercício do poder de polícia ou pela utilização de serviços públicos específicos ou divisíveis, prestados diretamente ao contribuinte ou, simplesmente, colocado a sua disposição.

Além disso, sua criação se dá por lei e todos os entes da federação são competentes para sua instituição e cobrança. Nesse mesmo sentido, uma outra característica das taxas que a difere dos impostos seria o fato de que a cobrança está direcionada a contribuintes individualizados, e não universais.

Tal concepção advém do artigo 145, inciso II, da Constituição Federal de 1988, transcrito a seguir:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II – Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela

⁶ Art. 145, §1º, CR/88: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: §1º: Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Dito isso, percebe-se que existem duas hipóteses em que poderá existir a cobrança da taxa: a primeira refere-se ao poder de polícia e a segunda possui relação com a utilização dos serviços públicos. Cumpre destacar que, em ambos os casos, as taxas não poderão ter base de cálculo ou fato gerador que sejam próprias do imposto. No entanto, poderão ter as mesmas alíquotas, pois não há nenhuma limitação neste sentido.

Seguindo por esse raciocínio, no que diz respeito ao poder de polícia, o Código Tributário Nacional (CTN) trás a sua conceituação no artigo 78, segundo o qual:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Já em relação aos serviços públicos, cuja prestação é realizada pelo próprio ente federativo sem que haja, apesar de seu caráter contributivo em dinheiro, a intenção de lucro, há de se distinguir o

que seria serviço público utilizado pelo contribuinte de forma efetiva ou potencial, específica ou quando este é divisível.

Para isso, faz-se necessário a leitura do artigo 79 do Código Tributário Nacional (CTN):

Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se: I – utilizados pelo contribuinte:

- a. efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
- b. potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II – específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas; III – divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Ainda no que diz respeito aos serviços públicos que ensejam a cobrança da taxa, resta destacar que, mesmo que o contribuinte não faça o uso efetivo daquele serviço, o ente instituidor da taxa poderá, ainda assim, realizar a cobrança de forma independente de sua utilização. Isto porque, o serviço público prestado pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, foi colocado à disposição do contribuinte (potencialmente utilizado), sendo válida a sua exação.

2.3 CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Como o nome dessa espécie tributária já pressupõe, a contribuição de melhoria possui como função primordial o custeio de obras públicas que faz nascer uma valorização imobiliária⁷. Da mesma

⁷ Art. 145, III, CR/88: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: III – Contribuição de melhoria, decorrente

forma dos impostos e das taxas, todos os entes da federação poderão, tanto instituir tal contribuição de melhoria, quanto cobrá-las. Contudo, somente o ente que realizou a obra de valorização terá competência para fixar e realizar a sua cobrança.

Nesses termos, Carlos Roberto de Miranda Gomes e Adilson de Castro, na obra “Curso de Direito Tributário”, esclarecem que:

“Na discriminação constitucional do nosso Sistema Tributário, ocupa a contribuição de melhoria a terceira posição, cuja cobrança encontra fundamento no princípio do benefício e do não-enriquecimento injusto. Ora, se o Estado responde pelos danos que causar aos particulares, nada mais correto que esses mesmos particulares devam ressarcir o erário público pelo acréscimo de valor trazido aos seus bens imóveis, em razão da realização de uma obra pública. É verdade que toda obra pública beneficia a coletividade em geral, mas, em determinadas circunstâncias, há o favorecimento maior a certa classe de pessoas. Desses é que o Estado buscará o tributo” (MIRANDO; CASTRO, 2000.p. 181 – 183).

Tal definição também decorre da legislação tributária que, além de discriminar a função desse tributo e fixar a sua competência, também determina os requisitos que devem, necessariamente, serem cumpridos para que haja a cobrança da contribuição de melhoria, como, por exemplo, a publicação prévia, anterior a obra, de um memorial descritivo; de seu orçamento; da parcela do custo da obra que será custeada pela contribuição; da delimitação da zona beneficiada; e, por último, a determinação do fator de sua absorção.

Vide leitura dos artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional (CTN):

de obras públicas.

A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:

I – publicação prévia dos seguintes elementos:

- a. memorial descritivo do projeto;
- b. orçamento do custo da obra;
- c. determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;
- d. delimitação da zona beneficiada;
- e. determinação do fator de absorção do benefício da valorização paratoda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas;

II – fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior;

III – regulamentação do processo administrativo de instrução e julgamento da impugnação a que se refere o inciso anterior, sem prejuízo da sua apreciação judicial.

§ 1º A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra a que se refere a alínea c, do inciso I, pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

§ 2º Por ocasião do respectivo lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo.

Pela leitura dos artigos, verifica-se que, para que haja a instituição e cobrança da contribuição de melhoria, os entes deverão seguir todos os requisitos necessários a garantir a legalidade do tributo a ser exigido dos contribuintes. E, diga-se de passagem, todos esses requisitos colocados pelo legislador, de alguma forma, inibe a arbitrariedade de se criar e cobrar essa contribuição.

2.4 EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

Agora, há de se tecer comentários a respeito do empréstimo compulsório, uma das espécies tributárias que tem como função o custeio de despesas extraordinárias, advindas de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

Então, sobrevindo alguma das situações acima mencionada, o Estado poderá cobrar a exação do contribuinte e, depois, terá que aplicar os recursos decorrentes dessa exação em benefício do próprio contribuinte. Assim, em um primeiro momento, o Estado será o sujeito ativo da relação tributária e o contribuinte o sujeito passivo; depois invertem-se os papéis, passando o sujeito ativo ser o próprio contribuinte e o sujeito passivo o Estado.

Cumprе destacar que, diferentemente dos impostos, taxas e das contribuições de melhoria, no empréstimo compulsório a competência para fixar e cobrar tal tributo está restrito a apenas um ente, qual seja, a própria União, através de Lei Complementar. Para maior entendimento das suas hipóteses e demais características, faz-se necessário a leitura do artigo 148 da Constituição Federal de 1988 e do artigo 15 do Código Tributário Nacional (CTN), que seguem transcritos abaixo, respectivamente:

A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, “b”.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:

I - guerra externa, ou sua iminência;

II - calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;

III - conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo. Parágrafo único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta Lei.

Após a leitura de ambos os artigos, é importante fazer três observações. A primeira possui relação com o inciso I e II, tanto da legislação tributária, quanto da Constituição Federal, no que se refere a instituição do empréstimo compulsório nos casos de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência, porque, nesses casos, pode ser realizada a cobrança imediata do contribuinte sem que haja a obrigação de se observar os princípios da anterioridade ou da anterioridade nonagesimal. De modo diverso, sendo motivado a cobrança do referido tributo para investimentos públicos de caráter urgente e de relevante interesse nacional, deve-se observar os dois princípios.

A segunda observação é referente ao inciso III do Código Tributário Nacional - CTN, que determina como sendo uma das possibilidades de instituição de empréstimos compulsórios, a “conjuntura que exija a absorção temporária do poder aquisitivo”.

Porém, o Projeto de Lei Complementar nº 443 de 2017, revoga o referido inciso, não havendo mais a possibilidade de que a União institua o empréstimo compulsório sob a presente justificativa.

Já a terceira observação refere-se ao parágrafo único da do artigo 148 da Constituição Federal, ante o seu aspecto de finalidade e destinação, importando dizer que, se houve a criação do empréstimo compulsório para custear despesas emergenciais, a aplicação de seus recursos não poderá ter natureza diversa daquela finalidade instituída pela lei que o fixou.

2.5 CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

Para finalizar a análise acerca das espécies tributárias, há de se discorrer a respeito das contribuições especiais e, para isso, é essencial a compreensão do seu conceito; de suas características (finalidade e destinação); das hipóteses de desvinculação de suas receitas (adestinação e trestinação); e, por fim, será tratado a respeito de suas quatro sub-espécies.

De início, tem que ser determinado o que seria este tributo, porém, o ordenamento jurídico brasileiro sempre divergiu no sentido de considerar ou não a contribuição especial como tal. Isso fez com que houvesse diversas alterações de sua natureza, motivo pelo qual, em um primeiro momento, era considerado como tributo; após a Emenda Constitucional nº 7/77 passou a não mais fazer parte desta categoria; e, após a Constituição Federal de 1988, retornou, novamente, a ser considerado como tributo.

Nesse sentido, a contribuição especial nada mais é do que o financiamento de determinadas atividades e gastos públicos específicos. Se assim o é, será considerado como tributo por possuir uma determinada finalidade (financiar gastos públicos específicos); ter o seu próprio fato gerador; se sujeitar aos princípios tributários relativos à sua legalidade, irretroatividade e anterioridade; ser compulsório e vinculado; instituído por lei e não ser considerado

como uma forma de sanção. Sendo assim, não existe qualquer ofensa ao conceito de tributo estipulado no artigo 3º do Código Tributário Nacional – CTN⁸.

Com efeito, entendido o seu conceito e porque deve ser considerado um tributo, há de se fazer observações acerca das características que lhes são próprias. Como visto no âmbito das espécies tributárias, todos os tributos possuem uma característica que os distinguem dos demais.

No caso dos impostos, seria a não vinculação a qualquer atividade estatal e o seu caráter não contraprestativo, já que sua receita é revestida em benefício de toda a sociedade; no caso das taxas, seria a sua vinculação e a contraprestação existente em razão do exercício do poder de polícia ou do uso de serviços públicos específicos e divisíveis; no caso das contribuições de melhoria, seria o custo de obras públicas que decorram de valorização imobiliária; e, no caso dos empréstimos compulsórios, seria o custeio de despesas extraordinárias, como calamidade pública, guerra externa ou a sua iminência e nos casos de investimento público de caráter urgente.

E no que se refere às contribuições especiais? Neste caso, há de tecer comentários a respeito de duas características. A primeira, refere-se à finalidade dessas contribuições especiais, importando dizer que o Estado estará submetido à aplicação dos valores daquela contribuição especial às finalidades que fundamentou a sua cobrança e/ou instituição; já a segunda característica refere-se a sua destinação, isto é, a contribuição especial terá uma destinação certa e determinada, sendo essa aquela relacionada finalidade que fora, anteriormente, estabelecida pela lei que a instituiu.

Com isso, presume-se que o produto da arrecadação da contribuição especial possui certa e determinada finalidade e destinação. Contudo, também poderá existir o desvio de produto de

⁸ Art. 3, CTN: Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

sua arrecadação de maneira ilícita, nas chamadas “adestinação” e “tredestinação”.

Por seu turno, a adestinação é o desvio da totalidade da arrecadação, hipótese em que não será aplicado nenhum recurso àquela finalidade antes estabelecida pela própria lei que legitimou a cobrança daquela contribuição especial. Lado outro, a tredestinação ocorre quando há o desvio da parcela do produto arrecadado pela contribuição especial para uma finalidade diversa daquela antes imposta.

Feitas tais ponderações, será tratado, agora, a respeito das quatro sub-espécies de contribuições especiais, quais sejam: a) as Contribuições Sociais/Especiais; b) as Contribuições de Intervenção do Estado Sobre o Domínio Econômico – CIDE; c) as Contribuições de Interesse de Categorias Profissionais ou Econômicas; e, d) as Contribuições de Iluminação Pública – COSIP.

Antes, contudo, vale evidenciar que astrês primeiras possuem previsibilidade no artigo 149 da Constituição Federal e a última está prevista no artigo 149-A do mesmo diploma legal. Veja:

Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002).

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

Pela dicção do artigo 149, caput, da Constituição Federal, percebe-se que o legislador cuidou de estabelecer que as contribuições especiais alimentacionadas deverão observar os princípios relativos à legalidade, irretroatividade e anterioridade. Já pela leitura do artigo 149-A do mesmo diploma legal, entende-se que a contribuição especial de iluminação pública deverá observar os princípios da legalidade e da anterioridade.

Desse modo, realizadas as ponderações acerca das contribuições especiais, agora será tratado a respeito da primeira sub-espécie desse tributo, a intitulada Contribuição Social/Especial.

A referida contribuição possui como função principal o financiamento da seguridade social, ou seja, o seu objetivo/função é assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (Art. 194 e 195, CR/88)⁹. Sendo competente para instituir tal contribuição apenas a União, no entanto, existe uma exceção. Tal exceção assevera que os demais entes da federação poderão cobrar de seus servidores ativos, aposentados e pensionistas, contribuições para custear o próprio regime de previdência social, conforme dispõe o §1º do artigo 149 da própria Constituição Federal:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por meio de lei, contribuições para custeio

9 Art. 194, CR/88: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Art. 195, CR/88: A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – Do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social; III – sobre a receita de concursos de prognósticos; IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. = Essas são as contribuições sociais de forma direta.

de regime próprio de previdência social, cobradas dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões.

Já a segunda sub-espécie das contribuições especiais são as Contribuições de Intervenção do Estado Sobre o Domínio Econômico (CIDE).

Mencionada contribuição destaca-se por seu caráter extrafiscal, tendo em vista que a sua função é a intervenção do Estado sobre o domínio econômico e não a própria arrecadação de receita. Além disso, o ente competente para a sua instituição será apenas a União, através de lei ordinária ou, até mesmo, de medida provisória. Porém, se o fizer através de medida provisória, deverá produzir efeitos somente no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei.

E, para que tal contribuição seja válida e totalmente constitucional, sua finalidade deve ser certa, determinada e não pode ser realizada de forma arbitrária pelo Estado, devendo possuir amparo nos princípios de ordem econômica traçados no artigo 170 da Constituição Federal:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – Soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno

porte constituídassob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Seguidamente, a terceira sub-espécie de contribuição especial são as Contribuições de Interesse de Categorias Profissionais ou Econômicas.

A função principal dessa contribuição está associada ao custeio de atividades profissionais dos órgãos cooperativos, sindicatos e órgãos representativos de classes, tal como a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, entidade essa que, dentre suas funções, fiscaliza a conduta ética de seus profissionais. Além disso, a competência para instituir tal contribuição é da própria União, através de lei ordinária, sendo certo que o valor arrecadado por esse tributo será revestido ao benefício dos próprios órgãos cooperativos, não sendo aplicado aos cofres estatais pertencentes ao ente instituidor.

Por fim, tem-se última sub-espécie de contribuição especial, sendo as Contribuições de Iluminação Pública – COSIP.

Antes de adentrar ao assunto relativo à sua função, característica e para quê tal contribuição é instituída, destaca-se que houve a tentativa de considerar tal tributo como taxa. Porém, não se viu por cumpridos os requisitos relativos a especificidade e a divisibilidade, fato que fez com que tal tributo fosse considerado uma contribuição¹⁰.

Dito isso, segue-se que tal contribuição tem por função o custeio de serviços de iluminação pública, podendo ser instituído por apenas dois entes: os Municípios e o Distrito Federal, através de lei própria. Na oportunidade, será determinado o seu fato gerador, a sua base de cálculo e a sua alíquota, ficando a cargo dos entes competentes

10 Súmula nº 670 do Supremo Tribunal Federal – STF – 09/10/2003: Tributário. Iluminação pública. Remuneração mediante taxa. Inadmissibilidade. Súmula Vinculante 41/STF. CF/88, art. 145, II: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

escolherem se a cobrança será realizada na própria fatura de energia elétrica ou de maneira diversa.

3. DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO – DRU

Cumprido o primeiro objetivo do presente artigo no que concerne a compreensão do todo relativo à análise das espécies tributárias e, em específico, da análise pormenorizada a respeito das contribuições especiais, partir-se-á para o segundo objetivo, que corresponde ao entendimento da hipótese de tredestinação legal das contribuições especiais/sociais, ou seja, a chamada Desvinculação de Receitas da União – DRU, o ponto principal do presente trabalho.

Para tanto, faz-se necessário saber a sua origem e o que seria tal Desvinculação de Receitas da União – DRU; bem como o porquê da controvérsia existente entre a desvinculação e a contribuição especial frente a sua característica de finalidade e destinação (tredestinação). Para, a partir dessas inferências, poder responder o problema a que este artigo se propõe.

De início, pontua-se que a Desvinculação de Receitas da União – DRU teve sua origem em 1994 com o nome de “Fundo Social de Emergência – FSE”, logo após o Plano Real. Tal instituto fora criado através da Emenda Constitucional nº 1/94 e teve como função a estabilização econômica, ou melhor, a manutenção de gastos públicos da época, desvinculando 20% de todos os impostos e contribuições de competência da União pelo prazo de um ano.

Por não ter logrado êxito no objetivo traçado anteriormente, no ano de 1996 sobreveio a Emenda Constitucional nº 10/96, alterando o prazo anteriormente estabelecido e determinando que tal instituto se faria presente até o ano de 1997, passando a se denominar de “Fundo de Estabilização Fiscal – FEF”. Já no ano de 1997 editou-se novamente o prazo através da Emenda Constitucional nº 17/97, fazendo com que fosse prorrogado a sua duração até o ano de 1999.

Portanto, como o próprio histórico já pressupõe, viram-se novas alterações de prazos e, no ano de 2000, editou-se a Emenda

Constitucional nº 27/2000, que adiou novamente o seu prazo e trocou a sua nomenclatura para a então conhecida “Desvinculação de Receitas da União – DRU. Não obstante, no decorrer dos anos, houve outras tantas emendas constitucionais cujo o principal intuito foi a prorrogação do prazo de tal desvinculação.

Atualmente, após a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 31/2016, a Desvinculação de Receitas da União – DRU estará vigente até o dia 31 de dezembro de 2023, desvinculando cerca de 30% da arrecadação da União no tocante às contribuições especiais/sociais.

Dessa forma, percebe-se que tal instrumento jurídico de caráter puramente temporário, como visto por cada emenda aprovada, segue vigente desde o ano de 1994, contando, dessa forma, com 28 anos de vigência até o ano de 2022.

Permanece, também, com o mesmo objetivo de reorganização das contas públicas, de estabilização da economia e o pagamento de dívidas. Por isso, no geral, a União poderá utilizar dessa desvinculação livremente, pois, conforme a dicção do próprio artigo 76, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, tal instrumento jurídico é desvinculado de órgão, fundo ou despesa:

São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

Vale evidenciar que, no início, havia a previsibilidade de partilha da desvinculação de receitas de caráter emergencial com os demais entes da federação. No entanto, com o atual cenário não existe qualquer destinação da receita arrecadada com os demais entes,

como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O que, diga-se de passagem, constitui uma clara violação ao pacto federativo¹¹ e ao sistema tributário nacional, tendo em vista que a sua estrutura pressupõe a partilha de receitas entre entes, não ficando a cargo ou em benefício de apenas um, que, neste caso, é a própria União.

Agora resta destacar o porquê da controvérsia existente entre a previsibilidade da Desvinculação de Receitas da União – DRU e a contribuição especial/social.

Conforme visto anteriormente, a contribuição especial possui duas características, a sua finalidade e a sua destinação, ou seja, a contribuição especial terá sua finalidade expressa na lei, é o que se pretende alcançar com aquele tributo. Nesse contexto, para que seja alcançado a certa e determinada finalidade, deve-se destinar os recursos de sua arrecadação àquela finalidade antes determinada, cumprindo o objetivo que fora traçado. Posteriormente, foram vislumbrado dois fenômenos que poderia ocorrer com a destinação das contribuições especiais, quais sejam, a adestinação e a treditinação.

Ambos os fenômenos são contrários ao que determina as características das contribuições especiais/sociais pois, se foram criadas para assegurar direitos relativos à seguridade social, como a saúde, a previdência e a assistência social, não poderia sobrevir norma em sentido diverso, determinando algo contrário ao que estabelece a própria natureza daquele tributo.

Porém, desde o ano de 1994 que o legislador entende que pode ser desvinculado parte da receita auferida pela contribuição especial/social. Por isso, inclusive, é chamada de treditinação legal, pois, apesar desse fenômeno ir contra ao próprio tributo, é plenamente legal

11 Art. 1º, CR/88: 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: I – A soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 18, CR/88: A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

por ter previsibilidade e por ter sido recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

E, dessa forma, retoma-se o problema deste artigo: como um tributo cuja disposição deve estar expressa na lei, que possui uma finalidade e uma destinação certa (custear a seguridade social), pode determinar que 30% de sua arrecadação estaria desvinculado de órgão, fundo ou despesa? Não seria tal disposição legal totalmente antagônica à própria natureza das contribuições especiais?

Bom, o legislador ao determinar que uma parcela do produto arrecadado das contribuições especiais/sociais estaria desvinculada de seu objetivo principal, fez nascer uma insegurança jurídica no que diz respeito à legalidade de suas normas. Afinal, se para que haja legalidade para cobrança dessa espécie tributária tem de existir o seu aspecto finalístico, não deveria sobrevir norma em sentido contrário.

Além disso, fere a própria Constituição Federal em três pontos distintos. O primeiro ponto refere-se à dupla característica das contribuições especiais ante a previsibilidade da Desvinculação de Receitas da União – DRU. Observados separadamente, percebe-se que a contribuição especial possui particularidades próprias, assim como as demais espécies tributárias. No caso da espécie em estudo, observa-se o seu aspecto finalístico, destinatário e vinculado a atividades relativas à seguridade social. Porém, já no que diz respeito a hipótese de tredestinação legal, percebe que este, a bem da verdade, possui características relativas aos impostos, por ser desvinculado de órgão, fundo ou despesa, podendo ser utilizado em benefício de toda a sociedade ou outra despesa que se achar necessária.

Já o segundo ponto possui relação com a hipótese de competência residual que poderia ter sido utilizada pelo legislador para instituir um imposto cujo o objetivo seria o de atingir o equilíbrio econômico e financeiro do país. Tal competência residual serve para instituir novos impostos, desde que seja mediante lei complementar; não faça parte do rol de impostos descritos no artigo 153 da Constituição Federal; que não seja cumulativo; e, ainda, não tenha fato gerador e/ou base de cálculo própria dos impostos previstos na Constituição Federal.

Vide leitura do artigo 154, inciso I e artigo 157, inciso II da Constituição Federal de 1998, segundo os quais:

A União poderá instituir:

I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.

Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

II – vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo artigo 154, I.

Por fim, o último ponto refere-se ao pacto federativo que fora inobservado com a previsão da Desvinculação de Receitas da União – DRU. Isso porque, conforme visto, a Constituição Federal e o sistema tributário nacional, em sua origem, se desenvolveu de maneira estruturada, com o objetivo de fazer valer o pacto federativo e partilhar as receitas auferidas entre os entes da federação, de forma a proporcionar o livre desenvolvimento de todos.

No entanto, a óbice encontrada pelo legislador para a criação de um imposto de competência residual estaria na obrigatoriedade da partilha de sua receita com os Estados e o Distrito Federal e, por isso, há a instituição de uma contribuição onde não existe qualquer previsão de partilha.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto, a análise dos tributos em espécie serviu para que fosse compreendido a sua característica, função e utilização. A partir daí, verificou-se que existe uma incoerência relativa às contribuições especiais, ante a sua hipótese de predestinação legal.

Com isso, tornaram-se perceptíveis as suas inconsistências, seja em relação à destinação, seja em face do não compartilhamento

da receita com os demais entes, ou, a confusão existente entre essa espécie tributária e os impostos e, também, a não utilização pelo legislador de uma competência residual que sanaria os problemas que rodeiam esse tributo.

Além de todas as inconsistências que envolvem a Desvinculação de Receitas da União – DRU, percebe-se que existe uma manobra ou um jogo de cintura do legislador para mantê-la presente permanentemente. Afinal, sempre que finda o prazo estabelecido anteriormente, sobrevém novo prazo ou, até mesmo, nova nomenclatura no intuito de induzir a erro quem está tomando conhecimento acerca da norma.

Na visão do professor Alexandre Freitas Costa, no livro “Constituição Federal: 30 Anos o Moderno Direito Constitucional Tributário” existem motivos que permeiam o crescimento das contribuições especiais no Brasil, fazendo com que fosse violado algumas das garantias do contribuinte, vejamos:

“Dois são os motivos indicados pelos autores para o crescimento das contribuições especiais: a) A não repartição da sua receita com os Estados; e b) A sistemática da Desvinculação de Receitas da União – DRU permitindo o desvio do produto de sua arrecadação descumprindo os aspectos de finalidade e destinação das contribuições especiais” (COSTA, Alexandre Freitas; BERNARDES, Flávio Couto; 2018, p.12).

“Este fenômeno viola duas garantias individuais dos contribuintes: a) A garantia de aplicação exclusiva do produto da arrecadação por meio da contribuição especial naqueles fins que lhe deram suporte fático; e b) A garantia decorrente da aplicação da competência residual para a instituição de novos impostos: Não cumulatividade e fato gerador ou base de cálculo distinto dos demais tributos discriminados no texto constitucional” (COSTA, Alexandre Freitas; BERNARDES, Flávio Couto; 2018, p. 25).

Já sob o ponto de vista de Onofre Alves Batista Júnior e Marina Soares Marinho, também do livro acima mencionado, a previsibilidade de uma desvinculação diante de todo cenário descrito nada mais é do que uma fraude à Constituição, vejamos:

“A instituição de contribuições seguidas da desvinculação de receitas, traduzem um claro intuito de fraudar a norma constitucional de partilha de receitas entre os entes da federação, flagrante ofensa ao princípio federativo (...). A “fraude à lei”, consagrada pelo direito e pela doutrina pátria, ocorre quando o agente, para escapar dos resultados previstos por uma norma específica (que deveria ser aplicada), se vale de outras para finalidade distinta (...). A fraude à lei, assim, pressupõe a presença de duas normas: Uma norma instrumento de cobertura e uma norma fraudada” (COSTA, Alexandre Freitas; BERNARDES, Flávio Couto; 2018, p. 257).

À sombra do entendimento de que a desvinculação de receitas nada mais é do que uma “fraude” – e por “fraude” tem-se um vocábulo que em latim significa *fraus* e é comumente utilizado para expressar a ideia de engano, trapaça, falsificação ou desonestidade – quando se coloca tal disposição em relação à criação de leis, ter-se-á um meio pelo qual o legislador adota artifícios lícitos e visivelmente honestos para a realização de um determinado fim.

Dessa forma, paira sobre a Constituição Federal, em matéria tributária, uma insegurança jurídica em relação às suas normas. Dado ao fato de que o legislador não pode (ria) utilizar-se de mecanismos, manobras e instrumentos jurídicos que atentem aos fins previstos de forma expressa na Constituição Federal, pois esses visam, em sua origem, o interesse coletivo da sociedade e uma isonomia dos interesses do Estado, não devendo se sobrepor os interesses de cunho individual ou individualizados – o (s) do (s) legislador (res) – sobre o interesse coletivo.

Sendo assim, a única maneira de se ver por garantida as normas de matéria tributária no que diz respeito a uma receita cuja função é atingir o equilíbrio financeiro com suas despesas externas, seria a utilização da competência residual da União para instituir o imposto correto sem que haja a violação de outra espécie tributária ou de direitos constitucionalmente consagrados.

Afinal, conforme vislumbrado, a instituição de uma desvinculação de receitas não possui coerência lógica com a essência das contribuições sociais, visto que o legislador detorbou livremente os seus conceitos, fazendo nascer uma reversão ou eversão de sua função no sistema tributário nacional.

REFERÊNCIAS

COSTA, Alexandre Freitas. 1. **A Desvinculação das Receitas da União face aos aspectos de finalidade e destinação das Contribuições Especiais.** In: Alexandre Freitas Costa; Flávio Couto Bernardes. (Org.). CONSTITUIÇÃO FEDERAL: 30 anos o moderno Direito Constitucional Tributário. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018. Cap. 1. p. 11 – 26.

Júnior, Onofre Alves Batista; Marinho, Marina Soares. 12. **A DRU, o federalismo fiscal e a fraude à constituição.** In: Alexandre Freitas Costa; Flávio Couto Bernardes. (Org.). CONSTITUIÇÃO FEDERAL: 30 anos o moderno Direito Constitucional Tributário. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018. Cap. 12. p. 255 – 276.

COSTA, Alexandre Freitas. **A lei complementar tributária e as contribuições especiais.** In: Alexandre Freitas Costa; Rafael Alves Nunes; Raphael Silva Rodrigues; Paulo Vinícius Alves de Azevedo. (Org.). Direito Tributário Contemporâneo: Estudos em homenagem aos 50 anos do Código de Tributário Nacional. 1 Edição. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017, v. p. 13 – 26.

DE CARVALHO FERREIRA, F. G. B.; LIMA, R. A. **A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO (DRU) COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO NO BRASIL: NECESSIDADE OU DISTRORÇÃO?**

(Portuguese). Revista de Direito Tributário e Financeiro, [s. l.], v. 2, n. 2, p. 309 –330, 2016.

MARQUES, Márcio Severo. Espécies Tributárias. In: Eurico Marcos Diniz de Santi. (Org.). **Curso de Especialização em Direito Tributário.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. p. 37 – 61.

FAVACHO, Fernando Gomes. Espécies tributárias aos 50 anos do CTN. In: Bruno Soeiro Vieira; Frederico Antonio Lima de Oliveira. (Org.). **Direito tributário: uma homenagem aos 50 anos do CTN**. 1 ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2016, v. 1, p. 75 – 102.

MANEIRA, E. **Apontamentos sobre as espécies tributárias**. In: Luis Cláudio Silva Allemand. (Org.). **Direito Tributário: Questões Atuais**. 1ªed. Brasília: OAB – Conselho Federal, 2012, v, p. 51 – 71.

DELGADO, José Augusto. **ASPECTOS GERAIS DAS ESPÉCIES**

TRIBUTÁRIAS. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT. Belo Horizonte, ano1, n. 5. p. 9 – 39, set/out. 2003.

FERREIRA, Fernandes Ferreira; RIBEIRO, Isabella Victória Aranha; SOUZA, Regina Aquino Marques de. **CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS E O SALÁRIO – EDUCAÇÃO**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação – REASE. São Paulo. V. 8. n.05. maio. 2022.

O IMPACTO DA “NOVA” LEI DE RELICITAÇÃO NO SETOR RODOVIÁRIO BRASILEIRO

Stella Cristina Gonçalves¹

RESUMO: Este artigo trata sobre o processo de relicitação instituído pela lei nº 13.448 e o impacto que o novo dispositivo instituiu no setor rodoviário Brasileiro. O objetivo é analisar a referida lei e explorar os pontos que levaram a elaboração da nova norma, bem como verificar sua possível repercussão futura. Por fim, a principal conclusão deste artigo é que o impacto da nova lei de relicitações foi favorável para ambas as partes contratuais, porém, caso esse processo continue moroso, será inviável concluí-lo antes do esgotamento de recursos de diversas concessionárias e, conseqüentemente, o instrumento não alcançará seu objetivo.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Serviço público. Concessão. Relicitação.

1. INTRODUÇÃO

A presente análise justifica-se por diversas razões. A princípio destaca-se que a lei 13.448/2017 dispõe sobre a possibilidade de prorrogação ou de relicitação dos contratos de concessões de rodovias, ferrovias e de aeroportos federais que tenham sido definidos pelo Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (lei nº 13.334/2016). Instituída devido ao cenário de crise econômica vivido pelo país, conhecido popularmente como grande recessão brasileira que ocorreu em meados de 2015/2014, a referida lei surgiu da necessidade de se criar um dispositivo legal que versasse sobre uma alternativa para a caducidade do contrato de concessão, haja vista que tal possibilidade não é vantajosa para nenhuma das partes inclusas no contrato,

¹ Graduanda do curso de Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

tampouco para a população que utiliza o serviço público. Diante disso, o impacto econômico trazido por tal medida normativa é de extrema relevância, visto que se trata de um investimento milionário.

Em segundo lugar, a importância deste tema dá-se, porque a concessão de rodovias afeta a vida de milhares de usuários diariamente, uma vez que, com a terceirização do serviço, o consumidor pode dispor de diversos benefícios essenciais para a segurança da via. Em terceiro e último lugar, percebe-se que o fato de que não existem muitos artigos tratando do assunto revela que a este assunto não é dada apropriada relevância.

Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho consiste em analisar a referida lei e explorar sua possível repercussão no meio das concessões, aprofundando sobre os possíveis impactos gerados pela nova legislação acerca do tema, haja vista que se trata de um tema recente e sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e, conforme citado anteriormente, o assunto possui relevância social elevada e está presente no cotidiano de inúmeros cidadãos. Já os objetivos específicos são: analisar a nova lei de relicitação; explicar o que levou a implementação do referido dispositivo legal; e estudar seus possíveis desdobramentos.

Ainda, a realização do presente artigo científico dá-se principalmente através do método dedutivo. Além disso, o método de pesquisa será por meio de revisão bibliográfica, utilizando artigos, livros, estudos e publicações relacionados ao tema, consubstanciado na interpretação das diversas normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) que regulam o instituto da relicitação no Brasil, à luz da jurisprudência e da doutrina.

2. A EVOLUÇÃO DAS CONCESSÕES NO BRASIL

A federação Brasileira, a princípio, exercia seu poder somente com a prestação direta dos serviços públicos e investimentos em infraestrutura prestados aos cidadãos, por intermédio dos diversos órgãos que compõem a aparato administrativo estatal. Porém,

à medida que os anos se passavam, com o surgimento de novas necessidades sociais, foi verificada a necessidade de terceirização de certos serviços, haja vista que a possibilidade de executar a prestação de serviço público essencial sem necessidade de inserir recursos públicos e sem correr os riscos do empreendimento era vantajoso tanto para o estado, quanto para as empresas. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Estado:

[...] passou a delegar sua execução² a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado instituídas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob o regime predominantemente privado. (DI PIETRO, 2021 p. 292)

A concessão de serviço público foi a primeira forma utilizada pelo Poder Público para transferir a terceiros a execução de um determinado serviço público³. Tal fato ocorreu quando o Estado saiu do liberalismo e assumiu novas responsabilidades sociais e econômicas. Diante disso, visando à obtenção de melhores resultados

2 Das atividades estatais, especialmente do serviço público e da obra pública

3 “Sabe-se que, no Brasil, após a Segunda Guerra Mundial, a maioria das concessões foi outorgada a sociedades de economia mista e empresas controladas, direta ou indiretamente, por pessoas jurídicas de direito público. As antigas concessões a empresas privadas, nos setores elétricos, ferroviário, portuário, de gás e telefone, que datam do século XIX e do início do século XX, chegaram ao seu termo normal, ou foram objeto de encampação ou desapropriação pelo Estado das ações das empresas concessionárias. Tais fatos poderiam levar à conclusão que a concessão estava em fase de declínio, se não se explicassem pelas consequências da inflação e por um nacionalismo exacerbado, que surgiu com o Estado Novo, assim como pela política tarifária demagógica que, por muito tempo, imperou no país. Em 1995, pouquíssimas eram as concessionárias privadas de grande porte, mas em seguida, passamos a vivenciar um importante movimento de renovação e de abertura das concessões a capitais privados, especialmente nas áreas de energia elétrica, telecomunicações, gás e obras civis, abrangendo especialmente pontes e rodovias” (Arnoldo Wald; Luiza Rangel de Moraes; Alexandre de M. Wald. O direito de parceria e a lei de concessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92).

e a utilização de meios de gestão privada que fossem não só mais flexíveis, mas também mais adaptáveis àquele novo tipo de atividade delimitada ao Estado, foi criado o instituto jurídico da concessão. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O procedimento utilizado, inicialmente, foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, mediante concessão; por meio dela, o particular (concessionário) executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário – a tarifa –, a qual é fixada pelo poder concedente. (DI PIETRO, 2021, p.331)

Nesse sentido, fica claro que o Poder Público a utilizar-se da concessão de serviços públicos como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas, sem abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais. Isto ocorre por diferentes maneiras: a) pela transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado (privatização ou desestatização de empresas estatais), com o que muda a natureza da concessionária: esta deixa de ser uma empresa estatal e passa a ser uma empresa privada; b) pelo retorno ao instituto da concessão de serviços públicos, em sua forma tradicional, mediante realização de concorrência aberta a todos os possíveis interessados em celebrar o contrato com o Poder Público, disciplinado pela Lei n. 8.987, de 13.2.95. Ainda avançando na evolução do instituto, a Lei n. 11.070/04 instituiu a chamada parceria público-privada, como espécie de contrato administrativo que abrange duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa [...] (DI PIETRO, 2006, p.293)

À vista disso, entende-se que o retorno das concessões foi consequência do momento político vivido à época⁴, o qual correspondia a um cenário Estatal com extrema carência de recursos

4 Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que, “no último decênio do século XX, houve uma espécie de redescoberta da concessão como alternativa para o atendimento a necessidades coletivas, especialmente em face da chamada crise fiscal do Estado” (As diversas configurações da concessão de serviço público. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n. 1, p. 97, 2003).

públicos, déficit de infraestrutura e a intenção de trazer as empresas privadas para investir parte de sua riqueza em serviços públicos e em obras públicas para obter financiamento. Portanto, para que o Estado conseguisse enfrentar a crise de recursos financeiros, ele recorreu à concessão para manter a execução e manutenção das vias rodoviárias.

Destarte, a concessão que conhecemos, qual seja aquela de investimento e financiamento exclusivamente privado e sem garantias do Poder Concedente retornou ao Brasil no final dos anos 80 como a salvação para minimizar o impacto da ausência de recursos públicos e suprir a necessidade imediata de investimento em infraestrutura.

3. CONCESSÕES

Dentre as modalidades de contratos administrativos sujeitos ao direito público, há de se compreender os seguintes tipos: a concessão patrocinada, a concessão administrativa (as duas últimas como formas de parcerias público-privadas), o contrato de prestação ou locação de serviços, o de obra pública, o de fornecimento, o de empréstimo público e o de função pública.

Logo, nesta seção serão analisadas as formas de concessões acima, e, em seguida, o instrumento jurídico da relicitação.

3.1. NOÇÃO DE CONCESSÃO

Quanto a noção de concessão, há dissenso doutrinário a respeito deste conceito. Parte da doutrina entende que o termo concessão deve abranger um significado mais amplo, incluindo qualquer tipo de ato, seja ele unilateral ou bilateral, pelo qual a administração pública outorga direitos ou poderes ao setor privado. Doutro lado, alguns doutrinadores atribuem um conceito menos amplo para o termo, distinguindo a concessão translativa, que trata sobre serviços públicos e obras públicas, da construtiva, que trata do uso de bem público,

admitindo, dessa forma, três tipos de concessão: a de obra pública, a de serviço público e a de uso de bem público.

Ainda, existe uma parte da doutrina que atribui conceito ainda mais restrito para a concessão, considerando apenas as de serviço público, haja vista que para esses autores a concessão de obra pública só existe se ligada à concessão de serviço público.

Destaca-se que, no Brasil, a corrente teórica majoritária, isto é, aquela considerada pela maioria dos doutrinadores brasileiros é a que distingue as três modalidades de concessão (a de obra, de serviço e de uso de bem público).

Além disso, parte da doutrina distingue a concessão translativa e a concessão construtiva. No que se refere à concessão translativa, essa retrata a passagem, de um sujeito a outro, de um determinado bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; sendo que estes direitos decorrentes desta concessão são naturalmente próprios do Estado, porém são transferidos ao concessionário.

Já a concessão construtiva sucede quando o Estado constitui um poder menos amplo ao concessionário, sendo o que acontece no caso de concessão de uso de bem público. Porém, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008), sob o aspecto formal, não existe distinção entre a concessão translativa e a construtiva. Tratando-se, em ambos os casos, de contratos administrativos que estão sujeitos a um regime publicístico.

No que tange ao aspecto material, Di Pietro (2008) entende que nas concessões de serviço público e de obra pública, o Estado remete ao concessionário a execução do serviço ou da obra que seriam de sua atribuição. Dessa forma, ele direciona uma parcela não só de obrigações contratuais, mas também de poderes, direitos e vantagens os quais são transferidos ao concessionário.

Em contrapartida, na concessão de uso, o Estado permite que o setor privado se utilize de uma parte de um determinado bem público, mas aquele direito que o concessionário vai exercer sobre o bem tem natureza diversa daquele que o Poder Concedente detém do mesmo bem. Enquanto na concessão de serviço e obra pública tais direitos

ou poderes que são concedidos ao particular antecedem na entidade concedente, na concessão de uso, eles derivam do ato de concessão.

Nos dois entendimentos, porém, há um ponto em comum, sendo esse a reserva que o Poder Concedente faz de determinados direitos, poderes e vantagens para zelar pelo interesse público, como por exemplo, rescisão unilateral do contrato, fiscalização, punições, entre outros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define concessão, em sentido amplo, como:

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública, ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. (DI PIETRO, 2021, p. 330)

Conforme discorrido anteriormente, trata-se de uma técnica de gestão administrativa para facilitar o cumprimento de serviços públicos. Ainda abordando o conceito de concessão, para Hely Lopes Meirelles concessão é “o ajuste pelo qual a Administração Pública delega ao particular a execução remunerada de serviço ou obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”. (MEIRELLES, 2010 p.267)

Seja qual for o seu objeto principal, e independente do dissenso doutrinário sobre tal assunto, em suma, entende-se que a concessão é um importante instrumento de transferência da execução de um determinado serviço público que pode ser atribuído a particulares, e tal decisão deve ser tomada visando, como tudo envolvendo políticas públicas, ao atendimento do interesse público e do cenário político e administrativo de uma época.

3.2. NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO

A natureza jurídica da concessão é outro ponto referente a este assunto que costuma gerar dissenso na doutrina. Existem doutrinadores que entendem que a relação da concessão possui um caráter orgânico, sendo tal termo a criação de um órgão da administração, qual seja, o concessionário. Doutro lado, há outra parte da doutrina que entende que a relação jurídica vinculada entre o Poder Concedente e o concessionário possui caráter contratual, seja de cunho privado ou público, sendo o concessionário considerado como um sujeito colaborador.

A corrente doutrinária que entende que a natureza contratual da concessão é privada detém que as características da atuação do concessionário são feitas em nome próprio, e que ele possui autonomia em relação ao poder concedente. Já a corrente que entende que o contrato vinculado entre o Poder Concedente e a Concessionária tem natureza pública dispõe que tal procedimento possui um caráter normativo regulamentar, pois acreditam que, além dos direitos e deveres expostos no contrato, a Administração Pública detém certos poderes aos quais os concessionários estão submetidos.

No Brasil, a concessão possui previsão constitucional, conforme os arts. 175 e 223; arts. 21, XI e XII, e 25, § 2.º, da Constituição Federal de 1988, e está disciplinada em leis federais, quais sejam: Lei 8.987, de 13.02.1995 (Lei das Concessões), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências; Lei 9.074, de 07.07.1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências; Lei 9.648, de 27.05.1998, que altera a lei anterior e Lei 8.666, de 21.06.1993, com as alterações da Lei 8.883, de 06.07.1994 (aplicadas subsidiariamente naquilo que não contrariarem as normas anteriores); Lei 11.079, de 30.12.2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, não mencionando as diversas leis setoriais, como as de energia, telefonia,

portos; e, atualmente, a lei de relicitação, disposta na Lei nº 13.448 e seus desdobramentos.⁵

Logo, é possível compreender que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe que a natureza jurídica da concessão é contratual. A Lei paulista 7.835/1992 conceitua concessão como “a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo certo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas do usuário” (São Paulo, 1992). Atribuindo, por óbvio, a natureza contratual a relação jurídica disposta entre o Poder Concedente e o concessionário.

4. A RELICITAÇÃO E SEU IMPACTO NO SISTEMA RODOVIÁRIO BRASILEIRO

A relicitação foi uma forma que o Estado encontrou para facilitar a entrega da extinção do contrato de concessão, levando em consideração que, antes de tal dispositivo legal, caso o concessionário não cumprisse suas obrigações contratuais, a única saída seria a extinção do contrato sob o fundamento da caducidade, item disposto no art. 38 da Lei nº 8.987/95:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições

⁵ “Diante da diversificação dos serviços públicos, fruto de profundas alterações no processo econômico social definido por vários fatores, entre os quais a inovação tecnológica e a sofisticação dos serviços, houve uma extinção da uniformidade de regime jurídico e foram sendo editados diplomas legislativos disciplinando setores específicos e determinados, como as Leis n. 9.295, de 19.07.1996, e 9.472, de 16.07.1997 (alterada pela Lei 9.986/00), sobre telecomunicações. Surgem o direito das telecomunicações, o direito da energia elétrica e assim por diante” (Dinorá Adelaide Musetti Grotti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 11).

deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. (BRASIL, 1995)

Neste sentido, com o advento da Lei 13.448 de 2017, definiu-se a relicitação, em seu artigo 4º, III, como o “procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim”. À vista disso, a lei concretizou outra forma de rescisão contratual, não sendo esta feita de forma unilateral pelo Poder Concedente, e sim realizando a extinção amigável, por meio de um acordo entre as partes.

Na caducidade, caso haja uma eventual indenização a ser paga pelo Poder Concedente, esta será paga por meio de carta precatória. Enquanto isso, na relicitação, o valor da indenização será pago pelo novo contratado, e, caso o valor aferido não seja suficiente, o Estado arcará com a diferença. Tal mudança foi estipulada recentemente, para que o leilão não se prorrogasse e a relicitação não se tornasse inviável, pois, na disposição inicial da lei, caso o valor não fosse suficiente para cobrir a indenização como um todo, o leilão seria considerado vazio. Assim está disposto no artigo 15 da lei nº 13.448:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: [...]

§ 5º Caso o valor inicial ofertado a título de outorga, na sessão de leilão da relicitação, seja menor que o valor do pagamento, ao anterior contratado, da indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, a União custeará a diferença, observadas as regras fiscais e orçamentárias. (BRASIL, 2017 – Grifo meu)

Além do prejuízo citado, com a caducidade do contrato, a concessionária poderá receber uma pena por inabilitação, sendo que, na relicitação, a única restrição é que a empresa não poderá participar do novo leilão da rodovia administrada por ela. Sobre a caducidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

A relicitação afasta o processo de caducidade eventualmente em curso contra o contratado (art. 14, § 3º) e a aplicação dos regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101, de 9-2-05, com alterações posteriores, salvo se o contratado tiver que dar continuidade à execução do contrato por não acudirem interessados para o procedimento licitatório, na forma do artigo 20 da Lei nº 13.448 (art. 14, § 4º). (DI PIETRO, 2021, p. 338)

Por fim, cabe ressaltar que as multas e demais somas de natureza não tributária devidas pela concessionária serão abatidas no valor da indenização recebida.

Nesse sentido, levando em consideração o cenário instável em que se vive há décadas no Brasil, este procedimento legal passou a ser essencial para evitar prejuízos, tanto para o Poder Público, quanto para o concessionário, haja vista que a lei que regula a relicitação dispõe de diversos parâmetros e exigências para que a concessionária se encaixe na forma de extinção contratual amigável.

Com a relicitação, é possível ajustar as condições dispostas no contrato de concessão que, muitas vezes, tornam-se medidas impossíveis de serem seguidas, até que os demais procedimentos dispostos em lei sejam tomados para que a rodovia, ferrovia ou aeroporto não fique sem a prestação de serviço empreendida pelo concessionário, fazendo com que a população não se prejudique com a ausência de uma empresa privada arcando com as responsabilidades vinculadas pelo contrato de concessão.

Apesar da preocupação do legislador em atender parte das concessionárias que, diante de problemas ligados às diversas crises enfrentadas pelo país, não conseguiram cumprir à risca as obrigações contidas no contrato, a morosidade no processo de relicitação acaba tornando o dispositivo quase inalcançável, levando em consideração que, mesmo com a nova disposição contratual vinculada pelos termos aditivos assinados, não é uma tarefa fácil levar em frente tal responsabilidade perante o Poder Público com recursos limitados, pois, caso a situação financeira da concessionária estivesse em pleno funcionamento, a empresa não recorreria ao procedimento da relicitação.

Desta forma, mesmo com os privilégios concedidos pela lei de relicitação, a nova relação de obrigações contratuais e a suspensão da obrigação de realizar investimentos na rodovia, a partir da assinatura do termo aditivo, as condições mínimas para o funcionamento da rodovia deverão ser tomadas até a assinatura do novo contrato de parceria.

Diante do exposto, a morosidade na conclusão da relicitação acaba colocando a efetividade de tal instrumento a xequê. A título de exemplo, tem-se o contrato da Concessionária Via 040, a primeira empresa a demonstrar interesse na entrega da rodovia, cuja assinatura do primeiro termo aditivo se deu em 2019 (sendo que o pedido para a devolução amigável da rodovia foi formalizado em meados de 2017, mas, como a redefinição das obrigações e os demais instrumentos favoráveis a concessionário só contam a partir da assinatura do termo aditivo, conta-se a partir da data mencionada anteriormente) foi prorrogado, inicialmente pelos 24 meses previstos em lei, para mais 18 meses, medida que acaba impossibilitando que a manutenção e operação oferecida pela concessionária esteja em conformidade com o termo aditivo assinado, que, mesmo reformulado, se torna quase inviável diante da frágil situação financeira em que a concessionária que recorre ao objeto de relicitação se encontra.

Como é possível analisar se a concessionária, mesmo com os privilégios estipulados pela lei de relicitação, vai conseguir se manter além do prazo previsto legalmente?

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei de relicitação, apesar de ser um instrumento extremamente necessário e que viabiliza a melhor opção, tanto para o Poder Público quanto para as concessionárias, no que tange a ruptura do contrato de concessão, pode não ser o suficiente para sanar o problema demonstrado caso não seja célere o bastante.

Por fim, embora tal instrumento legal tenha causado um impacto positivo na sociedade brasileira, caso não seja facilitado não haverá como proceder com sua finalização, fazendo com que as concessionárias que optarem pela relicitação por ausência de recursos financeiros suficientes para manter o pleno funcionamento da operação e manutenção da rodovia não consigam se manter nem mesmo após a revisão contratual, considerando que o procedimento estipulado legalmente poderá durar anos.

REFERÊNCIAS

------. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. Revista do Advogado. Contratos com o Poder Público, São Paulo, n. 107, p. 25-32, dez. 2009.

------. As prorrogações e a relcitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. In: Revista de Direito Público de Economia – RDPE. Belo Horizonte: a. 15, n. 59, jul./set. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.448** de 5 de junho de 2017

BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995

BRASIL. São Paulo (estado). **Lei nº 7.835** de 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

DEPINÉ Flávia Della Coletta MESTRADO, E.; DIREITO. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP **Concessão de rodovias: modalidades e formas de remuneração do concessionário**. São Paulo. [s.n.]. Disponível em: <<https://livros01.livrosgratis.com.br/cp136125.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

iNFRA Debate: **A morosidade nas licitações** – Agência iNFRA. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-morosidade-nas-licitacoes/>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: RT, 1997.

DIREITO INTERNACIONAL E A RESOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS ARMADOS

Yuri Vinícius Cardoso Pio¹

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo a análise profunda dos conflitos armados ao redor do mundo, quais as consequências para os direitos humanos que foram estabelecidos em diversas constituições democráticas e a influência e papel do Direito e do Direito Internacional nesses conflitos armados. É presenciado pela humanidade atualmente diversos tipos de conflitos ao redor do mundo, gerando catástrofes econômicas e humanitárias. Para se fazer essa análise, será necessário aprofundar na mente do ser humano e tentar entender por que o ser humano é um ser de guerras e porquê os países da sociedade contemporânea colocam os seus interesses econômicos e individuais acima das vidas humanas e do bem coletivo. Considerando que as relações jurídicas se dão de forma pragmática no mundo atual, é necessário fazer uma relação de como se dão tais relações e como o Direito Internacional exerce influência nas relações jurídicas entre os países.

Palavras chave: Direito Internacional, Conflitos Armados, Relações Jurídicas, Mundo Contemporâneo.

1. INTRODUÇÃO

Quando levamos em consideração o estudo das Relações Internacionais e a vigência do Direito Internacional em nossas vidas, percebemos que o ser humano necessariamente é um ser que carece de “bens maiores” para se basear e seguir na sociedade contemporânea, em razão de termos desenvolvido com o passar dos séculos, uma necessidade de crermos em um ritual pré-estabelecido que regule

¹ Estudante do curso de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e estagiário jurídico na Via Capital Artemus Fundo de Investimento em Direitos Creditórios. E-mail: yurivine@hotmail.com

todas as relações humanas que existem, sejam elas de demonstração de afeto, ou até mesmo as relações diplomáticas entre países.

Na sociedade atual, os seres humanos têm o privilégio de conviver pacificamente em função da evolução das relações sociais e diplomáticas, que foram desenvolvidas com o objetivo de tornar as relações mais democráticas e duradouras, gerando certa estabilidade social, dependendo do país e realidade social que cada um vive. O Direito Internacional tem papel fundamental nesse quesito, por ser responsável pela pacificação das relações sociais, justamente por regulamentar e procurar um meio que gere benefício mútuo para ambas as partes que estiverem em jogo, sendo definido como “ramo jurídico responsável por estudar e agrupar todas as normas criadas por uma sociedade, através de seus representantes, cuja finalidade seja auxiliar e melhorar as relações externas e a boa convivência entre os países”, ou seja, retirando esse pilar fundamental nas relações internacionais e sociais, nada restará a não ser instabilidade política e econômica.

O Direito Internacional teve sua origem a partir do século XVII, quando se começou o conceito de Estado Nação, na organização conhecida de sociedade que podemos ver até os dias de hoje, com indivíduos sendo designados a representantes de determinados setores da sociedade, regendo a nação de acordo com interesses coletivos e seguindo normas pré-estabelecidas, a priori. Sendo assim, com o desenvolvimento cada vez maior das sociedades e o surgimento do conceito de países, diplomacia e relações internacionais, o ser humano viu a necessidade de tornar isso cada vez mais positivado com normas e leis que objetivariam o melhor convívio entre a sociedade. Muito disso tem a ver com o passado e presente do ser humano ser marcado por conflitos, sejam eles por razões de interesses sociais, econômicos, ou até mesmo pela sobrevivência, observando-se assim, a necessidade de criação e “crença” numa ordem maior, que legitime determinados atos e também coloque um freio e determine o que pode ser moral e correto em determinado contexto e em determinada situação, seja ela uma relação diplomática internacional entre dois países enormes

em território e economia, ou em uma simples situação de compra e venda de determinado indivíduo em determinada sociedade, ou seja, o Direito e o Direito Internacional estavam e estão presentes em todas as relações humanas, independentemente de quais sejam.

Desde os primórdios, as relações são marcadas por conflitos interpessoais, como dito anteriormente, e a necessidade da criação de órgãos que regulem tais conflitos se mostrou mais presente com o passar do tempo. De acordo com Gustavo Bregalda Neves, o Direito Internacional pode ser definido como “conjunto de princípios e normas, sejam positivados ou costumeiros, que representam direito e deveres aplicáveis no âmbito internacional perante a sociedade internacional”², ou seja, tais princípios e normas podem ser positivados ou não, dependendo de cada situação, sendo imprescindível se basear na moral e ética para regular determinada relação interpessoal, razão essa de quase sempre existir cautela no fechamento de acordos e tratados internacionais, pois o mero princípio da “boa-fé” não pode servir de base para tais situações, visto que as relações humanas quase sempre não são marcadas por boa-fé e cooperação mútua.

Partindo do princípio temporal do Direito Internacional Público, Valério Mazzuoli analisa:

“Desde os primórdios da Humanidade, o homem o já se apresentava como ser perfeitamente constituído, com características fundamentais e na posse de qualidades comuns que transcendiam as divisões que o mundo viria a sofrer, principalmente após a chamada a era das descobertas impulsionada pela navegação marítima”.

E também destaca que:

“O agrupamento de seres humanos pelas várias regiões do planeta fomentou a criação de blocos de indivíduos

² NEVES, Gustavo Bregalda Direito Internacional Público, Atlas, São Paulo, 2008, obra citada, p. 3

com características (sociais, culturais; religiosas, políticas etc.) em quase tudo comuns.” Desse agrupamento humano (cuja origem primitiva é a família) nasce sempre uma comunidade ligada por um laço espontâneo e subjetivo de identidade. Na medida em que essa dada comunidade humana (assim como tudo O que caracterizava a vida na polis, no sentido aristotélico) passa a ultrapassar os impedimentos físicos que o planeta lhe impõe (montanhas, florestas, desertos, mares etc.) e a descobrir que existem outras comunidades espalhadas pelos quatro cantos da Terra, surge a necessidade de coexistência entre elas³.

Dessa forma, Mazzuoli sugere que as relações internacionais tiveram início com os primeiros indivíduos e primeiras sociedades, sendo frutos da necessidade de uma melhor organização social e uma melhor relação entre indivíduos. Acontece que o que podemos enxergar nos dias de hoje nos leva a crer que nada disso surtiu efeito, ou se surtiu, foi muito pouco, visto que as relações internacionais e sociais estão muito instáveis e observa-se certa omissão por parte das grandes nações em tentar solucionar tais conflitos, de acordo com Mazzuoli:

“O que existe, portanto, no âmbito internacional é uma sociedade de Estados (ou Organizações Internacionais) que mantêm entre si relações mútuas enquanto isso lhes convém e lhes interessa)”⁴.

Partindo dessa afirmação, podemos observar que a tal é verdadeira, visto que milhões de pessoas morrem todos os dias em função de guerras, fome e conflitos, mas se não for de interesse individual de alguns que estão no poder de determinados entes, nada

3 MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Teoria Geral do Direito Internacional Público, Prevista dos Tribunais, São Paulo, p.43.

4 MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Teoria Geral do Direito Internacional Público, Prevista dos Tribunais, São Paulo, p.46.

será feito, porquê simplesmente não é de interesse que isso melhore para as pessoas.

As relações entre Estados e Organizações Internacionais, atualmente são baseadas em interesses econômicos que foram sendo construídos à medida em que a sociedade que conhecemos hoje foi se desenvolvendo, sendo uma sociedade capitalista, onde os interesses econômicos sobressaem aos interesses coletivos e até individuais, visto que o capital rege e determina todas as relações que conhecemos atualmente, tendo como exemplo uma pessoa em situação de rua, que não consegue pagar para tirar documento, ou assinar um contrato de aluguel, ou fazer uma transferência bancária. Essa pessoa não é considerada indivíduo, nem faz parte de uma relação humana por não possuir o capital que faz a sociedade girar e rege todas as relações, então para o Estado, essa pessoa não existe e nem faz parte da sociedade. Da mesma forma, um determinado país com alto índice de pobreza, analfabetismo e desnutrição, tendo o PIB e IDH baixos, não será de interesse para uma relação internacional, seja ela de tratado, convenção ou relação econômica, porquê esse país não possui o capital suficiente para ser de interesse de outros países maiores em poder de aquisição e comércio internacional, sendo assim descartável, e os seus problemas passam a não ser de interesse do coletivo, e sim um problema de responsabilidade única do país.

2. MOTIVAÇÕES ECONÔMICAS DOS CONFLITOS ARMADOS:

Levando em consideração os recentes conflitos ao redor do mundo, é de se pensar a motivação por trás de tudo o que cerca a sociedade atualmente. Quando se é descoberta uma nova reserva de gás natural, petróleo, ou qualquer outra riqueza que possa gerar um grande poder aquisitivo e um grande acúmulo de capital para os exploradores, conseqüentemente haverá um conflito por aquilo e vidas serão perdidas, como sempre aconteceu. É de se pensar as motivações que regem tais atitudes, pois de acordo com Rousseau, o homem nasce bom e a sociedade o corrompe, porém, se a sociedade é um

conjunto de homens que em algum momento se tornaram maus, isso se tornaria um ciclo vicioso. O que seria mais plausível, observando a realidade que nos cerca, é o pensamento de Hobbes, que diz que a natureza do homem é má e o homem é naturalmente mau, pois, se se levar em consideração tudo o que acontece no mundo globalizado, no noticiário, e na internet, não é possível mensurar de forma alguma até onde a maldade humana alcança. Não seria razoável acreditar que o fruto da maldade humana é meramente oriundo da sociedade.

Os conflitos ao redor do globo possuem diversas motivações, dentre religiosas, políticas, territoriais, mas principalmente econômicas e muitas das vezes uma coisa leva à outra. Tendo como exemplo os países africanos, que foram explorados economicamente por séculos pelos países europeus, e depois da sua independência, tornaram-se insuficientes economicamente e, em consequência, foram desencadeadas diversas guerras civis que duram até os dias de hoje. Um exemplo vivo disso é o Sudão, que foi colônia do Reino Unido e do Egito até 1956, e depois da sua independência, não houve estabilidade econômica, social e política em momento algum de sua história recente. Em consequência disso, houve o conflito interno que separou o Sudão em dois, dando origem ao Sudão do Sul em 2011, que está em guerra civil desde então. Fazendo essa observação, é de se pensar que a colonização e exploração prévia do Reino Unido e do Egito geraram instabilidade no país, que consequentemente deixou o mesmo à deriva após a “independência” e consequentemente gerou conflitos que desencadearam em milhares de mortos e as maiores atrocidades cometidas pelos homens.

De certa forma, os países são deixados à deriva pelos seus colonizadores, que depois de usufruir de todos os recursos possíveis, o deixam à mercê da própria sorte, sem amparo algum de órgãos que deveriam não deixar isso acontecer, como a ONU, por exemplo. Ajudas humanitárias, de alimentos e remédio são pouco comparados ao que acontece na realidade desses países. O que se pode concluir de fato é que não se dá a importância devida aos países ditos de terceiro mundo.

Em seu livro, intitulado “Teoria Geral do Direito Internacional Público, Leonardo Nemer Caldeira Brant destaca o papel do Direito Internacional nas relações entre indivíduos:

“O papel do direito internacional não pode ser o de apenas garantir a coexistência de soberanias conjugadas como pretendem os voluntaristas, nem o de preservar a solidariedade entre os indivíduos que, em última análise, estão no interior dos Estados e que compõem a sociedade internacional, como pretendem os objetivistas. O fundamento do direito internacional não está na garantia do convívio estatal, nem em um hipotético interesse social dos indivíduos, mas na constituição de um direito focado no ser humano propriamente dito”⁵. E também destaca que: “O próprio Estado foi concebido para a realização da dignidade da pessoa humana e deve ser vocacionado para a concretização de todo o seu potencial”⁶.

Ou seja, o Estado e o Direito Internacional têm essa relação que tem o seu princípio basilar na harmonia, que deveria ser respeitada entre as nações. Quando se analisa os conflitos armados, é de ser observar que tais motivações econômicas vão na contramão de tudo o que é posto na teoria do Direito internacional e das relações jurídicas internacionais.

Existe um ferimento grave aos direitos humanos cada vez que é gerado um conflito ao redor do globo, em seu livro, Brant destaca:

“Os direitos humanos são inerentes à própria pessoa humana e, portanto, devem ser protegidos e exercidos pelo simples fato do indivíduo ser parte integrante da Humanidade, e não como uma concessão das autoridades

5 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, Teoria Geral do Direito Internacional Público, Saraiva, São Paulo, p. 136

6 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, Teoria Geral do Direito Internacional Público, Saraiva, São Paulo, p. 136

*ou em decorrência de uma conjuntura histórica. Tais direitos são insubordinados a qualquer forma de organização político-social, incluindo o próprio Estado, pois eles o precedem, são independentes de sua outorga e são mesmo superiores a ele”*⁷

Dessa forma, o que ficou pactuado na II Conferência Internacional sobre Direitos Humanos em Vienna, em 1993, não foi posto em prática pela maioria dos países participantes, inclusive pelas grandes potências. Posto isso, é necessário analisar as motivações que levam aos conflitos no globo e se fazer um estudo aprofundado de meios para que isso não ocorra de forma tão acentuada e recorrente, no entanto, para se chegar a um resultado ao menos aceitável, seria necessário mudar a natureza humana e a sua ganância.

3. ÓRGÃOS PACIFICADORES

O papel dos órgãos pacificadores, principalmente da Organização das Nações Unidas na resolução dos conflitos armados ao redor do globo é de grande relevância, principalmente pela assinatura da Carta das Nações Unidas, que se baseia na preservação da paz internacional e na proteção das gerações futuras contra os males causados pelas guerras, referindo-se aos flagelos da 1ª e 2ª guerras mundiais, e o desejo de garantir que tal conflito não aconteça a nenhum país / nação. Porém, vários autores defendem que a ONU é omissa e insuficiente na resolução dos conflitos ao redor do globo.

Em seu trabalho, Carlos Martins Branco destaca o papel da ONU na resolução de conflitos internacionais:

“É um fato que, durante a última década, a ONU mediou com sucesso uma série de acordos que ajudaram a terminar os combates entre o Irã e o Iraque, que conduziram à

⁷ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, Teoria Geral do Direito Internacional Público, Saraiva, São Paulo p.142

retirada das forças soviéticas do Afeganistão, que levaram ao estabelecimento de um governo de coligação alargada no Camboja, que puseram fim à guerra civil em El Salvador. Mas estes casos foram exceções. O falhanço generalizado em evitar ou terminar com a violência armada revelaria a ONU como um mediador ineficaz, tanto de disputas internacionais como de conflitos intraestatais”⁸

E também argumenta que:

“Para ter sucesso, um mediador deve ser capaz de influenciar as partes, levando-as a modificar as suas posições. Mais importante que tudo, ele precisa de “alavancagem”, isto é, poder para influenciar e persuadir, o qual deriva dos recursos económicos e militares que as grandes potências têm em abundância. Parte do problema da ONU reside no fato de ela não dispor de recursos próprios rapidamente acessíveis. Encontra-se inteiramente dependente dos estados-membros ou, pelo menos, de alguns deles, para lhe fornecerem os recursos necessários para conduzir uma mediação bem sucedida. A ONU não pode mesmo utilizar os meios das instituições financeiras e de comércio internacionais. Para o fazer, depende, uma vez mais, das decisões dos estados-membros. Um mediador da ONU não pode obrigar o Fundo Monetário Internacional ou o Banco Mundial a fornecer créditos aos opositores mais relutantes”⁹

Dessa forma, é possível analisar que não depende somente da ONU o sucesso da resolução de tais conflitos. Vários fatores estão envolvidos e mais uma vez é posto em evidência as motivações humanas e o que leva a esses fatores serem cruciais para as resoluções

⁸ Branco, Carlos Martins, A ONU e o processo da resolução de conflitos: potencialidades e limitações, Missões de Paz da ONU, N° 4 p 1-21, abril, 2004, obra citada.

⁹ Branco, Carlos Martins, A ONU e o processo da resolução de conflitos: potencialidades e limitações, Missões de Paz da ONU, N° 4 p 1-21, abril, 2004, obra citada

dos conflitos. O FMI e as instituições financeiras são independentes e não podem ser acionados fora de sua competência, ou seja, mesmo se for da vontade da ONU agilizar determinada ajuda humanitária ou a mediação de algum conflito por via dos meios adequados, não será possível sem a liberação de capital das grandes entidades monetárias do mundo.

4. O SER HUMANO COMO UM SER DE GUERRAS

Conforme análise dos capítulos anteriores, é de se levar em consideração a possibilidade do ser humano ser considerado um ser de guerras. Em citação de artigo, é analisado o que se descreve a seguir:

“Jean-Jacques Rousseau, no seu célebre Discurso Sobre a Origem da Desigualdade, vai afirmar que naturalmente não somos monstros ávidos por destruição, mas que a sociedade nos corrompe, ela gera as diferenças, evidencia e cria desigualdades entre os homens que a formam, criando todos os sentimentos que tentamos evitar, como a inveja, a raiva, a cobiça; o que nos leva a roubar, matar e guerrear. Partindo desse pressuposto de Rousseau de que a sociedade nos torna desiguais, seriam as diferenças, e por consequência a crueldade, disputas de interesses e guerras, inevitáveis? Como lidar com nossa própria evolução, que aos poucos nos salva do conflito com a natureza selvagem, mas nos lança a um novo conflito, onde nossos rivais são nossos semelhantes?”¹⁰

Porém, John Locke argumenta que:

“Se o homem no estado de natureza é livre como se disse, se é senhor absoluto de sua própria pessoa e suas próprias

10 GIMENES, R. Negri, A GUERRA: um fato social ligado à natureza humana, ao medo e às desilusões, São Paulo, 1-21, fevereiro, 2012. Artigo Científico.

posses, igual ao mais iminente dos homens e a ninguém submetido, por que haveria ele de se desfazer dessa liberdade? Por que haveria de renunciar a esse império e submeter-se ao domínio e ao controle de qualquer outro poder? A resposta evidente é a de que, embora tivesse tal direito no estado de natureza, o exercício do mesmo é bastante incerto e está constantemente exposto à violação por parte dos outros, pois que sendo todos os reis na mesma proporção que ele, cada homem um igual seu, e por não serem eles, em sua maioria, estritos observadores da equidade e da justiça, o usufruto que lhe cabe da propriedade é bastante incerto e seguro. Tais circunstâncias o fazem querer abdicar dessa condição, a qual, conquanto livre, é repleta de temores e de perigos constantes. E não é sem razão que ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de propriedade”¹¹

Ou seja, de acordo com os autores, o ser humano é bom, mas a sociedade o corrompe, e o ser humano se torna mau por ter que abdicar de determinada “liberdade” em prol do bem comum, que seria a criação de um Estado Civil. As guerras estão presentes e diretamente relacionadas à história da humanidade desde sempre, tornando quase impossível defender a ideia de que o ser humano não é um ser de guerras e todos os conflitos que acontecem ao redor do mundo são de responsabilidade coletiva, e não única e exclusivamente do ser humano. Desde os primórdios, dos primeiros homens, a grandes líderes mundiais como Joe Biden e Vladimir Putin, a guerra dita as regras e como se dará o andar da carruagem, principalmente no mundo contemporâneo.

¹¹ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo civil. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 494-495.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base tudo o que foi analisado nesse artigo, e todos os argumentos trazidos por diversos autores renomados do Direito Internacional, podemos concluir que o Direito Internacional exerce um papel de grande relevância nas relações jurídicas internacionais, que por consequência, têm influência na resolução de conflitos armados juntamente com os órgãos pacificadores, que agem dentro do que lhes é determinado e não podem ultrapassar as suas competências.

Muito há de se falar sobre o que poderia ou não ser feito em relação aos conflitos armados, mas muito conteúdo e muitas circunstâncias interferem nas tomadas de decisão que acarretam nas catástrofes, ou na prevenção delas. Fato é que o mundo contemporâneo vive em relativa paz e em uma falsa ideia de estabilidade mundial, porém, o que se pode observar na história recente é que a tendência de tempos difíceis está cada vez maior.

REFERÊNCIAS

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: 15 ed. São Paulo: Forense, 2019.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**: 2 ed. São Paulo: Forense, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**: 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÁ, Hernane Tavares de. **Nos bastidores da ONU**: 1 ed. São Paulo: José Olímpio, 1967.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Teoria do Direito Internacional Público**: Volume I, São Paulo: O Lutador, 2019.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional Público**: 3 ed. São Paulo Atlas, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, **Teoria Geral do Direito Internacional Público**, Prevista dos Tribunais, São Paulo, 2019.

Branco, Carlos Martins, **A ONU e o processo da resolução de conflitos: potencialidades e limitações**, Missões de Paz da ONU, N° 4 p 1-21, abril, 2004.

GIMENES, R. Negri, **A GUERRA: um fato social ligado à natureza humana, ao medo e às desilusões**, São Paulo, 1-21, fevereiro, 2012. Artigo Científico.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ANÁLISE SOBRE A EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS NO QUE TANGE AOS CRIMES CONTRA A MULHER

Karla Karolina Leite Norberto Senesi¹

Lorrayne Stefany Silva Cunha²

Nathália Mota Durães³

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo a discussão acerca dos mecanismos de proteção utilizados para o enfrentamento dos crimes cometidos contra as mulheres, que se tornou mais freqüente no atual cenário de pandemia e isolamento social, fazendo considerações a respeito das concepções de juízes que já estão habituados a lidar com os crimes de violência doméstica e visando analisar a atuação destes, bem como, entender o processo histórico e considerar fatores de vulnerabilidade e riscos para as vítimas e suas famílias. Advindo do método quali-quantitativo para obtenção de dados e informações, como livros, artigos, jurisprudências, dentre outros, chegou-se ao resultado de que a Lei 11.340/2006 e a cultura têm demonstrado ser ineficiente, no que tange à coibição de práticas desprezíveis como a violência de gênero, revelando também muitos obstáculos na luta pela igualdade. Apesar dos avanços torna-se, ainda, um processo longo.

Palavras-chave: Violência doméstica. Pandemia e isolamento social. Lei 11.340/2006. Ineficiente.

1 Karla Karolina L. Norberto Senesi. Acadêmica do 9º Período do curso de Direito da Faculdade Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: karlasenesi6@gmail.com

2 Lorrayne Stefany Silva Cunha. Acadêmica do 9º Período do curso de Direito da Faculdade Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: lorrainestefany853@yahoo.com.br

3 Nathalia Mota Durães. Acadêmica do 9º Período do curso de Direito da Faculdade Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: nathaliamota921@gmail.com

INTRODUÇÃO

Após a confirmação do aumento de crimes durante o período de isolamento social, contra mulheres que se encontravam sobre a égide da justiça nacional no tocante a medidas protetivas, surgiu à necessidade em apurar a real eficácia da aplicabilidade de medidas protetivas imposta aos agressores em face de vítimas de violência de gênero. Existem fatores que intensificam a crescente violência contra a mulher? São fatores distintos ou a soma de determinadas condições potencializam o cenário para que isso aconteça?

A priori, este artigo tem como objetivo a análise dos mecanismos de proteção utilizados para enfrentar os crimes cometidos contra as mulheres, crimes estes, que se intensificaram diante do atual cenário de pandemia e isolamento social. Com base nisso, busca-se verificar as lacunas presentes na respectiva legislação, além de estudar o presente contexto social que expôs o aumento da referida violência. Ademais, busca-se explicar a ligação entre estes, isto é, o contexto social, a violência e a legislação supramencionada.

Face ao agravo dos crimes cometidos contra à mulher, essa pesquisa busca responder ao seguinte questionamento: As medidas protetivas estão cumprindo sua finalidade e se mostrando eficientes ao resguardar a segurança e direitos às vítimas?

Ademais, faz-se necessário repensar: Quais as condições que potencializam esse problema? O sistema patriarcal vinculado ao capitalismo e suas influências alicerçam esse tipo de violência e as relações de dominação e poder contidas nela? Há algum requisito para o deferimento das medidas protetivas? Qual a duração das medidas protetivas de urgência? O ministério público acompanha os casos de violência doméstica?

Pode-se dizer que a violência contra a mulher está presente em muitas civilizações, mas nem sempre foi compreendida como tal, a Lei nº 11.340/2006 e os demais mecanismos de proteção à mulher foram um grande avanço, mas não foi conquistada tão facilmente alcançada, levou-se muito tempo para que de fato houvesse uma lei

que garantisse alguma proteção às mulheres e seus direitos básicos, tais prerrogativas que sempre foram garantidas aos homens.

A Lei 11.340, em seu art. 7º, dispõe algumas formas de violência contra a mulher como: física, psicológica, sexual e patrimonial, isto é, as ações ou omissões que violam os direitos civis ou políticos da mulher, ou causem lesão ou sofrimento, sejam eles físicos, psicológicos ou sexuais.

Diante disso, foram criadas medidas de enfrentamento da violência contra a mulher, visando retirá-la da zona de risco até que as autoridades competentes concluam as investigações. Assim sendo, são duas espécies de medidas protetivas de urgências: aquelas que obrigam o agressor a não praticar condutas e aquelas direcionadas à mulher e seus filhos, com o intuito de protegê-los.

Prevista no art.23 da Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência apresentam algumas fissuras que dificultam sua eficiência, gerando certa insegurança e confusão a respeito de sua aplicabilidade.

Nesse sentido, essa pesquisa justifica-se pela elucidação acerca da aplicabilidade dos mecanismos de proteção e implantação das políticas públicas e assistência às vítimas trazida pela lei. Convém ressaltar a necessidade de evocar o presente tema para que sejam identificadas e então solucionadas as dificuldades presentes ao cumprimento desta norma que decorre de interesse público, face ao vigente cenário econômico e social, onde os casos de violência doméstica se intensificaram, tornando-se cada vez mais frequentes.

À vista disso, o presente trabalho acadêmico tem como referencial teórico a autora Maria Berenice Dias, com seu livro “A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher”, bem como, a autora Carmen Hein de Campos, com o seu livro “Lei Maria da Penha: um Novo Desafio Jurídico. In: Violência Doméstica: Vulnerabilidade e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar”. Além destes, o livro “A (in) Eficácia das medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha”, do autor Leandro Souza.

A narrativa apresenta o método hipotético-dedutivo, ao qual se procura solucionar um problema a partir de possíveis hipóteses que possam refutar a respectiva tese.

Lado outro, essa pesquisa descritiva goza de uma abordagem quali-quantitativa, não se limitando a um único método para alcançar resultados suficientes e satisfatórios.

Dito isso, o foco do trabalho encontra-se na análise das concepções de juízes que já atuam e lidam com essas demandas rotineiras, visando examinar a atuação destes, uma vez que possuem papel fundamental de conceber mecanismos de garantias e proteção às vítimas de violência de gênero e fazer cumpri-las. Além disso, buscar entender o processo histórico e considerar fatores de vulnerabilidade e riscos para as vítimas e suas famílias.

As ferramentas a serem utilizadas neste estudo consistem em obtenção de dados e informações, como livros, artigos, citações jurisprudenciais, dentre outros.

1. CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Derivado do termo latim “*vis*”, que se denota em emprego de força, a violência se caracteriza pelo emprego não tão somente de força física, mas também de outras formas, como a intimidação moral, originando-se de comportamentos que causam dano a alguém ou que ameaçam a integridade de outrem, seja mediante uma ação ou omissão, tal qual, uma conduta contra uma pessoa ou mais ou até mesmo fazendo um indivíduo agir contra sua vontade, podendo se manifestar de várias formas.

O termo supramencionado possui natureza polissêmica, isto é, pode apresentar diferentes vertentes a depender do contexto que será utilizado, assim, a violência é uma questão social.

A princípio faz-se necessário distinguir o termo violência doméstica de violência contra a mulher, que se apresentam ambas como ramificações do gênero violência. A violência doméstica ou de gênero é uma espécie de violência e representa uma epidemia global,

que tem assolado o mundo inteiro, independente de classe social, etnia e faixa etária. Não obstante, o respectivo termo consiste não só em uma violação dos direitos humanos, mas também em uma questão de saúde se tratando de ações ou omissões que violem os direitos civis ou políticos da mulher, ou causem lesão ou sofrimento, sejam eles físicos psicológicos ou sexuais. A expressão violência doméstica está mais arraigada ao âmbito familiar, incluindo pessoas que convivem no ambiente familiar.

Outrossim, o termo violência contra a mulher, foi apresentado pelo movimento feminista e está muito ligado à criminalidade ou as ocorrências em espaços públicos, geralmente quando parte de uma conduta de desconhecidos.

2. ESTRUTURAÇÃO HISTÓRICA

A batalha histórica das mulheres por respeito e equidade em um ótico micro no meio onde vivem ou amplamente dizendo na sociedade, é uma luta de longevos anos. Combater a estrutura patriarcal é um grande problema a ser enfrentado, apesar de ser um assunto profusamente objetificado, indiscutivelmente não pelo tema, que além de necessário é um direito das mulheres; e sim pela lentidão em que as evoluções acontecerão como ter assegurados direitos como a liberdade para pensar e falar publicamente sobre suas necessidades, vontades e escolhas.

Garantias fundamentais, como aos estudos formais, somente foram concedidas às mulheres a partir de 1827, e apenas em 1893 em uma colônia no sul da Austrália, pela primeira vez na história as pessoas do gênero feminino conquistaram o direito ao voto. Tão logo, apos todas as conseqüências negativas, destruição, violação dos direitos humanos, impactos e abalos deixados pela segunda guerra mundial, diversas nações se uniram inclusive o Brasil, e instituíram a ONU (Organização das Nações Unidas) em 1945 objetivando estabelecer a segurança e paz mundial a fim de dirimir de maneira diplomática e pacífica, conflitos e desavenças entre as nações. Já em caráter universal em 1948 a ONU

estabeleceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos onde todos os homens e mulheres do mundo deveriam ter direitos fundamentais garantidos a fim de se ter uma vida digna. Diante de tais feitos surge o Sistema Nacional dos Direitos Humanos apontado como um marco do Direito Internacional promovendo igualdade entre todos.

Todavia era necessário estabelecer também direitos específicos às mulheres diante da amplitude dos direitos humanos e em retidão aos acordos já firmados, haja vista que esse descompasso estava diretamente ligado a um grupo historicamente subjugado e oprimido em detrimento a um gênero oposto que sempre gozou de privilégios sociais e econômicos.

Considerando que pouco foi mencionado sobre a questão de gênero na Declaração Universal, em 1975 no México fora realizada a primeira Conferência Mundial sobre a Mulher com o propósito de discutir sobre as desigualdades e discriminações sofridas pelo gênero feminino em que a referida declaração não alcançava. E como fruto da conferência em 1979 foi promulgada a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (*CEDAW*) esse foi o primeiro tratado responsável por designar que as nações membros da ONU executem atos de impugnação a desigualdade de gênero bem como o combate a injustiças fundamentadas na inferioridade de grupos de pessoas do sexo feminino ao redor do planeta.

O ano de 1993 fica marcado pela aprovação da Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres trazendo consigo a responsabilidade em ser o primeiro instrumento internacional de combate a violência contra a mulher. Até mesmo um guia de boas práticas para o estabelecimento da igualdade entre homens e mulheres a IV Conferência Mundial Sobre a Mulher viabilizou em 1995, inclinada a inserir de maneira efetiva as mulheres a tomada de decisões, nos anos 2000 a ONU na Resolução 1325; reconhece que os impactos sofridos por mulheres em guerras é diverso aos enfrentados por homens, afirmando o carecimento da figura feminina na prevenção de conflitos.

Ao compasso da evolução internacional dos Direitos da mulher, em 2006 foi promulgada no Brasil a Lei 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha

3. LEI MARIA DA PENHA E EFETIVIDADE DA LEI 11.340/2006

A criação da lei veio por meio de uma biofarmacêutica, Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de seu marido Marco Antônio Heredia. Após ter sofrido duas tentativas de homicídio, Maria da Penha, veio lutando para a criação da lei que ajudasse para que ocorresse a diminuição da violência perante a mulher. Na primeira tentativa, Marco Antônio disparou um tiro em Maria da Penha a deixando paraplégica. Já na segunda tentativa, tentou eletrocutá-la enquanto estava no banho.

Em 1998, o Comitê Latino-americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher e o Centro para a Justiça e o Direito Internacional, acompanhado de Maria da Penha Maia Fernandes, e tendo o apoio de ONGs Brasileiras, foram encaminhadas petições, adverso ao Estado Brasileiro, sob alegações de que passaram 15 anos da agressão sofrida, ainda sim, não tinha nenhuma decisão final perante a condenação pelos tribunais nacionais, bem como com agressor que ainda se encontrava em liberdade.

E somente em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório, acusou o Estado Brasileiro, por negligência perante Maria da Penha Maia Fernandes, de descuido perante a violência doméstica sofrida contra mulher. Assim, o órgão solicitou que fosse criada uma legislação adequada para essa violência contra a mulher. O caso recebeu o número 12.051, foi o primeiro caso de aplicação da Convenção de Belém do Pará. Marco Antônio Heredia demorou a ser julgado, e quando teve sua condenação, ficou preso durante dois anos, demonstrando visivelmente como essas violências eram tratadas.

Com a entrada da Lei nº 11.340/2006, veio para mudar esses tipos de situações, criando o mecanismo mais adequado e rigoroso

para prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei estabelece que todo caso de violência doméstica é crime, devendo de fato ser apurado através de inquérito policial e ser encaminhado ao Ministério Público (MP), para que seja feita a denúncia. Esses crimes são julgados em Juizados Especiais de Violência Doméstica contra a Mulher, que foram criados a partir dessa legislação, e nas cidades em que não possuíam, eram julgadas em Varas Criminais.

A lei caracteriza a situação da violência doméstica, abarca a pena de um a três anos contra seus agressores, e determina o encaminhamento das mulheres em situações de violência, e também seus dependentes a programas e serviços de proteção e assistência social. Essa lei nº 11.340, foi legitimada em 07 de agosto de 2006 e chamada de Lei Maria da Penha, devido a Maria da Penha Maia Fernandes, e que desde o momento da violência sofrida, ela se dedicou à causa do combate contra violência doméstica contra a mulher.

Contudo, foram realizadas audiências públicas, em cinco regiões do país no período de 2005, que contou com participações das entidades da sociedade civil e de parlamentos. Durante esses debates, sugestões foram incluídas em um suplente e os resultados desses debates democráticos foram aprovados, e ainda sim por unanimidade no Congresso Nacional. Em vigor, a Lei Maria da Penha dá cumprimento à Convenção para proteger, corrigir, eliminar, impedir a violência contra a mulher. A iniciativa do CNJ com alguns órgãos e entidades, demonstra a criação das estruturas dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Os mecanismos da lei definem a violência doméstica e familiar, estabelece formas da violência doméstica, onde poderá ocorrer independente da orientação sexual. Essas violências não são apenas físicas, mas também psicológicas, sexual, patrimonial e moral. Essa denúncia, assim que acolhida só poderá ser renunciada na presença de um Magistrado, para que o mesmo possa ter conhecimento da decisão tomada e se foi de fato da vontade da mulher a retirada da denúncia. Serão proibidos os pagamentos de multas ou cestas básicas, após a condenação.

É realizada a alteração do Código de Processo Penal, para que seja decretada a prisão preventiva quando foi apresentado risco à integridade da mulher, sendo física ou psicológica. A lei de execução penal veio a ser alterada, para que o Magistrado possa determinar o comparecimento obrigatoriamente do agressor a programas de reeducação e recuperação. Como já dito, criação de Juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo competência tanto criminal quanto cíveis, para poder abranger as questões familiares decorrentes a violência sofrida. E caso a violência ocorrida, tenha sido contra uma mulher com deficiência, a pena para esse agressor será majorada em um terço.

Já para a autoridade policial, é permitida a prisão do agressor em flagrante sem que ocorram quaisquer das formas de violências perante a mulher. A autoridade pleiteia para registrar o boletim de ocorrência e instaurar o inquérito policial, colhendo pelos depoimentos das testemunhas, da vítima, do agressor, e o recolhimento de provas documentais e periciais que serão de suma necessidade. Após todo esse trâmite, será remetido esse inquérito para o Ministério Público.

Recebendo a denúncia, caberá ao Magistrado em quarenta e oito horas, deliberar sobre a concessão das medidas protetivas de urgência, em caso de porte de armas do agressor, será essa retirada de sua posse, será afastado e distanciado do lar. Assim o magistrado do Juizado Especial – Juizado Doméstico e Familiar contra a mulher tem competência para julgar o crime e os casos que envolvem questões familiares. Com a apresentação da denúncia, o Ministério Público pode propor pena de três meses a três anos de prisão, cabendo ao Magistrado decidir e sentenciar.

4. EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS

As medidas protetivas foram criadas concomitantemente à Lei 11.340/2006 entre seus Artigos 18 a 24, esse ordenamento possui o dever de proteger a vítima de violência doméstica reprimindo o agressor.

Recentemente Joice Quele foi assassinada em Salvador pelo seu companheiro, a jovem mulher vinha sendo importunada pelo ex-marido há três meses. Dirigiu-se a uma delegacia de atendimento à mulher na tentativa de se livrar dos assédios e da obsessão sofrida, o que não foi eficaz, mesmo após prestar queixa de ameaças de morte, seu ameaçador ceifou-lhe a vida. (TAMIRIS NEGRELLI, 2022)

Outro fato de violência doméstica ocorreu na cidade de Guairá. A brasileira Rosemary Fracasso, uma mulher de 37 anos, compareceu a delegacia e denunciou as agressões e ameaças sofridas. Porém a lei 11.340/06, que prevê medidas de proteção à vítima, como também a prisão preventiva ou o afastamento do agressor, proibindo-o de aproximar-se da ofendida, não foi aplicada, sendo a queixosa morta a golpes de facão. (TAMIRIS NEGRELLI, 2022)

Fato recente aconteceu em Belo Horizonte com uma cabeleireira. Maria Islaine de Moraes chegou a denunciar seu ex-marido por cinco vezes, e mesmo assim, ele continuou rondando o salão de beleza onde a mesma trabalhava, como forma de ameaça. Nota-se que houve falhas quanto à aplicação das medidas protetivas, vez que a mesma não foi aplicada como ordena a Lei. (TAMIRIS NEGRELLI, 2022)

Uma mulher foi morta com sete tiros, no Bairro Santa Mônica, na região de Venda Nova, em Belo Horizonte, nesta quarta-feira. O crime aconteceu dentro de um salão de beleza. De acordo com testemunhas, a vítima teria pedido proteção à polícia por causa de ameaças de morte, feitas pelo ex-marido, identificado como Fábio Willian, de 30 anos, borracheiro, autor dos disparos. (TAMIRIS NEGRELLI, 2022)

Não obstante tal eficácia tem sido questionada, uma vez que mesmo após feita a denúncia a mulher encontra-se vulnerável ao desejo de posse do acusado, atentando para as falhas cometidas pelas instituições competentes assim como sua execução por intermédio da carência de estrutura dos órgãos governamentais.

5. TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Muitos acreditam que a violência ocorre apenas, quando existe a agressão física, porém no art.7º e seus incisos, a Lei Maria da Penha, prevê mais cinco tipos de violências:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

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

5.1 A VIOLÊNCIA FÍSICA

Qualquer ato que possa ofender a integridade ou a saúde corporal de uma mulher, sendo eles, espancamentos, atirar objetos ou a sacudir ou apertar seus braços, estrangulamentos, lesões com objetos cortantes e que possa perfurá-la, ferimentos causados por queimaduras ou armas de fogo e tortura.

5.2 A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

Qualquer que seja o ato, que venha causar danos emocionais e diminuição de auto-estima, que possa perturbar ou prejudicar o desenvolvimento de uma mulher, sendo eles, ameaças, constrangimentos, humilhações, manipulações, isolamentos a proibindo de sair e manter o contato social, vigilância constante, perseguição, insultos, chantagens, explorações, limitando a vítima de ir e vir, a ridicularizando – a , retirando sua liberdade de crença, distorcendo e omitindo determinadas situações para que a mulher duvide da sua própria sanidade.

5.3 A VIOLÊNCIA SEXUAL

Nada mais é, que uma conduta que possa constranger ou a fazer presenciar, ou até mesmo manter ou participar de relação sexual na qual a vítima não sente vontade (desejo), mediante a intimidação, ameaça, uso de forças, enfim. Esse tipo de violência pode ser caracterizado como um, estupro, forçar que a mulher pratique atos sexuais na qual as causam desconfortos e até mesmo repulsa, forçar um ato como matrimonial, gravidez ou prostituição por meio de

coações, chantagens, subornos ou manipulações e até mesmo proibir que a mulher possa exercer os direitos sexuais e reprodutivos.

5.4 A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

É como qualquer conduta que configure a destruição parcial ou total de um bem, alguém que possa privar, para si bens, coisas, objetos e até mesmo aqueles destinados para satisfazer necessidades. Como, controlar dinheiro, deixar de efetuar o pagamento de pensão alimentícia, destruir documentos pessoais, furtar, privação dos bens, valores ou até mesmos recursos econômicos, e causar danos propositais a objetos da mulher ou dos quais ela goste.

5.5 A VIOLÊNCIA MORAL

É tudo que configure calúnia, difamação ou injúria. Sendo a mulher, acusada de traição, ser emitido Juízos morais sobre a conduta, realizar críticas mentirosas, expor a vida íntima, rebaixar a mulher por meio de xingamentos que incidem sobre a índole, desvalorizar a vítima pelas suas vestimentas.

E essa violência também poderá ser causada por outra mulher, desde que a vítima seja uma mulher e esteja em seu âmbito familiar, qualquer que seja o agressor homem ou mulher. Isso é importante ser falado já que na maioria dos casos ocorre desse agressor ser um homem, o agressor poderá ser todo aquele agente que possa violentá-la.

Já dizia Maria da Penha, em um Trecho do seu Livro “*Sobrevivi... posso contar*”

“Conhecida também uma violência praticada de forma quase invisível que é o preconceito contra as mulheres, desrespeito que abre caminho para atos mais severos e graves contra nós. Apesar de nossas conquistas, mesmo

não tendo as melhores oportunidades, ainda costumam dizer que somos inferiores, e isso continua a transparecer em comentários públicos, piadas, letras de músicas, filmes, ou peças de publicidade. Dizem que somos más motoristas, que gostamos de ser agredidas, que devemos nos restringir à cozinha, à cama ou às sombras.” (Maria da Penha, 1994)

Essas agressões são complexas, perversas e não acontecem em casos isolados uma das outras e acabam tendo graves conseqüências para uma mulher. Qualquer um desses atos viola a constituição dos direitos humanos e deve ser denunciado. Infelizmente a violência doméstica não distingue a classe social, religião, raça, a idade ou nível de escolaridade. E todos os dias, várias mulheres, crianças e adolescentes sofrem algum tipo de violência doméstica. A primeira coisa que deve ser feito, e o reconhecimento do agressor, para que as medidas cabíveis sejam tomadas e que assim, sejam evitados danos maiores – até mesmo a perda de uma vida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir acerca do referido trabalho, que o termo violência possui várias subespécies, sendo uma delas a violência doméstica, que ocorre no âmbito familiar e dado o atual cenário que perpassou por isolamento social, as ocorrências de violência doméstica tem aumentado cada vez mais.

Como se pode observar na presente pesquisa, um dos motivos do crescente aumento da violência citada e das barreiras encontradas para erradicar o problema é porque as maiorias das vítimas ficaram confinadas com seus agressores, dificultando ainda mais a proteção dessas vítimas e a aplicação da Lei 11.340/2006.

Ademais, como muito se tem demonstrado, as conseqüências desencadeadas pela violência doméstica são irreparáveis, podendo causar danos físicos e psicológicos, como por exemplo: Hematomas,

depressão, lesões gravíssimas e ate mesmo óbitos. Além disso, geralmente as vítimas possuem certa dependência financeira de seus companheiros, contribuindo para que as mesmas aceitem muitas situações.

Dito isso, conforme diversas decisões já proferidas, expõe-se que muitas vezes o agressor acaba cumprindo apenas serviços comunitários, punição essa que não cumpre o papel de coibir esses agressores a não voltarem a transcender o mesmo crime.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2.ed. rev., anual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSAVA, Mario. **Mulheres-violência**: Lei brasileira ainda não evita mortes – IPS (RJ). Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2009/03/america-latina/mulheres-violencia-lei-brasileira-ainda-nao-evita-mortes/>

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha: um Novo Desafio Jurídico. In: Violência Doméstica: Vulnerabilidade e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar**. Fausto Rodrigues de Lima, Claudiene Santos (Org.), Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2009, p. 23

SOUZA, Beatriz Pigossi. **Violência doméstica** – Lei “Maria da Penha”: Solução ou mais uma medida paliativa? Presidente Prudente, SP, 2008. 62 f. (Trabalho de conclusão de curso). Faculdade de Direito de Presidente Prudente “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”. Pág. 114. Disponível em: https://www.academia.edu/34874731/FACULDADES_INTEGRADAS_ANT%C3%94NIO_EUFR%C3%81SIO_DE_TOLEDO_FACULDADE_DE_DIREITO_DE_PRESIDENTE_PRUDENTE_Tribunal_Do_J%C3%94RI_E_SEUS_PRINC%C3%82PIOS_CONSTITUCIONAIS

PAULO, Paula Paiva; ACAYABA, Cíntia. **G1 – Violência contra mulheres praticada por vizinhos cresce; uma em cada cinco relata agressão**, diz Datafolha. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/02/26/violencia-contra-mulheres-praticada-por-vizinhos-cresce-uma-em-cada-cinco-relata-agressao-diz-datafolha.ghtml>

SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio e FONSECA, Tiago Abud da. **A Aplicação da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher.** Boletim do IBCCrim, ano 14, nº 168, novembro de 2006.

IZUMINO, Wania. **Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais:** mulheres, violência e acesso à justiça. XXVIII Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação em Ciências Sociais – ANPOCS, Caxambu, Minas Gerais, 26 a 28 de outubro de 2004. CD-ROM.

ROCHA, Sandro Caldeira Marron da. **Abordagem sobre a Lei de Violência Domestica Contra a Mulher** – Lei 11.340/06. p.173-187. In: FREITAS, Andre Guilherme Tavares de. *Estudos sobre as Novas Leis de Violência Domestica contra a Mulher e de Tóxicos (Lei 11.340/06 e 11.343/06) Doutrina e Legislação.* Ed. Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2007, p. 177.

AUAD, Daniela. **Feminismo:** que história é essa? Rio de Janeiro: DP&A, 2003. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas.* Tradução de José Cretella JR e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. **Lei 11340/2006.** Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, Patriarcado, Violência.** 2.reimp. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos. **Violência, reciprocidade e desigualdade: uma perspectiva antropológica.** In: _____. *Cidadania e Violência.* 2. ed.rev.Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Editora FGV, 2000.

GERHARD, Nadia. **Patrulha Maria da Penha.** Porto Alegre: Editora Age, 2014.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi... posso contar**. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012

Brasil Escola. **Lei Maria da Penha x Ineficácia das Medidas Protetivas**: 2022. Disponível em: <Lei Maria da Penha X Ineficácia das medidas protetivas – Brasil Escola (uol.com.br)> Acesso em: 01 out. 2022.

O RETROCESSO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES PÓS REFORMA TRABALHISTA

Maria Eduarda De Souza Soares¹

Nathália Elen Da Silva Godinho²

RESUMO: O presente estudo analisa a Reforma Trabalhista e suas mudanças frente ao objetivo original da implementação da Consolidação Das Leis Trabalhistas. Para tal, faz-se necessário evidenciar as principais mudanças maléficas para o empregado, e denotar como a junção de mais de uma mudança pode afetar a vida do trabalhador.

Palavras-chaves: Reforma Trabalhista. Empregado. Malefícios.

1. INTRODUÇÃO

Em 1941, Getúlio Vargas assinou a criação da Justiça do Trabalho, tendo como objetivo principal a regulamentarização das relações individuais e coletivas do trabalho. Ela surgiu como uma necessidade constitucional, após a criação da Justiça do Trabalho.

O código foi idealista, antecipando a urbanização do país. Dois fatores tornaram a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) um código de vanguarda para a época em que foi instituída: o surgimento e a agitação dos movimentos sindicais dos operários na cidade de São Paulo, inspirados pelos imigrantes anarquistas vindos da Itália, e o fato do Brasil ser, à época, um país predominantemente agrário.

Foi então, em meio a este complexo cenário que surgiram as greves e revoltas sociais, iniciando assim, as lutas por direitos trabalhistas. Os empregados das fábricas formaram espécies de sindicatos denominados *trade unions*, desencadeando movimentos

1 Maria Eduarda de Souza Soares graduanda no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

2 Nathália Elen da Silva Godinho graduanda no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

por melhores condições de trabalho. Essas manifestações serviram de inspiração para a formação de movimentos organizados de operários brasileiros.

A Constituição Federal de 1967 trouxe mais mudanças: aplicação da legislação trabalhista aos empregados temporários; a valorização do trabalho como condição da dignidade humana; proibição da greve nos serviços públicos e atividades essenciais e direito à participação nos lucros das empresas. Limitou a idade mínima para o trabalho do menor, em 12 anos, com proibição de trabalho noturno; incluiu em seu texto o direito ao seguro-desemprego (este, porém, só foi realmente criado em 1986) e a aposentadoria para a mulher após 30 anos de trabalho, com salário integral. Fez previsão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), da contribuição sindical e do voto sindical obrigatório.

Desse modo, disseminaram-se, em escala global, mudanças nos padrões de regulação do trabalho e de proteção social. Os resultados das promessas que embasaram essas iniciativas são, no mínimo, controversos, especialmente no que se refere ao combate ao desemprego. Não obstante isso, especialmente após a crise de 2008, impôs-se uma nova onda de alterações legislativas (Adascalitei, Morano, 2015).

Portanto, a Reforma Trabalhista resultou em mais benefícios para o empregador do que para o empregado.

A atualização das relações trabalhistas entrou em vigor em 2017, comumente chamada de Reforma Trabalhista, e a sociedade em grande parte não possui conhecimento referente a essas mudanças, as normas e os impactos para empresas e colaboradores. Inicialmente, houveram grandes questionamentos e posições desfavoráveis à reforma diante o argumento de que se tratava de uma medida para acabar com os direitos do trabalhador brasileiro. Depois de uma série

de discussões e ajustes, a Reforma Trabalhista foi aprovada, conforme estabelecido pela Lei nº 13.467/17.

A reforma tem um forte caráter de flexibilização envolvendo acordos entre a empresa e o trabalhador. Com isso deve-se atentar pois, essas combinações podem gerar impactos na cultura organizacional, na produtividade e motivação dos profissionais.

O presente artigo tem como objetivo geral analisar mudanças nas regras trabalhistas. Ainda, dissertar sobre os impactos, em específico para os funcionários, analisando pontos positivos e negativos, uma vez que demonstrando que historicamente a CLT foi criada com o intuito de beneficiar aos trabalhadores.

Terá como referencial teórico os autores Nilton Soares de Souza Neto com seu artigo A reforma trabalhista de 2017: projeto do empresariado paulista da FIESP e da CNI, bem como autores Patrícia Garcia dos Santos, Thays Santos Motta Guerreiro e Vólia Bomfim Cassar, com seus respectivos artigos Reforma Trabalhista e Desvalorização do Trabalho Humano, Convenções e acordos coletivos do trabalho: as novas atribuições jurídicas advindas pelo projeto de lei nº 6.787, de 23 de dezembro de 2016, de autoria do Poder Executivo e Reforma Trabalhista: comentários ao substitutivo projeto de Lei 6787/16.

A pretensão para esse estudo é a realização de um artigo científico através da técnica do método dedutivo. Explorando as minúcias do tema através do método descritivo. O foco da pesquisa no método descritivo se mostra mais eficiente para demonstrar a ideia central do tema e para abordar os aspectos, confrontos e comparações entre o cenário anterior e o posterior a reforma trabalhista, visando explicitar ao final, as semelhanças e as diferenças, os pontos fortes e os fracos de cada um, e a partir de então apresentar o resultado. As ferramentas a serem utilizadas para a obtenção de dados e informações no processo serão artigos, livros, estudos e publicações relacionados ao tema, leis nacionais e internacionais, jurisprudências, entre outros.

Em princípio, há que observar acerca da noção de que a venda da mercadoria denominada força de trabalho, trata-se de uma relação entre pessoas, e com a reforma trabalhista, Lei nº 13.467, que está em

vigor desde 2017, essa percepção foi modificada, passando a enxergar essa venda como uma relação entre coisas.

Era na época da Revolução Industrial que prevalecia uma visão similar a esse implementada, que se deve haver livre negociação entre as partes juridicamente iguais, expressa em contrato e nesse constaria a troca de determinadas horas de trabalho por uma determinada quantia de dinheiro. O que é extremamente controverso, não há como tratar o trabalhador como algo, pois sua força de trabalho não se separa de seu corpo físico, ainda, também divergente, não há igualdade entre as partes, o empregado sofre maiores danos do que o empregador. Esse último, paga com seus lucros o empregado, mas é esse quem sofre pois desgasta-se para promover a força de trabalho.

Sendo assim, o Direito do Trabalho tem como função delimitar uma área dentro do qual os espaços de livre negociação podem atuar. Quaisquer mudança, deve contabilizar os limítrofes das mínimas condições de trabalho decente que são invioláveis.

2. IMPORTÂNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O empregador é a parte da relação do contrato de trabalho que detém poder e direção, além de comandar as prestações de serviço de seu empregado, ficando esse vulnerável, assim, a Justiça do Trabalho atua buscando equilibrar tal relação.

A atual Justiça do Trabalho é célere, e desempenha trabalho de extrema importância para a sociedade, em grande parte promovido pelas mudanças instituídas pelas emendas constitucionais n° 24/99, n° 45/04 e n° 92/16.

Em 1999, a Emenda Constitucional 24/99 entrou em vigor, provocou a extinção da representação classista, as juntas deram lugar as Varas do Trabalho. No passado, a Justiça do Trabalho era caracterizada por resolver conflitos apenas resultantes das relações empregatícias, entre empregador e empregado, o que foi modificado com a Emenda Constitucional 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, que passou a abranger os conflitos de qualquer

relação de trabalho, e ainda, aumentou a composição do Tribunal Superior do Trabalho (TST). E por fim, a Emenda Constitucional 92/2016 caracterizou o TST como órgão do Poder Judiciário, que representa hodiernamente a Justiça do Trabalho.

2.1. VISÃO GERAL

O Governo Federal propôs algumas modificações sob o pretexto do combate ao alto índice de desemprego e para com isso alavancar a economia brasileira. Campos *et al.* (2017) discutem como a reforma poderá impactar a produtividade, sendo um dos principais pontos a forma como a valorização da negociação coletiva, a representação dos trabalhadores na empresa e o fim da contribuição sindical (gerando melhores sindicatos) podem levar a um melhor diálogo entre os trabalhadores e a empresa, elevando a duração dos vínculos e aprimorando condições e relações de trabalho. Como os autores chamam a atenção, se haverá ganhos ou perdas de produtividade, dependerá principalmente dos atributos da representação coletiva dos trabalhadores. No entanto, ao mesmo tempo em que concede grande peso à negociação coletiva, a reforma trabalhista contém inúmeros pontos que enfraquecem o poder de barganha de trabalhadores e sindicatos, e não se preocupou em atacar os problemas existentes na legislação sobre a representação coletiva dos trabalhadores.

3. PRINCIPAIS MUDANÇAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA

A reforma trabalhista foi uma importante mudança na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017. A reforma é válida apenas para trabalhadores regidos pela CLT, gerando alterações em alguns direitos e deveres dos profissionais brasileiros.

3.1 ACORDOS COLETIVOS

Um dos principais pontos a serem considerados a respeito da Reforma Trabalhista é a inserção do artigo 611-A na CLT, que denota acerca de acordos coletivos.

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superior a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa (Brasil, 2017).

Em sua maioria, os artigos buscam a flexibilização dos dispositivos no tocante da jornada de trabalho e remuneração, limitando, o papel da Justiça do Trabalho na análise desses.

No primeiro parágrafo do artigo anteriormente citado, é posto que não cabe mais a Justiça do Trabalho dispor sobre o conteúdo dos acordos, mas sim, apenas formalizá-los, fazendo com que contenham cláusulas restritivas de direito dos trabalhos e se isentando na anulação de tais acordos. A Justiça do Trabalho promove um equilíbrio entre o empregado e o empregador, tem como principal papel proteger o trabalho justamente devido a disparidade entre esses, inibir que essa disponha sobre o que contém nos acordos é um exemplo de promoção a desigualdade previamente existente.

O parágrafo único do artigo 611-B da CLT, procura coibir que a Justiça do Trabalho anule cláusulas resultantes dos acordos coletivos que origina-se em jornadas excessivas, considerando os efeitos sob a saúde, a higiene e a segurança do empregado.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo (Brasil, 2017).

A soma desse artigo com o artigo 394-A da CLT, pode resultar em um dano inimaginável para o trabalhador. Esse último citado, permite que a gestante trabalhe em atividades insalubres em graus mínimos e médios, exceto em casos de apresentação de atestado de saúde. No entanto, já no inciso XII do artigo 611-A permite que haja negociação do enquadramento da insalubridade, promovendo então que haja a

possibilidade de gestantes trabalharem nessas condições nocivas que atualmente sejam consideradas de grau máximo.

3.2 FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO – ARTIGO 611-A CLT:

Nesse, é denotado a possibilidade da flexibilização da jornada de trabalho, o uso do banco de horas, permite também que haja a redução do intervalo em expedientes com mais de seis horas, que em princípio seria de uma hora, após a reforma, poderá ser reduzida para apenas meia hora, ainda, possibilita a ampliação da jornada de trabalho em ambientes insalubres.

O artigo 59-A permite que haja jornada 12/36 (doze horas consecutivas de trabalho seguidas de trinta e seis de repouso) para **qualquer** trabalhador, excluindo a necessidade de licença prévia do Ministério do Trabalho para atividades insalubres.

O artigo 59-B promove a redução do pagamento das horas extras em jornadas não compensadas e ainda busca evitar que a Justiça do Trabalho interprete o uso recorrente de horas extras em acordo sobre o banco de horas como forma de ludibriar os limites constitucionais da jornada de trabalho descritas no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição da República, que inclui como um dos direitos dos trabalhadores, que a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, e ainda, a minimização do pagamento de horas extras:

Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas (Brasil, 2017).

No artigo 71, §4º da CLT, a indenização dos intervalos da jornada de trabalho não concedidos se dá apenas sobre o período suprimido no lugar de ser sobre todo o intervalo, como costumava ser. O artigo 384, que estabelece a necessidade de no mínimo quinze minutos de intervalo entre a jornada normal e as horas extras fica revogado. No final, tem-se como resultado a soma de todas essas modificações, a legalização de jornadas diárias de dez horas com intervalos de apenas trinta minutos ou até jornadas de dez horas ininterruptas, caso se prefira indenizar o intervalo de uma hora da CLT como hora extra.

3.3 FLEXIBILIZAÇÃO DA REMUNERAÇÃO

Nota-se que no artigo 611-A é possível que sejam negociados os planos de cargos e salários, enquadramento de funções comissionadas, remuneração por produtividade e desempenho, prêmios de incentivo e participações nos lucros ou resultados.

A principal mudança é a contida no §1º do artigo 457 da CLT, abonos pagos pelo empregador e diárias de viagens deixam de integrar o salário, e, assim, sobre esses valores deixam de incidir encargos trabalhistas, inclusive INSS.

§1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de

qualquer encargo trabalhista e previdenciário (Brasil, 2017).

Sendo assim, o artigo 611-A possibilita que cada vez mais os salários venham a serem constituídos de prêmios, PLRs e remuneração por produtividade, podendo haver perdas substanciais nas contribuições previdenciárias.

3.4 TRABALHO INTERMITENTE

O trabalho intermitente foi instituído após a Reforma Trabalhista, consiste na possibilidade em que a empresa poderá contratar colaboradores para suprir específicas demandas, sem garantia de tempo de trabalho, e o pagamento é realizado de acordo com o tempo de serviço prestado. Antes a Reforma, caso o colaborador não fosse registrado, a empresa estava sujeita ao pagamento de um salário mínimo vigente, após a mudança, a multa para tal contratação irregular é de três mil reais para grandes empresas e de oitocentos reais para empresas de pequeno porte.

3.5 DEMISSÕES E RESCISÕES

Em caso de demissão consensual, a empresa poderá finalizar o contrato de trabalho em comum acordo com o empregado, desde que realize devidamente o pagamento de 50% do aviso prévio e 20% da multa sobre o FGTS.

O artigo 484-A da CLT que fora promovido pela reforma, salienta sobre o distrato, que consiste na rescisão ou anulação de contrato

anteriormente pactuado entre as partes, pode ser consensual ou unilateral.

Positivamente, as rescisões também sofreram mudanças, antes eram obrigatórias e após a reforma deixaram de ser, com o intuito de diminuir a burocratização das rescisões, agilizando o recebimento das verbas para o colaborador.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, o presente texto objetivou-se estabelecer e denotar uma visão geral a respeito da Reforma Trabalhista promulgada em 2017 sob a Lei nº 13.467, que alterou o ordenamento jurídico das relações de trabalho no Brasil, exprimindo especialmente os principais pontos contraditórios que podem conter consequências adversas.

A Reforma Trabalhista promoveu mais benefícios para o empregador do que para o trabalhador. Assim, prejudicando, o lado hipossuficiente da relação de trabalho. A compreensão dessas mudanças e sua aplicação é de fundamental entendimento para que o empregado possa desfrutar seus direitos, impedindo que empregador os viole.

REFERÊNCIAS

ADASCALITEI, D.; MORANO, C. P. **Labour market reforms since the crisis: drivers and consequences**. Geneve: OIT, 2015. (Research Department Working Paper, n° 5). Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe acerca do Código Civil e é considerada uma das principais normas regentes para o ordenamento jurídico. É por meio dela que há o diferimento do que é Direito Público (interno e externo) e o que é Direito Privado. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. Lei no 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Diário Oficial da União**, Brasília, 2017. Acesso em: 15 nov. 2022

CAMPOS, A. *et al.* **Instituições trabalhistas e produtividade do trabalho: uma análise do caso brasileiro**. 2017.

CASSAR, Vólia Bonfim. Reforma trabalhista: Comentários ao substitutivo do projeto de lei 6787/16. Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=reforma-trabalhistacomentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716&HTML> Acesso em: 10 nov. 2022

GUERREIRO, Thays Santos Motta. **Convenções e Acordos Coletivos do trabalho**: As Novas Atribuições Jurídicas Advindas pelo Projeto de Lei N.º 6.787, de 23 de Dezembro de 2016, de Autoria do Poder Executivo. Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <https://revistaelectronica.oabrp.org.br/?artigo=convencoes-e-acordos-coletivos-do-trabalho-as-novas-atribuicoes-juridicas-advindas-pelo-projeto-de-lei-n-o-6-787-de-23-de-dezembro-de-2016-de-autoria-do-poder-executivo&HTML> Acesso em: 10 nov. 2022

SANTOS, Patrícia Garcia dos. **Reforma Trabalhista e desvalorização do trabalho humano**. Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <https://revistaelectronica.oabrp.org.br/?artigo=reforma-trabalhista-e-desvalorizacao-do-trabalho-humano&HTML> Acesso em: 10 nov. 2022

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: COEXISTÊNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS SUCESSÕES E DISSOLUÇÃO.

Roberto Vicente Teixeira¹

RESUMO: O presente estudo justifica-se ao debater as consequências da cumulação do casamento e o instituto da união estável no sentido de vínculo afetivo paralelo, tendo um dos membros contraído, ao mesmo tempo, as relações que caracterizam ambos os institutos. A legislação atual, normatiza ambas as relações, porém se omite ao não delimitar os efeitos em caso de duplo contrato, em concorrência, em especial nas hipóteses de sucessão e dissolução. As questões estão amplamente sendo discutidas pelo poder judiciário, que atendem e decidem na inércia do legislador, para apaziguar fatos concretos.

Palavras-chaves: Casamento. União estável. Sucessões. Família.

1. INTRODUÇÃO

Na concepção de conceitos da formação da família moderna, outros institutos de convivência foram introduzidos no direito brasileiro, recepcionados pela evolução dos relacionamentos afetivos, e, apáticos, de previsões e regulamentos legais. Importante salientar que o direito brasileiro considerava apenas uma modalidade de matrimônio, ou seja, o casamento civil. As convivências pessoais e duradouras eram tratadas apenas como sociedade de fato, aplicando-se em caso de lide, as previsões contidas no código civil, para dirimir pleitos de contrato de tal natureza.

O conteúdo aqui dissertado, impera na discussão do vácuo deixado em normativos legais no caso de um ente da entidade familiar concebida pelo casamento, manter um outro ambiente familiar,

¹ Roberto Vicente Teixeira, bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduando no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

concebido através de união estável, sem o conhecimento de todos os envolvidos, neste conjunto. Nesta seara, diversos fatos concretos se encontram em divergência, e procuram a função judiciária para solucionar seus conflitos, deveres e direitos, em especial na hipótese de sucessão e dissolução.

O estudo do problema partiu da decisão do Juiz Adolfo Theodoro Naujorks Neto, titular da 4ª Vara de Família e sucessões, em decisão no processo de nº 001.2008.005553-1 e outras jurisprudências a favor e contrárias ao provimento. Para tanto, baseia-se, em especial, na obra de Rolf Madaleno (Manual de Direito de Família / Rolf Madalena. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019) para sustentar a norma legal ao emprego do caso prático, bem como capitaneado na leitura de artigos científicos e na legislação pura.

Utiliza-se a metodologia dedutiva, contrapondo a legislação escrita e sua aplicabilidade em casos específicos.

Objetiva-se ao final, delimitar soluções que surtirão efeitos legais, na normatização atual, para que cessem conflitos de interesses interpessoais por membros de entidades familiares contemporâneas, que por inépcia legislativa, não foram dispostas as condições das novas formas de matrimônio previstas no texto legal.

Com o advento das mudanças comportamentais e culturais da sociedade moderna, tangenciando pelas novas estruturas dos relacionamentos interpessoais, surgiram institutos de entidade familiar que passaram a ser aceitos como similares ao casamento, que, sob as normas do Direito, era a única modalidade de união afetiva, aceita com o estereótipo de “família”, previsto em nosso ordenamento jurídico. As demais uniões entre pessoas, sejam elas institutos homoafetivos, poliafetivos, dentre outros que serão abordadas, se mantinham à margem da lei, ou seja não estavam sob a tutela Estatal, principalmente em caso de conflitos.

Dentro desta seara, através da lei 9.278/1996, instituiu-se, de forma legal, o que popularmente ficou conhecido como união estável, um novo instituto, que por ora, culturalmente, não tão novo assim, para regulamentar os casos de “entidade familiar a convivência

duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. De grande avanço social, regularizou os então denominados “concupinos”, que dê certo, em períodos mais remotos, fossem tratados como anomalias dentro do conceito de família. Na sansão da lei “inovadora e moderna”, no entanto, tal comportamento já se tratava como algo corriqueiro e presente em toda a sociedade, e em casos de litigio, passaram a serem tratados, principalmente no âmbito de sucessões e dissoluções, como uma mera sociedade simples.

Neste contexto, começaram a surgir conflitos, não que estes não existissem, mas passaram a serem jurisdicionados para sua solução. Tornar um conflito real de origem familiar em objeto de análise, eticamente, não se faz jus. Contudo, casos reais serão tratados como genéricos, de forma didática, em que pessoas possam se encontrar nas proposições, mas não identifiquem as partes.

Dentre as novas entidades familiares citadas, teceremos sobre duas, em um conflito, como já dito genérico que envolvam seus membros: o casamento e o instituto da união estável. Mais uma vez, imaginemos didaticamente, duas pessoas contraem matrimônio, através do registro cível, em cartório competente, e, quase que simultaneamente, um dos membros dessa estrutura familiar começa ou mantém um relacionamento paralelo, que corresponde a uma “entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”, apenas com o conhecimento daquele que frequenta as duas entidades.

Diante deste fato, visa este estudo objetiva esclarecer: Quais as consequências em caso do falecimento do membro que habita ambas as famílias? Quais as consequências na sucessão patrimonial entre os cônjuges herdeiros? Quem será o beneficiário dos direitos previdenciários? A legislação é omissa em previsões acerca do tema, entretanto, há julgados (poucos) sobre a condução para a solução da lide.

Por fim, delimitaremos os posicionamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, com intuito de tentar pacificar a questão dentro, utilizando de conceitos e aplicando-os no caso prático genérico.

2. CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES

A evolução dos padrões definidores de família foram se alterando com a evolução da humanidade e conseqüente modificação do uso do termo. Em tempos mais remotos, conceituava-se como família a união formal e legal de homem e mulher, na forma de casamento, com o intuito de gerar novos entes (filhos) e de certa maneira produzir riquezas para o bem comum. Este primeiro conceito, de cunho extremamente patriarcal e machista perdurou por várias épocas, e, ainda, encontra-se enraizado em várias culturas do mundo. No Brasil, esta padronização ainda é de notória conduta, apesar das conquistas, sim conquistas, de posições diversas a este conceito.

Na contemporaneidade, outros modelos de entidade familiar começaram a ser escritos, formalizando o que já tradicionalmente existia, mas por discriminação aconteciam à margem da sociedade, sendo por décadas julgados pela sociedade como anomalia, acrescentando-se valores religiosos para subalternizar pessoas que fugiam ao padrão tradicional. Acerca destes membros discriminados e por certo dizer marginalizados, em sua maioria compostos por homossexuais ou mesmo por casais héteros não formais (casados), desamparados pela legislação, pairava insegurança jurídica em suas uniões. A sociedade civil, por sua vez, dentre a pressão oferecida pelos excluídos e pela sua conscientização da evolução, mudança comportamental e de pensamento do mundo moderno, passou a conceituar família pela sua formação e não mais pelo modelo estatal imposto, preceituando-se pela relação afetiva de seus membros e salvaguardando-os em termos legais, nada mais do que apenas o disposto no art. 5º da Constituição Federal nas garantias e direitos fundamentais da pessoa humana.

Hoje, na normatização constitucional e infra constitucional, existem três tipos formais dispostos, mas jurisprudencialmente pacificado, outras modalidades que são denominadas como famílias são aceitas, tanto na sociedade como no universo jurídico, conforme a seguinte caracterização:

Família matrimonial, definida ainda como família tradicional, construída pela formalização do casamento civil entre homem e mulher fundamentado na igualdade dos direitos e deveres de cada ente;

União estável, onde se estabelece convivência pacífica e duradoura como seus pilares, mantidas as características heterossexuais entre seus entes, ou seja, homem e mulher. Neste instituto, já denominado também como concubinato, consumou os direitos e deveres adquiridos pelo casamento matrimonial, desde que preenchidos os requisitos para seu reconhecimento;

A família monoparental, destaca-se pela presença de apenas um dos pais e seus descendentes, tendo como delimitador e descendência de primeiro grau;

Família homoafetiva, caracterizada pela união de pessoas do mesmo sexo;

União estável homoafetiva, que contém as mesmas premissas da união estável, com a singularidade de ocorrer com pessoas do mesmo sexo;

Casamento homoafetivo que mantém também as mesmas características do casamento matrimonial heteroafetivo, consoante agora permitido por pessoas do mesmo sexo;

Família anaparental que consiste na união de duas ou mais pessoas, sem descendência consanguínea, que convivem em caráter permanente, com ajuda mútua, sem caráter econômico, apenas com vínculo afetivo, mas sem relacionamentos amorosos;

Família reconstituída ou recomposta, formadas por pessoas que possuem descendentes e resolvem se unir como casal, convivendo um com os descendentes do outro, surgindo em termos populares a figura do padrasto ou madrasta;

Por derradeiro, a família unipessoal passa a ser reconhecida formalmente, como o indivíduo que vive sozinho, seja por vontade própria ou por fatos do cotidiano, como a morte do companheiro, dos pais e por outros motivos. Este modelo de entidade familiar propiciou a proteção de bens patrimoniais e de benefícios sociais, como por exemplo a indicação de um patrimônio como bem de família.

Como citado, as entidades de família matrimonial, união estável e monoparental estão previstas em normas constitucionais e no código civil brasileiro. As demais estão consolidadas em jurisprudências pacificadas. Para a conclusão deste estudo, os conceitos, doutrinas e preceitos legais dos pactos celebrados nos institutos do casamento e da união estável especificamente serão mais detalhados, de forma a buscar a pacificação de conflitos.

2.1 NORMAS LEGAIS

Na normatização brasileira, o instituo do casamento está disposto na Constituição Federal em seu Art. 226, e parágrafos:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

A forma de se estabelecer o matrimônio, seus requisitos, vedações, casos de anulação, dissolução e as formalidades estão dispostas no Código Civil Brasileiro, norma infra constitucional (lei 10.406, de 10 de janeiro de 2.022), nos Arts. 1.518 a 1.582. Muitas são

as condicionantes para se contrair o matrimônio, trazendo segurança jurídica aos envolvidos e à sociedade, tendo por efeito a mudança do estado civil dos nubentes e por conseguinte, alterações jurídicas nas relações sociais, patrimoniais, econômicas dentre outras. Existem sanções previstas no Código Penal Brasileiro, especificamente os dispostos nos Arts. 265 a 239, que penalizam situações que desacordam com as formalidades previstas em lei. O instituto do casamento, sendo a condição de união mais antiga nas previsões legais, consegue estabelecer normatizações específicas que foram sendo adaptadas às novas realidade da sociedade ao longo do tempo, sofrendo pontuais alterações.

O instituto da união estável foi devidamente regulamentado pela lei 9.278 de 10 de maio de 1.966, com efeitos que regulam o previsto no Art. 226, § 3º da Constituição Federal: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Da lei que reconhece a união estável, o conceito de tal instituto está descrito no Art. 1º: É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Da análise do texto jurídico, verifica-se de forma sintética a igualdade de direitos e obrigações previstos quando da união feita através do casamento, com exceção à previsão do Art. 5º § 1º: Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

Aqui fica determinado que o regime jurídico a ser adotado será o de comunhão parcial de bens, ou seja, o patrimônio dos membros do instituto adquiridos antes da formalização da união, pertencerão único e exclusivamente a estes. Há ainda a ressalva que deverá ser expressa, a possibilidade da adoção do regime de separação total de bens, na constância da união estável, da mesma forma prevista ao casamento. A grande diferença entre os dois institutos consiste nas formalidades legais determinadas para a realização do casamento e da união estável. No primeiro existem uma série de pré-requisitos

a serem cumpridos pelas partes e terminam na alteração do estado civil de ambos. No segundo, é realizado através de escritura pública transladada em cartório de notas, a manifestação de vontade das partes em reconhecer a união já exercida anteriormente, sem mudança do estado civil.

Conceituado na leitura dos dispositivos legais vigentes, pode-se extrair que no casamento, a mudança no estado civil das partes enseja em mudança em sua personalidade jurídica, pois o registro civil é alterado, para tanto se necessário consultar a situação do estado civil, basta a simples busca por sua certidão de nascimento na qual constará o assento do casamento realizado. Desta feita, consagrado o casamento, a busca por seu estado civil, mesmo que tenha sido realizado o divórcio dos nubentes, a real situação estará descrita na certidão de casamento. Não há assim a possibilidade de se contrair o matrimônio por duas ou mais vezes de forma simultânea, exceto por meios fraudulentos. Ao passo contrário, na união estável, existe a possibilidade de efetuar a realização de diversas escrituras de união estável nos inúmeros cartórios de notas distribuídos pelo país, pois, não havendo a mudança do estado civil das partes e não tampouco o assento do ato em seu registro originário de nascimento, não é possível verificar a verdadeira situação dos contraentes. A doutrina estabelece a união estável como uma formalização do estigmatizado como concubinato, em forma de contrato, com surgimento de deveres e direitos, sendo amparados pelo Estado nas questões de seguridade social e no direito privado, com garantias patrimoniais e benefícios devidos pelas partes em caso de dissolução, como prestação de alimentos ao hipossuficiente. Assim ensina Diogo Leite de Campos, em sua obra Lições de direito de família e sucessões (Campos, Diogo Leite de. Lições de Direito da Família e das Sucessões. Coimbra (Portugal): Almedina, 1990, p. 17):

A Lei nº 9.278 pretendeu tratar o concubinato com as mesmas formalidades de um casamento, já definindo sua natureza jurídica como contrato.

Retirou-lhe assim seu romantismo e interferiu na vontade particular do cidadão, quando já se fala em privatização do Direito de Família. Enquanto o casamento é um contrato, adverte Diogo de Campos, determinante, por si mesmo, de efeitos jurídicos que se impõem aos cônjuges, a união de fato é um estado, cujo conteúdo e duração está dependente da vontade dos concubinos – de cada um deles.

Dos conceitos obtidos e das observações relevantes aos institutos casamento e união estável, é possível imaginar casos reais de relação que culminam na observância da manutenção dos dois institutos ao mesmo tempo, passíveis de não conhecimento de todos as partes envolvidas. Neste interim, em caso hipotético, casal mantém relação de união estável devidamente registrado no Cartório de Notas de determinado município do país, e sucessivamente um dos membros contrai núpcias através do casamento em outra localidade, com outra pessoa, mantendo sigilo quanto as situações, mantendo assim 02 entidades familiares, conseguindo manter o desconhecimento social da situação atrás de sua situação profissional que imputava viagens e períodos sucessivos distante de cada um de seu domicílio, havendo ainda a constituição de patrimônio apenas no convívio de um instituto familiar. Nesse aspecto, não há dispositivos legais que impedem ou previnam a consumação do caso descrito, cabendo a judicialização para pacificação da demanda e surgimento de jurisprudências para solução dos conflitos.

2.2 COEXISTÊNCIA ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL – BIGAMIA

Aqui se faz expresso e necessário conceituar o delito penal de bigamia, que consiste em casar na constância de outro casamento já existente, ou seja, de forma didática, significa estar casado duas

vezes, com pessoas distintas ao mesmo tempo. A previsão delituosa e a penalização constam no Código Penal Brasileiro em seu Art. 235;

Art. 235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º – Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

A lei expressamente caracteriza o crime de bigamia para o instituto do casamento. Como já conceituado, a união estável, é uma forma contratual de formalizar a convivência anterior para a garantia de direitos e surgimento de obrigações entres as partes, desta feita, não se faz materialidade para a aplicação do dito artigo em caso de duas ou mais uniões estáveis por uma pessoa. Neste entendimento, precedentes foram abertos, em face da inépcia da legislação em prover de normas regulamentadoras sobre o assunto, causando insegurança jurídica. Tal forma, em julgamento do processo nº 001.2008.005553-1 da 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho a sentença proferida pelo Magistrado Adolfo Theodoro Naujorks Neto em 13 de novembro de 2008, que assim definiu:

Isto posto, julgo procedente o pedido para declarar que XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX manteve união estável com o extinto XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, concomitantemente ao casamento do falecido, do ano de 1979 até a morte deste em 17 de dezembro de 2007, devendo o patrimônio adquirido pelo de cujus, por sua falecida esposa e pela autora neste período ser dividido em três partes iguais, mediante comprovação nos autos do inventário em tramite neste Juízo sob o n.º 001.2008.001688-9.

No julgado, estabeleceu-se a confirmação da coexistência dos institutos do casamento e da união estável concomitantemente, tendo por solução do conflito a dissolução dos direitos oriundos da sucessão entre as partes envolvidas, reconhecendo um outro instituto familiar nomeado como poliamorismo, que oriunda de jurisprudências, doutrinas e movimentos sociais.

Neste sentido, reitera a tese da não normatização efetiva, completa e necessária do instituto da união estável acarreta em interpretação diversa ao preceito legal, visto que a monogamia é a base do Estado brasileiro, confrontando a dialética normativa positivada.

2.3 SUCESSÃO E BENEFÍCIOS SOCIAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Neste raciocínio, na abertura de sucessão, observando os preceitos do Código Civil, previstos nos Arts. 1.784 a 1.790, abarcam as regras da sucessão patrimonial, já incluído nas regras para as condições de união estável. Estabelecem as diretrizes de destinação patrimonial do espólio, bem como da divisão de bens. É pacificado nas condições em que os institutos caminham de formas isoladas, sem coexistência. Destinam as cotas de acordo com o regime de comunhão ou separação de bens adotado, no caso do casamento ou na comunhão parcial ou separação de bens no caso de união estável. Como já delimitado por várias vezes, não há previsão normativa em caso de confusão patrimonial em espécies de anomalias jurídicas, no problema em questão, na superveniência comprovada de existência dos dois institutos paralelamente. Desta mesma maneira, aplica-se a dúvida aos benefícios sociais e previdenciários a que os cônjuges ou companheiros são dotados de direitos. Seguindo as regras legais positivadas, cabe a um ou outro apenas, os benefícios prestados pelo Estado às pessoas, não sendo possível sua divisão ou sua multiplicação, na proporção das partes envolvidas. Em jurisprudências, é possível encontrar duas correntes de julgamentos. As que consideram possível a coexistência da união estável e casamento ao mesmo tempo, tendo

os direitos oriundos da sucessão e a prestação dos direitos sociais e previdenciários sejam repartidos entre os integrantes do conflito. Em contra razão, outros decidem pelo não reconhecimento de tal conduta, optando apenas para que os direitos patrimoniais, sociais e previdenciários sejam de ofício dos que estejam no regime de casamento, em detrimento da união estável. Devido aos constantes conflitos e decisões controversas, o Supremo Tribunal Federal, decidiu através do RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.045.273 SERGIPE, com repercussão geral, sobre o tema, encerrando as disputas judiciais inerentes ao tema. Disserta sobre a impossibilidade do reconhecimento da coexistência de dois institutos familiares simultâneos, sejam eles casamento com união estável ou união estável com união estável, tendo como princípio o Brasil ser um Estado monogâmico. Se assim não entendesse, seria como legalizar a bigamia, procedendo com garantias o poligamismo do Estado, com inúmeras consequências aos demais ramos do Direito. Nesta seara, decidido pela não aceitação e por conseguinte sem efeitos jurídicos na esfera patrimonial da coexistência do casamento e da união estável. A mesma decisão não se aplicou quanto aos benefícios sociais e previdenciários em que as partes seriam beneficiadas. Caracterizado a boa-fé daqueles entes, partes da coexistência simultânea de institutos, os mesmos serão rateados entre eles, considerando-os como dependentes do segurado. Assim, por unanimidade, o STF proferiu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros

sobreviventes – independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato).

3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserida no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: “A preexistência de

casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”.

Portanto, pacificou-se as demandas judiciais para dar segurança jurídica, para os institutos familiares delimitados e protegidos pelas normas legais, em especial à união estável que carece de formalidades e definições mais específicas, para a contento não se exigir tutela jurisprudencial.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos precedentes extraídos para a solução dos conflitos resultantes da coexistência dos institutos do casamento e da união estável em concorrência, por omissão de preceitos legais, houve novamente a judicialização para solução do problema, através de interpretação dos normativos expressos, novando em uma norma jurisprudencial a ser aplicada sobre o tema. Recorrente é, o judiciário ter que “legislar” sobre matérias que não são abarcadas pela legislação, tonando-se regras para solução de conflitos. Desta feita, o judiciário faz as vezes do legislativo, que em grande maioria dos casos, mesmo após a comprovada necessidade de legislação sobre as mais diversas matérias, permanece omissos em sua obrigação legal. Um simples estudo no sobre a matéria julgada pode disponibilizar material normativo para proposição de projeto de lei que regulamente os tipos de união presentes no ordenamento jurídico, bem como estabeleça requisitos para sua efetivação. Como já esclarecido, no instituto do casamento, dentre outros requisitos, há de ter a comprovação do estado civil do nubente sua aptidão para contrair matrimônio. Este ato corrobora para que não se tenha concorrência simultânea pelos

mesmos indivíduos em duas uniões. Ao passo que no instituto familiar da união estável não se faz possível tal ato, pois o seu nascimento para o mundo jurídico advém apenas de uma declaração. Não há de se desmerecer o avanço dado pelo legislador ao regular a união estável como forma de convivência, mas também de tecer críticas sobre sua não regulamentação expressa. O fato da não alteração do estado civil dos contraentes gera uma insegurança jurídica para as partes e para a sociedade, como já provado em matérias julgadas pelo poder judiciário. Assim, o avanço do reconhecimento da união estável deverá estar sujeito à mudança do estado civil das partes envolvidas. Soa em primeiro momento como um retrocesso, mas se faz necessário visto o surgimento de casos de fraudes insurgentes durante a duração do convívio. Faz-se como exemplo a alienação de patrimônio imóvel sem a anuência do outro membro. Esclarecendo, na aquisição do bem, basta a apresentação da certidão de nascimento onde constará seu estado civil, que não estará averbado a escritura de união estável e, de mesma sorte, na sua alienação, o regime não se alterará, podendo estão ser transferido ao terceiro de boa-fé sem qualquer intercorrência, desconsiderando o dito patrimônio pertence às duas partes. Diante das intempéries, se faz necessário a regulamentação dos institutos da união estável e demais outros permitidos no Direito Brasileiro, caminhando para a obrigatoriedade da mudança do estado civil dos contraentes ou para a extinção dos regimes de comunhão universal ou parcial de bens, sendo aceito apenas o regime de separação, dando segurança legislativa atrelado aos demais ramos do Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2022. Dispõe acerca do Código Civil e é considerada uma das principais normas regentes para o ordenamento jurídico. É por meio dela que há o diferimento do que é Direito Público (interno e externo) e o que é Direito Privado. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Civil.&text=Art,e%20deveres%20na%20ordem%20civil. Acesso em: 09 nov. 2022.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra (Portugal): Almedina, 1990, p. 17

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. **Entidades familiares**: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/> Acesso em: 09 nov. 2022.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RONDÔNIA. 4º Vara de Família e Sucessões. Processo 001.2008.005553-1. Relator: Juiz de Direito, Adolfo Theodoro Naujorks Neto. Porto Velho, 13 nov. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/sentenca_poliamorismo.pdf Acesso em: 01 nov. 2022.

SILVA, Brunno Gomes da. **Unões poliafetivas e seu possível reconhecimento como entidade familiar no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94426/unioes-poliafetivas-e-seu-possivel-reconhecimento-como-entidade-familiar-no-brasil/2> Acesso em: 09 nov. 2022.

SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. Lei 9.278: o Estatuto da Convivência. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2, n. 22, 28 dez. 1997. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/543/lei-9278-o-estatuto-da-convivencia> Acesso em: 9 nov. 2022.

STF. **STF rejeita reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas**. DECCO-SEDIF, 22 dez. 2020. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5736540/7767828> Acesso em 09 nov. 2022.