DIREITO EM DEBATE:
Direitos humanos e cidadania

Curso de Direito
Curitibanos SC

UnC | Universidade do Contestado

JEAN CARLOS MACHADO
JEISON FRANCISCO DE MEDEIROS
SIMONE ROCHA
JOSIANE LIEBL MIRANDA
(Organizadores)

DIREITO EM DEBATE: DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA

UnC | Universidade do Contestado

UNIVERSIDADE DO CONTESTADO - UnC

SOLANGE SALETE SPRANDEL DA SILVA
Reitora

GABRIEL BONETTO BAMPI
Pró-Reitor de Ensino

ITAIRA SUSKO
Pró-Reitora de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

LUCIANO BENDLIN
Pró-Reitor de Administração e Planejamento

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO CONTESTADO – FUnC

ISMAEL CARVALHO
Presidente

ORGANIZAÇÃO:

Jean Carlos Machado

Jeison Francisco de Medeiros

Simone Rocha

Josiane Liebl Miranda

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Contestado

340
D598

Direito em debate : direitos humanos e cidadania [recurso eletrônico] / Universidade do Contestado ; organização Jean Carlos Machado ... [et al.]. – Curitibanos, SC : Universidade do Contestado, 2017.
350 f.
Inclui bibliografias.

ISBN: 978-85-63671-59-2

1. Direito – Pesquisa. 2. Ensino superior – Pesquisa. I. Machado, Jean Carlos (Org.). II. Título.

Bibliotecária: Josiane Liebl Miranda CRB 14/1023

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-63671-59-2
9 788563 671592

SUMÁRIO

A ADOÇÃO INTERNACIONAL E O CIDADÃO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL E HUMANO 5
A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A INOBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS 25
VALORES COMPROMETIDOS COM A ALTERIDADE 42
REPERCUSSÃO GERAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS 51
AS IMPLICAÇÕES DA UNIÃO ESTÁVEL DAS ADOLESCENTES E REPERCUSSÃO NO ÂMBITO JURÍDICO 67
A OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 90
O ESTRANGEIRO E A CONDIÇÃO HUMANIZADORA DO TRABALHO 104
REDIRECIONAMENTO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL E INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADEQUADOS 114
ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS E JURÍDICAS 136
O PRECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO 158
CRIMINOLOGIA E DIREITOS HUMANOS 176
CESARE BECCARIA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E A SUA OBRA DOS DELITOS E DAS PENAS COMO A ORIGEM DO CONTROLE PENAL CONTEMPORÂNEO 197
O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E SUA CONEXÃO COM A CIDADANIA 209
DISPENSA DA FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL: UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO 225
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU EXCEÇÃO DA INOCÊNCIA? ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 235
O QUE TEM A VER UM ROMANCE INGLÊS COM OS DIREITOS HUMANOS? REFLEXÕES SOBRE O TRISTAM SHANDY 252

AS IMPLICAÇÕES DA UNIÃO ESTÁVEL DAS ADOLESCENTES E REPERCUSSÃO NO ÂMBITO JURÍDICO.....262
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE DA LEI 11.340/06 285
A IMPORTÂNCIA DA RECLAMAÇÃO COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO 301
O ARTIGO 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO 321

A ADOÇÃO INTERNACIONAL E O CIDADÃO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL E HUMANO

Arildo Camargo de Lima[1]
Luiz Adolfo Tadeu Ceolla[2]
Leandro Américo Reuter[3]

RESUMO

A adoção internacional dá ao indivíduo uma segunda chance de ser adotado, bem como demonstra estar o ser humano com um status de supranacionalidade, diante da relevância e importância dos direitos humanos.

Palavras-Chave: Adoção internacional. Direito internacional e humano.

1 ASPECTOS PROCESSUAIS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

Sem adentrar no histórico da adoção, parte-se da análise da mesma a partir da legislação processual vigente nacional e internacional com breves conceitos operacionais do termo adoção nacional e internacional, com seus comparativos, implicações e resultados.

Para o conceito operacional de “adoção” pode-se definir o acolhimento de uma criança órfã, ou com pais destituídos do poder familiar, no seio de uma família, através de um procedimento legal, devidamente tutelado pelo Estado. Porquanto o conceito operacional de “adoção internacional” se volte para o acolhimento de uma criança do Estado Acreditante por um estrangeiro, obedecendo-se as regras nacionais até a efetivação da adoção e as regras internacionais e do Estado Acreditado após a adoção, sendo o Estado Acreditante o do adotado e o Estado Acreditado o do adotante. O termo “Acreditante” e “Acreditado” é de uso costumeiro para diferenciar os Estados Partes de Origem e de Destino.

[1]Graduado em Direito pela UNIDAVI (1999), pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNIPLAC (2001), pós-graduado em Direito Contemporâneo pela UnC (2005), pós-graduado em Direito Tributário pela UNOESC (2007). Professor de Direito Internacional Público na Graduação da Universidade do Contestado – UnC, Campus de Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: arildocamargodelima@gmail.com.

[2]Graduado em Direito pela UNIVALI (1996), pós-graduado em Administração Pública pela FURB (2000), pós-graduado em Direito Processual Civil pela UnC (2008). Endereço eletrônico: luizadolfoceolla@yahoo.com.br.

[3]Graduado em Direito pela UnC - Universidade do Contestado (2009), graduado em Filosofia pelo Centro Universitário Assunção (2003). Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado – Campus Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: leandrusreuter@hotmail.com

1.1 NORMA INTERNA

A lei brasileira evoluiu muito dentro do aspecto familiar e social, desenvolvendo uma grande proteção à família, seja com a Constituição Federal de 1988, norteadora de inúmeros novos direitos, todos voltados para o respeito ao ser humano, podendo ser citado o marco ou o início de muitos códigos e normas, verbi gratia o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Sistema de Cotas em Universidades, dentre outras normas voltadas para os Direitos Humanos, como o próprio Código Civil de 2002, já apelidado de Código Civil Constitucional, tamanha a preocupação com a sociedade e a ética.

Não se olvide também das alterações legislativas pontuais, contribuindo para uma atualização da norma dentro da nova realidade social, como o foi no instituto da Guarda Compartilhada e no Estatuto da Criança e do Adolescente, este último atualizado pela Lei nº 12.010, de 03/08/2009, publicada no Diário Oficial da União em 04/08/2009, a qual trata na esfera infraconstitucional da adoção internacional.

1.1.1 Norma constitucional

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, não reservou capítulo específico para falar da adoção nacional ou internacional, mas sim funcionou como um objetivo geral ao sugerir a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente no âmago do seu artigo 227, bem como ao abordar a importância da família para a sociedade, sendo clara ao dispor nos seus artigos 226 usque 230, que a família como base da sociedade tem especial proteção do Estado.

Aborda-se ainda no artigo 226, §7º, da Constituição Federal, a fundamentação da família nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Na sequência, vem o artigo 227, caput, assim expressar:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Portanto, seja pela igualdade dos filhos mencionada no parágrafo 6º, do próprio artigo 227, da Constituição Federal, seja pelo conteúdo dos artigos destinados para a família, conclui-se pela preocupação implícita e indireta da constituição com a adoção nacional ou internacional.

1.1.2 Norma infraconstitucional

Como se vê, a Lei 12.010/2009 deslocou todo o capítulo destinado à adoção no Código Civil de 2002, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor no seu artigo 1.618, o seguinte:

"Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)"

Sem embargo, a concentração do tema em um só Código revela-se saudável otimizando os sistemas e trazendo praticidade e operosidade ao aplicador do direito. Nesse caminho, o ECA concentra o tema específico nos artigos 39/52, além da obrigatoriedade do adotante estrangeiro cumprir o estágio de convivência mencionado nos artigos 165/170, por força da menção no artigo 52 do ECA.

Todavia, o cerne da questão se encontra envolto nos artigos 51 e 52 deste Estatuto, veja-se:

> Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no Artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo no 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 de junho de 1999.
> §1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:
> I - que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso concreto;
> II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros mencionados no art. 50 desta Lei;
> III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.
> §2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro.
> §3º A adoção internacional pressupõe a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional.

Já se vê pela disposição do artigo acima transcrito que não há uma desproteção ao nacional, tanto que só se viabiliza a adoção internacional após o esgotamento da adoção nacional, com especial registro da preocupação do Estado Acreditado ser adepto à Convenção de Haia, de 29/05/1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Art. 52, §3º, I, do ECA), a ser comentada adiante, de modo a se presumir na boa destinação da criança ou adolescente. Soma-se a essa preocupação o requisito de compatibilidade da Lei Estrangeira com a Nacional, nos termos do artigo 52, inciso VII, do ECA.

Por sua vez, em complemento extraem-se do volumoso artigo 52, do Estatuto da Criança e do Adolescente, os seguintes excertos:

> Art. 52. A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei, com as seguintes adaptações:
> I - a pessoa ou casal estrangeiro, interessado em adotar criança ou adolescente brasileiro, deverá formular pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no país de acolhida, assim entendido aquele onde está situada sua residência habitual;
> II - se a Autoridade Central do país de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, emitirá um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam e sua aptidão para assumir uma adoção internacional;
> III - a Autoridade Central do país de acolhida enviará o relatório à Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira;
> IV - o relatório será instruído com toda a documentação necessária, incluindo estudo psicossocial elaborado por equipe interprofissional habilitada e cópia autenticada da legislação pertinente, acompanhada da respectiva prova de vigência;
> [...]
> VII - verificada, após estudo realizado pela Autoridade Central Estadual, a compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional, além do preenchimento por parte dos postulantes à medida dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao seu deferimento, tanto à luz do que dispõe esta Lei como da legislação do país de acolhida, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional, que terá validade por, no máximo, 1 (um) ano;
> [...]
> §3º Somente será admissível o credenciamento de organismos que:
> I - sejam oriundos de países que ratificaram a Convenção de Haia e estejam devidamente credenciados pela Autoridade Central do país onde estiverem sediados e no país de acolhida do adotando para atuar em adoção internacional no Brasil;
> [...]
> IV - cumprirem os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e pelas normas estabelecidas pela Autoridade Central Federal Brasileira.
> [...]
> §8º Antes de transitada em julgado a decisão que concedeu a adoção internacional, não será permitida a saída do adotando do território nacional.
> §9º Transitada em julgado a decisão, a autoridade judiciária determinará a expedição de alvará com autorização de viagem, bem como para obtenção

> de passaporte, constando, obrigatoriamente, as características da criança ou adolescente adotado, como idade, cor, sexo, eventuais sinais ou traços peculiares, assim como foto recente e a aposição da impressão digital do seu polegar direito, instruindo o documento com cópia autenticada da decisão e certidão de trânsito em julgado.
> §10. A Autoridade Central Federal Brasileira poderá, a qualquer momento, solicitar informações sobre a situação das crianças e adolescentes adotados.

A interpretação do sistema jurídico brasileiro nos leva a concluir na impossibilidade da reversão da adoção, seja pelo trânsito em julgado da decisão que concedeu a adoção internacional, seja pela irrevogabilidade tratada na norma infraconstitucional, no caso o ECA. Portanto, é de se perceber que uma informação negativa, posterior ao trânsito em julgado de uma adoção internacional, mais sirva para evitar o relacionamento entre os Estados, de que para resolver o problema concreto da situação informada. De mais a mais, o Estado Acreditado, além da obrigação de cumprir a Convenção de Haia, também possui legislação similar à brasileira, mostrando ao hermeneuta uma esperança de proteção estatal à qualquer situação de perigo, descaso ou abandono à outrora criança ou adolescente de sua jurisdição e nacionalidade.

De bom alvitre mencionar a menção à adoção feita por brasileiro residente no exterior, de igual modo tendo este preferência ao estrangeiro, assim:

> Art. 52-B. A adoção por brasileiro residente no exterior em país ratificante da Convenção de Haia, cujo processo de adoção tenha sido processado em conformidade com a legislação vigente no país de residência e atendido o disposto na Alínea “c” do Artigo 17 da referida Convenção, será automaticamente recepcionada com o reingresso no Brasil.
> [...]

De outra banda, também existe a situação inversa, na qual o Brasil é o Estado Acreditado. Observando-se sempre a Convenção de Haia, mas, por razão de normas estrangeiras poderem delegar a jurisdição ao Estado Acreditado, mesmo que este Estado não seja aderente à Convenção referida, em razão se sua norma interna poderá o Brasil assim agir:

> Art. 52-D. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e a adoção não tenha sido deferida no país de origem porque a sua legislação a delega ao país de acolhida, ou, ainda, na hipótese de, mesmo com decisão, a criança ou o adolescente ser oriundo de país que não tenha aderido à Convenção referida, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional.

A reformulação da norma infraconstitucional brasileira se mostra voltada para um mundo cosmopolita, quase que supranacional nesta matéria, preocupando-se mais com o ser humano do que com sua nacionalidade, dando-lhe a ele o status de sujeito de direito internacional.

1.2 NORMA INTERNACIONAL

As normas internacionais são mais amplas e abrangentes, sem aplicação imediata, salvo caso de afronta aos direitos humanos. Toda Convenção ou Tratado Internacional não é impositivo (repise-se, salvo caso de afronta aos direitos humanos), aguardando a adesão dos demais signatários para valer contra estes.

> Portanto, eventual punição ao Estado violador de direitos humanos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e em seu Protocolo Facultativo se dará exclusivamente no campo político – trata-se do chamado *Power of embarr assment*, verdadeiro constrangimento experimentado pelo Estado perante a comunidade internacional em decorrência da condenação. (CASTILHO, 2015, p. 154)

Não restam dúvidas sobre a importância de uma codificação nacional e internacional. E mais do que isto, do respeito à norma, mesmo que ainda não internacionalizada no sistema interno, se, no uso e costume, já é praticada.

1.2.1 Declaração Universal dos Direitos da Criança

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20/11/1959, não chega a sequer mencionar o termo adoção, mas é um evento de suma importância para delimitar todos os princípios basilares e necessários ao redor da proteção da criança e do adolescente. Criando-se direitos, cria-se o espírito de valorização, respeito e dignidade à pessoa humana, *in casu* à criança e ao adolescente, tornando-os sujeitos de direitos. Merece registro que a maioria das codificações das normas internacionais surgiram após a segunda guerra mundial, tendo em vista o fator da “Paz” entre as nações.

1.2.2 Convenção Internacional dos Direitos da Criança

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20/11/1989, foi promulgada pela norma interna em 21/11/1990, pelo Decreto n. 99.710, o qual em seu artigo 1º determinou a execução e o cumprimento da referida Convenção de forma inteira, como nela se contém, apensando-se cópia desta ao Decreto, da qual, urge destacar os seguintes artigos selecionados:

> Art. 21
> Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. Dessa forma, atentarão para que:
> a) a adoção da criança seja autorizada pelas autoridades competentes, as quais determinarão, consoante as leis e os procedimentos cabíveis e com base em todas as informações pertinentes e fidedignas, que a adoção é admissível em vista da situação jurídica da criança com relação a seus pais, parentes e representantes legais e que, caso solicitado, as pessoas interessadas tenham dado, com conhecimento de causa, seu consentimento à adoção, com base no assessoramento que possa ser necessário;
> b) a adoção efetuada em outro país possa ser considerada como meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser colocada em um lar sob guarda ou entregue a uma família adotiva ou não logre atendimento adequado em seu país de origem;
> c) a criança adotada em outro país goze de salvaguardas e normas equivalentes às existentes em seu país de origem com relação à adoção;
> d) todas as medidas apropriadas sejam adotadas, a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem;
> e) quando necessário, promovam os objetivos do presente Artigo mediante ajustes ou acordos bilaterais ou multilaterais, e envidem esforços, nesse contexto, com vistas a assegurar que a colocação da criança em outro país seja levada a cabo por intermédio das autoridades ou organismos competentes.
> [...]
> Art. 35
> Os Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.
> [...]
> Art.36
> Os Estados Partes protegerão a criança contra todas as formas de exploração que sejam prejudiciais para qualquer aspecto de seu bem-estar.

Apropriadamente, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, já norteou o caminho da adoção internacional, estando a mesma como um degrau intermediário e evolutivo das normas, já que é mais ampla que a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que sequer tratou da adoção internacional, e é

também antecessora da Convenção de Cooperação em Adoção Internacional a ser tratada a seguir, para a qual o ECA tanto se refere.

De grande importância foi a abertura dada pela Convenção para os acordos bilaterais entre os Estados Partes, de modo a facilitar o processo da adoção e o próprio cumprimento das finalidades da Convenção, ou melhor de todos os princípios protetivos da criança, entendida no artigo 1º da Convenção como todo ser humano com menos de 18 (dezoito) anos de idade.

Importante mencionar, igualmente, a preocupação desta Convenção com o tráfico de crianças, independente da finalidade.

1.2.3 Convenção de Cooperação em Adoção Internacional

A Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, foi promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21/06/1999, tendo o seu artigo 1º determinado a execução e o cumprimento da referida Convenção de forma inteira, como nela se contém até porque o artigo 40 da Convenção veda reservas, apensando-se cópia desta ao Decreto, da qual, urge destacar parte do seu preâmbulo e os seguintes artigos selecionados:

> Os Estados signatários da presente Convenção,
> Reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem;
> [...]
> Artigo 17
> Toda decisão de confiar uma criança aos futuros pais adotivos somente poderá ser tomada no Estado de origem se:
> a) a Autoridade Central do Estado de origem tiver-se assegurado de que os futuros pais adotivos manifestaram sua concordância;
> b) a Autoridade Central do Estado de acolhida tiver aprovado tal decisão, quando esta aprovação for requerida pela lei do Estado de acolhida ou pela Autoridade Central do Estado de origem;
> c) as Autoridades Centrais de ambos os Estados estiverem de acordo em que se prossiga com a adoção; e
> d) tiver sido verificado, de conformidade com o artigo 5, que os futuros pais adotivos estão habilitados e aptos a adotar e que a criança está ou será autorizada a entrar e residir permanentemente no Estado de acolhida.
> [...]
> Artigo 24
> O reconhecimento de uma adoção só poderá ser recusado em um Estado Contratante se a adoção for manifestamente contrária à sua ordem pública, levando em consideração o interesse superior da criança.
> [...]

> Artigo 33
> Qualquer autoridade competente, ao verificar que uma disposição da Convenção foi desrespeitada ou que existe risco manifesto de que venha a sê-lo, informará imediatamente a Autoridade Central de seu Estado, a qual terá a responsabilidade de assegurar que sejam tomadas as medidas adequadas.
> [...]

Antes de prosseguir, deve-se estar perguntando o leitor o porquê de tantas normais internacionais tratando do mesmo conteúdo, possuindo uma da outra pequenas alterações. Explica-se: No âmbito internacional, salvo questões de direitos humanos, os Estados Partes só são abrangidos pela imposição da norma após a sua ratificação ou, dependo da norma interna de cada Estado Parte, após a internalização da norma em seu regimento pátrio. Desta forma, para se alterar, retificar ou ratificar uma Convenção, seria necessária a colheita das assinaturas de todas as partes originárias e aderentes, de modo a se tornar uma tarefa muito mais trabalhosa de que a criação de uma nova convenção, mais moderna, prática, atualizada e facilitada no âmbito da adesão, não necessitando que os mesmos Estados Partes da convenção de outrora assinem.

Assim, vê-se na Convenção de Haia uma preocupação maior com a operacionalização da adoção internacional, sem, contudo esquecer dos princípios basilares da segurança e da dignidade e interesse da criança, nos moldes os artigos selecionados acima transcritos.

2 A REVERSÃO DA ADOÇÃO

O tema reversão na acepção da palavra não é aplicável, já que a adoção é o ato final do processo. Pressupõe-se também na lisura e respeito das instituições públicas, mais conhecidas por Autoridades Centrais, detentoras de mecanismos aptos a diagnosticar uma possível fraude.

Portanto, ao se falar de uma adoção nacional ou internacional que tenha obedecido a norma interna e convencional internacional, não há o que se falar em reversão.

Christiane LADVOCAT, no Capítulo 14 do Guia de Adoção, mostra a preocupação e a não rara possibilidade de devolução de uma criança, voltando-se para a necessidade de uma preparação psicossocial e jurídica:

> Como é sabido, foi aprovada recentemente, no Brasil, a Lei no 12.010/2009, Lei de Adoção, que estabelece, entre outras coisas, prazos menores de permanência em abrigos, com o intuito de aumentar o número de crianças adotadas.
> Pela Nova Lei, é obrigatório não só o estágio de convivência de 30 dias, exceto no caso de pessoas que já têm a guarda por tempo suficiente para se avaliar o vínculo afetivo, mas também que os candidatos a pais passem, obrigatoriamente, por preparação "psicossocial e jurídica". Antes, o procedimento era adotado por alguns juízes, mas não havia regra.
> É muito importante determinar o que pode levar uma pessoa ou um casal a "devolver" um ser humano, como se fosse um objeto de pouco valor. (LADVOCAT, 2014, Capítulo 10)

E, na sequência, a mesma autora, justifica que o ECA não contribuiu ao diminuir o estágio de convivência, abordando que o período é, a seu ver, suficiente para o juiz perceber e avaliar a convivência dos envolvidos, chegando a conclusão de que o estágio de convivência nada mais é do que um direito das crianças e dos adolescentes, ao afirmar:

> É no processo de guarda provisória, ou no estágio de convivência, quando se estabelece o vínculo entre os pretendentes à adoção e as crianças ou adolescentes, que, não raro, são devolvidos ao Estado sem motivo justificável.
> Nesse contexto, poder-se-ia afirmar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990), em alguns aspectos, facilitou a prática da devolução das crianças, justamente porque o "estágio de convivência", como uma forma de colocação de crianças nas famílias substitutas, favorece a característica provisória e revogável dessa relação.
> Mas a resposta deve ser não, em primeiro lugar, porque sem o estágio de convivência seria impossível a adaptação do adotando ao novo lar. Embora possa ser dispensado pelo juiz, conforme dispõe o § 1º do Art. 46, da Lei no 8.069/1990, é um período em que se consolida a vontade de adotar e ser adotado e, durante este período terão o Juiz e seus auxiliares condições de avaliar a convivência entre os envolvidos.
> Assim sendo, chega-se à conclusão de que o estágio de convivência nada mais é do que um direito das crianças e adolescentes. (LADVOCAT, 2014, Capítulo 10)

No mesmo Guia de Adoção, organizado por LADVOCAT, mas sob o escólio de Damiana de Oliveira, no Capítulo 14, surge a constatação de que o impossível acontece, ou seja, mesmo com todos os indícios e fragilidade do sistema, a bondade humana aparece, comentando assim:

> A despeito disso, se pararmos para pensar objetivamente, a adoção internacional possui todos os ingredientes para dar errado, embora envolva crianças com idades já avançadas, amargando longo período de institucionalização, tendo vivenciado muitas vezes experiências de adoções mal sucedidas. Têm-se ainda pessoas de nacionalidades diferentes, que não possuem a mediação da língua para se comunicarem e não dominarem os mesmos códigos linguísticos, além de também possuírem culturas,

> valores e histórias de vida diferentes. Soma-se a isso o fato de que em um exíguo espaço de tempo, crianças e candidatos a pais terão que estabelecer uma vinculação afetiva mínima que dê sustentação aquele projeto de filiação. Após uma curta convivência, que ocorre em situação atípica, as crianças deverão partir rumo a uma nova vida em um país distante, deixando para trás todas as referências conhecidas.
> O surpreendente é que, apesar da complexidade e da multiplicidade de variáveis envolvidas em uma adoção internacional, histórias de sucesso se repetem, contrariando o esperado e o que era improvável acontece: crianças e adolescentes considerados inadotáveis conseguem a tão desejada família e colocam por terra as profecias autorrealizadoras que insistem em se fazer presentes. É assim que e-mails e fotografias chegam às equipes técnicas dos juizados de todo o país, onde crianças e adolescentes aparecem felizes ao lado de suas novas famílias no exterior e sinalizam para a importância dos candidatos brasileiros à adoção deixarem para trás a busca pela criança idealizada, a fim de que os bons encontros aconteçam e pais e filhos, então, possam protagonizar juntos outras histórias, conferindo novos sentidos às suas existências. (LADVOCAT, 2014, Capítulo 14)

Visto isto, aborda-se o tema, mas com a certeza e esperança de saber da existência de percentual muito pequeno de “devoluções” de crianças e adolescentes no estágio de convivência.

2.1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A REVERSÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 39, §1º, é de clareza solar ao dispor sobre a excepcionalidade e irrevogabilidade da adoção, ao propalar:

> Art. 39. [...]
> §1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.
> [...]

A jurisprudência brasileira, igualmente assim nos socorre:

> ADOÇÃO - AÇÃO DE REVOGAÇÃO - IRREVOGABILIDADE - 1- É irrevogável a adoção consoante estabelece o art. 39, §1º, do ECA, mesmo que tenha sido realizada antes do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2- O art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988 estabelece a igualdade jurídica de todos os filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, incluindo também os havidos por adoção. 3- Os princípios postos na Carta Magna atingem todo o ordenamento jurídico e todas as relações nele inseridas, dando nova conformação legal ao próprio instituto da adoção. 4- Assim, não apenas a adoção, como também o próprio ato de reconhecimento de filho, é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB), sendo que a própria anulação do registro de nascimento, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do

> ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 5- Inocorrendo qualquer vício na formalização da relação de paternidade e filiação, improcede a pretensão de desconstituir a adoção, pois tal vínculo é irrevogável. Recurso desprovido.[4]

Entretanto, embora com incidência menor com crianças em tenra idade, é de conhecimento público e notório, em certos casos isolados, um clima de descontentamento ou de não adaptação familiar após a concretização da adoção. Nesse caso, entende-se não ser caso de reversão, pois o instituto da adoção não falhou, o que falhou foi a convivência das partes, o que poderia ocorrer com um filho natural. Em casos mais graves, o aconselhado é uma nova destituição do poder familiar, colocando-se novamente a criança para adoção.

2.2 A POSSIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA REVERTER A ADOÇÃO

Não se vê nas convenções internacionais essa possibilidade e, mesmo que houvesse essa possibilidade no Estado Acreditado, tal fato feriria a norma interna brasileira, acima vista e transcrita, de que há a necessidade dos Estados Partes possuírem legislação similar sobre o tema.

> Art. 52. A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei, com as seguintes adaptações:
> [...]
> VII - verificada, após estudo realizado pela Autoridade Central Estadual, a compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional, além do preenchimento por parte dos postulantes à medida dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao seu deferimento, tanto à luz do que dispõe esta Lei como da legislação do país de acolhida, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional, que terá validade por, no máximo, 1 (um) ano;

Portanto, é dever e responsabilidade da Autoridade Central analisar a COMPATIBILIDADE das LEGISLAÇÕES, de modo a cuidar para que não ocorra a hipótese de abandono da criança pelos pais adotivos sem a devida proteção estatal do Estado Acreditado.

[4] TJRS - AC 70069445112 - 7ª C.Cív. - Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves - J. 31.08.2016.

2.3 CONVENÇÃO SOBRE O SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

A Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, também feita na Cidade de Haia, de 25 de outubro de 1980, salvo a reserva do artigo 24, permitida pelo artigo 42 da mesma, foi promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14/04/2000, tendo o seu artigo 1º determinado a execução e o cumprimento da referida Convenção de forma inteira, apensando-se cópia desta ao Decreto, da qual, urge destacar os seguintes artigos selecionados:

> Artigo 1
> A presente Convenção tem por objetivo:
> a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
> b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.
> [...]
> Artigo 3
> A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:
> a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
> b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.
> [...]

A convenção em comento se volta para a ILICITUDE de uma situação de “guarda” ou “visitas”, não tratando da adoção, podendo apenas ser aplicada, a nosso ver, nos casos de adoção quando o Estado Acreditado exija a transferência da criança antes da efetivação da adoção. Efetivada a adoção, tem-se que respeitar a coisa julgada e o devido processo legal, voltando-se a proteção da criança em situação de risco para as normas atinentes ao caso, como a própria destituição do poder familiar dos pais adotivos, voltando a criança para uma nova adoção, sem reversão, já pelas normas do Estado Acreditado.

3 A ADOÇÃO INTERNACIONAL E O CIDADÃO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL E HUMANO

De início, socorrendo-se de CAMPOS, observa-se na valoração da condição humana o objetivo da existência das Leis e do próprio Estado, sendo o povo o seu

elemento subjetivo e razão de todas as normas, ou melhor, sendo a dignidade da pessoa humana o fim objetivado pelo direito constitucional contemporâneo, conforme:

> Os direitos humanos são direitos inerentes à condição humana, a qual se consubstancia na dignidade humana. Esta significa o núcleo valorativo do direito constitucional contemporâneo: o ser humano é indispensável e serve como limite e fundamento do domínio político do Estado (CAMPOS, 2016, p. 117)

Na mesma acepção Castilho afirma ser a dignidade da pessoa humana um supraprincípio, preservando a igualdade e a subsistência do ser humano no ambiente.

> Portanto, voltamos a afirmar que a dignidade não só é um princípio, mas é um princípio fundamental de todo o ordenamento, para o qual todos os demais princípios, bem como todas as regras, devem direcionar-se. É, em outras palavras, um supraprincípio.
> Em conclusão, na sua qualidade de supraprincípio, a dignidade da pessoa humana deve ser realizada, em cada situação concreta, o máximo possível, em todas as suas acepções (preservação da igualdade, impedimento à degradação e coisificação da pessoa, garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano), ou naquela que for a mais pertinente à hipótese considerada. (CASTILHO, 2015, p. 257)

A divisão dos Estados por forças políticas, culturais, territoriais, etc., é própria dos Estados, refletindo a vontade de cada povo, mas esse mesmo povo é espécie de uma mesma natureza, qual seja, da natureza humana, e, como tal, possuem o mesmo desejo de proteção, de família, de perpetuação da espécie, de segurança, e, por que não, de adoção!

3.1 ASPECTOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E HUMANITÁRIOS

A humanidade exige um comportamento de dignidade. Não é aceito por qualquer ser humano, em gozo de boa ética e moral, um comportamento desvirtuado da valorização da condição humana. Contudo, é de se registrar as impossibilidades econômicas sofridas por casais, mães solteiras, ou até mesmo em um contexto maior, das condições econômicas do próprio Estado, não provendo ao seu súdito o mínimo necessário para a sua própria subsistência, quiçá de uma prole!

É desnecessário aprofundar esse tema, sendo useiro e vezeiro nos noticiários as crises humanitárias, decorrentes do império, das desigualdades sociais ou até mesmo decorrente de questões religiosas. Muitas atrocidades acontecem, levando-se ao descrédito do ser humano, tamanha a incompreensão ou intolerância a muitos assuntos. A bem da verdade, a luta pelo poder destrói muitos países, massacrando a população.

Portanto, além das normas internas de cada Estado, surgem normas internacionais, de cunho coativo ao não aderente e coercitivo ao aderente das referidas Convenções Internacionais.

ACIOLLY esclarece sobre a ineficácia da norma se não aplicada ou cobrada, de modo a levar a uma reflexão de responsabilização passiva do governante ou até mesmo de qualquer pessoa ou organização capaz de promover a defesa do desamparado, ao mencionar:

> 5.2. Direitos fundamentais do ser humano
> Os direitos enumerados na Declaração Universal de 1948 são de duas espécies, ou seja, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. A estes direitos vieram somar-se outros tidos como de solidariedade, como é o caso do direito do homem a ambiente sadio. Em todos esses casos,à enumeração dos direitos há que corresponder a atribuição da obrigação. Pouco significa a afirmação do direito sem a clara imputação da obrigação a quem caiba assegurá-los. (ACIOLLY, 2016, p. 497/498)

Evidentemente que a existência das normas não resolve se não houver vontade humana, respeito e solidariedade para com o desfavorecido, sendo no caso em tela, o órfão. Para compreender avança-se para a etapa da criança ou adolescente disponível para adoção, entendendo-se já estarem seus pais ou tutores destituídos do poder familiar.

Entretanto, imagina-se também a hipótese de falha do próprio Estado na averiguação, celeridade e tratamento adequado para essa parcela da sociedade, submetendo-os à margem da sociedade, e, assim, marginalizando-os. A falta de proteção do Estado acarretará no incentivo à marginalização, às drogas, ao tráfico, etc..

3.2 ASPECTO LEGAL

No aspecto legal do ser humano como sujeito de direito internacional, muito embora não possua personalidade jurídica internacional, não há como negar estar o mesmo sujeito a direitos e deveres internacionais.

O internacionalista REZEK adentra no tema, escrevendo sobre a inspiração generosa e progressista da ideia de personalidade jurídica da pessoa humana, vaticinando:

> 84. Indivíduos e empresas. Não têm personalidade jurídica de direito internacional os indivíduos, e tampouco as empresas, privadas ou públicas. Há uma inspiração generosa e progressista na ideia, hoje insistente, de que essa espécie de personalidade se encontra também na pessoa humana — de cuja criação, em fim de contas, resulta toda a ciência do direito, e cujo bem é a finalidade primária do direito. Mas se daí partimos para formular a tese de que a pessoa humana, além da personalidade jurídica que lhe reconhecem o direito nacional de seu Estado patrial e os dos demais Estados, tem ainda – em certa medida, dizem alguns – personalidade jurídica de direito internacional, enfrentaremos em nosso discurso humanista o incômodo de dever reconhecer que a empresa, a sociedade mercantil, a coisa juridicamente inventada com o ânimo do lucro à luz das regras do direito privado de um país qualquer, também é – e em maior medida, e há mais tempo –uma personalidade do direito das gentes (REZEK, 2016, p. 190)

Prosseguindo o mesmo autor, arremata a questão impeditiva da conceituação do ser humano como personalidade internacional, no pensar de ter o ser humano as normas feitas para sua proteção e existência, mas com a impossibilidade de envolver-se, a título próprio, na produção do acervo normativo internacional.

> A percepção do indivíduo como personalidade internacional pretende fundar-se na lembrança de que certas normas internacionais criam direitos para as pessoas, ou lhes impõem deveres. É preciso lembrar, entretanto, que indivíduos e empresas - diversamente dos Estados e das organizações–não se envolvem, a título próprio, na produção do acervo normativo internacional, nem guardam qualquer relação direta e imediata com essa ordem. (REZEK, 2016, p. 191)

No mesmo sentido, Miranda trabalha o contexto analógico da norma, dando a entender, a princípio na possibilidade de ser a pessoa humana sujeito de direito internacional:

> No campo dos Direitos estatais, é o indivíduo, em todos eles hoje (até por força do art. 6º da Declaração Universal enquanto princípio de jus cogens)

> sempre sujeito de direito, sempre pessoa. E, embora se encontrem pessoas colectivas de variadíssimos tipos, elas assentam na sua extensão analógica. (MIRANDA, 2009, p. 143)

Para explicar melhor, aprofunda-se o tema com a transcrição de MIRANDA linhas à frente, de onde se colhe duas posições clássicas e divergentes sobre o assunto, uma, a escola positivista, tratando da personalidade internacional como inerente da soberania, e a outra, a escola realista francesa, tratando os indivíduos como os verdadeiros sujeitos de direito internacional.

> O indivíduo e algumas pessoas colectivas também podem ser sujeitos de Direito Internacional, mas é aqui –não por acaso – que se manifestam, com mais nitidez, as disputas doutrinais acerca da personalidade internacional: para o pensamento positivista do século XIX, ela identificava-se com a soberania; para a escola realista francesa, pelo contrário, verdadeiros ou únicos sujeitos de Direito Internacional eram os indivíduos.
> Seja como for, parece não dever confundir-se subjetividades com pertença à comunidade internacional. Apesar de tudo, a experiência mostra que esta continua a não englobar senão os Estados e os outros entes, e não – por enquanto, pelo menos – os indivíduos.
> Por outro lado, ao passo que à ordem jurídica estatal corresponde, na maior parte das vezes, a personificação da própria comunidade política, em nível de ordem jurídica internacional tal não se verifica. O Estado é, salvo no Direito inglês, uma pessoa colectiva de Direito interno; a comunidade internacional – ou a humanidade – não é sujeito de Direito Internacional; quando muito, a Organização das Nações Unidas e as organizações especializadas a ela ligadas poderão aparecer como seus sucedâneos. (MIRANDA, 2009, p. 144)

O autor em comento, filiando-se à corrente positivista, atesta não ser sequer a humanidade sujeito de direito internacional, relegando tal *status*, quando muito, a ONU ou a outras organizações da mesma concepção.

Discussões à parte, repise-se, não ter razão alguma para a existência das normas sem o elemento humano, base da sociedade e do próprio Estado.

3.3 MOTIVOS E CRITÉRIOS PARA SE CONCEDER UMA ADOÇÃO INTERNACIONAL

Os motivos para a concessão de uma adoção internacional se volta para a possibilidade de acolhimento de uma criança ou adolescente por outro Estado, leia-se também família, capaz de suprir a deficiência dos seus nacionais. Em uma análise mais aprofundada ou sociológica, também é a resposta ao comprometimento internacional com as Convenções, ou melhor, é a aplicação pura e simples da norma

criada. Ainda se pode dizer que é o exercício de humanidade, ou, também, da dignidade da pessoa humana.

Ser uma pessoa, literalmente humana, é, antes de tudo, reconhecer no seu próximo o outro eu. É entender a dádiva divina, se religioso, de estar vivo. É poder retribuir a este universo o mínimo do que ele te deu.

Quanto aos critérios, baseados nos artigos citados outrora, desde que obedecidos os critérios nacionais, mesmo por similitude, de modo a atender às Convenções Internacionais, nenhum óbice haverá para transferir para outro Estado, leia-se família, a possibilidade de ser solidário(a) com a pessoa humana na sua fase mais delicada, seja pela necessária condução de sua educação, valorização, respeito e dignidade, seja pela perpetuação da espécie humana!

CONCLUSÃO

A adoção internacional traz uma possibilidade de alteração de nacionalidade, não da naturalidade, expondo o adotado à sorte das leis, costumes e possibilidades econômicas do adotante e de seu país, nem sempre iguais em comparação com a situação brasileira, mas, apesar deste aparente abandono do nacional, nada mais se está fazendo que reconhecer o indivíduo como uma pessoa sujeita de direitos internacionais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto 3.413/2000**. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Acesso em 10 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto n. 3.087/1999**. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto/d3087.htm. Acesso em 10 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto n. 99.710/1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 10 de julho de 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406/2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 11 de julho de 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.010/2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em 13 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.069/1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/L8069.htm>. Acesso em 13 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. TJRS. Jurisprudência. AC 70069445112 - 7ª C.Cív. - Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves - J. 31.08.2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13 jul. 2017.

CAMPOS, Diego Araujo; TÁVORA, Fabiano. Direito internacional: público, privado e comercial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção sinopses jurídicas; v. 33).

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

DECLARAÇÃO dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.portaldafamilia.org/datas/criancas/direitosdacrianca.shtml>. Acesso em: 13 jul. 2017.

LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange. **Guia de adoção**: no jurídico, no social, no psicológico e na família. 1. ed. São Paulo: Roca, 2014. Capítulo 10: Devolução de Crianças em Guarda Provisória |Consequências Jurídicas do Rompimento.

LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange. **Guia de adoção**: no jurídico, no social, no psicológico e na família. 1. ed. - São Paulo: Roca, 2014. Capítulo 14: Adoção Internacional. Quando o Improvável Acontece.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão da 4. ed. portuguesa, com adaptações à Constituição de 1988.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A INOBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Nelson José dos Santos[5]
Arildo Camargo de Lima[6]
Luiz Adolfo Tadeu Ceolla[7]

RESUMO

A crise no sistema carcerário brasileiro é um tema que tem sido objeto de discussão por estudiosos de vários ramos do Direito, especialmente no Direito Penal e na Política Criminal, tendo em vista tamanha repercussão que tem alcançado por conta de rebeliões com resultados trágicos nos últimos meses. Este artigo visa mostrar alguns dos fatores que têm colaborado para esta crise, dentre eles, a superlotação, e, principalmente a inobservância dos direitos humanos dos encarcerados. Busca-se discutir a partir das informações que estão postas nos meios de comunicação e noticiários, para assim refletir sobre a situação das penitenciarias brasileiras, bem como a repercussão que isso tem causado na sociedade em geral e seus aspectos jurídicos relacionados ao tema dos direitos humanos.

Palavras-chave: Sistema Carcerário. Crise. Direitos Humanos. Dever de Indenizar.

1 INTRODUÇÃO

Discutir o tema relacionado à grave crise que afeta o sistema carcerário brasileiro e a relação dessa crise com a inobservância dos Direitos Humanos dos presos é o que se pretende com este trabalho. Informações que revelam a existência da crise em que se encontra o sistema carcerário brasileiro estão estampadas nas capas de Jornais e nas manchetes dos telejornais, além de ampla divulgação nas mídias transmitidas via rede mundial de computadores. Tais informações dão a dimensão de quão grave e profunda é a problemática relacionada ao tema, porém sem que haja uma perspectiva de solução breve.

[5]Professor de Direito Constitucional e Direito Penal, Aluno do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da universidade do Vale do Itajaí, Servidor do Poder Judiciário de Santa Catarina, Chefe de Secretaria do Foro da Comarca de Curitibanos.
[6]Graduado em Direito pela UNIDAVI (1999), pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNIPLAC (2001), pós-graduado em Direito Contemporâneo pela UnC (2005), pós-graduado em Direito Tributário pela UNOESC (2007). Professor de Direito Internacional Público na Graduação da Universidade do Contestado – UnC, Campus de Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: arildocamargodelima@gmail.com.
[7]Graduado em Direito pela UNIVALI (1996), pós-graduado em Administração Pública pela FURB (2000), pós-graduado em Direito Processual Civil pela UnC (2008). Endereço eletrônico: luizadolfoceolla@yahoo.com.br.

Quais seriam os principais fatores que têm corroborado para esta crise?Os direitos e deveres do preso estão claramente estabelecidos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, que num primeiro momento parecem não ser, pelo menos, as fontes causadoras da crise que se abate sobre todo o sistema. É passível de alguma análise ainda, a ideia de que trabalho penitenciário pode ser um colaborador para a ressocialização, reinserção do preso que cumpre os requisitos para o seu retorno à sociedade, auxiliando a diminuir a reincidência, ou não há recuperação possível. Será que o imaginário popular de que preso ao entrar no sistema, nunca mais sai da vida do crime. E a pior de todas as crenças que dominam esse imaginário popular, estampado em pesquisa recente amplamente divulgada, segundo a qual, parcela significativa da população brasileira pensa que: “Bandido bom é bandido morto”.

O artigo traz discussão acerca do Sistema Carcerário Brasileiro e sua relação com os chamados Direitos Humanos, fazendo breve análise sobre os acontecimentos recentes em várias penitenciárias do País que levaram à ocorrência de rebeliões no início de 2017, resultando em centenas de mortos de maneira selvagem, que segundo relatos, foram praticados dentro do sistema e por internos, sendo que, para muitos, resultante da chamada guerra de facções criminosas que agem dentro dos presídios brasileiros.

A intenção é analisar os antecedentes fáticos que culminaram com essas matanças e, com a crueldade com que são praticados os homicídios, será que o ser humano perdeu a noção de civilidade, será que não há mais, por parte desses encarcerados nenhum respeito à dignidade e aos direitos dos outros internos nas instituições. Não basta matar, tem que dilacerar os cadáveres, amputarem-se os membros, decapitá-los, ou seja, produzir toda sorte de atrocidades para com o inimigo.

E a possibilidade de aplicabilidade da previsão constitucional dos Direitos Humanos, ou Direitos Fundamentais em relação ao preso. Não restam dúvidas de que o encarcerado é possuidor, pelo menos em tese, desses direitos, pois o legislador no caput do art. 5º da Constituição Federal tratou de explicitar e deixar claro, ao determinar que todos são destinatários, ou seja, se são todos, então o preso está inserido no contexto dessa previsão, conforme se depreende do *caput* e dos incisos do art. 5.º, da CRFB/88, reafirma-se, são direitos e garantias aplicáveis a todas as pessoas humanas, inclui-se ai, portanto, a pessoa do preso.

2 A CRISE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A História da humanidade nos leva a pensar que o problema do encarceramento de cidadãos é uma prática que caminha junto com o próprio homem, desde sempre. Dependendo dos vários estágios culturais e de civilidade que determinada sociedade atinja, os seus iguais, que não são socialmente compatíveis com a vida comum, ou são banidos do convívio, mortos ou encarcerados. Sabe-se que no Brasil a penas de morte não é aceita para crimes comuns em tempo de paz, também não há previsão na legislação de pena de banimento, então não resta outra alternativa, que não, encarcerar.

Amaneira como se realiza esse encarceramento é o centro das discussões atuais, porém já no século XVI, Cesare Beccaria demonstrava preocupação com o encarceramento, a crueldade das penas e a proporcionalidade na sua aplicação.

No Brasil, foi a partir da década de setenta, com o aumento significativo dos aprisionamentos e foram se acentuando as discussões sobre esse tema de tamanha importância, mormente porque, nunca houve a devida coerência entre a legislação e a realidade das prisões. Desde sempre a previsão legal em muito não é cumprida, pois a previsão da lei é sempre mais benéfica que a vida dentro do sistema.

Pode-se dizer, entretanto, que os anos oitenta foram marcados por encaminhamentos mais sólidos acerca da política criminal a ser adotada, bem como de embates sobre a feição dogmática que o Direito penal deveria assumir.

A nova parte geral do Código Penal, consubstanciada pela Lei 7.209/84, e que entrou em vigor em 11.07.85, constitui o aproveitamento das discussões que se faziam em termos acadêmicos e recebeu contribuições de vários juristas nacionais e estrangeiros, tendo sido considerada uma conquista do Direito penal liberal.

Poucos anos depois, o Estado brasileiro é brindado com a Constituição de 1988, na qual são albergados inúmeros direitos, garantias e princípios de cunho penal, processual e de execução penal, o que representa um reforço, ainda maior, às conquistas carreadas naquele período. Apesar das produções legais mencionadas (Lei 7.209/84 e Constituição Federal de 1988), a mentalidade dos aplicadores do Direito não se abriu para esta nova perspectiva, empobrecendo, sobremaneira, a acomodação ideológica da matéria penal.

A partir do novo ordenamento constitucional brasileiro, basicamente a Doutrina do Direito Penal se dividiu em três correntes, que se pode classificar em

punitivista, abolicionista e minimalista. Considerando-se os que pretendem penalizar muito e com penas severas, os que não pretendem nenhuma intervenção do direito penal, e, os últimos que pretendem que o direito penal seja utilizado apenas para os crimes graves, deixando as demais punições para a esfera do Direito Civil.

O que se pode observar no entanto, é que a política criminal adotada no país, tem, prioritariamente, por objetivo permanente assegurar a coesão, castigar o infrator, e pelo menos em aparência, garantir a sobrevivência e a segurança da sociedade, mantendo-o afastado do grupo social.

A Política Criminal adotada é marcada pelo início de uma nova época na dogmática jurídico-penal moderna, trata-se do sistema funcionalista, ou teleológico-racional, em que a proposição é de se utilizar sistema fundado sobre diferente concepção de direito e Estado, bem como da relação entre o direito penal e a política criminal.

A política criminal existe, porém a sua aplicabilidade deixa a desejar, é como se o Poder Judiciário ao determinar a pena através da sentença, se livrasse daquele indivíduo, passando a sua tutela ao Poder Executivo, que o transforma numa matrícula e inclui em um sistema penal, para o cumprimento dessa pena, numa espécie de esquecimento jurídico do condenado.

Há urgente necessidade de reformulação desta política, e principalmente, que seja colocado em prática, a previsão legal, pois não há dúvidas em afirmar que, a partir do momento em que existir a aplicação de uma política criminal, que, primeiro cause uma redução da violência junto à sociedade, depois reduza a superlotação carcerária, cumpra o que prevê a Lei de Execuções Penais, haverá por consequência uma redução das violações dos direitos humanos dentro do sistema prisional brasileiro.

O sistema carcerário brasileiro apresenta muitos problemas, dentre eles, destaca-se, a questão da superlotação, ao que se observa é um problema que não apresenta uma solução a curto prazo, e nos últimos quinze ou vinte anos, pelo menos, o que existem são discussões com vistas a tentar elucidar este problema, e construções de novos presídios, medida esta que, está sempre atrasada em relação ao número de presos que ingressam no sistema, em palavras simples, há mais presos entrando no sistema, que vagas sendo disponibilizadas, ou seja, a conta não fecha nunca e a questão não se soluciona.

Segundo o levantamento nacional de Informações Penitenciárias, publicado em junho de 2015[8], há no Brasil 607.731 pessoas presas, com mais umas centenas de milhares de mandados de prisão a serem cumpridos. Com esse número de presos a situação dos presídios apresenta-se caótica, com toda sorte de violência sendo praticadas entre os internos do sistema, e em alguma proporção, pelos agentes do Estado, encarregados da custódia dos encarcerados.

Corrobora a afirmação, a declaração de ROLIN, publicada na Revista de Estudos Criminais, em 2003:

> O Brasil como a maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira inconteste um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus-tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos.[9]

Como causa da superlotação alguns fatores são apontados, destacam-se a lei de Tóxicos que ocasionou a condenação de milhares de pessoas e junto com isso, o descumprimento dos direitos do preso que são disciplinados pela Lei 7.210, de 1984, a Lei de Execuções Penais, que apesar de ser elogiada pela doutrina como uma das melhores legislações desse tipo, apontada como um grande avanço jurídico quando foi aprovada, não conseguiu diminuir a distância entre o previsto teoricamente, e à prática das prisões pelo Brasil afora.

Em tempos de crise no sistema, o déficit de vagas nas penitenciárias brasileiras tem aumentado cada vez mais, de acordo com os dados apresentados pelo departamento penitenciário nacional existe a falta de aproximadamente duzentas mil vagas, para que se pudessem cumprir as exigências da Lei de Execuções Penais.

Além do descompasso entre o número de vagas e o de presos, há ainda a duas outras situações que contribuem para o déficit no sistema. De um lado, muitos presos provisórios, com prisões provisórias que acabam sendo longas e aumentando a superlotação. De outro lado, para piorar a superlotação há presos que concluíram o cumprimento da sua pena, porém não são postos em liberdade,

[8] http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf
[9] ROLIM, 2003, p.121

por problemas relacionados às Varas de Execução Penal, ou pelos órgãos do executivo responsáveis pela administração penitenciária.

Os indicativos de reincidência é fator de grande preocupação, pois além de contribuir para a superlotação, prova que o iniciado no mundo do crime, raramente se livra dele e reintegra-se à sociedade de maneira produtiva e honesta. A reincidência tem sido provocada principalmente pela falta de ocupação dos presos, em boa parte dos presídios brasileiros, que segundo números não oficiais, mais 75% dos encarcerados não trabalham nem estudam, assim ao cumprir sua pena e ser colocado em liberdade, o cidadão está sem nenhuma qualificação profissional, sem estudos, e ainda com um péssimo currículo, pois raros são os que oferecem uma oportunidade ao egresso do sistema prisional. Nem há que se falar que isso acaba como consequência, fazendo com o cidadão volte ao mundo do crime, pois no tempo em que passou encarcerado, não recebeu a prestação obrigacional do Estado de lhe proporcionar estudo e trabalho.

A Lei nº 7.210/84 de Execuções Penais estabelece em seu artigo 1º, que *a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*.

Claro está na legislação que o objetivo da pena é a ressocialização do condenado, e é ai que o problema se agrava consideravelmente, pois o que se vê é que as reformas no ordenamento jurídico penal introduzido no país, especialmente com a reforma do código penal e a implantação da Lei de Execuções Penais, não produziu o efeito esperado, e a ressocialização é pífia, como política criminal.

Reitera-se, que teoricamente, a ressocialização do preso é um dos objetivos que se pretende alcançar com a aplicação da pena, porém o que se tem observado é que o Estado tem falhado apesar do arcabouço legal que define os métodos que devem ser utilizados para se readaptar o delinquente ao convívio em sociedade. Provado está que não se tem conseguido alcançar o objetivo ressocializador da pena, principalmente pelo grande descumprimento das Leis que regem a execução penal e o funcionamento das unidades penitenciárias, locais em que os direitos fundamentais em muitas ocasiões são deixados de lado, sem dignidade, nenhum preso voltará readaptado à sociedade.

O objetivo ressocializador está disciplinado nos artigos 10 e 11 da Lei de Execuções Penais, dispositivos estes que deixam clara a intenção do legislador,

qual seria de proporcionar ao interno do sistema a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, colocando tais atribuições em rol claro e objetivo como obrigações do Estado para com aquele que se encontra custodiado em seus estabelecimentos penais.

Se todos esses pontos fossem atendidos, há que se imaginar que haveria um índice de ressocialização considerável, porém isso fica na conta das conjecturas, pois a realidade está longe desse atendimento por parte do Estado, que no momento trata grande maioria de seus detentos como apenas números, sem tratamento humanizado e que preserve a dignidade e os direitos fundamentais daqueles que cometeram crimes.

Não há como se falar em ressocialização de um uma pessoa que está na prisão, quando o ambiente dentro das grades não é propicio a fornecer nenhuma base social para o retorno ao convívio em sociedade. Se os direitos previstos na Lei de Execução Penal não são aplicados no dia a dia do encarcerado e mais, este ainda tem uma realidade absolutamente indigna na qual seus direitos fundamentais são violados costumeiramente, através de violação de sua integridade física, seja pelos colegas de grades, seja por via de tortura e violência dos agentes do Estado. Enfim, seus direitos fundamentais são inobservados, causando-lhes mais propensão à prática de novos crimes do que a levar uma vida regrada e pacífica ao sair do cárcere.

3 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA PRESA

Quando há referência à Direitos Fundamentais, Dignidade, Direitos Humanos dos encarcerados está se fazendo referência aos mesmos direitos da pessoa em liberdade, não há como separar ou tratar de forma desigual, ante o amparo Constitucional Brasileiro, aqueles, como se fosse outra espécie de ser humano, diferente destes. A proteção e previsão de direitos é a mesma, mas infelizmente, ao imaginário popular e para alguns reacionários, o cidadão preso não perde apenas, sua liberdade, para estes, o preso deveria perder tudo, inclusive a vida.

Não é necessário recorrer a entendimentos muito sofisticados sobre o que venha a ser esse conjunto de Direitos a que se faz referência, trata-se de um arcabouço simples e de clarividente transparência, pois o preso é ser humano igual

ao ser humano em liberdade, recebeu uma pena que restringiu sua liberdade e, quanto aos demais direitos, é igual ao cidadão livre.

> Os direitos e garantias fundamentais constituem um amplo catálogo de dispositivos, onde estão reunidos os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, os direitos políticos, os relativos à nacionalidade e os direitos sociais dentre outros. Esse conteúdo é fundamental para que, no plano científico possamos apartar uma terminologia adequada à designação dessa realidade.[10]

No que diz respeito aos destinatários dos direitos fundamentais, nota-se no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que está assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, a aplicação dos direitos nela previstos e a proteção do ser humano, e reforça-se, o próprio *caput* do art. 5º faz advertência de que essa proteção se realizassem *distinção de qualquer natureza*.

A interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvida, os direitos fundamentais destinam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil, repise-se, todos, significa os que estão em liberdade e os aprisionados também.

Porque há, em parte da população a ideia de que o preso deve sofrer, que abuso e violação em seus direitos é mais do que merecido e não há nenhuma sensibilidade em relação à tortura, superlotação e até mortes entre os presidiários, sendo que se comenta, com infelicidade é bem verdade: *deveria haver uma rebelião dessas por mês, aí morriam mais alguns, quem sabe resolveria o problema da superlotação*.

> Para as pessoas mais desavisadas, infelizmente ainda a grande maioria da população, o preso deixa de ser um indivíduo dotado de direitos, e passa a ser tratado como coisa, que vive em um mundo à parte da realidade, onde a força bruta do Estado anula o ser dotado de razão à medida que passa a intimidá-lo com o pretexto de manter a ordem e a segurança social.[11]

A população, talvez cansada pela ausência do Estado em vários setores da sociedade, ou sua incompetência em prestar aquilo que se deseja perante a pesada carga tributária a todos importa, especialmente na área da segurança pública, acaba

[10] Luís Alberto David Araújo (2005, p.107)
[11] DEMARCHI, 2008

por entender que não é justo que o Estado preste uma assistência integral ao preso, contrapondo-se às carências dos que estão em liberdade.

Vozes na Doutrina e entre os estudiosos do Direito tem outro entendimento, porém são minoria nesse entendimento e na defesa da necessidade de melhorias no sistema prisional para atender às normas Constitucionais.

> O que se observa é que as casas prisionais se transformaram em depósitos de gente. Não se vê preocupação com a pessoa. Talvez porque há muito tempo passou a ser tratada como coisa, que não precisa de garantias, porque nem mais humana é considerada.[12]

Sabe-se que o preceito Constitucional informa que o preso não deve ser vítima de qualquer forma de tortura, nenhuma forma de sensacionalismo, exposição ou violação de sua integridade, mas o que dizer de locais que abrigam mais do que o dobro de sua capacidade, de presidiários que não tem local para dormir, fazerem suas necessidades fisiológicas ou mesmo alimentarem-se.

> O direito à salvaguarda da dignidade, o direito ao respeito da pessoa humana, o direito à intimidade são os direitos mais agredidos na maior parte das prisões do mundo. Desde a admissão, começa o despojamento da personalidade do preso: algemas nos pulsos, revista no corpo nu, à vistas de todos, a troca de traje pessoal e uso chuveiros coletivos na presença de guardas, etc.[13]

Com relação aos direitos individuais fundamentais sabe-se que o Direito à vida é sem dúvida o bem tutelado constitucionalmente mais importante a todos os indivíduos, na sequência de importância, segue-se como segundo lugar, a liberdade. A seguir pode-se afirmar que está a dignidade. Então o que se observa é que ao perder a liberdade, legítima e legalmente através da sentença condenatória, o cidadão preso vê sua vida valer pouco e correr grandes riscos dentro do sistema.

Quanto ao valor dignidade, é certo que se vê, ou melhor, que ocorrem muitas violações dentro dos presídios, mas a visibilidade dessas violações é mínima, observada por pequena parcela da população, os mais interessados, advogados, religiosos, familiares, pois o Estado e a população dirige pouca atenção ao assunto.

Muitas prisões não têm mais a oferecer aos seus internos do que condições sub-humanas, o que constitui a violação dos direitos humanos. A realidade é que os

[12] DEMARCHI, 2008
[13] Fernanda Magalhães Maciel, 2002

presidiários no país, são maltratados, humilhados e desrespeitados em sua dignidade, contribuindo para que a esperança na sua recuperação desapareça justamente por causa do ambiente hostil que lhe apresenta quando cruza os portões da penitenciária.

Em síntese, deve-se coibir as condutas que ofendam a integridade, e dignidade do preso como pessoa humana, pois apesar da condição penal em que se encontra, os efeitos da sentença penal condenatória não excluem os demais direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

4 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PESSOA PRESA

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, desta forma não há porque excluir um cidadão de gozar dos Direitos garantidos, só porque está preso, como já dito, não perde as garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, salvo o direito à liberdade.

O *caput* do Artigo 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, mas não só no *caput* estão garantias relacionadas à pessoa do preso, há vários incisos do mencionado artigo que tratam do assunto em pormenores.

O Artigo supracitado menciona o Direito à Liberdade, porém este é o único dos Direitos previstos que não se aplica ao preso, ainda há que se observar que mesmo o Direito à Liberdade não é retirado por completo do preso, pois ai estão consideradas as liberdade de pensamento, de expressão, de crença, de cátedra, de orientação sexual, de convicção política, portanto, há que se considerar que a única das liberdade retirada efetivamente do encarcerado, é a liberdade de ir e vir, as demais liberdades, estão plenamente preservados, quanto mais, os demais direitos previstos.

O inciso II do artigo 5º prevê o Princípio da Legalidade, assim expresso: *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei*. Trata-se de um princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao assunto em tela, só há possibilidade de encarceramento do cidadão em virtude de lei expressa e prévia ao crime, pois caso contrário, tal princípio estaria sendo violado. Por esta razão, ao ser apresentado o caso ao Poder Judiciário, se não houver previsão legal para a prisão, o cidadão preso deverá ser colocado imediatamente em liberdade.

Já o inciso III – *Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante*. Com certeza ao combinar este inciso e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ficam estabelecidas garantias que devem ser providenciadas pelo Estado, pois deve se lembrar que a execução penal priva o homem da sua liberdade, mas não da sua dignidade como ser humano.

Ao considerar no inciso IV que: *É livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato,* a Constituição Federal não desconsidera a necessidade de disciplina e controle dos encarcerados, mas de forma alguma há necessidade de retirar por completo o seu direito de manifestar o pensamento.

Como já comentado acima, os incisos VI, VII, VIII tratam da liberdade de consciência, crença e de religião, determinando que se houver alguma forma de violação dessas liberdades, se estará violando direito individual fundamental, portanto, mais uma vez violando-se a Constituição.

Nessa seara, muitos são os casos em que não se permitem práticas religiosas em estabelecimentos penais diversas daquelas que a direção autorize, ora, se há liberdade, o Estado não pode nem impor e nem impedir que os encarcerados pratiquem a religião que quiserem, claro que com restrições relacionadas à segurança pública e não atentem contra os valores da própria Constituição.

O preso tem assegurado pela Constituição Federal e pela Lei de Execuções Penais, o direito a exercer sua manifestação religiosa, desde que não utilize a religião como meio de descumprir suas obrigações, também está na Lei de Execuções Penais em seu artigo 24, § 1º que: *No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos,* percebe-se de pronto uma violação tanto da Lei infraconstitucional quando da própria Constituição, pois sabe-se que em muitas prisões pelo Brasil afora não há refeitórios ou banheiros, quanto mais locais reservados aos cultos dos apenados.

Inobservância quase que total é constatada ao se analisar o conteúdo do inciso IX, que prevê: *É livre a expressão da atividade intelectual, artística, cientifica e*

de comunicação, independentemente de censura ou licença. Mesmo preso, o indivíduo que possuir uma atividade intelectual, artística, cientifica terá o direito de continuar exercendo esta atividade, dentro do que dispuser as Leis especiais para tal, previsão sim, teoria novamente, pois na prática, poucos são os presídios em que há livros disponíveis para uma simples leitura, quanto mais o exercício de atividades artísticas ou científicas mais específicas, apesar de habilidades especiais que possam apresentar quaisquer de seus internos.

Se estamos a falar de inobservância de direitos individuais do ser humano, o que dizer do dispositivo esculpido no inciso XII, sobre a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrumento processual penal.

Este inciso diz que o cidadão tem o direito de inviolabilidade de suas correspondências. Da mesma forma, o indivíduo que está privado de sua liberdade em um estabelecimento prisional também terá o direito de enviar e receber correspondências, desde que atendidas as observações prescritas no rol de direitos do preso estabelecidos no artigo 41 da Lei 7.210, de 1984.

Novamente há um dispositivo constitucional sendo deixado de lado por conta de controle e disciplina, pois no caso do preso a inviolabilidade simplesmente não existe, o que seria exceção é regra, nesse caso, todas as correspondências, independente de investigação são controladas por agentes do Estado. Mas isso até seria aceitável, em nome da segurança e da disciplina, porém como pensar em sigilo num ambiente em que os presidiários estão literalmente amontoados, sem espaço sequer para deitar para o horário de sono, quanto mais para fazer uma leitura de uma correspondência enviada por algum familiar ou amigo, resposta, impossível, ou todos terão acesso ao conteúdo, ou nem o destinatário poderá ter conhecimento.

O princípio da inafastabilidade ou princípio do controle jurisdicional, garantindo a todos o acesso ao Poder Judiciário, conforme o inciso XXXV, que afirma: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, deveria obrigar que as violações dos direitos do cidadão seriam encaminhadas ao conhecimento do Poder Judiciário para que possa punir os responsáveis pela transgressão de tais direitos, ou indenizar a vítima de abuso cometido sob a tutela do Estado.

E certo que o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar o requerimento dos cidadãos que tiverem seus direitos violados, sejam eles inocentes ou condenados. Assim entende-se que tal previsão se aplica ao preso, pois se este está privado de sua liberdade, por ter descumprindo uma norma legal, deve também poder encaminhar ao Judiciário pedido para que este aprecie a existência de lesão ou ameaça aos seus Direitos, que lhe são assegurados como pessoa humana.

Há ainda outros incisos do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil que mencionam direitos a serem garantidos a todos os Brasileiros, mas se faz necessário para o presente estudo, um destaque aos acima mencionados e também ao inciso XLIX, por estabelecer que *É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*, que de certa forma complementa o raciocínio até aqui empregado no sentido de respeito aos demais direitos do encarcerado, que não diretamente relacionado à sua liberdade de ir e vir, esta sim, limitada pela sentença que transitar em julgado.

Aos presos está assegurado o direito de cumprirem suas penas, sem que sofram nenhum tipo de agressão a sua integridade física, caso aconteça faz necessário que se faça punir, os responsáveis.

Apesar da Constituição garantir a integridade física dos presos, é grande o número de casos em que estes sofrem agressões, principalmente por parte das autoridades penitenciárias.

Relatos existem, poucos casos são levados ao Judiciário, da existência de castigos imoderados inferidos aos detentos por parte de agentes de segurança responsáveis pela custódia dos condenados. Há narrativas de ambientes chamados de *castigo,* como se tão somente o cumprimento da pena já não o fosse, em que o preso fica isolado, sem luz solar, sem janelas ou qualquer outro acesso e possibilidade de contato com quem quer que seja durante períodos que variam de horas a dias, dependendo do humor, ou da *benevolência* do agente que infringe o castigo.

Não dá para considerar isso como outra coisa senão violação dos direitos humanos e fundamentais desse apenado, em outras palavras, violação se sua integridade física ou psíquica, nomes sofisticados para tortura e agressão.

Da análise dos incisos supramencionados, importante é salientar que o constituinte e bem assim o legislador infraconstitucional garantiu que todos são iguais perante a lei, buscou proteger todos os cidadãos seja eles brasileiros ou

estrangeiros, reforce-se que a pessoa do preso, apesar de ter perdido o seu direito de liberdade de ir e vir, não fica excluído da proteção constitucional e deve ter assegurados todos os demais direitos como ser humano que é.

5 DECISÃO DO STF EM RELAÇÃO AO DEVER DE INDENIZAR

Em decisão proferida no Recurso Extraordinário 580252, no dia 16 de fevereiro deste ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Estado deve indenizar o preso submetido à situação degradante e a superlotação na prisão, ou seja, tudo o que foi narrado como inobservância dos direitos humanos do encarcerado, tratados neste trabalho.

Entendeu o STF que se o preso sofre dano moral e merece reparação quando o Estado viola os seus direitos fundamentais e inerentes ao ser humano, no caso do julgamento citado, o preso deverá receber do Estado o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), pelo abalo sofrido.

O Plenário do STF acompanhou o voto do Ministro Relator, Teori Zavascki (recentemente falecido) no sentido de dar provimento ao recurso, por entender que a jurisprudência da corte reconhece a responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia. Justificou que é notório o conhecimento da situação do sistema penitenciário, com déficit de vagas e lesão a Direitos fundamentais dos presos[14].

A tese reconhecida não vale apenas para o caso do Recurso Extraordinário analisado, mas sim, teve a repercussão geral reconhecida, conforme o dispositivo abaixo:

> Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.[15]

[14]Notícias do Supremo Tribunal Federal. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352
[15]Notícias do Supremo Tribunal Federal. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352

Claro o entendimento da Corte Suprema brasileira sobre o reconhecimento de que existem as inobservâncias de Direitos dos apenas, mas a novidade é que, apesar de estar prevista na constituição a responsabilidade do Estado, até então não se mencionava a ideia de indenizar o encarcerado por conta dessas violações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penitenciário brasileiro continua a enfrentar uma crise que já se arrasta por muito tempo, que o diga a doutrina e artigos citados neste trabalho que são de 15 anos atrás, colocados justamente para dar a dimensão do tempo que o problema é grave, mas que, até então não se encontrou uma solução.

Tal crise tem sido criticada, noticiada, discutida, porém são poucos que a apontam possíveis caminhos para amenizar, ou quiçá, resolver definitivamente o problema, o que, não se acredita que aconteça.

O problema não é recente, quanto ocorrem fatos mais graves do que as violações diárias, diga-se rebeliões, fugas em massa, massacres em motins, como os desse início de ano, aí as autoridades brasileiras, mais uma vez voltam ao tema, mas na maioria das vezes as soluções apontadas são mais do mesmo. Construção de novos presídios, mutirões para verificar os processos, dos temporários e dos que já podem ser soltos por ter dado o tempo, mas também já se sabe que não é isso, apenas, que vai resolver o problema.

A crise do sistema carcerário brasileiro sempre foi muito questionada, uma vez que o assunto envolve questões relacionadas a ações ou omissões praticadas por parte das autoridades estatais, para o que os estudiosos apontam que há uma série de atos que devem ser praticados, como por exemplo, a revisão da legislação penal no sentido de encarcerar somente o que seja relevante do ponto de vista social. Criar penas alternativas e maneiras de sancionar os indivíduos de modo que o cárcere seja a última das possibilidades, reservada para os crimes mais graves.

Construções de presídios novos e de reformas e adequações à legislação dos existentes também deve ter atenção estatal, pois não se pode pensar em presídios que não ofereçam um mínimo de condições de vida e dignidade para o interno. Necessários meios estruturais adequados a vida, pois repise-se, os condenados só perdem a liberdade de ir e vir, os demais direitos estão preservados.

E a decisão do SFT certamente terá o condão de apressar algumas dessas medidas, pois se cada um dos presidiários que estão cumprindo suas penas em estabelecimentos que não observam um mínimo de sua dignidade, então, usando do sagrado direito de acesso ao Judiciário, incorrerão milhares de ações de indenização, o que certamente afetará o erário público e o já tão esgotado Poder Judiciário, em termos de atender às demandas da população.

Se os Estados membros da federação e a própria União não tomarem medidas urgentes com vistas à adequação dos estabelecimentos prisionais ao novo entendimento do STF, certamente o número de indenizações será gigantesco, pois como acima afirmado, as condições em que se encontram os presos, são por demais atentatórias à dignidade e direitos humanos.

Se as soluções apresentadas pelos doutos até agora não haviam sido implementadas pelo Executivo e seus órgãos de segurança pública, haverá necessidade de apressar tais medidas. O que seria o correto, porém não se pode deixar de pensar que há o risco de, através de pressão dos órgãos executivos, o Poder Legislativo apresse a aprovação de leis abolicionistas, em especial na descriminalização de porte e uso de drogas, ou talvez, liberação total do uso de drogas, hoje ilegais, pois, de maneira torta, talvez fosse um meio de colocar em torno de trinta por cento dos presos condenados na rua.

Então a partir da decisão proferida em fevereiro de 2017, o sistema penitenciário brasileiro sofrerá consequências que há que se aguardar para conferir quais sejam, tanto pode-se ter uma modernização e adequação ao sistema, quanto se terá inúmeras ações de indenização para onerar os cofres públicos já combalidos, quanto se aprovem medidas, que talvez carecessem de maior debate e análise, mas que como outras tantas vezes, o Congresso Nacional aprova de afogadilho.

O que é importante concluir é que, as condições das Penitenciárias, da Legislação Brasileira em relação ao encarcerado, prova o que Cesare Bonesana denunciava séculos atrás, ou seja, se naquela época acontecia, no Brasil do século vinte e um continuam a acontecer diariamente, inobservância dos direitos humanos e fundamentais da pessoa presa.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO. Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesidi. **Dos Delitos e Das Penas.** 2 ed. rev., 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 8ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum, Saraiva, 2016.

_____. Lei nº 7.210/1984. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Vade Mecum, Saraiva, 2016.

CARVALHO. Sandra. (Org). **Relatório anual do centro de justiça global**. Direitos humanos no Brasil: 2003. Rio de Janeiro, Justiça Global, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DEMARCHI, L. P. **Os direitos fundamentais do cidadão preso**: uma questão de dignidade e de responsabilidade social. Disponível em: www.lfg.com.br

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio**. O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FOUCALT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2000

FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

ROLIM, M. Prisão e Ideologia: limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, n. 12, Rio Grande do Sul, 2003.

SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VALORES COMPROMETIDOS COM A ALTERIDADE[16]

Nelson José dos Santos[17]
Eduardo Nolla[18]

RESUMO

Alteridade, valor e ética são termos estudados, pesquisados e discutidos em tempos atuais. Há necessidade de se fazer uma relação entre estes valores e as dimensões dos direitos fundamentais dos seres humanos. O presente trabalho se dispõe a conceituar os termos e a relacioná-los com a fraternidade, assim considerado como direitos de terceira dimensão.

Palavras-Chave: Ética. Alteridade. Valor.

1 INTRODUÇÃO

Sem dúvida alguma, nos últimos tempos, o homem verifica que o mundo que sempre o abrigou vem sofrendo contínuas e profundas mudanças em todos os campos do conhecimento, e bem assim, em seu ambiente que, apesar de todos os avanços tecnológicos, científicos e econômicos, está sendo gananciosamente agredido e destruído em muitos flancos, sem que se tenha perspectiva de interrupção nesse processo.

Para que se percebam mudanças nessa realidade, há que se verificar em primeiro lugar, uma alteração no modo de agir do homem que habita esse planeta, a maneira de conduzir a vida, as relações entre as pessoas, e, sem embargos, os valores em que acreditam e que defendem precisam ser modificados.

Urge encontrarem-se comportamentos sociais orientados pela ética, fundados em valores morais resolutos e alimentados por sentimentos que levem em consideração o outro como sendo um ser igual que também tem as mesmas necessidades e os mesmos desejos em relação ao espaço que ocupa neste orbe.

[16]Trabalho apresentado como requisito parcial para aprovação na Disciplina: Ética, Direito e Sociedade, ministrada pelo Professor Doutor Josemar Soares, do Curso de pós-graduação *stricto sensu*, Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

[17] Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Contestado – Unc – *campus* Curitibanos – SC, aluno do Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Servidor Público da Justiça Estadual de Santa Catarina, chefe de Secretaria do Foro da Comarca de Curitibanos.

[18] Professor, Docente na Universidade do Contestado – Campus Concórdia/SC, e-mail: nolla@unc.br.

2 ALTERIDADE

Ao pesquisador que se depara com uma nova categoria[19], recomenda-se buscar o seu conceito operacional[20], como é o caso de **alteridade** – para a qual se recorre primeiramente ao Dicionário Eletrônico Aurélio, onde consta a seguinte definição: *Do latim **alter**, 'outro', + **(i)dade** Substantivo feminino.Filos. Qualidade do que é outro;*

Alteridade (ou **outridade**) é a concepção que parte do pressuposto básico de que todo o homem social interage e interdepende de outros indivíduos. Assim, como muitos antropólogos e cientistas sociais afirmam a existência do "eu-individual" só é permitida mediante um contato com o outro (que em uma visão expandida se torna o Outro - a própria sociedade diferente do indivíduo). Dessa forma eu apenas existo a partir do outro, da visão do outro, o que me permite também compreender o mundo a partir de um olhar diferenciado, partindo tanto do diferente quanto de mim mesmo, sensibilizado que estou pela experiência do contato.

Referente a *alter* (outro, em latim). É a qualidade da norma jurídica que, constituindo relações, contrapõe os direitos de um aos deveres dos outros.[21]

Ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro.[22]

3 VALOR

Ao termo **VALOR**, o homem comum sempre atribui uma quantificação monetária ou em bens que se possa atribuir quantidade de pecúnia, gratificação por algo realizado ou ainda, retribuição. O enfoque do presente trabalho é outro, está relacionado a virtudes ou qualidades que podem compor ou não, o patrimônio pessoal íntimo do ser humano.

Assim sendo, recorre-se novamente ao Dicionário Aurélio para buscar a significação inicial a ser trabalhada a partir do termo valor:

---

[19] Palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. Ed – São Paulo. Conceito Editorial, 2011. p 197

[20] Definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. Ed – São Paulo. Conceito Editorial, 2011. p.198

[21] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[22] Abbagnano, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

> VALOR - (ô). [Do lat. tard. Valore] Qualidade pela qual determinada pessoa ou coisa é estimável em maior ou menor grau; mérito ou merecimento intrínseco; valia; Importância de determinada coisa, estabelecida ou arbitrada de antemão; Filosofia: Caráter do que, de modo relativo (ou para um só ou para alguns) ou de modo absoluto (para todos), é tido ou deve ser tido como objeto de estima ou de desejo. (Dicionário Aurélio).

Em geral o que deve ser objeto de preferência ou de escolha. Desde a antiguidade esta palavra foi usada para indicar a utilidade ou o preço dos bens materiais e a dignidade ou o mérito das pessoas. Contudo, esse uso não tem significado filosófico porque não deu origem a problemas filosóficos. O uso filosófico do termo só começa quando seu significado é generalizado para indicar *qualquer* objeto de preferência ou de escolha, o que acontece pela primeira vez com os estóicos, que introduziram o termo no domínio da ética e chamaram de valores os objetos de escolha moral.

A melhor definição de valor é a que considera como *possibilidade de escolha*, isto é, como uma disciplina inteligente das escolhas, que pode conduzir a eliminar algumas delas ou a declará-las irracionais ou nocivas, e pode conduzir (e conduz) a privilegiar outras, ditando a sua repetição sempre que determinadas condições se verificarem. Em outros termos, uma teoria do valor, como crítica dos valores, tende a determinar as *autênticas* possibilidades de escolha, ou seja, as escolhas que, podendo aparecer como possíveis sempre nas mesmas circunstâncias, constituem pretensão do valor à universalidade e à permanência.[23]

4 ÉTICA

ÉTICA – Para o presente trabalho, ética será considerada: “valor fundamental da conduta humana”[24]. A ética é uma necessidade, uma exigência para qualquer atividade humana, marcada está sua presença sempre, em maior ou menor quantidade, entre aqueles que convivem na sociedade, sendo pressuposto necessário para esse convívio e fundamental para a sua manutenção.

Contemporaneamente, a regra é que os seres humanos vivam em contato com outros seres humanos, pois apenas em casos muito excepcionais, quase inimagináveis, é que se concebe que alguém viva isolado, é uma de suas principais

[23] Abbagnano, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
[24] MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Direito Político. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

características essa vida em Sociedade, o que implica em comportamentos inter-relacionados e vivência grupal entre os membros do orbe onde está inserido.

Quando se fala da moral, se está falando de valores cultivados no íntimo de cada ser humano, considerando-se sua individualidade e particularidades, e se assim for analisada, a moral então não tem como mostrar-se, não pode ser vista e, sua abstração e discrição são características reconhecidas.

Partindo-se deste entendimento, pergunta-se: mas qual a vantagem de se cultivar tais valores internos se ninguém pode vê-los, se não é possível relacioná-los ao seu detentor, se não é possível utilizá-los para diferenciar um cidadão "moralizado" de outro que não possui tal qualidade?

A recompensa pela caracterização moralista de algum cidadão ficaria no campo da intimidade e o reconhecimento seria absolutamente solitário e individual se este não estivesse em convívio com outros seres humanos, e, principalmente, se o seu agir, seu comportamento não demonstrasse que ele possui tais valores morais. Está assim a moral em ação, fica dessa forma demonstrada no relacionamento do homem com seus semelhantes.

A filosofia afirma que está se tratando de ética, que seria a moral em ação, conforme a lição de Melo: "A ética seria assim a moral em realização, pelo reconhecimento do outro como ser de direito, especialmente de dignidade"[25].

Portanto, a ética só existe no meio social onde vive o homem que tem princípios morais e o seu agir no contato com aqueles que complementam o ambiente é que faz transparecer, apresentarem-se e serem vistos os valores morais que formam o cidadão, exteriorizando-se no comportamento de respeito aos semelhantes.

A dificuldade de referir-se a temática está sem dúvida relacionada à subjetividade existente na tentativa de estabelecer o que sejam valores morais e éticos que possam estar conformados e comprometidos com a alteridade, o outro, o social, ou o coletivo.

Há inúmeras variantes que devem ser levadas em consideração ao adentrar em tão complexo objeto de estudos, pois para que se defina a ética de determinado grupo social, necessário se considerar aspectos culturais, históricos, religiosos, políticos, modelos de educação, formas de acesso e de progresso às várias classes

[25] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Direito Político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978

sociais, critérios de representatividade e mando político-administrativo, são muitas influência a serem consideradas na forja dos valores morais individuais que resultam na ética do coletivo.

Mas, afinal do que se está falando quando se considera a ética social. O entendimento é que se está tratando de um comportamento individual que resulta num comportamento, ou num perfil grupal, um agir coletivo, que considerado no imaginário como uma regra moral, nos leva a desenvolver ações que possam considerar sempre o bem estar de todos os membros do grupo.

A finalidade, a razão de existir de uma comunidade social é o seu bem estar, há que existir regra moral que leve a um agir ético que dê conta da salvaguarda dos direitos de todos, proporcionando dessa forma, o quê se pretende com a formação daquele grupo, qual seja, o bem de todos, ou pelos menos imagina-se que todos querem o bem geral.

É através de um agir ético, de um comportamento orientado pelas regras morais que se obterá o desiderato inicial do grupo. Para que haja o comprometimento com a alteridade, ou seja, que o agir de cada um seja voltado para o bem de todos, é preciso que, se reconheçam como estabelecidas regras que, podem ou não estar positivadas pelo ordenamento jurídico vigente, mas que devem ser respeitadas por todos os integrantes.

5 ALTERIDADE E GERAÇÕES DE DIREITOS

Voltando-se para o ambiente jurídico, pode-se considerar aquilo que se reconheceu ao longo do tempo como gerações ou dimensões de direitos - acréscimos de direitos que foram ocorrendo ao longo da história - como comportamento ético, nesse estudo está o que se pode pensar como valores comprometidos com a alteridade.

Se na primeira geração de direitos, o homem conquistou o direito de liberdade, relacionado ao “não fazer” do Estado, ou seja, para que o Homem conquistasse a liberdade, havia a necessidade de uma posição negativa por parte do Estado, era o não interferir na esfera de liberdade do ser individual. Assim conquistaram-se o direito à vida, à intimidade, os que se fundamentavam no direito à liberdade, civil e politicamente considerada. Estabeleceram-se limitações e obrigações ao Estado.

Já os direitos de segunda geração tiveram como fundamento a igualdade, estava intimamente ligada a “um fazer”, exigia obrigações positivas do Estado. Tratam de um crédito que o cidadão adquiriu junto ao Estado, que fica com a imposição de fornecer prestações positivas que tenham por fim diminuir as desigualdades existentes entre os cidadãos. Assim foram conquistados os direitos à saúde, à assistência social e à educação, entre outros. Conquistados não quer dizer efetivamente oferecidos e garantidos. Estabelecem-se obrigações e exigências ao Estado.

E a terceira geração, que direitos estavam relacionados a esta dimensão? A quem esta geração de direitos obriga? A quem impõe restrições, obrigações, exigências? A que princípios está ligada?

> A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica dos direitos individuais e coletivos. Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2007, p. 569)[26]

Fraternidade, que juntamente com liberdade e igualdade formaram um trio com os valores que serviram de orientação para os teóricos da Revolução Francesa, está relacionada diretamente ao convívio ético.

A base filosófica desta geração, a terceira geração de direitos, aponta como sendo seu fundamento, a fraternidade, o que seria uma marca registrada de uma Sociedade que tem comportamento ético e valores comprometidos com a alteridade.

O dicionário Aurélio afirma que fraternidade é: [Do lat. *fraternitate*.] Parentesco de irmãos; irmandade. Amor ao próximo; fraternização. União ou convivência como de irmãos; harmonia, paz, concórdia, fraternização.

Assim, as categorias fraternidade e alteridade têm em comum o bom convívio com os seus, o que faria o ser humano comportar-se pensando nos outros membros da Sociedade como irmãos, nutrir por todos um amor fraternal. Tratarem-se todos

[26] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. 21 ed. Malheiros Editores, 2007.

como irmãos seria o resultado do preconizado nessa geração ou dimensão de direitos.

> A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. A relação de Vasak, em verdade, é apenas indicativa daqueles que se delinearam em contornos mais nítidos contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo. (BONAVIDES, 2007, p 569)[27]

Partindo desse entendimento, o agir eticamente dentro do grupo social em que se está inserido, leva em consideração os valores morais apontados e partilhado por irmãos. Com o valor fraternidade orientando o agir ético, ou o agir fraternal, a realidade subsistiria com um comportamento social objetivando a preservação da paz; a implementação efetiva da democracia; haveria respeito à harmonia social; à preservação do ambiente saudável; à sustentabilidade econômica sem exploração; à defesa dos direitos dos idosos, dos consumidores, da infância e juventude; todos defenderiam a autodeterminação dos povos, o progresso e a preservação de toda a humanidade; haveria compromisso com a informação correta, com a comunicação democrática e o desenvolvimento com igualdade, o homem seria fraterno, irmão do homem.

Com esta geração de direitos o que se estabelecem são obrigações, exigências, limitações e direitos para toda a Sociedade. O Comprometimento é de todo o corpo social, não apenas se limitam ou se exigem ações do Estado, nesta geração de direitos, é a sociedade que deve comportar-se eticamente, deve agir e realizar atividades de escolha em que considerem os valores morais que proporcionem o benefício de todos, valores morais, movimentados por comportamentos éticos comprometidos com a alteridade e a fraternidade, eis o que se espera da humanidade.

[27] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. 21 ed. Malheiros Editores, 2007.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o valor fraternidade não está presente ainda, pois ao se observar o ambiente social, percebe-se que os anti-valores parecem estar ganhando a batalha, constatamos: poluição, exploração, desequilíbrio econômico-social, pesquisas realizadas sem escrúpulos e perigosas à espécie humana, violência, guerras, intervenções entre Estados, violação de direitos de idosos, de crianças e adolescentes, exploração sexual, corrupção, além de outros abusos e violações.

Valores estão sendo postos em conflito. Há necessidade de escolha, há necessidade de posicionar-se. Fazer escolhas. Valorar positivamente o comportamento ético-moral que se nos apresenta a cada momento.

Continuará o homem a subornar o policial com a “cervejinha” e condenará o corrupto de colarinho branco que desvia milhões?

Continuará o homem a devastar áreas de preservação permanente, destruir a natureza por conta de uma “corrida” econômica em busca do lucro que não tem fim, e levará o seu filho ao zoológico para ver espécies ameaçadas de extinção?

Prosseguirá o homem a explorar crianças, adolescentes e idosos e continuará a sonegar os impostos que deveriam ser dirigidos para assisti-los com a desculpa que só o faz porque o governo não aplica corretamente o dinheiro dos impostos?

São muitos e muitos casos em que o agir ético é deixado de lado para o próprio comportamento, porém exigido para o comportamento do próximo, mas o valor fraternidade somente será atingido quando todos, que sabem qual o comportamento ético devem exigir do outro, começarem a se comportar de acordo com essa mesma exigência, quando considerarem para si os valores tidos no imaginário social como realmente sendo valores comprometidos com a alteridade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1. edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de direito político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 12.ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REPERCUSSÃO GERAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS

Eduardo Nolla[28]
Luiz Henrique Locatelli[29]
André Luiz Pellizzaro[30]

RESUMO

O direito de greve do servidor público civil foi garantido pelo poder constituinte originário, que exigia lei complementar para sua efetivação – hoje, lei específica. Passados 28 anos da promulgação da constituição, o direito ainda não foi regulamentado, cabendo ao STF suprir a lacuna deixada pelo legislativo por meio da Lei nº 7.783/89, que regulamenta a greve no setor privado. Não obstante a atuação do judiciário, a aplicação da referida lei deixa lacunas e obstáculos a serem superados. Dentre tais obstáculos, destacam-se: o tratamento diferenciado aos serviços essenciais; o conflito com outros direitos; o desconto em folha dos servidores públicos e o direito garantido constitucionalmente e não exercível. Através da compilação bibliográfica e jurisprudencial e, utilizando do método dedutivo de pesquisa, pôde-se analisar o direito à greve do servidor público civil, suas dificuldades, lacunas e quais decisões foram tomadas para a efetivação desse direito.

Palavras-Chave: Greve. Servidor Público. Mandado de Injunção.

1 INTRODUÇÃO

O direito de greve foi assegurado ao servidor público civil pela Constituição da República de 1988, que, em seu artigo 37, inciso VII, define que o direito de greve do servidor público civil "será exercido nos termos e nos limites definido sem lei específica".

Mesmo passados 28 anos da promulgação da CF/88, o direito de greve do servidor público civil ainda espera por regulamentação, indispensável para a plena eficácia do direito. O servidor público civil difere do celetista, seu empregador é o Estado, maior prestador de serviços essenciais.

[28]Professor, Docente na Universidade do Contestado – Campus Concórdia/SC, e-mail: nolla@unc.br.
[2]Graduando, Fundação Universidade do Contestado – Campus Concórdia, Rua Tancredo de Almeida Neves, Bairro Cinquentenário, Concórdia/Santa Catarina, CEP: 89700-258, e-mail: luizhenriquelocatelli@gmail.com.
[30]Graduado em Direito pela UNIVALI, e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Especialista em Direito Civil pela Fundação Universidade de Blumenau e Especialização em Gestão Estratégica pela Universidade de San Diego, Califórnia. É Professor na Universidade do Contestado. Endereço eletrônico: andre@pellizzaro.adv.br

Ciente de tal empecilho, é de suma importância o estudo da evolução legislativa constitucional e infraconstitucional do direito de greve. Também desta forma, é mister o estudo de sua regulamentação jurisprudencial e demais pontos que tragam relevância ao debate.

O artigo, desenvolvido através do método dedutivo de pesquisa, resume, analisa e discute doutrinas e jurisprudências relevantes à greve do servidor público civil e sua problemática jurídica/social.

2 O SERVIDOR PÚBLICO CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antecedendo ao tema proposto, relevante destacar o servidor público civil na administração pública. Sabidamente, os agentes públicos, dadas as diferenças de competências dos órgãos, distinguem-se em “agentes políticos”, ou seja, aqueles titulares de cargos que compõem a estrutura fundamental do governo e “agentes administrativos”, titulares de cargos, empregos ou funções públicas dos órgãos dependentes, identificados pela Constituição de 1988 como servidores públicos.

Estes servidores públicos, por sua vez, são classificados em civis e militares. Nosso estudo ficará concentrado na repercussão geral do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis.

3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Conforme entende Martins,[31] “no Brasil, a greve não é encontrada numa sucessão cronológica de delito, liberdade e direito. Inicialmente, tivemos o conceito de greve como liberdade, depois delito e, posteriormente, direito”.

Ao analisar a evolução do direito de greve na legislação brasileira, é possível observar que aos poucos o direito de greve é cedido primeiramente ao trabalhador da iniciativa privada, para depois tornar-se um direito do servidor público civil.

> No campo das relações estritamente públicas, em que o Estado age com as qualidades e poderes distintivos de *imperium*, há uma tendência geral das ordens jurídicas, mesmo efetivamente democráticas, de não realizarem a

[31]MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 880.

> pura e simples importação dos princípios e regras que regem o instituto paredista no âmbito da sociedade civil.[32]

O instituto da greve foi previsto pela primeira vez no Código Penal de 1890[33], até a derrogação pelo Decreto nº 1.162. A lei nº 38, de 4-4-1932, considerava a paralisação de serviços públicos ou de abastecimento da população como um delito, salvo ao assalariado, no respectivo serviço, desde que tivesse agido exclusivamente por motivos pertinentes às condições de seu trabalho.

As Constituições de 1824, de 1891 e de 1934 não faziam menção a greve. Sua primeira menção foi na Constituição de 1937, que considerou a greve e o *lock-out* como recursos prejudiciais ao trabalho. Eram, portanto, "recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional".[34]

O Decreto-lei nº 431, de 18-5-1938, que definia crimes contra a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social, considerava crime a instigação ou paralisação de serviços públicos, ou de abastecimento da população; incitar funcionários públicos ou servidores do Estado à cessação coletiva, total ou parcial, dos serviços a seu cargo; cessarem coletivamente funcionários públicos, contra a lei ou regulamente, os serviços a seu cargo[35].

Ao instituir a Justiça do Trabalho, o Decreto-lei nº 1.237/39 estabeleceu a possibilidade de punições como suspensão, despedida ou prisão. Até mesmo a CLT, grande marco de defesa dos trabalhadores, previu a greve como delito.[36]

A Constituição de 1946 foi totalmente contrária ao entendimento constitucional anterior ao reconhecer a greve como direito do trabalhador. Porém, a Lei nº 4.330, que regulava o direito de greve, proibia a greve pelos funcionários e servidores da União, Estados, Territórios, Municípios e autarquias, salvo se se tratar de serviço industrial e o pessoal não receber remuneração fixada por lei ou estiver amparado pela legislação do trabalho.[37]

---

[32] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 1354.
[33] MELO, Raimundo Simão de. **A greve no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 2003, p. 23.
[34] BRASIL. Constituição, 1937.
[35] BRASIL, Decreto-Lei nº 431, de 18 de maio de 1938.
[36] BRASIL, Decreto-lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939.
[37] BRASIL, Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964.

As Constituições de 1967 e 1969 prosseguiram com a mesma ideia, permitindo o direito de greve, salvo nos serviços públicos e atividades essenciais, os quais seriam definidos em lei.[38]

A Constituição vigente reconhece o direito de greve, assegurado o atendimento da comunidade nas atividades essenciais (art. 9º, CRFB 1988). No que tange ao servidor público civil, é aplicável o disposto no artigo 37, inciso VII, do texto constitucional, o qual assegura, por meio de lei específica, o direito à greve.[39]

Com constantes paralisações nas atividades essenciais, a medida provisória n. 50, de 1989, regulou o direito de greve. Contudo, no mesmo ano, editou-se nova medida provisória (MP nº 59) que, mais tarde, converteu-se na Lei 7.783/89 - atualmente em vigor -, que regulamenta o exercício de greve do trabalhador em geral.[40]

Durante todo esse período – 1890 até os dias de hoje -, surgiram diversas leis que regulamentaram o direito de greve, esta, anteriormente tratada como delito, tornou-se um direito, tanto do trabalhador em geral quanto do servidor público.

4 DENOMINAÇÃO, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A palavra *greve* advêm de uma praça parisiense, denominada Place de Grève, onde operários se reuniam quando paralisavam os serviços. Na praça acumulavam-se gravetos (Grève) nas enchentes do Rio Sena. [41]

O conceito de greve varia conforme a legislação vigente, pode ser entendida como direito, liberdade ou delito.[42]O artigo 2º da Lei nº 7.783, de 1989, define a greve como a “suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

Sua natureza é de um direito coletivo, enquadrado como liberdade, decorrente do exercício de uma determinação lícita. Em relação ao indivíduo é liberdade pública, garantida pelo Estado. Em relação a coletividade, é um poder.[43]

[38] BRASIL, Constituição, 1967. BRASIL, Constituição, 1969.
[39] BRASIL. Constituição, 1988.
[40] BRASIL, Lei 7.783, de 28 de julho de 1989.
[41]NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1363.
[42]MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 884.
[43]*Idem,* p. 885.

Atualmente, a greve é instrumento de pressão utilizado por trabalhadores que exercem a mesma profissão para fomentar a negociação coletiva, ou utilizada no decorrer desta para alcançar uma situação de pacificação no meio econômico-profissional.[44] Também entendido como direito individual de exercício coletivo (não há greve de uma pessoa só), manifesta-se como autodefesa justa.[45]

5 GREVE NO SETOR PÚBLICO

A greve tratava-se, em princípio, de um direito focado nas relações de caráter privado e nas prestações laborativas subordinadas às características socioeconômicas[46]. No setor público, onde o Estado age como empregador, há tendência de restrição a alguns direitos que parecem comuns aos trabalhadores paredistas, principalmente o direito a greve. Porém, ao contrário do tratamento dado aos servidores militares, tem-se visto a extensão dos princípios e regras do direito de greve aos servidores civis[47].

5.1 ASPECTOS LEGAIS

Aos trabalhadores em geral, é aplicável o art. 9º da Constituição Federal, regulamentado pela lei nº 7.783/89.[48]O artigo 9º da Constituição Federal é norma de eficácia contida, ou seja, nasce com eficácia plena, mas terá seu âmbito contido pelo legislador ordinário em se tratando de serviços ou atividades essenciais[49].

---

[44]DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007, p. 1407.
[45] NASCIMENTO, op. cit., p.1366.
[46]DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 1354.
[47]*Idem*, p. 1354.
[48]Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.
§1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
§2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.
[49]Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
II - assistência médica e hospitalar;
III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
IV - funerários;
V - transporte coletivo;
VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
VII - telecomunicações;

A constituição, em seu artigo 39, § 3º[50], garante aos servidores ocupantes de cargos públicos direitos reconhecidos aos trabalhadores da iniciativa privada.[51] Além desses direitos, garantiu-se ao servidor público o direito à livre associação sindical e o direito de greve. Este previsto no artigo 37, inciso VII[52].

O referido artigo sofreu alteração com o advento da Emenda Constitucional nº 19. Anteriormente era exigida lei complementar (maioria absoluta nas duas casas do Congresso Nacional). Após a alteração, exige-se lei específica (maioria simples). A Emenda Constitucional veio com o intuito de facilitar a edição da lei que viria a regulamentar a greve no setor público. Já ao servidor público militar, é expressamente vedado o direito de greve[53].

5.1.1 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto nº 591, determinou que o Estado deve garantir o direito de greve (art. 8º, d). Além de possuir o poder/dever de estipular limitações no âmbito do "interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas" (art. 8º c).

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
X - controle de tráfego aéreo;
XI compensação bancária.
Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população".

[50] BRASIL. Constituição, 1988.

[51] Não se enquadram na disposição constitucional informada, o servidor público celetista ou empregado público, pois o direito de greve é regulamentado pelo artigo 9º da constituição federal nos moldes do trabalhador da iniciativa privada.

[52] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos **em lei específica**;

[53] Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.
§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:
IV – ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

5.1.2 Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da OIT

Em 2010, objetivando melhorar as relações de trabalho no setor público, o Brasil firmou a Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Mesmo estando diante de outro marco à democratização das relações de trabalho do servidor público, a falta de regulamentação ainda tornara inviável sua concretude.

Assinada 30 anos após sua homologação (a Convenção nº 151 data de 1978) o Brasil tarda a tornar viável seus princípios, deixando de beneficiar os milhões de servidores público municipais, estaduais e federais.

Em 2013, uma marcha em Brasília objetivava um rol de reivindicações, dentre eles a regulamentação da Convenção nº 151 da OIT. Assim, a presidente Dilma acabou por assinar o Decreto nº 7.944/13[54], promulgando a referida Convenção. A assinatura não assegurou o direito aos trabalhadores (ainda pendente de regulamentação), mas deu novo horizonte à sua regulamentação.

5.1.3 Continuidade das atividades e serviços das entidades da administração pública federal

O Decreto nº 7.777[55] dispõe sobre as medidas para a continuidade de atividades e serviços públicos dos órgãos e entidades da administração pública federal durante greves, paralisações ou operações de retardamento de procedimentos administrativos promovidas pelos servidores públicos federais.

Segundo o artigo 1º, cabe aos Ministros de Estado supervisores dos órgãos cujos servidores estejam em greve paralisação ou retardamento de atividades e serviços públicos promover, mediante convênio, o compartilhamento da execução da atividade ou serviço com Estados, Distrito Federal ou Municípios. Desta forma e, gerando várias controvérsias, possibilita que os estados e o Distrito Federal lancem tributos de competência federal. Uma série de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) foram ajuizadas, contestando a regulamentação por meio de decreto, e não por lei específica, conforme prevê a constituição.

[54] BRASIL. Decreto nº 7.944, de 6 de março de 2013.
[55] BRASIL. Decreto nº 7.777, de 24 de julho de 2012.

5.1.3 Eficácia da Norma Constitucional

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 dispõe que o "direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em **lei específica**".

> A corrente minoritária defende tratar-se de norma de eficácia contida, também denominada norma de eficácia restringível ou resolúvel. Orienta que o servidor público pode fazer greve desde já, todavia, quando a lei específica for aprovada, ela poderá regulamentar e restringir o exercício desse direito.
> De outro lado, tem-se a corrente majoritária, que entende tratar-se de uma norma de eficácia limitada, que não é autoaplicável, o que significa dizer que os servidores não podem exercer o direito enquanto não for editada a lei regulamentando a matéria. Dessa forma, considerando que o princípio da legalidade para o direito público estabelece que os agentes só podem fazer o que está previsto ou autorizado em lei, e como até o presente momento a lei ainda não foi elaborada, o exercício da greve representava, como regra, uma conduta ilegal.[56]

Durante a década de 1990 – na época, **lei complementar**- ao examinar a matéria, decidiu o STF por tratar-se de norma de eficácia limitada, não autoaplicável, quanto mais aos serviços essenciais.[57] É o que prevaleceu na ADIn 339-RJ, no MI 20-DF e no MI 438-GO.[58]

> Curiosamente, entretanto, ao longo dos últimos anos, desde 1988, têm ocorrido, com alguma frequência, greves no segmento dos servidores públicos, sendo que o Poder Executivo, grande parte das vezes, não tem apelado para sua ilegalidade. Isso traduz certo pensar cultural de que o direito teria efetiva validade, a contar de 1988, compatível com os quadros da democracia implantada no país.[59]

Porém, mudando o STF seu anterior posicionamento, julgou procedente MI, adotando a posição concretista geral, a fim de reconhecer a efetividade do inciso VII do artigo 37. Seguindo esse novo entendimento, optou, com o objetivo de suprir a lacuna deixada pelo legislativo, pela aplicação da legislação concernente ao setor privado.

[56]MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 863.
[57]MI nº 20/DF – Rel.Min Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.690.
[58]VELOSSO, Carlos Mário da Silva. **A Greve no Serviço Público**. São Paulo: LTr, 1998, p. 566.
[59]DELGADO, Mauricio Godinh. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p.1355.

Mas, ressalvou ter a greve dos servidores estatutários de respeitar as disposições da legislação que regulamenta a paralisação das categorias dos trabalhadores que laboram em serviços essenciais.[60]

> Ora, sendo regra de eficácia contida – como claramente evidencia ser -, o preceito autorizador do direito de greve teria eficácia imediata, nos limites que a ordem jurídica hoje confere ao instituto (nos limites, pois, da Lei n. 7.783/1989, a Lei de Greve), até que a lei específica para a área pública venha regular diferentemente a matéria.[61]

Neste sentido, a norma do art. 37, VII, da Constituição, é de eficácia contida, ou seja, de aplicabilidade imediata e independe de lei reguladora. “Assim, a lei que a norma em tela faz menção só é indispensável para a fixação dos limites do exercício do direito, não para o próprio desfrute deste”.[62]Não é admissível que uma lei tenha mais força que a Constituição, mesmo tratando-se da falta daquela.

> Deveras, mesmo à falta da lei, não se lhes pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o Legislativo ordinário tem o poder de, com sua inércia até o presente, paralisar a aplicação da Lei Maior, sendo, pois, mais forte do que ela.[63]

Porém, a determinados servidores, decidiu-se pela inaplicabilidade do direito:

> Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardos pela Constituição do Brasil.[64]

Todos os servidores públicos possuem o direito à greve, mas deve-se colocar na balança os outros direitos inerentes à população que usufrui dos serviços prestados por tais servidores, como à manutenção da ordem pública e à segurança pública.

---

[60]STF – Pleno – MI 708/DF. Rel. Min Gilmar Mendes. Informativo STF nº 480.
[61] DELGADO, op. cit., p. 313.
[62]CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11.ed. [S.l.]: Jus Podvm, 2012, p. 313.
[63] DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2011, p. 286.
[64]STF – Rcl. 6.568-SP – Rel. Min. Eros Grau.

Assim, entende o STF por ser análoga as atividades desenvolvidas pela polícia civil, para o efeito de greve, as dos militares.

> Também é preciso lembrar que, para os militares, há proibição para o exercício do direito de greve, conforme regra do art. 142, § 3º, inciso IV, da CF. Considerando a complexidade do tema, discute-se também no STF a legitimidade da greve na área de segurança pública e o exercício do direito de greve por policiais civis, tema declarado como de repercussão geral (ARE 654.432), mas não há ainda julgamento de mérito. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já sinaliza acerca do posicionamento que será tomado nestes processos, já que no MI 774 AgR manifestou expressamente que os policiais civis exercem atividades essenciais e, portanto, não cabe paralisações.[65]

Também optou, no julgamento da ADI 3.395, por afastar a competência da Justiça do Trabalho para julgar os conflitos das relações dos servidores públicos e entes da Administração aos quais estão vinculados.

5.2 DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania[66].

O Mandado de Injunção é um remédio Constitucional, previsto no artigo 5º, LXXI, regulamentado pela primeira vez pela Constituição de 1988. É utilizado para combater a ineficácia de normas constitucionais que não possuem aplicabilidade imediata. São requisitos do Mandado de Injunção:

a) A omissão, total ou parcial, de norma reguladora de previsão constitucional.
b) O inviável exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.
c) Nexo de causalidade entre a omissão da norma reguladora e a inexequibilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa.[67]

Durante muito tempo a posição adotada pelo STF era a da não concretista - ADIn 339-RJ, MI 20-DF, MI 438-GO -, ou seja, restringia seus julgamentos a certificar a mora legislativa e comunicação ao Poder Legislativo, para que este

[65] MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 863.
[66] BRASIL. Constituição, 1988.
[67] STF – *RT* 659/213.

procedesse a formulação de norma regulamentadora necessária para o exercício do direito de greve do servidor público civil.[68]

> No MI 20, o STF decidira que o direito de greve é atribuído por norma de eficácia limitada (rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 22-11-1996), o que significava a ausência de aplicabilidade da norma constitucional -, especialmente tomando em vista a função então atribuída ao instituto do mandado de injunção.
> Isso gerava controvérsia sobre a aplicabilidade ou não do direito à greve no âmbito da Administração Pública. Predominava o entendimento de que o direito de greve não podia ser exercitado pelos agentes públicos em virtude da ausência de regulamentação do dispositivo constitucional. Logo, os dias de ausência poderiam ser considerados como falta ao trabalho e ensejar desconto nos vencimentos.[69]

Apesar desse juízo ter prevalecido, já era visto à evolução de entendimento do Ministro Carlos Velloso que, em seu voto, entendia ser necessário a aplicação provisória da lei 7.783/89.

> Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.
> A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.6.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o entendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
> Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve.[70]

Atualmente, após os julgamentos dos mandados de injunção nº 670-ES, 708-DF e 712-PA, adotou-se o entendimento concretista, ao qual, presente os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o poder judiciário declara a existência da omissão legislativa, implementando o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional, até que seja regulamentada pelo poder competente[71].

> O tema voltou a ser apreciado pelo STF mais recentemente. Seguindo a alteração da interpretação adotada a propósito da função do mandado de

[68]GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.
[69] JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 797.
[70] MI nº 631-MS, Rel. Ilmar Galvão, *DJ* de 2-8-2002.
[71] MI nº670-ES, 708-DF e 712-PA

> injunção, o STF decidiu que, na ausência de regulamentação do art. 37, VII, da CF/88, aplica-se ao servidor público da lei que disciplina o direito de greve no âmbito da iniciativa privada (Lei federal n. 7.783/89).[72]

Utilizando-se da posição concretista, o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, optou pela aplicação da Lei nº 7.783/89 – em especial, os arts. 1º ao 9º, 14,15 e 17 - que regulamenta a greve no setor privado. Este entendimento prevalece até os tempos atuais.

Assim, preenchido os requisitos necessários ao exercício do direito, garantiu-se aos servidores o mínimo para que possam usufruir de seu direito constitucionalmente previsto. Porém, o exercício deve visar o caminho menos gravoso; de um lado há o servidor público, que possui a greve como direito constitucionalmente previsto, de outro, os administrados, que possuem necessidades sociais.

Desta forma, para a greve ser legítima, deve haver a continuidade do serviço público: um mínimo de efetivo necessário ao atendimento das necessidades mínimas. A própria contratação temporária prevista no artigo 37, inciso IX, é um mecanismo de continuidade do serviço público.

5.3 SERVIÇOS OU ATIVIDADES ESSENCIAIS

Os serviços essenciais são uma limitação imposta ao exercício do direito de greve. Não é proibida a greve em tais segmentos – como já ocorreu em tempos anteriores - mas tão somente são impostas condições para seu exercício.

> Entretanto, é claro que, para não decair na legitimidade da greve, os paredistas terão que organizar plantão para atender a determinadas situações: as de urgência ou que, de todo modo, não possam ser genérica e irrestritamente subtraídas à coletividade sem acarretar danos muito graves ou irreparáveis. De fato, a atual Constituição não é individualista, e expressamente prestigiou os chamados *direitos coletivos e difusos*, como muito bem disse Lúcia Valle Figueiredo em reforço à sua correta e oportuna observação de que 'o direito de greve não pode esgarçar os direitos coletivos, sobretudo relegando serviços que ponham em perigo a saúde, a liberdade ou a vida da população'.[73]

[72] JUSTEN FILHO. Op. cit., p. 797.:
[73] DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2011, p.287.

As atividades essenciais são definidas no artigo 10, da Lei 7.783/89. São elas: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.

O artigo 11 da referida Lei também define que são necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

5.4 A LEGITIMIDADE DO DESCONTO EM FOLHA DO SERVIDOR GREVISTA

Em 27 de outubro de 2016, retornou à pauta do STF a discussão acerca da constitucionalidade do desconto em folha dos servidores públicos no que tange aos dias de greve. Por 6 votos a 4, fica legitimado a possibilidade de a administração pública descontar os dias parados, mesmo antes de decisão judicial que considere a greve ilegal[74]. Essa decisão evita que os servidores públicos civis abusem ou façam uma greve injustificável.

> A verdade é que reina verdadeiro caos sobre o tema. Várias greves de servidores, algumas com a duração de semanas e até de meses, não acarretaram qualquer efeito pecuniário ou funcional para os grevistas, parecendo mesmo que, em algumas oportunidades, o Governo teve que se curvar à força e às exigências do movimento. Foram noticiadas, inclusive, greves de magistrados, de policiais, de fiscais e de outras categorias em relação às quais o movimento grevista pareceria esdrúxulo e incompatível com as relevantes funções de seus agentes. O ideal é que o Poder Público diligencie para que seja logo editada a lei regulamentadora da matéria, porque toda a confusão sobre o assunto tem emanado da lamentável e inconstitucional inércia legislativa. Com a lei, evitar-se-iam os abusos cometidos de parte a parte, abusos estes que acabam respingando sobre quem nada tem a ver com a história – a população em geral – que, a despeito de sua necessidade, permanece sem a prestação de serviços públicos essenciais, como previdência social, assistência médica, educação e justiça, entre outros.[75]

[74] Recurso Extraordinário 693.456.

[75] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. rev., ampl.. São Paulo: Atlas, 2015.

Porém, o desconto não poderá ser realizado caso a greve tenha sido provocada por atraso no pagamento ou outras situações excepcionais que possam justificar seu exercício. Entendimento que também prevaleceu no MI 670/ES:

> Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa de suspensão do contrato de trabalho.[76]

Os impetrantes, do inicialmente mandado de segurança, possuíam o objetivo de verem cessado os descontos efetuados nos dias de paralisação. O juízo de primeira instancia denegou o mandado, entendendo pela não ilegalidade do desconto pela Administração Pública.

A apelação determinara que a autoridade impetrada cedesse em relação aos descontos nas folhas de pagamento. Cessado todos os meios possíveis, restou o recurso extraordinário em debate, que figurou como relator o ministro Dias Toffoli. Segundo o relator, no contexto do artigo 7º da Lei nº 7.783/89, na suspensão não há falar em prestação de serviços, tampouco no pagamento de sua contraprestação. [77]

Desse modo, os servidores que aderem ao movimento grevista não fazem jus ao recebimento das remunerações dos dias paralisados, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação jurídica de trabalho e, por consequência, da atividade pública.

A decisão não é uma punição ao seu exercício, mas tão somente o risco assumido pelo grevista, caso contrário estaríamos diante de caso de enriquecimento sem causa.[78]

Salienta o ministro Dias Toffoli que não se está negando o direito de greve dos servidores, apenas impondo limites ao seu exercício, sendo que ainda não há lei regulamentadora específica para dirimir tão delicada questão.

[76]MI nº 670/ES, Relator Min. Gilmar Mendes
[77] Recurso Extraordinário 693.456.
[78] Recurso Extraordinário 693.456.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A greve, prevista no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, garantiu ao servidor público civil um direito antigamente tratado como delito. Passados 28 anos, a lei regulamentadora da greve do servidor público ainda não foi criada pelo legislativo. É pacifico o entendimento de que o direito deve ser regulamentado, de outra forma, não poderá ser totalmente exercível.

Se destaca a notável atuação do Poder Judiciário ante a omissão do Poder Legislativo, que por meio de remédio constitucional encontrou uma fuga à mora legislativa, tornando um direito assegurado constitucionalmente – mas não totalmente exercível-, em um direito amparado à luz de uma legislação. Ainda, entende-se que o Supremo não violou a separação dos poderes, até porque aplicou, por analogia, norma regulamentada pelo legislativo.

Mesmo com a regulamentação pelo judiciário, a norma infraconstitucional é indispensável ao exercício do direito constitucionalmente previsto. Os limites e termos devem ser regulamentados, sendo que a jurisprudência não é totalmente eficaz neste sentido.

A lei regulamentadora deverá abordar, dentre outras coisas, as atividades essenciais e inadiáveis, e quais deverão ser mantidas em funcionamento, cuidando, é claro, para que o direito de greve – esse entendido como força de coação – não seja demasiadamente afetado. As atividades essenciais devem ser cuidadosamente e especificamente elencadas, pois são estas que entram em confronto com outros direitos dos administrados.

Assim, a falta de lei não afeta somente o direito de greve em si, mas também os direitos afetados por conta de seu exercício, como o direito à saúde, caso servidores públicos desta área deixassem de trabalhar. O ordenamento jurídico não pode ser omisso em relação a tantos direitos afetados. Não se trata somente do direito à greve, a extensão do problema é muito maior.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Constituição (1969). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28 ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6.ed. São Paulo: Ltr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito administrativo**. 11.ed. [S.l.] Jus Podvm, 2012.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. São Paulo: LTR, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VELOSSO, Carlos Mário da Silva. **A greve no serviço público**. São Paulo: LTr, 1998.

AS IMPLICAÇÕES DA UNIÃO ESTÁVEL DAS ADOLESCENTES E REPERCUSSÃO NO ÂMBITO JURÍDICO

Aline Barreto[79]
Arlindo Alberton[80]
Leandro Américo Reuter[81]

RESUMO

Este estudo tem como temática verificar a realidade fática e os apontamentos cotidianos das uniões informais envolvendo adolescentes, fazendo uma análise minuciosa do perfil das envolvidas e as expectativas entre os conviventes. O envolvimento de adolescentes em uniões podem ocasionar impactos na comunidade e precipuamente um desequilíbrio na vida pessoal, considerando a vulnerabilidade da pessoa nessa faixa etária, tais como, implicações educacionais, ante a exigência de planejamento e adaptação a vida familiar, o qual pretende assegurar qualidade de vida, concomitantemente, ao controle dos desafios presentes com o relacionamento. Em virtude da situação fática, surgiu a necessidade de averiguar a quantidade dessas relações proeminentes no município, mais precisamente, na rede de instituição de ensino, mediante discussão do tema com as alunas convivem na esfera familiar citada, podendo, refletir que afligem os direitos das adolescentes. Apontamos também, as desvantagens sociais e educacionais geradas com a anuência do ato, mas tal evento é realizado constantemente em nossa sociedade, fato justificado em práticas usuais — como o casamento forçado ou mesmo o consentimento das partes — que de qualquer modo incide em restrições de direitos e garantias individuais. A metodologia utilizada se caracteriza como qualitativa, descritiva e exploratória. A partir dos dados coletados foi diagnosticada a aproximação da realidade com a previsão normativa vigente, buscando-se também embasamento teórico para delimitar os elementos essenciais do casamento. Os resultados demonstrados suscitam um novo modelo de organização da sociedade civil, o qual possui regulamentação favorável ao interesse dos envolvidos e não podendo restringir a emancipação do sujeito.

Palavras-chave: Uniões estáveis precoces. Restrições normativas. Impedimentos relativos. Idade matrimonial. Implicações ao contrair matrimônio.

[79]Graduanda em Direito pela Universidade do Contestado – UnC, foi bolsista de pesquisa do art. 170 da CE/SC.

[80]Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1998). Pós-graduado em Magistério Superior e em Metodologia do Ensino Religioso. Mestrado em Educação pela UNIPLAC – Lages (2014). Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado – Campus Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: arlindoalberton@hotmail.com

[81]Graduado em Direito pela UnC - Universidade do Contestado (2009), graduado em Filosofia pelo Centro Universitário Assunção (2003). Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado – Campus Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: leandrusreuter@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A constituição da entidade familiar vem se transformando de acordo com a nova conjectura social, em consonância com as necessidades da prole e afeição entre cônjuges ou companheiros. Destarte, o novo direito de família é assentado na complexidade familiar, bem como encontra arrimo na evolução social e dos costumes familiares. Tal paradigma evidencia de modo hodierno, relacionamentos precoces, consistente no envolvimento de adolescentes em uniões estáveis, os quais ocasionam um impacto na comunidade, implicações educacionais, como também, conduz aos desafios presentes com o relacionamento. Ante a situação evidenciada, irrompeu a necessidade de averiguar a quantidade dessas relações proeminentes no município, mais precisamente, na rede de instituição de ensino, mediante discussão dos temas que afligem os direitos das adolescentes, análise dos fatores normativos e jurisprudenciais.

A família envolta de complexidade em sua organização, bem como considerando sua evolução social e costumes, ora ínsitos no Código Civil de 2002, foi determinante para delinear alterações legislativas, apresentado como pressuposto princípios e normas constitucionais. Por óbvio, as modificações inseridas, segundo preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 21): “visam preservar a coesão familiar e os valores culturais”.

Esta pesquisa tem como objetivo geral compreender as influências da união estável de menores de idade na vida social e educacional, verificando qual o processo legal vigente no dispositivo jurídico que pode amenizar a realidade de casamento precoce e, consequentemente, as ações a serem desenvolvidas que se relacionam com os moldes dos direitos humanos, mediante a análise da entrevista das alunas da instituição de ensino público. E como objetivos específicos identificar as normativas jurídicas empregadas para regularizar a união de menores de idade; investigar qualitativamente informações contundentes no processo de vitimização de crianças e adolescentes; analisar a concepção educacional dessa união e quais as medidas adotadas pelas instituições formais e informais para amenizar a situação; relacionar a aplicabilidade da lei penal e sua eficácia social, inerente ao respeito da dignidade da criança e adolescente; verificar as desvantagens em diferentes abordagens do casamento precoce; reconhecer princípios constitucionais e da

legislação especial que se apresentam como medidas protetivas e procedimentalmente efetivar a oitiva de adolescentes envolvidas em uniões.

A pesquisa efetivada na instituição escolar, mesmo que para um público restrito, colabora para a possibilidade de vislumbrar o processo das uniões estáveis, frequentemente fazem parte do casamento informal.

O elemento estrutural da comunidade familiar se caracteriza com a união de duas pessoas reconhecida pelo estado e constituída com a finalidade de instituir família, como também se baseando na afeição para a comunhão plena de vida. A natureza jurídica do casamento é envolta de complexidade, tendo como pressuposto a sociabilidade, pois o referido instituto de Direito de Família é influenciado pelo meio social, pois o embasamento familiar estrutura e orienta o caráter e os aspectos morais. Para além destas funções, o instituto familiar subsiste e se organiza com a finalidade de transmitir saberes produzidos, proporcionando a interação social e proteção, ou seja, recursos que potencializam a saúde física e mental dos indivíduos.

Em que pese o Estado não possa intervir no complexo familiar, a interpretação das situações fáticas deve reconhecer o estágio atual da função social da família, adaptando-se à realidade, buscando efetividade e resolução dos interesses particulares, dissipando o abismo existente entre a norma e os fatos sociais, por vezes, atrelando valores essenciais que a família demonstra no meio social.

Em referência a classificação concernente à natureza jurídica do casamento, três são as teorias que procuram justificá-las:

A primeira é denominada teoria institucionalista, também chamada de concepção clássica, para essa corrente, o casamento é uma instituição social, expresso como um axioma moral e transmissão religiosa, encargo atribuído antigamente à instituição familiar.

A segunda, teoria contratualista, em que o casamento se constitui um contrato de natureza especial, apresentando regras específicas para a sua formação. Enquanto a teoria mista ou eclética designa o casamento como uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação, ou seja, um ato complexo, com interesse pessoal, moral e econômico.

Entre as três correntes expressas, nota-se uma consideração especial da corrente eclética, pois a primeira corrente já se encontra superada pela aplicação da

autonomia privada em sede de casamento e ante o reconhecimento de diversas entidades familiares. No que concerne à segunda, o casamento não pode ser somente considerado um contrato, visto a presença de outros requisitos indispensáveis para a constituição da entidade familiar, visto também que o contrato abrange, especificamente, os negócios jurídicos bilaterais ou plurilateral, destinado à criação, modificação ou a extinção de direitos e deveres de ordem patrimonial, não sendo somente a ordem patrimonial a busca, mas uma comunhão plena de vida, conforme dispõe o art. 1.511 do Código Civil. A principiologia do casamento é completamente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos.

Assim, conforme aduz Sílvio de Salvo Venosa (Direito Civil- Direito de Família, 2005, p. 45, *apud* TARTUCE, 2013, cap. 2): “O caráter do casamento é um negócio jurídico bilateral híbrido, com conteúdo de instituição familiar”.

A comunhão plena de vida tem como elemento basilar a afeição entre os cônjuges ou conviventes, insculpido no art. 1.511 do Código Civil. Tal disposição legal tem relação com o conteúdo subjetivo (aspecto espiritual do casamento) e com o companheirismo que nele deve prevalecer.

No que diz respeito à vontade do legislador, torna-se explícito a atitude de instruir perante um molde humanitário, correlato a ponderação de Gustavo Tepedino (p. 50, *apud*, GONÇALVES, 2011, p. 24):

> Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos- tendo por origem não apenas o casamento- e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

A convivência familiar é essencial diante dos grupos originados pelo instituto do casamento ou no companheirismo, ou ainda na família classificada como monoparental, ambas sujeitas aos deveres adstritos à família e paralelamente aos mesmos direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente outorgou ainda, direito à família substituta.

Nesse sentido, a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio tende a ser uma consequência da extinção de uma das motivações de sua permanência: presença do indício de *affectio,* e não da culpa de qualquer dos cônjuges.

O princípio em referência é corroborado pelo art. 1.513 do Código Civil, que veda a qualquer pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado, a interferência na comunhão de vida instituída pela família (GONÇALVES, 2011).

Na concepção histórica da família, diferenciava-se o casamento considerado ilegítimo, caracterizado pela família fora do casamento, então chamado concubinato, bem como os filhos que não advinham de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, estendeu-se o conceito de família, integrando as relações monoparentais de um pai com seus descendentes. O art. 226 da Constituição Federal redirecionou o mencionado conceito familiar, incluindo a decorrente da união estável entre homem e a mulher, como também as famílias monoparentais, ao lado do denominado casamento legalizado, sendo também tutelado pelo estado, sendo que a união livre (não legalizada) necessita de estruturação e regulamentação infraconstitucional.

Finalmente, o Código Civil de 2002 inseriu título referente à união estável no Livro de Família, insculpido no aspecto das pessoas e patrimônio. A Constituição Federal ao alterar o conceito de família, impôs novos modelos, embora a família permaneça ser a base da sociedade, desfrutando de especial proteção do estado, com vista ao princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina de princípio máximo, inerente à valorização da pessoa, possui conceitualização ampla e indeterminada, em virtude das variantes significações. A dignidade da pessoa humana tem maior atuação nas relações que insurgem do direito de família, constituindo área de maior ingerência, que por sua vez apresenta corolário no disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal, o qual garante o pleno desenvolvimento dos membros da família. Em decorrência dos anseios previstos no texto constitucional, Gustavo Tepedino (1997, p. 48- 49, *apud*, GONÇALVES, 2011, p. 22) assinala que:

> a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

O direito de família é o ramo do direito que enfatiza questões coletivas e consequentemente humanas. Na linha do entendimento exposto, cumpre mencionar

a qualidade do referido princípio consoante Flávio Tartuce (2013, Cap. 1): “Na concepção de dignidade humana, deve-se ter em mente a construção de Kant, segundo a qual se trata de um imperativo categórico que considera a pessoa humana como um ser racional, um fim em si mesmo”.

Especialmente quanto às alterações históricas e estruturais preleciona Rodrigo da Cunha Pereira que (2003, p. 5-6, *apud* GONÇALVES, 2011, p. 22):

> a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas.

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana integra um basilar da comunidade familiar, estatuindo a realização de todos os seus membros, precipuamente da criança e do adolescente, conforme dispõe art. 227 da Constituição da República Federativa.

DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

Utilizou-se um procedimento para coleta de dados, sendo a investigação proposta desenvolvida com a identificação do problema, construindo hipóteses para descrição do perfil das adolescentes e apontamento do caráter volitivo, considerando o levantamento bibliográfico e estudo de caso, relacionando-o com a conformação estrutural do texto normativo.

A temática foi pormenorizadamente verificada com a pesquisa exploratória, por intermédio de entrevista estruturada e sua respectiva efetivação direcionada às adolescentes, ora informantes, possibilitando-as esclarecer subjetivamente os aspectos de objeto de estudo. As respostas foram dadas durante a aula. Outrossim, cumpre mencionar que a identificação pessoal foi substituída por nomes de deusas da mitologia grega, como: Hera, Atena, Gaia e Deméter, com a finalidade precípua de preservar suas identidades. Os dados gerais das entrevistas foram sistematizados da seguinte forma:

Quadro 1. Dados Gerais

	Afrodite	**Perséfone**	**Hélia**	**Ártemis**	**Deméter**	**Anteia**
Idade	15	15	16	16	16	16
Possui renda própria	Não	Não	Não	Sim	Não	Não
Idade do companheiro	20	17	29	25	23	23
Tempo do relacionamento	1 ano e 4 meses	4 anos e 9 meses	3 anos e 10 meses	2 anos	3 anos	1 ano

Fonte: Entrevistas

Quadro 2. Dados Gerais

	Hemera	Gaia	Éris	Hera	Atena	Hebe
Idade	16	16	16	16	16	17
Possui renda própria	Não	Sim	Sim	Não	Não	Não
Idade do companheiro	22	21	19	16	15	23
Tempo do relacionamento	2 anos e 5 meses	3 anos 8 meses e 15 dias	2 anos	1 ano	1 ano	3 anos e 6 meses

Fonte: Entrevistas

Quadro 3. Dados Gerais

	Anfitrite	Tessala	Reia	Nix	Têmis	Héstia
Idade	17	17	18	18	19	19
Possui renda própria	Não	Não	Não	Não	Sim	Sim
Idade do companheiro	23	23	32	19	26	23
Tempo do relacionamento	3 anos e 4 meses	2 anos e 4 meses	1 ano e 2 meses	1 ano	1 ano e três meses	4 anos e 4 meses

Fonte: Entrevistas

Quadro 4. Dados Gerais

	Panacéia
Idade	21
Possui renda própria	Sim
Idade do companheiro	27
Tempo do relacionamento	4 anos e 7 meses

Fonte: Entrevistas

Os dados coletados com as alunas e expostos em sequência de forma sintética assumiram, posteriormente, um delineamento descritivo, sendo possível analisara correlação com a regularização do casamento e sua concepção, mediante a pesquisa do envolvimento das adolescentes na frequência de relacionamentos precoces, a partir da análise dos dados/exemplos que possibilitaram a compreensão dos fatos, opiniões e crenças das conviventes.

De fato, nos relacionamentos analisados estão presentes elementos de ordem objetiva, quais sejam a notoriedade, estabilidade e continuidade da convivência familiar, apresentado também o ânimo de constituir família. De acordo com a entrevistada Hebe (17 anos), quanto às expectativas do relacionamento, assevera que almeja *constituir família e ser feliz.* No mesmo sentido e anuência de contrair matrimônio Deméter (16 anos) aponta que pretende *terminar os estudos, casar e ter filhos,* quesito também compartilhado por Afrodite (15 anos), ao asseverar que ela e seu companheiro planejam *casar na igreja,* mencionando ainda que seu companheiro *tem o sonho de montar uma mecânica,* enquanto pessoalmente idealiza: *Quero me formar, ter um bom emprego e depois ter dois filhos.* O que chama a atenção na pesquisa é a propensão pelo casamento, como um ato solene, mesmo que em tenra idade, estando tal levantamento associado à procriação e ao comprometimento da educação dos descendentes, conforme a definição de Portalis (Instituições de direito civil, v. 5, p. 51-52, *apud* GONÇALVES, 2012, p. 38): “É a sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar o peso da vida, e para compartilhar seu comum destino”.

As estudantes entrevistadas unanimemente proclamam a existência do consentimento no relacionamento, considerando que as entrevistadas declararam que não houve o caráter imperativo, segundo aduz Têmis (19 anos) *sim, houve o consentimento,* igualmente afirma Gaia (16 anos), *foi por conta própria e o pai somente autorizou.*

Segundo as especificações no Código Civil são incapazes para a celebração do casamento: “Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. Conforme foi observado na diretriz da V Jornada de Direito Civil: “O artigo 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado” (Enunciado n. 512 CJF/STJ).

Consigne-se, que o casamento contraído por quem não atingiu a idade núbil, ensejará anulabilidade pelo seguinte motivo, conforme explana Tartuce (2013, cap. 2):

> Isso porque a puberdade é apontada como um requisito para a constituição do casamento. O menor que tiver menos idade do que o limite mínimo para casar necessitará de autorização judicial, sempre atendendo ao seu melhor interesse (*best interestofthechild*) – art. 1.520 do CC.

Tartuce (2013) menciona que a incapacidade não se confunde com impedimento matrimonial, a primeira impede que se case com qualquer pessoa, enquanto a hipótese de impedimento é verificável em situações determináveis com pessoa determinada, designando desse modo uma legitimação, conceituada como uma capacidade ou condição especial, para celebrar determinado ato jurídico.

Frisa-se, assim que os casos de incapacidade matrimonial são os mesmos que os de incapacidade absoluta, prevista no art. 3º da atual codificação:

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Ao que se apontou quanto à intervenção dos genitores ou responsáveis a cerca do consentimento das adolescentes manterem o relacionamento, predominantemente houve anuência, admitindo a liberdade quanto à escolha pessoal e respectivo condão de instituir comunhão plena de vida. No entanto, em algumas situações fáticas houve advertências, em consonância ao que foi observado por Afrodite (15 anos): *Meus pais gostam muito dele, mas eles ficaram contrariados por causa de minha idade.* A entrevistada Atena (16 anos) também informou que o requisito etário foi mencionado pelos genitores como um impedimento, embora não obstou o estabelecimento da união estável, asseverando que *o impedimento foi a idade*. Frisa-se, que em alguns casos os pais demonstraram preocupação com o desempenho e continuidade dos estudos, ora direcionado ao término do ensino médio. No citado aspecto, de acordo com Deméter (16 anos) *os pais aceitaram, mas falaram para continuar meus estudos,* assentimento similar, afirmado por Gaia (16 anos), pois seu *pai queria que concluísse primeiramente os estudos.*

Insta mencionar, que o Código Civil permite o casamento entre adolescentes de dezesseis anos, todavia, com a devida autorização de ambos os pais, ou ainda de seus representantes legais. Na hipótese de divergência entre os pais/responsáveis, a situação será dirimida pelo juiz competente, que fará uma

análise do caso concreto, com arrimo no princípio do melhor interesse do adolescente, a fim de propiciar o desenvolvimento pleno do indivíduo, em seu aspecto cognitivo, físico e social. Tal ótica é reforçada no art. 227, *caput,* da CF de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, que enuncia:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A autorização pode ser revogada pelos pais, tutores ou curadores até a celebração do casamento (art. 1.517 do CC). No entanto, se a denegação do consentimento for injusta, esta pode ser suprida pelo juiz, também em busca da proteção integral do menor e da família. (art. 1.519 CC).

O caráter etário se apresenta como requisito para a habilitação do casamento, denotando, consecutivamente, a aptidão para o matrimônio, designando segundo GONÇALVES (2011, p. 50):

> preenchimento de condições fisiológicas que caracterizam a puberdade, com o desenvolvimento dos órgãos e glândulas que permitem procriar e que varia de indivíduo a indivíduo, bem como da existência das condições psíquicas determinadas pelo discernimento adquirido com a maturidade e a vivência.

O legislador ao estabelecer a idade núbil, previu a reflexão na vida social dos envolvidos, associando que o casamento traz consequências no desenvolvimento intelectual e psíquico. Nota-se, que o Código Civil de 2002 equiparou a capacidade matrimonial do homem e da mulher aos 16 anos, em virtude da igualdade de direitos e deveres entre os consortes, diferentemente da forma prevista no Código Civil de 1916, com idade para casar, a de 16 anos para as mulheres e a de 18 para os homens, justificando tal dissociação, mediante o argumento que a mulher se encontra em situação de precocidade relativamente ao homem, quanto ao amadurecimento físico-psicológico e à capacidade da realização das atividades laborais, tal posicionamento é completamente divergente com o tratamento de incapacidade absoluta (16 anos) e incapacidade relativa (21 anos).

No aspecto das consequências do curso do relacionamento, mais precisamente, as influências na escolaridade a estudante do 2º ano do ensino médio, que por sua vez se uniu ao atual companheiro aos 14 anos de idade, ficticiamente chamada Hebe (17 anos), por exemplo, esclareceu que a união estável prejudicou a simultaneidade dos estudos, discorrendo que *parou de estudar por três anos* e de semelhante modo, a entrevistada Panacéia (21 anos), todavia, esta não indicou as circunstâncias ensejaram a notoriedade dos aspectos prejudiciais.

Desse modo, denota-se que o casamento formal ou união informal antes dos 18 anos influencia significativamente no desenvolvimento cognitivo e comportamental, atingindo, respectivamente, o aspecto educacional e social, em que pese, as demais entrevistas não citarem tal propensão.As desvantagens sociais e educacionais são explícitas e se justificam na complexidade emocional originária da convivência com o objetivo de constituir entidade familiar, dando ênfase que nessa fase há frequência de oscilações, podendo existir um conflito entre a experiência cotidiana e a atividade pedagógica.

Na opinião de Gaia, Deméter, ambas de 16 anos de idade e Afrodite (15 anos) não se ressaltam pontos negativos da união intrínseca ao processo educativo, pois seus companheiros apresentam conduta que corroboram para os estudos, relatando Afrodite que seu companheiro *ajuda bastante e me apoio muito,* no mesmo parecer à informante Gaia cita que *“ele” ajuda a fazer as tarefas escolares.*

Do ponto de vista educacional, a escola em relação aos alunos deve viabilizar a aquisição de conhecimentos, partindo, inclusive, do conhecimento empírico do sujeito cognoscente, suscitando de forma perene o desenvolvimento humano e participação política, articulando, consecutivamente, atividades integrativas do direito essencial, com respaldo no art. 53, *caput* da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho”.

Cumpre reiterar, que em todos os casos observados, em nenhum momento os genitores indicaram ou obrigaram a relação, pois expressamente houve a aquiescência das alunas envolvidas e seus companheiros, em outras palavras, assegurou Tessala (17 anos):*Optei por “casar”* e Deméter (16 anos) informou que não houve a imposição da união, pois *nós dois nos conhecemos bem e namoramos primeiro.*

Para o entendimento do panorama da precocidade das uniões, analisaram-se os dados concernentes aos meios e locais que facultaram o conhecimento do companheiro, quais sejam: Igreja, local de trabalho, acesso à rede social ou em algum tipo de estabelecimento de ensino, estas duas últimas opções foram comentadas, respectivamente, por duas entrevistadas. É válido reportar o envolvimento dos casais em virtude da compatibilidade de convivência no âmbito familiar, local de circulação em comum ou ciclo de amizade partilhado, em referência a oito afirmações das informantes, como também em festa/aniversário, ora citado no roteiro de entrevista concedido por quatro alunas e somente a adolescente Atena (16 anos) não recorda o fato solicitado. Dentre o componente com maior incidência subdivide-se em convivência familiar, ciclo de amizades e advindo dos moradores do mesmo local de circulação pública.

Podemos considerar, ante o consenso com a escolha matrimonial, que os pais de duas alunas demonstraram uma apreciação com censura em razão da faixa etária, em outros dois casos os genitores explicaram que ansiavam, primeiramente, a conclusão do nível escolar por parte de suas filhas, tal ponto de vista é verificado como uma pretensão positiva em relação ao processo de aprendizagem e preocupação com a evasão escolar. Em uma situação os pais não contrariaram, mas impuseram condição para a permanência da realização das atividades escolares.

Nos casos analisados na pesquisa, todas as envolvidas estão relacionadas em vínculo de união estável, hodiernamente, o citado instituto é reconhecido na Carta Magna, especificamente, no art. 226, § 3º, *in verbis: "*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".

A união estável, caso fosse reconhecida, somente poderia ter lapso inicial a partir dos 14 anos de idade, visto que não há embasamento legal que impeça a procedência do reconhecimento, distinguindo-se do que ocorre no casamento, no que concerne a capacidade para o casamento, em tese, nunca poderá ser admitida antes dos 14 anos de idade, pois se trata de um requisito formal.

A união livre assume um significativo papel na entidade familiar, visto a sua prática reiterada, mesmo com exceções legislativas que regem a idade mínima, determinando a capacidade de realizar atos na vida civil, esse pressuposto normativo é cotidianamente burlado, analisar os índices quantitativos dessa

cerimonialização, desconhecida pela autoridade competente, propiciando desse modo no aspecto vitimológico.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, no seu art. 226, § 3.º, a união estável, nos seguintes termos: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. Diante do que consta do texto constitucional, filia-se ao entendimento segundo o qual a união estável *não é igual* ao casamento, uma vez que institutos iguais não se convertem um no outro. Justamente por isso é que há um tratamento diferenciado, como ocorre quanto ao regime de bens e ao direito sucessório.

De qualquer forma, deve-se lembrar de que a união estável, assim como o casamento, constitui uma entidade familiar, base da sociedade, nos termos do art. 226, *caput*, do Texto Maior, não havendo organização hierárquica entre os institutos.

CONCEITOS E REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

Percebemos no grupo de entrevistas a intencionalidade contrair matrimônio regularmente, embora, o convívio familiar seja compreendido como um laço de afinidade. Nesse caso, somente a concordância dos responsáveis legais seria suficiente para sanar eventuais impedimentos, mas em outras situações, evidenciado como maioria, há a manifestação expressa da permanência do estado de conviventes, anuindo assim com a possibilidade de instituir união estável, sendo unânimes ao propugnar pelo casamento religioso.

Segundo o art. 1.723 do CC/2002 em vigor, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O dispositivo regulariza o art. 226, § 3.º, da Constituição Federal de 1988.O atual Código Civil não menciona prazo para que se atribua a condição de união estável, cabendo ao aplicador do direito analisar as circunstâncias da condição fática para indicara sua constituição.

No propósito de efetivar o instituto da união estável, embora se desprenda de certos formalismos e perscrute pela manifestação da liberdade do indivíduo, é currial a presença de determinados requisitos, quais sejam, evidencia de união pública, ou seja, notável e contínua, além do caráter volitivo expresso por parte dos

companheiros ou conviventes de estabelecerem uma família. Para a configuração dessa intenção, é imprescindível a manifestação das partes interessadas, pois também necessita de um processo de habilitação, fator que irá repercutir no tratamento dos companheiros e irá orientar o reconhecimento social de seu estado. Percebe-se, assim, a utilização de critérios habituais para a configuração da posse de estado de casados também para a união estável.

Como se observa, os elementos essenciais são de caráter subjetivo, razão pela qual se cogita a existência de um elemento norteador para a constituição da união estável. A lei não exige que os companheiros residam na mesma unidade doméstica, uma vez que persiste o teor da Súmula 382 do STF. Assim, conforme se extrai da regra inserta, orienta a ementa do Superior Tribunal de Justiça:

> A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito (STJ, REsp 1.194.059/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 06.11.2012, *DJe* 14.11.2012).

Convém, finalmente, destacara cerca dos institutos similares à convivência, o significativo apontamento do jurista Euclides de Oliveira, especificando sobre o estado de fato de quem:

> aparta-se desse modelo de união estável a convivência de homem e mulher que não se revista de verdadeiro intuito de formar uma família, como se dá na chamada “relação aberta”, que se caracteriza por um envolvimento amoroso e certo grau de companheirismo por interesse e convivências sociais, mas sem o elo essencial de uma efetiva vida em comum entre os supostos amantes, dada a inexistência de um compromisso mais sério (OLIVEIRA, Euclides. *União*..., 2003, p. 135, *apud* TARTUCE, 2013, cap. 5).

O dogma apresentado, implicitamente menciona o termo “ficantes”, os quais possuem instabilidade no relacionamento, consistente no eventual contato afetivo.

Insta salientar, que a produção de efeitos da união estável, como demonstração de ato ou negócio jurídico, exige o necessário discernimento das partes e capacidade, sob pena de ensejar a sua nulidade (arts. 104 e 166 do CC/2002) ou inexistência. Assim, o indivíduo menor de dezesseis anos, assim como rege o lineamento da natureza jurídica do casamento, não poderá constituir uma

união estável, no entanto, aplicando-se a existência da sociedade de fato com aspectos solenes na hipótese de extinção da punibilidade penal por estupro de vulnerável.

De modo dissonante e não reconhecendo a validade e eficácia da união estável, em referência ao art. 1.517 do CC/2002, o Tribunal Catarinense avaliou:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. INSTITUTO EQUIPARADO, POR ANALOGIA, AO CASAMENTO. CONVIVENTE MENOR DE IDADE AO TEMPO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE IDADE NÚBIL. APLICAÇÃO DO ART. 1.517, DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
> I - Primeiramente, a Lei 9.278/1996 reconheceu a união estável e disciplinou os direitos e deveres dos companheiros perante a entidade familiar, bem como os direitos patrimoniais e sucessórios advindos dessa espécie de relacionamento. Contudo, omissa a aludida lei acerca dos requisitos necessários a sua efetivação, aplicáveis, por analogia, as disposições contidas no Código Civil que regulamentam o casamento, por se tratar de institutos jurídicos que se equiparam, em que pese distintos (art. 226, § 3º, CF). III - Consoante disposição contida no art. 1.517 do Código Civil, podem casar o homem e a mulher com dezesseis anos, exigida a autorização dos pais ou representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.
> Todavia, ausente idade núbil mínima exigida pela legislação, não há falar em casamento ou reconhecimento da união estável, por impossibilidade jurídica do pedido.

No que tange a impossibilidade expressa, o entendimento dispõe uma medida protetiva, norteando a pesquisa, visando compreender e demonstrar as influências da união estável de adolescentes na vida social e educacional, de molde a relacionar os meandros jurídicos vigentes, tendo como premissa a questão da vulnerabilidade, propugnando também uma investigação quantitativa e qualitativa de informações concernentes da manifestação do fenômeno, através da oitiva de adolescentes envolvidas em uniões informais.

Ainda a respeito da capacidade, a idade núbil começa aos 16 anos, no entanto, para que seja exercida a capacidade é imprescindível o consentimento dos pais, consoante a disposição do art. 1517 do Código Civil, sendo que, excepcionalmente, é admitido o casamento para quem ainda não atingiu a idade núbil, em caso de gravidez, ou para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal. Há que salientar, no entanto, que esta última medida não mais tem arrimo em nosso ordenamento, uma vez que, a Lei 11.106/05, aboliu do Código Penal a possibilidade de extinção da punibilidade quando houvesse o casamento do sujeito ativo dos crimes contra a dignidade das vítimas.

A tipicidade criminal elencada no art. 217-A do Código Penal, incluído pela Lei 12.015/09, trouxe a figura do estupro de vulnerável, caracteriza como o ato de manter conjunção carnal ou ato libidinoso com uma pessoa menor de 14 anos. Tal figura se remete a vulnerabilidade e designando uma presunção de violência contra a criança ou adolescente. A problemática do tema abordado concerne à união estável de menores de idade, considerando que a realização de tal ato torna explícita uma violação dos direitos humanos e da saúde dos envolvidos, além da vulnerabilidade psicológica e fisiológica da formação do indivíduo, caracterizando uma desestruturação social e familiar.

O art. 1.520 do Código Civil discorre uma questão controvertida, em face às novas Leis 11.106/2005 e a Lei 12.015/2009: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em casa de gravidez”. A polêmica deve ser articulada separadamente, levando-se em conta a entrada em vigor das duas leis, de forma sucessiva.

Exordialmente, a Lei 11.106/2005 afastou a extinção da punibilidade nos casos de estupro presumido, conforme previsto no art. 107, VII e VIII, ambos do Código Penal, ou seja, na hipótese de alguém manter uma relação sexual com uma criança ou com idade inferior a 14 anos, e depois se casar com ela. Como não há que se falar mais em extinção da punibilidade, muitos doutrinadores passaram a entender que o art. 1.520 do Código Civil estaria revogado tacitamente na parte que tratava da extinção da pena criminal (TARTUCE, 2013).

Averiguamos que anteriormente, não se poderia falar em revogação da norma civil, pois o menor poderia sim, em alguns casos, exercer a opção de se casar com aquele que praticou o crime contra a dignidade sexual. Como a ação penal, no caso do crime em questão, era considerada de natureza privada, estávamos diante de um caso de renúncia ou perdão tácito, que decorreria de fato incompatível com a pretensão de ver o agente punido, no caso, com a celebração do casamento. Em tais casos, se a menor quisesse se casar, a sua vontade poderia ser considerada relevante para tal finalidade (TARTUCE, 2013).

Neste diapasão, a família deve ser analisada de acordo com o contexto social, o casamento com o autor do crime poderia ser tido como uma forma de abrandar o problema de uma gravidez indesejada se discute a probabilidade da

inconstitucional da dita revogação das causas extintivas da punibilidade, pois elas representavam forma de proteção da entidade familiar.

Incontestavelmente, o Direito Penal deve será última probabilidade decisiva aplicável, pois enquanto o Direito de Família busca a pacificação social, a vida conjunta em harmonia, desse modo, com respaldo no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a *função social da família.*

E justamente por poder ser aplicado a casos como esse é que o art. 1.520 do Código Civil deveria permanecer incólume. Por esse entendimento, o Direito de Família acabaria prevalecendo sobre o Direito Penal.Com supedâneo no entendimento doutrinário, ensina Maria Berenice Dias que (Manual..., 2007, p. 98, *apud* TARTUCE, 2013, cap. 2):

> A transformação da mulher em excludente da criminalidade era algo denominado, no mínimo, odioso. Ainda que foram excluídos pela Lei 11.106/2005 os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que previam o casamento da vítima como causa de extinção da punibilidade. Com isso restou derrogada a possibilidade de permitir o casamento de uma adolescente para evitar a imposição de pena criminal. Isso significava nada mais do que a descriminalização do estupro, absolvendo-se o estuprador se ele casasse com a vítima, mesmo que fosse ela menor de idade. Permanece tão só a possibilidade de ser autorizado o casamento quando das relações sexuais com quem ainda não atingiu a idade núbil (ou seja, tenha menos de 16 anos) resultem gravidez (CC 1.520).

Ressalta-se, nesta toada, que Supremo Tribunal Federal proferiu decisão apontando que o fato criminoso análogo ao exposto, o estabelecimento da união estável com a vítima não ocasionava a extinção da sua punibilidade:

> Extinção de punibilidade. Estupro de vítima menor de 14 anos e união estável. Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de se aplicar a regra prevista no inciso VII do art. 107 do CP em favor de condenado por estupro, que passou a viver em união estável com a vítima, menor de quatorze anos, e o filho, fruto da relação (CP: 'Art. 107. Extingue-se a punibilidade:... VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes...'). Entendeu-se que somente o casamento teria o condão de extinguir a punibilidade, e que a união estável sequer poderia ser considerada no caso, haja vista a menor ser incapaz de consentir. Ressaltaram-se, também, as circunstâncias terríveis em que ocorrido o crime, quais sejam, o de ter sido cometido pelo tutor da menor, e quando esta tinha nove anos de idade. Asseverou-se, por fim, o advento da Lei 11.106/2005, que revogou os incisos VII e VIII do art. 107 do CP. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence que davam provimento ao recurso para declarar a extinção da punibilidade, reconhecendo a união estável, e aplicando, por analogia, em face do art. 226, § 3.º, da CF, o inciso VII do art. 107 do CP, tendo em vista o princípio da ultratividade da lei mais benéfica (STF, RE 418.376/MS, Rel.

> orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, 09.02.2006).

Em virtude do argumento apresentado, para a incidência do art. 1.520 do Código Civil, devem-se analisar as particularidades de cada situação, por conseguinte, o citado dispositivo não estaria derrogado ou revogado implicitamente ante a incompatibilidade de normas. Portanto, com respaldo constitucionalista e uma leitura com orientação no âmbito civil, o art. 1.520 do CC, o conteúdo do Enunciado n. 329 CJF/STJ, ora aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, ocorrida em Brasília em outubro de 2006, expressa que:

> A permissão para casamento fora da idade núbil merece interpretação orientada pela dimensão substancial do princípio da igualdade jurídica, ética e moral entre o homem e a mulher, evitando-se, sem prejuízo do respeito à diferença, tratamento discriminatório.

A Lei 12.015, publicado em 7 de agosto de 2009, finalizou as preposições anteriores, não deixando margem para dúvida, considerando objetivamente que o casamento da menor com aquele que cometeu o crime antes com qualificação de estupro presumido, não haverá o casamento entre a vítima e o pretenso autor do delito. O Código Penal, ao especificar a conduta típica nessa faixa etária, designa *crimes sexuais contra vulnerável,* prevendo a configuração no art. 217-A: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Assim, o ponto considerável é o enquadramento do sujeito passivo, ora pessoa vulnerável, mesmo que tenha consentido com o ato em tal data, como também, a modificação que consta no artigo 225, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual, havendo o destaque da vulnerabilidade de certas pessoas, a ação penal é pública incondicionada. Desse modo, a ação não depende de qualquer condição especial, não pode o casamento funcionar como forma de perdão tácito do crime (TARTUCE, 2013).

Faz-se necessário constatar, que a atual perspectiva normativa coloca o ramo do Direito Penal com aplicação subsidiária aos institutos e regulamentações, cabendo ao magistrado, conforme a situação analisar substancialmente, devendo justificar o posicionamento adotado, evidentemente, com fulcro no interesse do adolescente.

Outra questão relevante é a hipótese de suprimento da idade, viabilizando a autorização do casamento de pessoas com idade inferior ao previsto em lei, com a finalidade de impedir a imposição da norma criminal, tal possibilidade pode suprir o assentimento dos genitores, visto que sem a devida autorização há um impeditivo, dessa forma, excepcionalmente, temos o intermédio do juiz se a denegação do casamento for injusta.

Em caso de gravidez, propugna-se pela antecipação do casamento, a fim de proteger a prole vindoura, como preceitua o art. 1.551 do Código Civil, não se promovendo a anulação do casamento por motivo de idade, bem como considerando que resultou de um relacionamento consentido.

Quanto o suprimento judicial for do consentimento dos representantes legais, o art. 1.519 do Código Civil amplia que se a “denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz” e pretende regular o exercício absoluto e concomitantemente arbitrário do poder familiar em face aos filhos, ficando tal situação sob análise do juiz, o qual se valerá da razoabilidade, sendo de seu livre alvedrio para identificar os casos em que a recusa paterna para a autorização do casamento é expressamente injusta, consistindo em mero capricho, pois não possui razão admissível para tal ação, tais como estado emocional de ciúme ou preconceito.

Os casos de denegação não foram arrolados pelo legislador, por serem estritamente de caráter subjetivo. Se o pedido de suprimento foi deferido, consecutivamente será expedido o alvará, o qual será juntado ao processo de habilitação. O procedimento realizado é de jurisdição voluntária e o menor púbere, ora interessado, poderá outorgar procuração a advogado, sem a respectiva assistência de representante legal, em razão da colidência evidenciada. No ato é assegurado, conforme previsto no art. 1.631 do Código Civil: “[...] a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo” (GONÇALVES, 2011).

Conforme se depreende da pesquisa, foi possível diagnosticar a realidade das adolescentes que contraíram matrimônio, bem como identificando uniões com ou sem consentimento do indivíduo e os impactos no ambiente familiar, oferecendo informações válidas para discorrer as circunstâncias, condições, normas e valores, evidenciado por um paradoxo entre a sociedade de fato e o pressuposto jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face dos argumentos apresentados, podemos refletir que os direitos dos adolescentes tem ocupado lugar de destaque nos organismos e entidades sociais nas últimas décadas. Não obstante, menores de idade de famílias que vivem, muitas vezes, à margem do direito tem seus direitos violados ou não respeitados ocultando um dado social de relevância para a tomada de decisões e políticas de proteção deste grupo.

A problemática do tema abordado está relacionada à união estável de menores de idade, considerando que a realização de tal ato poderá demonstrar uma violação dos direitos humanos, concernente ao estado de saúde e aspecto cognitivo, tendo em vista a vulnerabilidade das pessoas nessa faixa etária, podendo instituir a ausência de equilíbrio comportamental, na vida social e na perspectiva educacional. Ante a situação, é necessário refletir o novo sistema existente entre os conviventes e a prática do Direito de Família, como medida de salutar justiça, propugnando pelo interesse das adolescentes.

Em frente ao reconhecimento da natureza jurídica do casamento, identificou-se s diferentes concepções do casamento, sendo admitido majoritariamente que o casamento é um enlaço de natureza contratual, por se caracterizar como um ato solene, como também esta envolta de complexidade em decorrência de sua função social. Diante dessa concepção, discorreram-se os princípios norteadores do Direito de Família, os quais frequentemente são aplicados e elencados para a resolução de antinomias normativas, como no caso objeto de estudo. Nesse paradigma de preponderância e aplicabilidade de normas especiais e gerais, a fim de atender o interesse dos envolvidos nesse processo, a interposição de formalidade legais e delimitação de requisitos para a habilitação do casamento, principalmente no que tange a idade núbil, alcançam o estado matrimonial para concretizar a ordem pública das relações familiares por afinidade, por isso, as inovações definidas no Código Civil determinam que o caráter etário reduz a capacidade para casar, de forma absoluta, pois há impedimento persiste com qualquer outra pessoa.

No entanto, cumpre salientar que os maiores de 16 (dezesseis anos) podem casar, devendo apresentar autorização dos genitores ou responsáveis legais, havendo, inclusive, a hipótese de suprimento da idade judicial, nos casos de injusta denegação. Percebe-se assim, que o Poder Judiciário intervém de maneira

significativa, voltado ao redirecionamento dos conflitos sociais e ordem familiar. A situação fática em estudo pode suscitar problemas, configurado no índice de criminalidade advindo com a vigência da Lei nº 12.015/09, sendo elencado como estupro de vulnerável, configurado hodiernamente como crime de ação penal pública incondicionada de representação do ofendido. Assim, a referida lei tem o escopo de proteger bem juridicamente protegido, com atenção especial ao caráter etário, o qual presume a vulnerabilidade, não podendo haver o casamento com o intuito da não aplicação de lei penal. Tal correlação do cometimento delituoso e a correspondente incidência de casamento foram mencionadas para elucidar as questões que podem abranger permanência da convivência conjugal dos menores de idade, mas na entrevista realizada, ora metodologia para a consecução do projeto de pesquisa, não se constatou essa situação, embora preteritamente possa ter ocorrido, consoante informação da idade da entrevistada quando se uniu ao atual companheiro.

O objetivo do projeto é verificar como é regulamentada a questão da possibilidade do casamento, pois um grande número de adolescentes e crianças tem informalmente configurado o estado de convivência, antagonicamente ao que o dispositivo jurídico dispõe no Código Civil. Neste diapasão, além de verificar a compatibilidade com a conduta ilícita pelo incurso nos crimes sexuais contra vulneráveis ou na forma qualificada dos crimes contra a liberdade sexual, com alunas do ensino médio das escolas da rede pública da cidade de Curitibanos.

Dado o exposto, analisados os direitos e garantias mencionadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, compatibilizado com o molde de estabelecer justiça e igualdade substancial.

O trabalho demonstrou, mediante uma reflexão qualitativa das entrevistas e do perfil das alunas entrevistas, que a instituição educacional, no processo de aprendizagem deve adequar os meios, para atingir os objetivos da educação, tendo como instrumento norteador a experiência do aluno, como também a participação familiar é necessária.

A análise das informações permite a compreensão das representações sociais, inseridas nas instituições de ensino, fornecendo instrumentos necessários para uma reflexão da organização da sociedade civil.

Levando-se em conta a realidade de uniões informais de adolescentes observadas, verificam a existência de desafios do atendimento dessa clientela nas disposições do direito à vida e a saúde, pois a incumbência de proporcionar

assistência é do poder e respectivos órgãos integrantes, sejam eles formais ou informais.

Existe-se uma preocupação com a maior probabilidade de violência doméstica e a baixa escolaridade, com grande disparidade de profissionalização e a capacidade de adaptar-se ao mercado de trabalho, causado pela maior insegurança ou possibilidade de divórcio e viuvez precoce, além do isolamento social.

Frisa-se, com arrimo nas conclusões emanadas da pesquisa, que mesmo com exceções legislativas que regem a idade mínima, determinando a capacidade de realizar atos na vida civil, esse pressuposto normativo é cotidianamente burlado, analisar os índices quantitativos dessa cerimonialização, desconhecida pela autoridade competente, propiciando desse modo no aspecto vitimológico.

As desvantagens sociais e educacionais são aparentes, a justificativa da complexidade do processo legal da instauração desse casamento, dando ênfase que nessa fase há frequência de oscilações, na qual a qualidade pedagógica pode incidir nos temas consistentes aos direitos humanos.

Assim se exerce um controle social sobre os meios: transformado o padrão de conduta dirimida, adaptando-o para o padrão de comportamento social dominante, começa a atingir o indivíduo desde a tenra infância à vida adulta, imposto pelo poder público para melhor entender o fenômeno criminal e de organização social.

REFERÊNCIA

BALLONE, G.J. Gravidez na adolescência. In. PsiqWeb, 2004. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br>.Acesso em: 27 fev. 2014.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicada no **Diário Oficial da União**, Seção 1, de 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Este texto não substitui o publicado no **DOU** 16.7.1990 e retificado em 27.9.1990.

CALHAU, Lélio Braga. **Resumo de criminologia**. 3.ed. Niterói/RJ: Impetrus, 2008.

DELFIM, Márcio Rodrigo; DELFIM, Maria Iracema Armelin. Vitimologia, vitimização e realidade. In: **Revista Prática Jurídica**, a. 11, n. 124, jul. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Coleção sinopses jurídicas 2**: direito de família. 16.ed. 2011. Minha Biblioteca. Web. 17 July 2013

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado- parte especial.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MOLINA, Antônio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na prática jurídica.** 2.ed. São Paulo: Saraiva

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família, 9.ed. Método, 2013. VitalBook file.

A OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Vandressa Caroline Corrêa da Silva[82]
Carlos Leonardo Salvadori Didoné[83]

RESUMO

O legislador reformista buscou regulamentar a norma da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, já prevista no inciso IX, do artigo 93 artigo da Constituição Federal, instituindo, através do novo Código Processual as hipóteses em que uma decisão não será considerada fundamentada. A nova norma levantou especulações na comunidade jurídica quanto o seu real benefício na sistemática processual, sendo elogiada por grande parte dos operadores do direito, porém, reprovada pela maioria dos magistrados, sendo motivo de pedido de veto pelas Associações que representam os magistrados nacionalmente, sob o argumento de que a nova norma fere o princípio da razoável duração do processo. Embora fundamentado o pedido de veto dos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 489, o referido restou desconhecido, através da sanção presidencial do projeto de lei. Ainda estando em período de *vacatio legis*, não pode concluir-se se a nova sistemática de fundamentar as decisões trará evolução jurídica, ou realmente interferirá na duração do processo.

Palavras-chave: Obrigatoriedade. Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no inciso IX, do artigo 93, prevê a obrigatoriedade da fundamentação das decisões proferidas por todas as esferas do Poder Judiciário: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”.

[82] Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado, *campus* de Curitibanos/SC, Pós-Graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp, com transmissão telepresencial pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – LFG, Unidade de Curitibanos/SC. Contato: vandressa_caroline@hotmail.com

[83] Advogado, Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB – Campus Blumenau/SC, Pós-Graduando em Direito Processual Civil, pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB – Campus Blumenau/SC, Pós-Graduado em Direito e Gestão Ambiental, pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Cesusc – Campus Florianópolis/SC, Doutorando em Direito e Ciências Sociais, pela Universidade Nacional de Córdoba, Professor Titular da Universidade do Contestado – UnC – Campus Curitibanos/SC das disciplinas: Direito Ambiental e Estágio Supervisionado I. Contato: carlosdidone@brturbo.com.br

Da mesma forma, o Código de Processo Civil de 1973, em vigência, especificamente em seu artigo 458, inciso II, impõe como um dos requisitos essenciais da sentença: “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

Embora a Constituição Federal e o Atual Código de Processo Civil prevejam como parte obrigatória das decisões a fundamentação, os únicos dispositivos que dispõe a respeito disto, são os citados.

Portanto, verifica-se que a legislação em vigor não confere ao magistrado a fundamentação de suas decisões como uma faculdade. Muito pelo contrário, prevê a fundamentação como um requisito de validade da sua decisão. Porém, não regulamenta de que forma deverá ser realizada essa fundamentação, conferindo ao magistrado uma “liberdade” de fundamentação.

Em razão disto, atualmente é muito comum encontrar decisões judiciais carentes de fundamentos, e/ou em divergência com os fundamentos suscitados pelas partes na instrução do processo. Muitas vezes, não há nem referência aos fundamentos trazidos pelas partes.

Não obstante, o legislador atentou-se a essa lacuna do Ordenamento Pátrio, quando da elaboração do texto do Novo Código de Processo Civil, ainda em período de *vacatio legis*.

Com efeito, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro representado pela Lei n.º 13.105/2015, trouxe significativas alterações no tocante a motivação das decisões judiciais.

1 A NORMA DE OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS IMPOSTA PELA LEI N.º 13.105/2015

O artigo 489 do referido dispositivo legal, que se encontra na Seção II “Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença”, do Capítulo XIII, que dispõe “DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA”, que substitui o artigo 458 do Código de Processo Civil de 1973, atualmente em vigor, traz inovações legislativas fixando elementos essenciais da sentença, prevendo hipóteses em que restará caracterizada uma decisão judicial não fundamentada:

Novo Código de Processo Civil/2015	Código de Processo Civil/1973
Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.	Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Acima foram destacadas as alterações que passam a integrar, em breve, a sistemática processual brasileira.

Quanto aos requisitos da sentença, no tocante aos incisos I, II e III do referenciado artigo 489, verifica-se que o Novo Código não trouxe alterações significativas do que prevê a legislação em vigor.

Os parágrafos do referido artigo, apresentam largas alterações ao fixar hipóteses específicas, nas quais as decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos não serão consideras fundamentados.

Conforme cita Bueno (2015, fl. 325):

> As novidades substanciais estão nos parágrafos dos dispositivos. Para elas cabe anotar desde logo que a palavra “sentença”, conservada pelo *caput* do dispositivo, é empregada como sinônimo de decisão (qualquer decisão) jurisdicional. Assim, estão sujeitos à disciplina dos parágrafos do art. 489 não só as sentenças, mas também as decisões interlocutórias, as decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais e os acórdãos.

A alteração trazida pela Nova Lei Processual estabelece hipóteses nas quais uma decisão será considerada não motivada, ensejando assim a possibilidade de sua reforma ou até anulação.

Comenta Machado Junior; Carneiro e Pinho (2015):

> O dispositivo em tela trata em seu § 1.º de maneira esmiuçada de hipóteses em que, embora formalmente fundamentada, a decisão não apresente de maneira concreta e específica quais as razões que, de fato, levaram o juiz à conclusão adotada. Nesses casos, o provimento será considerado como não fundamentado.

Os incisos I e V do § 1º dispositivo colacionado, dispõem acerca das decisões que apenas citam dispositivos legais, ou ementas de precedentes, sem fazer relação do julgado paradigma, com o caso concreto em julgamento. Pois, nestes casos, deixará de existir a chamada fundamentação implícita, em que a norma legal ou o precedente judicial explicam por si próprios.

Isto é, não poderão mais ser utilizados julgamentos paradigmas em que os fatos e fundamentos divergem dos fatos e fundamentos do caso em análise.

Da mesma forma, que não poderão ser utilizados conceitos jurídicos indeterminados sem a sua devida indicação/aplicabilidade no caso *sub judice* (inciso II do § 1º).

Costa e Branco (2002, p. 117-119) apud Donizetti (2015, p. 371) ensina que “Conceitos jurídicos indeterminados são aqueles ‘cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos’. São, em outras palavras, institutos que possibilitam interpretação ampla por parte do julgador.”.

Mais adiante, Donizetti (2015, p. 371) explica o papel do Novo Código de Processo Civil implícito no referido inciso II do dispositivo em comento: “Para evitar abusos, o NCPC determina que o juiz, ao aplicar esses conceitos, o faça de forma motivada, objetiva, explicitando as razões pelas quais adotou essa ou aquela interpretação.”.

No mesmo sentido é o disposto no inciso III, do § 1º. Esse inciso pretende acabar com as corriqueiras decisões, em que o dispositivo não mantém relação com a fundamentação.

Decisões, que por muitas vezes, derivam de um grande “copia (*Ctrl C*) e cola (*Ctrl V*)” de outras decisões, formando uma decisão genérica que não correspondem e/ou se contrapõe aos fatos e fundamentos trazidos pelas partes.

Conforme expõe Donizetti (2015, p. 371):

> É fundamental que as decisões judiciais estejam coerentes com os fatos apresentados pelas partes. A fundamentação do julgado não pode se mostrar incompreensível ou contraditória, a ponto de gerar dúvida acerca da conclusão apresentada pelo magistrado.

Portanto, a partir da nova sistemática processual, quando identificado esta situação, a decisão também será considerada não motivada.

Exemplifica Neves (2015):

> Não poderá o órgão, portanto, fazer uma decisão-padrão para indeferir a tutela de urgência com base no não preenchimento dos requisitos legais sem a demonstração de como isso se deu no caso concreto. Naturalmente, deve ser aceita a decisão que tem parte padronizada e parte dirigida a situação julgada.

Afora isso, a decisão deverá, além de levantar todos os argumentos deduzidos pelas partes (inciso IV), seja este súmula, jurisprudência ou precedente (inciso VI), para posteriormente proferir a conclusão adotada, indicando os seus motivos.

Assim, dentre todas as inovações trazidas pelo legislador, destaca-se esta disposta no inciso IV, que modifica significativamente a forma dos magistrados de decidir e fundamentar suas decisões, pois a decisão que não utilizar o precedente levantado pelas partes, e/ou deixar de justificar aplicação dos argumentos apresentados pelas aludidas, estará desmotivada e infundada.

Existem duas técnicas distintas de fundamentação das decisões judiciais. A exauriente/completa e a suficiente, conforme explica Neves (2015):

> Na fundamentação exauriente, o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes, enquanto na fundamentação suficiente basta que enfrente e decida todas as causas de pedir do autor e todos os fundamentos de defesa do réu. Como cada causa de pedir e cada fundamento de defesa podem ser baseados em várias alegações, na

> fundamentação suficiente o juiz não é obrigado a enfrentar todas elas, desde que justifique o acolhimento ou a rejeição da causa de pedir ou do fundamento de defesa.
> O direito brasileiro adota a técnica da fundamentação suficiente, sendo nesse sentido a tranquila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que não é obrigação do juiz enfrentar todas as alegações das partes, bastando ter um motivo suficiente para fundamentar a decisão.

Assim, verifica-se que a sistemática processual brasileira passa a adotar a técnica de fundamentação exauriente.

O inciso VI por sua vez, prevê a necessidade de o magistrado justificar o motivo que o levou a seguir ou a deixar de seguir a súmula, jurisprudência, e/ou precedente invocado(s) pelas partes, demonstrando, para tanto, a distinção ou semelhança do caso em análise, do entendimento assentado, ou então já superado.

Melhor explica o assunto, Donizetti (2015, p. 370):

> Dever de fundamentação das decisões judiciais. De acordo com o dispositivo, não basta que o julgador invoque o precedente ou a sumula em seu julgado; é necessário que ele identifique os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Ou seja, cabe ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a orientação àquele caso concreto. Da mesma forma, conforme redação do inciso VI, se o juiz deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deverá demonstrar que há distinção entre os entendimentos e a situação concretamente apresentada ou que já superado o entendimento consolidado na sumula, jurisprudência ou precedente.
> Essas disposições são fundamentais para obstar a prolação de sentenças demasiadamente concisas, que muitas vezes ignoram os argumentos apresentados pelas partes e até mesmo o entendimento jurisprudencial predominante sobre a questão em litígio.

É clara a intenção do legislador em garantir a não ocorrência de entrega jurisdicional através de decisões genéricas que não se contrapõem ao caso em análise, ou então que se baseiem em entendimento sumular, ou jurisprudencial já superados.

Entretanto, conforme pontua Donizetti (2015, p. 370), “Não é preciso, porém, que o julgador analise, de forma pormenorizada, todas as alegações trazidas pelas partes.”, pois a finalidade do legislador é que a decisão não resulte em um emaranhado de outras decisões que não se assemelham ao caso em julgamento, e não que ele se atenha a justificar todas as alegações trazidas:

> O que o ordenamento jurídico não admite é a escolha aleatória de uma ou de outra questão fática para embasar o ato decisório, com desprezo a

> questões importantes e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A decisão que não se explica, que não se mostra de onde veio, suscita descrença à própria atividade jurisdicional.

Além disto, ainda nas palavras de Donizetti (2015, p. 372),

> Assim não deve se considerar como "não fundamentada" a decisão que deixar de responder exaustivamente a todos os argumentos invocados pela parte. A eventual falha do julgador deve ser aferida em função dos pedidos apresentados, sendo certo que o deferimento de um ou de outro deve ser amplamente fundamentado.

Neves (2015) também comenta sobre o inciso debatido:

> Aqui nota-se a eficácia vinculante que o Novo Código de Processo Civil pretende dar aos entendimentos consolidados dos tribunais, e por isso estranha-se que o texto final aprovado pelo Senado tenha suprimido os artigos constantes do projeto de lei aprovado pela Câmara com a regulamentação dos precedentes judiciais, em especial regulando as hipóteses de sua superação (*overruling*) ou inadequação ao caso concreto (*distinguishing*).
> De qualquer forma, com a manutenção do termo "precedente" no dispositivo ora analisado, entendo que deve ser interpretado como qualquer julgamento ou enunciado sumular com eficácia vinculante proferido pelos tribunais superiores.

Posto isto, pode-se afirmar que ao decidir, o magistrado não poderá contrariar entendimento sumulado, ou assentado pela jurisprudência, sob pena de nulidade de sua decisão.

O § 2º do artigo 489 cuidou de tratar sobre a colisão entre normas, e conforme elucida Neves (2015) "[...] o órgão jurisdicional nesse caso deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.".

O § 3º prevê a necessidade de a decisão judicial resultar do conjunto dos elementos processuais, levando em conta o princípio da boa-fé.

Bueno (2015, p. 83) define o princípio da boa-fé como:

> A doutrina ensina que a boa-fé objetiva é verdadeira cláusula geral – e é tratada como tal pelo art. 5º –, que encerra uma série de comportamentos desejados ou esperados dos agentes em geral e aqui, no plano do processo, de todos os sujeitos processuais que, em última análise, conduzem à proteção da confiança legítima.

Há de se destacar também que, como lembra Figueiredo e Montans (2015, p. 486) a consequência da ausência de fundamentação:

> [...] em regra, a ausência de elemento essencial na sentença implica sua nulidade, que poderá, inclusive, ser declarada de ofício. Sendo que a ausência de dispositivo gerará, conforme defendem alguns doutrinadores, a inexistência do ato judicial.

A nova norma processual se ateve em fixar hipóteses nas quais uma decisão não será considerada motivada, autorizando assim, a possibilidade de sua integralização, reforma ou até anulação, prevenindo a ocorrência de decisões genéricas que não alcançam a prestação jurisdicional pretendida pelas partes, gerando inconformismo e descrença pelos jurisdicionados.

Cabe destacar o comentário de Montenegro Filho (2015, p. 93):

> A norma é digna de aplausos, contribuindo para o aperfeiçoamento das decisões judiciais e para a efetiva prestação da jurisdição, não sendo apenas idealista, já que o seu descumprimento caracteriza a omissão do julgado, justificando a interposição do recurso de embargos de declaração, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 1.022 do novo CPC, que apresenta a seguinte redação:
> 'Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: *Omissis*; II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; *omissis*. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: *Omissis*; II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.'

Diante disto, verifica-se o grande impacto que deverá ser suportado pela entrada em vigor do Novo Código Processual, onde não mais poderá ser utilizada a máxima "dá-me os fatos e dar-te-ei o direito", pois a partir de agora, o juiz será obrigado a apreciar também o direito "dado" pelas partes.

Como qualquer novidade, o Novo Código levanta inúmeras especulações no tocante se a mudanças terão impacto positivo, ou negativo na sistemática e prática processual.

2 POSICIONAMENTO ADOTADO PELAS CORRENTES QUE SÃO CONTRA, E A FAVOR DA NOVA NORMA PROCESSUAL INSTITUÍDA PELO ARTIGO 489

Embora haja grande expectativa da entrada em vigor do Novo Código Processo Civil, reformado após quarenta e dois anos de sua vigência, existem especulações quanto dos impactos que causará no dia-a-dia dos operadores de direito.

No início de março de 2015, após a aprovação do projeto de lei do novo Código Processual, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), e a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), conjuntamente, enviaram ofício à Presidente da República pugnando, dentre outros pedidos, pelo veto de alguns artigos do Novo Código de Processo, dentre eles, dos §§ 1°, 2° e 3° do artigo 489.

A justificativa das três entidades para o veto do dispositivo, nas palavras do presidente da AMB, João Ricardo Costa, publicada em artigo no próprio sítio da Associação (referenciado abaixo), consiste na preocupação de impactos significativamente negativos no Poder Judiciário, com repercussão na duração do curso dos processos:

> A nossa preocupação é com o impacto que esses itens vão causar no congestionamento da justiça. Atualmente, temos quase 100 milhões de processos em tramitação no país. Cada magistrado julga, em média, 1,5 mil processos por ano. O judiciário está no limite.

Da mesma forma, a Ajufe, por artigo escrito por Bruno Torrano (2015), manifesta a sua preocupação com o choque dos parágrafos do artigo 489 do Novo Código de Processo com o princípio da razoável duração do processo:

> A questão, aqui, é outra: a leitura do texto do novo CPC não leva ao cenário catastrófico que se pretende construir. O só-fato de, na imaginação de muitos juízes, os incisos e parágrafos do art. 489 significarem a ruína da razoável duração do processo denota muito claramente que existe na cultura judicial uma confusão inconcebível entre motivação concreta e motivação prolixa: não há no Novo Código de Processo Civil nenhum dispositivo que demande do magistrado argumentações exaustivas, citações intermináveis de doutrinadores ou páginas e páginas de precedentes, mas simplesmente um mandamento, de todo já contido na própria Constituição da República, de adequação dos fatos às normas, de respeito aos limites semânticos dos textos, de coerência e cautela na indicação dos precedentes e de atenção às teses pertinentes suscitadas pelas partes.

Em artigo publicado pelo site da Anamatra, o qual preside, Paulo Luiz Schmidt explica os motivos pela oposição contra a nova norma disposta pelos parágrafos do artigo 489:

> Diversamente do que – até levianamente – afirmaram alguns poucos dentre os muitos juristas ouvidos, os vetos propostos não têm por finalidade 'diminuir o trabalho dos juízes', mas preservar-lhes a independência funcional e assegurar mínima concretude a um dos princípios norteadores do NCPC e de todos os Pactos Republicanos para o Judiciário até aqui: a duração razoável do processo. Embora esperado o ataque de setores da advocacia, lamentavelmente ele veio antes mesmo de serem conhecidas as razões alinhavadas por ANAMATRA, AMB e AJUFE. Preferiu-se, pois, o julgamento às cegas.

Em contra partida, vários outros operadores do Direito, professores universitários, advogados e doutrinadores em declaração apresentado por Artigo publicado junto a Revista Eletrônica Consultor Jurídico (referenciada abaixo), manifestaram sua surpresa quanto ao posicionamento adotado pelas Associações de Magistrados, pois entendem que a instituição dos parágrafos do artigo 489, foi, inclusive, um dos maiores avanços alcançado pelo novo código.

De acordo com a publicação, o professor, advogado e doutrinador Fredie Didier Jr. afirmou: "Estariam os juízes defendendo que é possível interpretar o dispositivo da decisão sem examinar a respectiva fundamentação? A presidente da República, se vetar esses dispositivos, avalizaria esse entendimento".

Para o professor e advogado Dierle Nunes: "Nestes termos, um possível veto ao dispositivo representaria a supressão de uma importante técnica de controle do poder e uma irreparável involução da força normativa do Novo CPC".

Ada Pellegrini Grinover, professora e doutrinadora, também não concorda com o pedido das entidades representante dos magistrados:

> A justiça tem que ser distribuída *ex parte populi* e não *ex parte judicis*. Os vetos propostos só querem menos trabalho para o juiz, sem beneficiar o jurisdicionado. [...] Uma boa fundamentação é essencial para as partes e para a garantia política da motivação. Em muitos casos, a fundamentação do juiz é absolutamente insuficiente.

O Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil em exercício àquela época, Marcus Vinícius Furtado Coêlho, também é a favor da inovação legal: "Quando a decisão é fundamentada, possibilita que o cidadão tenha o direito à defesa efetiva,

ao recurso adequado. Essa fundamentação há de ser específica para o caso, não pode ser genérica ou baseada em citação de dispositivo de normas".

Em que pese ambas as correntes possuírem seus argumentos e fundamentos para adotar seu posicionamento, o pedido de veto dos parágrafos do artigo 489 realizado pelas entidades de magistratura, não foi atendido.

E a sanção presidencial foi enaltecida pela maior parte dos operadores de direito que concordam com a norma, e aguardam grande avanço processual.

Portanto, a partir de 18 de março de 2016 passa a vigorar o Novo Código de Processo Civil, com a vigência da norma instituída pelo artigo 489.

3 IMPACTOS DA NORMA DE OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

A expectativa é de que não se encontre mais decisões motivadas em fundamentação genérica, que não analisa ou se contrapõe aos fundamentos levantados pelas partes.

Porém, os reais resultados dos impactos fomentados pela norma, por ora, apenas podem ser imaginados, pois somente poderão ser aferidos com precisão, após a entrada em vigor da norma (18/03/2016).

CONCLUSÃO

Verifica-se que o legislador reformista buscou complementar/suprir a legislação vigente que trata da obrigatoriedade de fundamentação como um requisito de validade da decisão judicial, mas que, porém, não norteia o julgador de como conduzir a sua motivação/fundamentação.

A inovação apresentada se ateve em fixar hipóteses nas quais uma decisão não será considerada motivada, autorizando assim, a possibilidade de sua integralização, reforma ou até anulação, garantindo, assim, a não ocorrência de entrega jurisdicional através de decisões genéricas que não se contrapõem ao caso em análise, ou então que se baseiem em entendimento sumular, ou jurisprudencial já superados, gerando inconformismo e descrença pelos jurisdicionados.

Portanto, a nova norma processual eleva a argumentação jurídica invocada pelas partes como o conteúdo central da decisão, impondo ao magistrado não

somente a análise dos fatos trazidos pelas partes (dá-me os fatos e dar-te-ei o direito), mas análise do conjunto de argumentos jurídicos arguidos por esta. Isso, sem prejuízo de outros argumentos avocados pelo julgador.

Como toda nova norma, os parágrafos do artigo 489 foram/são motivo de especulações acerca do avanço ou retrocesso processual de sua eficácia.

A Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), e a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), não veem positivamente a alteração processual, entendendo que sua instituição seria uma afronta ao princípio da razoável duração do processo, além de retirar dos magistrados sua independência funcional.

Assim, conjuntamente, as referidas Associações enviaram um ofício à Presidente da República pugnando, dentre outros pedidos, pelo veto dos §§ 1°, 2° e 3° do artigo 489 do Novo Código de Processo.

O pedido não restou considerado, e o Projeto de Lei foi sancionado, com a entrada em vigor do novo Código em dia 18 de março de 2016.

Ainda não há doutrina manifestando-se se a norma trará avanços ou retrocessos na sistemática processual, somente especulações, conforme artigo da Revista Eletrônica Consultor Jurídico citado acima.

Portanto, atualmente o(s) verdadeiro(s) resultado(s) da norma só poderão ser comparados após a sua vigência.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza Arruda; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; SHMITZ, Leonard Ziesemer; CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo (coord.). **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro** - Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vital Source Bookshelf Online: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6715-4/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]>. Acesso em 20 fev. 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Cardozo trata de pedido de vetos com magistrados. Brasília, Associação dos Magistrados Brasileiros, 05 mar. 2015. <http://www.amb.com.br/novo/?p=20285>. Acesso em 11 jul. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02 nov. 2015.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 02 nov. 2015.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Instituiu o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 02 nov. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de processo civil:** baseado no novo código de processo civil. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 704 p. VitalSource Bookshelf Online. <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635500/cfi/0>. Acesso em 20 fev. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 752 p.

CABRAL, Antonio Passo; CRAMER, Ronaldo (orgs.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. VitalSource Bookshelf Online: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6730-7/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]>. Acesso em 18 fev. 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado:** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Análise Comparativa entre o Novo CPC e o CPC/73. 1 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. 841 p.. VitalSource Bookshelf Online: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000863/cfi/0!/4/6@0:0>. Acesso em 18 fev. 2016.

FIGUEIREDO, Simone; MONTANS, Renato. **Novo código de processo civil comentado para concursos.** 1 ed. São Paulo. Saraiva, 2015. 1072 p. VitalSource Bookshelf Online: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/ books/9788502625228/cfi/0>. Acesso em 20 fev. 2016.

HOMCI, Arthur Laércio. **Dever de fundamentação no novo CPC**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n.º 4237, 6 fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34877>. Acesso em 15 set. 2015.

MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro; CARNEIRO, Paulo Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla de (coord.). **Novo Código de Processo Civil** - Anotado e Comparado. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vital Source Bookshelf Online: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6494-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]>. Acesso em 18 fev. 2016.

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel (coord.). **Curso de Processo Civil:** Volume 2 – Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1101 p.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil:** Modificações Substanciais. 1 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. 239 p. Vita lSource Bookshelf Online: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499274/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em 20 fev. 2016.

NEVES, Daniel Assumpção. **Novo CPC** – Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. 1 ed. São Paulo: Método, 2015. Vital Source Bookshelf Online: < https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6407-8/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]>. Acesso em 14 fev. 2016.

ROVER, Tadeu; VASCONCELLOS, Marcos de. **Novo CPC:** Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. Rio de Janeiro, Consultor Jurídico, 04 mar. 2015. <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em 11 jul. 2015.

SCHMIDT, Paulo Luiz. **Anamatra reage a críticas sobre vetos propostos ao Novo Código de Processo Civil.** Brasília, 09 mar. 2015. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil?queryWord=&query=&exectQuery=489&allQuery1=&allQuery2=&allQuery3=&area>. Acesso em 15 set. 2015.

TORRANO, Bruno. **Ao obrigar fundamento para decisões judiciais, novo CPC não criará caos.** Brasília, 20 mar. 2015. Disponível em: <http://www.ajufe.org/imprensa/ajufe-na-imprensa/ao-obrigar-fundamento-para-decisoes-judiciais-novo-cpc-nao-criara-caos/>. Acesso em 15 set. 2015.

O ESTRANGEIRO E A CONDIÇÃO HUMANIZADORA DO TRABALHO

Maurício Souza de Oliveira[84]
Arildo Camargo de Lima[85]
Luiz Adolfo Tadeu Ceolla[86]

RESUMO

O trabalho desempenha papel fundamental no desenvolvimento e manutenção da civilização humana. Por meio dele é possível auxiliar os refugiados de todo mundo, vítimas de guerras civis, a reconstruírem suas vidas, bem como sustentarem suas famílias. Assim, deve o Direito do Trabalho ser observado sob o prisma do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como fomentador da redução das desigualdades internacionais e criador de novas oportunidades. Em razão disso, o trabalho merece atenção especial dos operadores do direito no sentido de regular, fiscalizar e, principalmente, de estabelecer condições que permitam a inclusão do trabalhador estrangeiro no mercado de trabalho brasileiro.

Palavras-Chave: Trabalho. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Humanos. Estrangeiro.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se por meio da presente obra analisar e compreender como o Brasil tem recebido os trabalhadores estrangeiros em seu mercado de trabalho e qual tratamento tem sido dado a eles.

Não obstante a isso, pretende-se verificar se os trabalhadores estrangeiros tem sofrido alguma espécie de discriminação, bem como se o Brasil está dando fiel cumprimento aos preceitos constitucionais atinentes à espécie.

Por fim, procura-se concluir se o trabalho desenvolvido pelos estrangeiros no país está de acordo com a dignidade da pessoa humana.

[84]Graduado em Direito pela UnC, pós-graduado em Direito do Trabalho, Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Advogado, Endereço Eletrônico: msoliveira.14@hotmail.com.

[85] Graduado em Direito pela UNIDAVI (1999), pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNIPLAC (2001), pós-graduado em Direito Contemporâneo pela UnC (2005), pós-graduado em Direito Tributário pela UNOESC (2007). Professor de Direito Internacional Público na Graduação da Universidade do Contestado – UnC, Campus de Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: arildocamargodelima@gmail.com.

[86]Graduado em Direito pela UNIVALI (1996), pós-graduado em Administração Pública pela FURB (2000), pós-graduado em Direito Processual Civil pela UnC (2008). Endereço eletrônico: luizadolfoceolla@yahoo.com.br.

2 A PESSOA DO ESTRANGEIRO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Cumpre, antes de adentrar propriamente no assunto, encontrar um conceito para a pessoa do estrangeiro.

Segundo o Dicionário Online de Português, estrangeiro "*é a pessoa natural de outro país"*.

Teria o estrangeiro a tutela jurídica ao ingressar no Brasil?

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 andou bem ao prever no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5.º que, assim como o brasileiro, o estrangeiro tem direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, além das demais previsões contidas nos incisos, do referido dispositivo.

Contudo, antes de serem titulares de direitos e obrigações, os estrangeiros devem ter a entrada deferida pela autoridade competente que, no caso, é a UNIÃO, conforme se depreende do artigo 22, XV da CRFB/88, a qual exerce suas atividades por meio do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Em maio de 2017 foi sancionada a Lei n.º 13445/17, a qual entrará em vigência após 180 dias de sua publicação e que veio para substituir o Estatuto do Imigrante, Lei n.º 6.815/80.

Na referida norma, como se depreende de seu artigo 12, serão concedidas as seguintes espécies de visto aos estrangeiros:

> Art. 12. Ao solicitante que pretenda ingressar ou permanecer em território nacional poderá ser concedido visto:
> I - de visita;
> II - temporário;
> III - diplomático;
> IV - oficial;
> V - de cortesia.

Não obstante a isso, pode o estrangeiro residente em um dos países do MERCOSUL, solicitar seu ingresso no Brasil por meio do Decreto n.º 6975/2009.

Sendo a finalidade de o estrangeiro em residir no país, após apresentar a documentação pertinente perante a entidade consular ou ao Departamento de Polícia Federal, receberá uma Carteira de Identidade de Estrangeiro a fim de poder exercer com plenitude todos os atos da vida civil não vedados pela lei brasileira podendo, inclusive, obter emprego formal.

Logo, pode se verificar que o Brasil possui ampla legislação no sentido de receber e regularizar a estadia dos estrangeiros no país e, bem assim, garantir-lhes o pleno gozo dos direitos civis.

2.1 A OPORTUNIDADE DE TRABALHO

O Brasil sempre despertou o interesse de muitos estrangeiros no que tange ao mercado de trabalho. Em São Paulo, por exemplo, há um número considerável de chineses e japoneses exercendo suas atividades laborais, seja na qualidade de empregado ou empregador. No entanto, os estrangeiros de origem sul-americana encontrados no país ainda são maioria.

Porém, de 2012 para cá, devido a guerras civis e problemas sociais em seus países de origem, muitos trabalhadores tem sido forçados a buscar refúgio no Brasil, como é o caso, por exemplo, dos haitianos e venezuelanos.

O Haiti recentemente foi assolado por catástrofes naturais, as quais praticamente destruíram o país mergulhando-o em uma crise sem precedentes. Sem amparo social, emprego e segurança, não restou ao povo haitiano outra alternativa a não ser procurar um novo recomeço no Brasil.

Sabe-se que a República Federativa do Brasil, em suas relações internacionais, rege-se, dentre outros, pelos seguintes princípios: da prevalência dos direitos humanos e a da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Isso sem falar, é claro, no princípio mor que rege a nação, qual seja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet[87], assim é expressado:

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

[87] SARLET, 2012, p. 73.

Logo, com base nessas premissas, não haveria de ser diferente o tratamento dado pelo Estado brasileiro aos estrangeiros, notadamente aqueles que são vítimas de catástrofes naturais, da guerra civil, da violência e da fome em seus países de origem.

Em 11 de novembro de 2015, por exemplo, o Brasil autorizou a permanência definitiva de quarenta e quatro mil refugiados vindos do Haiti. Com a iniciativa foi possível a estes imigrantes iniciarem suas atividades laborais no país de forma legal, significando um recomeço em suas vidas.

Hoje, no Estado de Santa Catarina, por exemplo, em qualquer cidade é possível constatar a presença de haitianos exercendo atividade laboral. Em muitas empresas, a presença deles tem sido muito importante uma vez que, pelo fato de falarem o idioma Francês, possuem condições de auxiliar na realização de transações comerciais com outros países.

Importante anotar que, muitos haitianos, por exemplo, vem para Brasil para trabalhar e enviar recursos para suas famílias que, por motivos de força maior, permaneceram no Haiti.

Situação similar é vivida pelos venezuelanos que, ante os graves problemas políticos e sociais enfrentados em seu país, tem se deslocado cada vez mais para Brasil em busca de melhores condições de vida.

Na Venezuela não existem muitas ofertas de emprego, e as oportunidades existentes remuneram muito pouco, de modo a ser impossível sobreviver com os salários pagos por lá.

Logo, o Brasil, ao recepcionar estes imigrantes, muitas vezes refugiados, está dando fiel cumprimento aos ditames constitucionais e humanitários.

2.2 ASPECTOS LEGAIS PARA CONTRATAÇÃO DE ESTRANGEIRO

Como já dito, a Constituição da República Federativa do Brasil determina que, respeitadas as devidas exceções, não haja distinções e discriminações entre brasileiros e estrangeiros.

Desse modo, pode o estrangeiro pleitear postos de trabalho em solo brasileiro. Antes, porém, deve ter a entrada e estadia no país deferida pela autoridade competente, a qual emitirá aos postulantes o devido documento de

identificação de estrangeiro, com o qual este poderá exercer os atos da vida civil não vedados pela lei brasileira, notadamente trabalhar.

Poderá estrangeiro, estando de acordo com as exigências acima, pleitear a emissão de sua Carteira de Trabalho e Previdência Social, na qual deverá constar as informações descritas no artigo 16 da CLT, *in verbis*:

> Art. 16. A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), além do número, série, data de emissão e folhas destinadas às anotações pertinentes ao contrato de trabalho e as de interesse da Previdência Social, conterá: (Redação dada pela Lei nº 8.260, de 12.12.1991)
> I - fotografia, de frente, modelo 3 X 4; (Redação dada pela Lei nº 8.260, de 12.12.1991)
> II - nome, filiação, data e lugar de nascimento e assinatura;(Redação dada pela Lei nº 8.260, de 12.12.1991)
> III - nome, idade e estado civil dos dependentes; (Redação dada pela Lei nº 8.260, de 12.12.1991)
> **IV - número do documento de naturalização ou data da chegada ao Brasil, e demais elementos constantes da identidade de estrangeiro, quando for o caso;(Redação dada pela Lei nº 8.260, de 12.12.1991)**(grifei)
> Parágrafo único - A Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS será fornecida mediante a apresentação de:(Incluído pela Lei nº 8.260, de 12.12.1991)
> a) duas fotografias com as características mencionadas no inciso I; (Incluída pela Lei nº 8.260, de 12.12.1991)
> b) qualquer documento oficial de identificação pessoal do interessado, no qual possam ser colhidos dados referentes ao nome completo, filiação, data e lugar de nascimento.

Veja que é elemento essencial para a emissão da CTPS a existência do número da identidade do estrangeiro.

Cumpridas, também, referidas exigências, poderá o estrangeiro trabalhar normalmente no país em igualdade de condições com os demais trabalhadores brasileiros.

Em que pese a CLT, no Capítulo II, Seção I, exigir proporcionalidade de trabalhadores brasileiros superior a de estrangeiros, bem como a possibilidade destes serem dispensados antes dos nacionais quando se constatar excesso de serviço, deve prevalecer o entendimento insculpido no caput do art. 5.º da CRFB, que prega a igualdade e a não discriminação.

Neste sentido é o entendimento do ilustre doutrinador Maurício Godinho Delgado (2016, p. 901):

> Caso seja tido como válido, constitucionalmente, esse preceito de isonomia (art. 358, *caput,* da CLT), sua compreensão deve ser a seguinte: *nenhuma*

> *empresa poderá pagar a trabalhador brasileiro que exerça função análoga* à *que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste.* Na interpretação desse enunciado geral do *caput* do art. 358 da CLT devem ser desprezadas as referências à *proporcionalidade de estrangeiros,* por ser critério manifestamente não recebido pela Constituição da República. Também não deve ser considerado o *juízo de enquadramento* da função análoga a ser feito pelo Ministério do Trabalho, também por ser manifestamente incompatível com a Constituição da República - desde o Texto Máximo de 1946, a propósito.

Deste modo, qualquer intenção em privilegiar o empregado nacional em detrimento dos trabalhadores estrangeiros contraria a CRFB/88, e deve ser rechaçada.

Esse, aliás, foi o entendimento reproduzido na nova Lei do Imigrante, n.º 13.445/2017, em seu artigo 4.º, *in verbis*:

> Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:
> I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;
> (...)

O ordenamento constitucional e infraconstitucional, portanto, estão voltados para a efetivação das garantias e a proteção da pessoa humana do estrangeiro quando em solo brasileiro, atendidas, é claro, as normas atinentes a sua regular entrada e estadia no país.

2.3 O ESTRANGEIRO E O ACESSO A CARGOS PÚBLICOS

Como já registrado, o estrangeiro pode exercer plenamente seus direitos civis, ressalvadas as exceções previstas em lei. Entre essas restrições, contudo, não está a de o natural de outro país ingressar nos quadros da administração pública. É o que se pode entender da análise do artigo 37, I, da CRFB/88:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;
> (...)

No entanto, ante a inexistência de norma regulamentadora essa possibilidade ainda não é usufruída plenamente a amplamente pelos estrangeiros residentes no país.

Os estrangeiros que exercem a profissão de professores, técnicos e cientistas, no entanto, podem ser admitidos pelo Poder Público Federal. É o que se depreende da Lei n. 9.515/97, *in verbis*:

> Art. 1º O art. 5º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em virtude da permissão contida nos §§ 1º e 2º do art. 207 da Constituição Federal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:
> Art. 5º
> § 3º As universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei.

Como se vê, existe lei respaldando a contratação específica destes estrangeiros, melhor sorte não assistindo aos demais, embora haja previsão na CRFB/88.

Por fim, vale destacar os cargos que de maneira alguma podem ser ocupados por estrangeiros, de acordo com o artigo 12 da CRFB/88, quais sejam:

> Art. 12 [...]
> § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:
> I - de Presidente e Vice-Presidente da República;
> II - de Presidente da Câmara dos Deputados;
> III - de Presidente do Senado Federal;
> IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
> V - da carreira diplomática;
> VI - de oficial das Forças Armadas.
> VII - de Ministro de Estado da Defesa

Por ora, desse modo, o trabalho desempenhado pelos estrangeiros em solo brasileiro deve se ater à iniciativa privada, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como regra.

2.4 O TRABALHO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O trabalho é o pilar de toda e qualquer sociedade. Somente por meio dele se chega ao desenvolvimento social e econômico de uma nação. Uma população que trabalha possui condições de ter uma vida digna.

No entanto, o trabalho é, acima de tudo, um agente humanizador uma vez que, além de servir aos propósitos do desenvolvimento de um país, serve para acolher também aqueles que, por razões alheias à sua vontade, se veem obrigados a deixarem seus países de origem em busca de sobrevivência e paz.

Veja-se que o Brasil, ao receber refugiados, está lhes concedendo uma oportunidade de viver, por meio do oferecimento de uma oportunidade de trabalho.

Não é exagerado dizer que o país está devolvendo a dignidade a esses imigrantes. Isso porque, ao trabalhar, o imigrante passa a ter condições de consumo, e de estar em pé de igualdade perante as demais pessoas da sociedade.

Tendo, portanto, a oportunidade de trabalhar, pode o imigrante ter acesso a educação, ao alimento, ao lazer, a saúde e a arte. Torna-se, assim, um sujeito ativo na sociedade. Algo que, em seu país de origem, certamente seria apenas um sonho.

Logo, o trabalho dignifica a pessoa e, especialmente no caso do imigrante, lhe confere a oportunidade de um recomeço, de uma nova vida.

CONCLUSÃO

Por meio da análise das breves exposições até aqui realizadas se pode aferir que o Brasil possui uma legislação destinada a promover a recepção e o bem estar dos estrangeiros no país. Tanto o legislador constitucional, quanto o infraconstitucional, atentos às transformações sociais internacionais, cuidou de tutelar os interesses do imigrante que, por vezes se desloca para Brasil para fugir de conflitos sociais e políticos, de catástrofes e da fome. Prova disso e uma demonstração notória da preocupação com o imigrante, é a recente publicação da Lei do Imigrante, n.º 13.445/2017, elaborada em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, Lei n.º 6.815/80. A nova lei moderniza as relações do país com os imigrantes e se atualiza frente ao cenário internacional.

É imperioso ressaltar que, além de dedicar legislação ao estrangeiro, o legislador constituinte brasileiro cuidou de estabelecer as mesmas garantias aos imigrantes e aos nacionais, notadamente em relação ao exercício dos direitos e deveres fundamentais, ressalvadas as exceções legais.

Ao estrangeiro em solo brasileiro foi garantido por lei o direito de poder trabalhar com carteira assinada e a sim poder prover o sustento seu e de seus

familiares, os quais, repise-se, nem sempre podem acompanhar seus pares, tendo de permanecer em seus países de origem.

A oportunidade de trabalhar tem alçado os imigrantes a uma condição social e econômica ímpar, capaz de lhes propiciar a retomada de sua dignidade. Como já dito, o trabalho dignifica o homem. E, no caso dos imigrantes, vale repisar, representa uma nova oportunidade de viver diante do cenário desolador em que se encontravam.

Portanto, em razão de tantas tensões, problemas sociais, conflitos políticos e guerras civis, pessoas são forçadas a viver em condições sub-humanas, não lhes restando outra alternativa a não ser procurar abrigo em lugar seguro. Certamente, em que pesem os diversos problemas existentes, o Brasil pode ser considerado um lugar que, por meio do oferecimento de oportunidades de trabalho, possui condições de devolver aos imigrantes, notadamente os refugiados, sua condição de ser humano com todas as prerrogativas inerentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 5.452/1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.445/17**. Institui a Lei do Imigrante. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em 10 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 6.815/80**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 10 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 6.975/2009**. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm>. Acesso em 10 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 9.515/97**. Dispõe sobre a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades e pelas instituições de pesquisa científica e tecnológica federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9515.htm>. Acesso em 12 jul. 2014.

CONCEITO DE ESTRANGEIRO. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/estrangeiro/>. Acesso em 10 jul. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15.ed. São Paulo: LTr Editora, 2016.

G1. **Brasil autoriza permanência definitiva de 44 mil refugiados haitianos**. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/11/brasil-autoriza-permanencia-definitiva-44-mil-refugiados-haitianos.html>. Acesso em 10 jul. 2017.

G1. Milhares de venezuelanos deixam o país para recomeçar no Brasil. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/05/milhares-de-venezuelanos-deixam-o-pais-para-recomecar-no-brasil.html>. Acesso em 10 jul. 2017.

POLÍCIA FEDERAL. Estrangeiro. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/estrangeiro>. Acesso em 10 de julho de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais a Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2013.

REDIRECIONAMENTO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL E INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS ADEQUADOS

Jeison Francisco de Medeiros[88]
José Setembrino Medeiros[89]
Carlos Leonardo Salvadori Didoné[90]

RESUMO

A necessidade de se assegurar a organização e procedimentos adequados leva à reflexão sobre a possibilidade de aplicação das regras do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no ato processual de redirecionamento de execução fiscal. Para isso, a partir de pesquisa bibliográfica em obras doutrinárias, legislação e jurisprudência, busca-se entender a finalidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, bem como a natureza jurídica do incidente de desconsideração e, por fim, esclarecer a aplicação daquele incidente no ato de redirecionamento do processo de execução fiscal. A interpretação a ser efetuada para a correta aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, seja no âmbito do Direito privado, seja no âmbito do Direito público, deve-se dar sempre a partir das normas e princípios constitucionais, visando-se a garantia e eficácia dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Incidente. Redirecionamento do processo de execução fiscal. Direito a procedimento e organização.

1 INTRODUÇÃO

O tema referente à desconsideração da personalidade jurídica não é novo no cenário jurídico brasileiro, tendo-se iniciado o seu debate na década de 1960 e positivado no direito objetivo pátrio a partir da década de 1990, porém, somente em 2016 é que passou a possuir um procedimento de aplicação, denominado de

[88] Mestre em Direitos Fundamentais pela UNOESC de Chapecó/SC; Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Advocacia e UnC – Universidade do Contestado de Curitibanos/SC; Especialista em Direito Tributário pela UNOESC de Joaçaba/SC; Professor de Direito Processual Civil e Direito Tributário e ainda coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da UnC – Universidade do Contestado de Curitibanos/SC; Membro do Grupo de Pesquisas em Direito processual Civil pela UnC - Universidade do Contestado de Curitibanos/SC; Advogado e Bacharel em Direito pela UnC de Curitibanos/SC.

[89] Graduado em Ciências Contábeis pela UnC - Universidade do Contestado (1998), graduado em Direito UnC - Universidade do Contestado (2005). Pós-graduado em Segurança Pública pela Universidade do Contestado (2012). Endereço eletrônico: binhoppprb@hotmail.com.

[90] Graduado em Direito pela FURB (1994), pós-graduado em Direito Processual Civil pela FURB (1999), pós-graduado em Direito e Gestão Ambiental pelo CESUSC (2005). Endereço eletrônico: carlosdidone@brturbo.com.br.

incidente de desconsideração da personalidade jurídica, em observância a princípios fundamentais, em especial ao devido processo legal.

A partir disso, o que se tem percebido é o crescente debate sobre a aplicação desse incidente na esfera do Direito tributário, de forma específica no redirecionamento da execução fiscal diante do preceito legal do art. 135, III do Código Tributário Nacional, inclusive com defensores da tese de não aplicação do referido incidente, com argumentos de que o redirecionamento da execução fiscal se trata de responsabilização pessoal de determinadas pessoas, o que difere da desconsideração da personalidade jurídica, bem como de que desprestigiaria a celeridade que se pretende estabelecer com o rito da execução fiscal.

Para solucionar essa reflexão, há a necessidade de se compreender a finalidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica a partir de seus elementos históricos, conceituais e procedimentais; identificar a natureza jurídica do redirecionamento da execução fiscal, prevista no art. 135, III do CTN e, por fim, esclarecer o questionamento sobre a possibilidade de aplicação do incidente de desconsideração no ato de redirecionamento da execução fiscal.

É importante não perder de vista que no atual momento do Direito brasileiro toda e qualquer interpretação e aplicação da legislação, seja material ou processual, deve se dar a partir da Constituição Federal, observando-se o comando dos princípios e direitos fundamentais carregados de valores que proporcionam verdadeiro sentido às normas jurídicas.

A partir daí se evidencia a importância do tema em destaque, já que a regulamentação processual de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica representa prestígio ao direito fundamental de organização e procedimentos adequados, valorizando princípios constitucionais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

A presente pesquisa se deu por meio de pesquisa bibliográfica em obras doutrinárias, revistas jurídicas, artigos científicos bem como na legislação e jurisprudência brasileira, e pretende enfatizar a necessidade de que toda e qualquer norma jurídica deve ter sua interpretação e aplicação com base nos princípios constitucionais, visando assegurar sempre um processo justo, com respeito aos princípios e direitos fundamentais.

2 TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para a compreensão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, objetiva-se, neste tópico, o seu esclarecimento a partir de aspectos históricos e conceituais bem como estabelecer sua finalidade; entender a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em face dos sócios, e, ainda, tratar da parte processual para sua aplicação, sendo o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no novo Código de Processo Civil.

2.1 ELEMENTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS SOBRE A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Todo aquele que exerce atividade econômica nos termos do art. 966 do Código Civil passa a ser considerado como empresário, individual ou sociedade empresária, tendo em vista compreender os elementos de empresa e, por esse motivo, passa a assumir algumas obrigações impostas por lei (art. 967 do CC), que, no caso em questão, resulta na obrigatoriedade de efetuar seu registro na Junta Comercial, bem como efetuar o arquivamento de toda e qualquer alteração no contrato social.

A formalização do registro do empresário na Junta Comercial compreende a efetivação da sua personalidade jurídica, instituindo, assim, uma pessoa com aptidão para contrair direitos e obrigações, inclusive com patrimônio próprio, independente do patrimônio dos sócios que compõem o seu quadro social. “Sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá pelas suas obrigações que assumir. Os sócios, em regra, não responderão pelas obrigações da sociedade” (COELHO, 2014, p. 143).

Quando a pessoa jurídica, seja empresário individual ou sociedade empresária, foge de seus deveres legais, contratuais e/ou estatutários, causando prejuízos a terceiros, surge a possibilidade de se abrir a cortina da proteção patrimonial dos sócios, passando seus bens pessoais a responder pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica que, outrora, continha sua personalidade jurídica intacta e protegendo o patrimônio daqueles que compõe seu quadro social, o que é denominado de desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem como marco histórico o caso *Salomon v. Salomon & Co.,* julgado pelas Cortes Britânicas em 1897. Trata-se de *leading case* em que o britânico Aaron Salomon fundou uma pessoa jurídica, compondo seu quadro social com ele, que detinha maior parte das cotas societárias, e sua família. Contudo, para integralizar seu capital, Aaron Salomon efetuou empréstimo de sua pessoa física para a pessoa jurídica, estabelecendo que ficaria com a preferência na cobrança desse crédito em detrimento aos demais credores. Quando sua pessoa jurídica acumulou dívidas superiores ao passivo, os credores ficaram prejudicados, não podendo cobrar seus créditos, o que levou a justiça britânica a considerar a pessoa jurídica *Salomon & Co* como uma extensão do patrimônio de seu sócio majoritário e, assim, afastando sua personalidade jurídica para satisfazer o crédito dos demais credores com o patrimônio de Aaron Salomon (KOURY, 1993, p. 64).

A decisão de primeira instância acabou sendo reformada pela Câmara dos Lordes que entendeu não poder o sócio responder pessoalmente pelas dívidas contraídas pela sociedade.[91]

Em relação ao direito brasileiro, verifica-se o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na década de 1960, tendo como pioneiro o professor paranaense Rubens Requião[92] que, a exemplo de países europeus que, na época, vinham já enfrentando casos semelhantes, defendeu a aplicação da referida teoria.

Sua regulamentação efetiva se materializou apenas na década de 1990 por meio da lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, seguida das leis 8.884/94[93]

[91] Apesar de Salomon haver utilizado a companhia como escudo para lesar os demais credores, a Câmara dos Lordes, reformando as decisões de instâncias inferiores, acatou a sua defesa, no sentido de que, tendo sido validamente constituída, e não se identificando a responsabilidade civil da sociedade como a do próprio Salomon, este não poderia, pessoalmente, responder pelas dívidas sociais. (GAGLIANO, 2010, p. 274).

[92] O Professor paranaense Rubens Requião foi o primeiro jurista nacional a tratar da matéria de forma sistematizada entre nós, e, bem assim, assumiu uma linha de vanguarda, a propugnar a compatibilização entre a teoria de desconsideração e o direito brasileiro, sem que houvesse, em nossa ordem jurídica, dispositivo legal expresso a respeito. (COELHO, 1989, p. 33).

[93] Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(Lei antitruste) já revogada pela Lei 12.529/2011 e 9.605/98[94] (lei sobre crimes ambientais).

Posteriormente, a matéria foi regulada também no Código Civil Brasileiro, lei 10.406/2002, em seu artigo 50 que, de forma geral, especifica que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Pelo dispositivo legal previsto na norma civilista, tem-se que os requisitos para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica são o abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial.

São elementos que indicam a utilização da personalidade jurídica, por parte dos sócios, para fins não condizentes com o que fora proposto em seu contrato ou estatuto social, ou ainda, fins diversos daqueles previstos em leis.

Contudo, quando se verifica as demais legislações anteriormente mencionadas, como de relação consumeirista e ambiental, tem-se que, além dos requisitos verificados no código civil brasileiro, outras condutas como a própria insolvência da pessoa jurídica ou seu encerramento de forma irregular já são suficientes para ensejar a aplicação da teoria em questão, o que dá ensejo ao que é denominado de teoria maior e teoria menor.

2.2 TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Em relação ao tema da desconsideração da personalidade jurídica, a teoria maior, regra geral utilizada do Direito brasileiro, exige a demonstração de fraude à lei ou ao contrato social. Quando envolve casos de consumidor, relação de trabalho ou ainda ambiental tem-se a aplicação da teoria menor, onde a mera prova da insolvência da pessoa jurídica e a prova de haver patrimônio em nome dos sócios,

[94] Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

ou ainda o encerramento irregular da pessoa jurídica já é suficiente para ensejar sua aplicação.

Observando o art. 28 e incisos da Lei 8.078/1990, que trata do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se com exatidão os requisitos que autorizam a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, como sendo o abuso de direito, o excesso de poder, a infração da lei, a existência de fato ou ato ilícito, a violação dos estatutos ou contratos sociais, a falência, estado de insolvência e o encerramento ou inatividade da pessoa jurídica quando provocada por má administração.

> De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigação daquela. [...] equivale, em outros termos, à simples eliminação do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus integrantes (COELHO, 2005, p. 266).

Ressalte-se aqui que no Direito do trabalho a teoria menor é também aplicada nas relações por ele abrangidas. Em que pese não haver previsão legal na CLT, fundamenta-se a sua utilização com base nos princípios da igualdade substancial e ainda da teoria do risco da atividade econômica

Quando se trata da teoria maior, com mais frequência utilizada no direito civil e empresarial, onde as relações presumem-se em equivalência de posições, a desconsideração da personalidade jurídica assume maior dificuldade em sua aplicação tendo em vista que os pressupostos necessários à sua configuração se limitam à demonstração de fraude à lei ou ao contrato social, sendo esse o entendimento do STJ que recentemente se pronunciou no REsp 1337956/SC[95], que teve como relator o Ministro Raul Araújo, da Quarta Turma, julgado em 15.12.2016.

[95] Nas relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas).
[...]
A desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio de terceiros, é medida excepcional, sendo admitida apenas quando comprovados os seus requisitos, o que não ocorreu no caso.

2.3 CONCEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Conforme evidenciado acima, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ganhou relevo no Direito brasileiro a partir de sua positivação no código de defesa do consumidor, sendo, posteriormente, prevista em demais legislações.

Sua finalidade é afastar a autonomia patrimonial que a pessoa jurídica possui por ocasião da personalidade adquirida quando de sua inscrição no órgão competente, e possibilitar que o patrimônio dos sócios possa responder pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica de que façam parte no quadro social, sempre que suas atitudes impliquem desvio de finalidade, fraude à lei ou ainda contrato social.

Outrossim, deve ficar enfatizado que a desconsideração da personalidade jurídica não a desconstitui, de sorte que a pessoa jurídica continua em suas atividades, com seus atos negociais válidos posto que a decisão judicial tem o condão apenas de ingressar no patrimônio pessoal dos sócios.[96]

Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 280) explica que “o afastamento da personalidade deve ser temporário e tópico, perdurando, apenas no caso concreto, até que os credores se satisfaçam no patrimônio pessoal dos sócios infratores, verdadeiros responsáveis pelos ilícitos praticados”.

Por esse exposto, pode-se entender, então, a desconsideração da personalidade jurídica como o ato, motivado por decisão judicial, a pedido da parte ou do Ministério Público, que, temporariamente, afasta a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para que seus credores possam satisfazer seu crédito sobre o patrimônio pessoal dos sócios, sempre que na administração da pessoa jurídica, tenham agido com desvio de finalidade, fraudando a lei ou o contrato social em prejuízo daqueles credores, podendo, ainda, abranger casos de encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica ou ainda a mera inadimplência perante os credores por insolvência.

[96] A desconsideração da pessoa jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas a sua eficácia episódica. Uma sociedade que tenha autonomia patrimonial desconsiderada continua válida, assim como válidos são todos os demais atos que praticou. A separação patrimonial em relação a seus sócios é que não produzirá nenhum efeito na decisão judicial referente àquele específico ato objeto de fraude, tais como a anulação ou dissolução da sociedade. (COELHO, 2014, p.157).

2.4 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O instituto de desconsideração da personalidade jurídica não possuía, até a edição da lei 13.105/2015, regulamentação de caráter processual para sua aplicação. O que se tinha, até então, eram previsões de direito material (código civil, ambiental e consumidor) prevendo em que momentos e situações poderia ser requerido ao juiz a sua aplicação, mas não, necessariamente, de que forma isso se daria.

Por esse motivo, o novo Código de Processo Civil inovou ao incluir a regulamentação desse incidente, inclusive dentro do instituto de intervenção de terceiros no processo. A medida foi acertada, tendo em vista que quando da desconsideração da personalidade jurídica, passando a abranger os bens dos sócios, pessoas físicas, o que se tem é o ingresso no processo de pessoas diversas daquelas que compõe a relação processual até então existente.

Além disso, de se evidenciar que, se haverá a possível constrição do patrimônio de terceiras pessoas, até então não integrantes da relação processual, nada mais coerente do que se abrir um incidente para apurar a real necessidade e justiça dessa decisão, em homenagem e respeito ao direito fundamental do devido processo legal.

Observando os arts. 133 a 137 do NCPC, tem-se a regulamentação desse incidente, o que resulta claro quando poderá ser proposto, quem terá legitimidade e qual o objeto de seu fundamento.

O incidente de desconsideração poderá ser proposto a pedido da parte ou do Ministério Público, quando a este couber intervir no processo. Poderá, ainda, ser proposto em todas as fases do processo de conhecimento, inclusive na petição inicial (sendo que neste caso dispensa-se a instauração do incidente), do cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial. Terá por causa de pedir os elementos constantes da legislação material que autorizam a desconsideração, e que deverão ficar devidamente demonstrados e comprovados.

Uma vez protocolizado o pedido, o que suspenderá o processo quando incidental, a parte adversa terá o prazo de 15 dias para apresentar defesa e, após, passa-se à sua instrução com posterior decisão judicial, que será interlocutória.

Portanto, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica vem dar efetividade ao princípio do devido processo legal, previsto na Constituição de 1988, art. 5º, LIV, que estabelece como direito fundamental que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e, desta forma, assegurando o respeito ao “processo justo”97, que deve ser observado por todos.

3 REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Apesar de o Direito privado tratar da matéria relacionada à desconsideração da personalidade jurídica, que tem por finalidade afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e, assim, poderem os credores satisfazer seu direito de crédito nos bens pessoais dos sócios, o Direito tributário, que é ramo do Direito público, traz previsão semelhante quando possibilita a responsabilidade pessoal do gerente, diretor ou administrador da pessoa jurídica pelos créditos tributários correspondente a obrigações derivadas de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto. Por isso, neste tópico, objetiva-se identificar a natureza jurídica do redirecionamento da execução fiscal e a possibilidade desse redirecionamento da execução fiscal aos bens pessoais dos sócios.

[97] O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas e para a formação de precedentes. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. 2015, p. 489).

3.1 SUJEITO PASSIVO NA EXECUÇÃO FISCAL E O RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO

A Lei de execução fiscal, n° 6.830/80, prevê em seu art. 4º[98] quem poderá compor o pólo passivo da ação de execução fiscal, sendo o contribuinte e o responsável tributário, quando for o caso.

O art. 121 do CTN estabelece que pode ser sujeito passivo da obrigação tributária o contribuinte, ou seja, aquele que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, ou ainda o responsável tributário, como sendo aquele que, sem revestir a situação de contribuinte, tiver sua obrigação decorrente de disposição expressa de lei.

Pode-se dizer que o "contribuinte é o sujeito passivo direto. Sua responsabilidade é originária, existindo uma relação de identidade entre a pessoa que deve pagar o tributo (e/ou multa) e a que participou diretamente do fato imponível, dele se beneficiando economicamente" (SABBAG, 2013, p. 711).

Já em relação ao responsável tributário, Hugo de Brito Machado (2007, p. 178) explica que a palavra responsabilidade pode ter um sentido amplo e outro estrito. Segundo o autor:

> Em sentido amplo, é a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do fisco de exigir a prestação da obrigação tributária. Essa responsabilidade vincula qualquer dos sujeitos passivos da relação obrigacional tributária. Em sentido estrito, é a submissão em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte,

[98] Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:
I - o devedor;
II - o fiador;
III - o espólio;
IV - a massa;
V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e
VI - os sucessores a qualquer título.
§ 1º - Ressalvado o disposto no artigo 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.
§ 2º - À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.
§ 3º - Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.
§ 4º - Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos artigos 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional.

> mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do fisco de exigir a prestação respectiva.

Contudo, essa pessoa a que a legislação atribui a qualidade de responsável tributário não pode ser qualquer pessoa, mas sim aquela que tenha certa vinculação com o fato gerador da obrigação tributária correspondente, a teor do que preceitua o art. 128 do CTN[99], podendo ser "um sucessor ou um terceiro e responder solidária ou subsidiariamente, ou ainda por substituição" (PAUSEN, 2004, p. 914).

Por outro lado, as convenções particulares que tenham o condão de prever responsabilidade tributária pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes, conforme previsão do art. 123 do CTN.

Deste modo, em relação à responsabilidade tributária prevista nos artigos 129 a 138 do CTN, tem-se como modalidades a responsabilidade por substituição e por transferência, sendo que nesta última estão abrangidas as responsabilidades de terceiros, por solidariedade e dos sucessores.

O responsável tributário por substituição surge antes mesmo do fato gerador, substituindo o contribuinte desde o nascimento da obrigação tributária. É o caso do imposto de renda a ser recolhido na fonte pelas pessoas jurídicas em relação aos seus empregados. O contribuinte é o empregado de quem é descontado o respectivo imposto, mas a responsabilidade para tal encargo é da pessoa jurídica. O mesmo ocorre no caso do ICMS.

A responsabilidade tributária por transferência ocorre motivada por fato surgido após a ocorrência do fato gerador, onde passa um terceiro a ocupar o lugar do contribuinte. Identifica-se aí, pois, que "o responsável tributário (responsabilidade por transferência) responde por débito alheio, enquanto o substituto tributário (responsabilidade por substituição) responde pelo próprio débito" (SABBAG, 2013, p.722).

Nessa modalidade de responsabilidade tributária, pode-se evidenciar sua divisão em três espécies, quais sejam, por solidariedade, previstas nos artigos 124 e 125, dos sucessores (arts. 130 a 133) e de terceiros (arts. 134 e 135).

[99] Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

No caso em estudo, será abordado a responsabilidade por transferência de terceiros, mais especificamente aquela prevista no inciso III do art. 135 do CTN, derivada não da transferência de bens, mas do dever de cuidado, de zelo, a que devem algumas pessoas se ater quando na condição de administradores, gerentes ou diretores de pessoa jurídica de direito privado.

3.2 REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL NOS CASOS DO ART. 135, III DO CTN

Nos termos do art. 135, III do CTN, são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com "excesso de poderes"[100] ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Para que surja a responsabilidade tratada nesse dispositivo legal, não basta apenas que se trate de diretor, gerente ou representante de pessoa jurídica, mas que, aliado a isso, sua conduta dolosa, derivada de excesso de poder ou infração à lei, resulte em obrigações tributárias.

Como exemplo de infração à lei, autorizadora, portanto, da responsabilização pessoal das pessoas mencionadas no inciso III do art. 135 do CTN, encontra-se o fato de haver a dissolução irregular da sociedade, mediante a mera paralisação de suas atividades, o que, inclusive, já foi sumulado pelo STJ, conforme se tem do texto da Súmula 435 daquele Superior Tribunal, de que "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente."

Neste aspecto deve ser frisado que a paralisação ou encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica deve se dar por dolo do administrador, sócio gerente ou diretor, ou seja, de quem esteja no comando, conforme já se posicionou o STJ no REsp. 638.326/RS, 1ª T, Rel. Min. Falcão, julgado em 29/09/2004.[101]

[100] O terceiro age por conta própria, além dos poderes que a norma legal, contratual ou estatutária lhe confere, isto é, subvertendo as obrigações que foram outorgadas. (SABBAG. 2013, p. 752).

[101] [...] as hipóteses de responsabilidade tributária previstas no art. 135 do CTN não se fundam no mero inadimplemento da sociedade, mas na conduta dolosa ou culposa, especificamente apontada pelo legislador, por parte do gestor da pessoa jurídica. Portanto, dentre os requisitos para a caracterização da responsabilidade tributária do sócio-gerente, inclusive nas hipóteses de dissolução irregular da sociedade, está o elemento subjetivo, ou seja, a atuação dolosa ou culposa. [...]

Há ainda quem defenda que “a dissolução irregular só poderia autorizar a responsabilização pessoal dos administradores se ela própria tiver sido determinante para o nascimento da relação jurídica tributária” (BRUPENMACHER, 2016. p. 133).

Por outro lado, o simples inadimplemento de crédito tributário não constitui infração à lei capaz de ensejar a responsabilização dos sócios gerentes, administradores ou ainda diretores da pessoa jurídica.

Neste sentido é a súmula 430 da STJ, especificando que “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

Por derradeiro, deve ficar esclarecido também que, a teor da disposição literal do inciso III do art. 135 do CTN, somente os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado é que serão os responsáveis tributários conforme tratado até aqui, sejam sócios ou não. Isso quer dizer que os demais sócios que não figurem na condição de diretor, gerente ou administrador não poderão ser responsáveis nos termos do comando legal em análise.[102]

> A presunção que se extrai do comum da vida e da sistemática seguida pelo CTN é a de que o abuso de gestão deve sempre ser imputado aos sócios que se acham investidos na administração da sociedade, e não a todos indistintamente (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 49).

Evidenciado, portanto, o excesso de poder ou, ainda, a infração à lei praticados por diretor, gerente ou administrador de pessoa jurídica e que gerem créditos derivados de obrigações tributárias não adimplidas a tempo e modo, cabe à Fazenda Pública efetuar a sua cobrança por meio de ação de execução fiscal, sendo esta a modalidade de ação judicial cabível para cobrança dos créditos tributários.

Desse modo, poderá a Fazenda Pública propor a ação de forma direta contra o contribuinte e o responsável tributário ou, ainda, apenas em face do contribuinte e, no curso da execução fiscal, requerer ao juiz da causa o seu redirecionamento para o responsável tributário, nos termos do inciso III do art. 135 do CTN.

[102] Neste sentido, Hugo de Brito Machado (2007, p. 187), explica que “de todos esses dispositivos legais se conclui que a regra é a de que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado *não* respondem pessoalmente pelos tributos devidos por tais pessoas jurídicas. E a exceção é a de que existirá tal responsabilidade em se tratando de créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.”

No primeiro caso, para que a ação possa ser proposta em face do responsável tributário, já figurando como corresponsável no pólo passivo da execução fiscal, deverá a Fazenda Pública se certificar de que o responsável tributário assim consta na Certidão de Dívida Ativa, e mais, que o crédito tributário ali em cobrança foi devidamente lançado e inscrito em dívida ativa, nos termos dos arts. 142 e 201 a 204, todos do CTN, onde tenha se apurado a responsabilidade daquelas pessoas constantes do art. 135. Nesse caso, não apenas as constantes do inciso III, mas também I e II, o que abrange, inclusive, as pessoas mencionadas no art. 134 do CTN.

Humberto Theodoro Junior (2008, p. 40), ao comentar a Lei de Execução fiscal explica que

> A corresponsabilidade tributária não pode, em regra, decorrer de simples afirmação unilateral da Fazenda no curso da execução fiscal. Reclama, como é curial, apuração pelos meios legais, e só depois do indispensável acertamento do fato que a tiver gerado é que a responsabilidade do estranho poderá ser havida como líquida e certa.

Nessa situação apontada, portanto, o responsável tributário pode figurar no pólo passivo da execução fiscal em litisconsórcio com o devedor principal desde o seu início, mas desde que, como dito, sua condição de responsável tenha se dado em processo administrativo que apurou sua condição de diretor, gerente ou administrador da pessoa jurídica contribuinte e que tenha agido com excesso de poder ou infração à lei.

Como a CDA goza de presunção de certeza, a qual, diga-se de passagem, é relativa, admitindo prova em contrário, presumir-se-á que a ampla defesa e o contraditório do responsável foram observados. Conforme já decidiu o STJ, “Nos termos da jurisprudência desta Corte, "Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80." (STJ, REsp 94663/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016).

Situação diversa ocorre quando a execução fiscal já está em andamento e a Fazenda Pública requer ao juiz da causa o seu redirecionamento, para trazer ao pólo passivo da execucional o sócio gerente, diretor ou administrador da pessoa jurídica por conduta dolosa que tenha resultado em excesso de poder ou infração à

lei ou ao contrato social, nos termos do art. 135, III do CTN. Nessa situação, o responsável tributário não constará da CDA, mas passará a fazer parte do polo passivo da ação de execução.

Para que seja possível a inclusão daquelas pessoas no pólo passivo da execução fiscal quando já em andamento, o que é denominado tecnicamente de redirecionamento da execução fiscal, deve a Fazenda Pública instruir seu pedido com elementos probatórios das condutas mencionadas no art. 135, III do CTN, já que a mera alegação não pode servir de fundamento para embasar seu pedido.[103]

Neste sentido o STJ já se posicionou, reafirmando recentemente que

> A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, ausente o nome do sócio da CDA, cabe à exequente o ônus da prova em demonstrar a existência de situações que admitam o redirecionamento, tais como aquelas descritas no art. 135 do CTN, bem como a ocorrência de dissolução irregular nos termos preconizados pela Súmula 435/STJ (presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente). (STJ Resp. 1338851/BA. Rel. Min. Diva Malerbi, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016).

Pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, aliada ao comando legal do art. 135, III do Código Tributário Nacional, tem-se, então, a possibilidade de se redirecionar os atos expropriatórios pretendidos com a ação de execução fiscal contra o patrimônio pessoal dos sócios diretores, administradores ou gerentes da pessoa jurídica, mas desde que a Fazenda Pública demonstre os fundamentos de fato e de direito que embasam seu pedido.

Se trata de ônus processual da Fazenda[104] em demonstrar que o fato gerador da obrigação tributária em questão ocorreu na mesma época da gerência exercida pela pessoa física contra quem se redireciona a execução fiscal, já que, se deferido seu pedido, o principal efeito é a constrição de seus bens pessoais.

---

[103] Melhor esclarecendo, para a aplicação da regra de responsabilização pessoal prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional, a Autoridade fazendária deverá comprovar a infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, quando for desencadeadora do nascimento da relação jurídica tributária. Ao sujeito passivo, por sua vez, incumbirá a prova de que foi diligente na administração da empresa, cumprindo todos os deveres decorrentes de tal múnus e que não praticou atos abusivos da personalidade jurídica. O executado deverá, portanto, fazer prova positiva da sua ação responsável e não prova negativa de uma atuação dolosa. (GRUPENMACHER, 2016, p. 134).

[104] Leandro Pausen (2004, p. 963) evidencia que "[...] em se tratando de redirecionamento com suporte na responsabilidade de que trata o art. 135, III do CTN, o Juiz deve exigir do exequente que demonstre que o sócio exerceu a gerência na época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e que a obrigação decorre de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Portanto, uma vez iniciada a execução fiscal em face de pessoa jurídica e, no seu curso, se constatando que a relação jurídico-tributária em evidência se originou de atos praticados com excesso de poder, infração à lei, ao contrato social ou estatutos, por pessoas que, sendo sócios ou não, tenham exercido a direção, gerência ou representação da pessoa jurídica, caberá o seu redirecionamento para constrição dos bens dessas pessoas físicas.

Deve ser esclarecido, nesse aspecto, se o redirecionamento da execução fiscal em face daqueles responsáveis tributários constante do art. 135, III do CTN, pode ser caracterizado como desconsideração da personalidade jurídica ou se trata de responsabilização pessoal e direta daquelas pessoas.

Em tópico anterior, verificou-se que a desconsideração da personalidade de uma pessoa jurídica, seja no âmbito de direito civil, consumeirista ou ainda ambiental, ocorre por condutas praticadas de acordo com o respectivo comando legal, podendo responder com patrimônio pessoal, além dos administradores, também os sócios, estando ou não na qualidade de administrador, diretor ou sócio gerente. Contudo, o que chama a atenção é que nesse caso a responsabilidade é da pessoa jurídica, e não daquelas pessoas constantes da administração ou do quadro social da pessoa jurídica.

No caso do redirecionamento da execução fiscal para as pessoas que ocupem qualidade de gerente, administrador ou diretor da pessoa jurídica, o comando legal do art. 135 do CTN trata de responsabilidade pessoal dessas pessoas, o que dá a entender que essa responsabilização pessoal surge por infração à lei, ao contrato ou ainda ao estatuto social da pessoa jurídica, originado de conduta dolosa daquelas pessoas.

Conforme explica Sabbag (2013, p. 751) “em geral, o contribuinte aqui é vítima de atos abusivos, ilegais ou não autorizados, cometidos por aqueles que o representam, razão pela qual se procura responsabilizar pessoalmente tais representantes, ficando o contribuinte, em princípio, afastado da relação obrigacional”.[105]

Diante destas situações, o que se percebe é que o redirecionamento da execução fiscal em face das pessoas constantes do art. 135, III do CTN não pode

[105] No mesmo posicionamento já se posicionou Ivens Granda Martins, no sentido de que “um outro aspecto a analisar, de plano, é se a responsabilidade das pessoas mencionadas no referido artigo, quando agindo em nome de pessoas jurídicas, excluiria a responsabilidade destas. Entendo que sim, embora não seja opinião dominante. (MARTINS. 1998, p. 261/262)

ser tratado como desconsideração da personalidade jurídica [106], mas sim de responsabilização pessoal daqueles já citados.[107]

Neste caso, outra indagação que surge, e que constitui a problemática da pesquisa em questão, é se poderia se aplicar na execução fiscal o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 do CPC, quando do deferimento do redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do gerente, administrador ou diretor, o que será tratado no próximo tópico.

4 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA APLICADO NA EXECUÇÃO FISCAL

Para verificar a possibilidade de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo de execução fiscal, se faz necessário compreender, antes de tudo, que o sistema jurídico brasileiro compreende um complexo de normas hierarquizadas entre si, sendo que no topo está a norma fundamental, sob a qual todas as demais estão posicionadas e devem estar de acordo.

A Constituição Federal de 1988, lei máxima no ordenamento jurídico brasileiro, prevê uma série de direitos humanos positivados, ou seja, direitos fundamentais[108], que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado, seja na sua relação direta com os indivíduos ou na relação existente entre esses indivíduos em particular, o que passa a ser um direito subjetivo do indivíduo perante o Estado[109].

> Por esse entendimento, os direitos fundamentais encontram duas dimensões quando de sua realização, uma dimensão liberal clássica, que se volta à proteção contra ações de interferências do Estado sobre aqueles

[106] Em sentido oposto, entendendo que o redirecionamento da execução fiscal se enquadra como desconsideração da personalidade jurídica: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil.** Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 106.

[107] Posicionando-se neste sentido, ou seja, que as condutas do art. 135, III do CTN não autorizam desconsideração da personalidade jurídica e sim responsabilização pessoal: PAUSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.** 6.. Ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Revista do advogado, 2004, p. 338;

[108] Os direitos fundamentais são os direitos gravados intencionalmente em uma constituição, com o intuito de transformar os direitos humanos em direito positivo – a intenção, em outras palavras, é de positivar os direitos humanos. (ALEXY, 2015, p. 168).

[109] Robert Alexy (2015, p.445), considera os direitos prestacionais um direito subjetivo a que o Estado promova os direitos fundamentais, ao que lhes atribui de direito a prestações. Na visão do referido autor, direito a prestações seria, em sentido amplo, um direito subjetivo a ações positivas do Estado na realização dos direitos fundamentais.

> direitos considerados de primeira geração, como a liberdade, a igualdade, a segurança, e uma outra dimensão relacionada com ações positivas que o Estado deve adotar, denominadas de prestacionais, e que geram aos cidadãos o direito a prestações positivas por parte do Estado na garantia, promoção e efetivação de direitos fundamentais, mais relacionados com os direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, os direitos sociais. (MEDEIROS, 2016, p. 90).

Esses direitos fundamentais geram um custo relativamente alto ao Estado, o que leva à obrigação de todos, ante o princípio da solidariedade, em financiar a repartição do necessário à efetivação dos direitos fundamentais, gerando, nessa perspectiva, a obrigação do Estado em tributar seus contribuintes. “A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar seus fins sociais a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica” (MACHADO, 2007, p. 56).

A relação existente, portanto, entre o Estado e o contribuinte na arrecadação dos tributos é tida, no Estado Constitucional Democrático, como uma relação jurídica e não mais como uma relação de poder outrora existente.[110]

Sendo relação jurídica, na sua função arrecadatória para a efetivação de direitos fundamentais, quando de sua realização de políticas públicas, deve o Estado observar demais direitos fundamentais dos contribuintes, relativamente àqueles relacionados à fiscalização, arrecadação e cobrança de tributos, exigindo que se promova e respeite o direito do contribuinte à organização e ao procedimento adequado, ou seja, a um processo justo.

> Os direitos fundamentais são realizados amplamente na medida em que são observados os procedimentos adequados para sua efetivação, seja do ponto de vista dos direitos de defesa seja dos direitos à proteção. Por isso, é verificada a necessidade de que os direitos fundamentais sejam efetivados por meio de estruturas organizacionais e procedimentais e que, antes disso, haja estruturas organizacionais e de procedimento conferindo o meio de realização das prestações estatais (MEDEIROS, 2016, p. 94).

Robert Alexy (2015, p. 472) pondera que “os procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o resultado é obtido por meio da observância dessas regras e ou respeito aos princípios então, ele deve, do ponto de vista procedimental, ser classificado positivamente”.

[110] Importante, porém, é observar que a relação de tributação não é simplesmente relação de poder como alguns têm pretendido que seja. É relação jurídica, embora o seu fundamento seja a soberania do Estado. Sua origem remota foi a imposição do vencedor sobre o vencido. Uma relação de escravidão, portanto. (MACHADO, 2007, p. 59).

É possível enfatizar que o princípio do devido processo legal resulta do direito fundamental da pessoa à organização e procedimentos adequados, tanto na elaboração da norma em si, quanto na sua interpretação e aplicação, o que demonstra a necessidade de aplicação do incidente de desconstituição da personalidade jurídica, prevista no art. 133 do CPC, no processo de execução fiscal, quando do seu redirecionamento para as pessoas previstas no art. 135, III do CTN.

Conforme evidenciado no tópico acima, quando tratado especificamente desse incidente, uma vez havendo a desconsideração da personalidade jurídica o que se tem é a participação de uma terceira pessoa no processo, estranha à relação processual outrora iniciada, motivo que torna mais do que justificado lhe proporcionar a ampla defesa e o contraditório, ou seja, o devido processo legal, para se averiguar sua responsabilidade nos fatos então envolvidos.

Situação semelhante é a ocorrida quando do redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do gerente, administrador ou diretor da pessoa jurídica executada. Ora, a ralação processual iniciada é entre a Fazenda Pública e a pessoa jurídica e, quando do seu redirecionamento, nos termos do art. 135, III do CTN, o que haverá é a entrada de uma terceira pessoa. Desta forma, como a lei de execução fiscal, 6830/1980, não regula o procedimento de defesa dessa terceira pessoa, cabe a aplicação do incidente previsto no art. 133 do CPC, até mesmo por força do art. 1º LEF, que prevê a aplicação subsidiária do CPC.

Diante da atualidade do tema, tendo em vista que esse incidente de desconsideração foi inovação apresentada com o atual Código de Processo Civil, posicionamentos de ambos os lados surgem e divergem, havendo quem entenda pela não aplicação do referido incidente nas execuções fiscais, ao fundamento de sua incompatibilidade com a celeridade que o processo de execução fiscal procura dar.

É o caso, por exemplo, do Enunciado 53 da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Enfam), segundo o qual “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no artigo 133 do CPC/2015”.

Entendimentos como este, e baseados em fundamentos e argumentos de celeridade processual se tornam afrontosos ao texto constitucional quando demonstram clara violação de princípios e direitos fundamentais. Antes de se pensar

em celeridade, deve-se primar por um processo com duração razoável de tempo, o que exige o entendimento sobre o alcance e a dimensão do princípio da “razoável duração do processo”, sendo este o real direito fundamental que deve ser aplicado e observado.

Isso porque se trata a razoável duração do processo como sendo

> meio essencial de efetividade do acesso à justiça, pois remete à segurança de se poder buscar a tutela jurisdicional de forma segura, a ser entregue de forma justa, observando o princípio do devido processo legal, dentro de um prazo razoável, proporcionando a entrega do provimento almejado com a observância da ampla defesa, contraditório, produção de provas, duplo grau de jurisdição e a se obter uma decisão judicial devidamente fundamentada (MEDEIROS, 2016, p. 118).

Aplicar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal é efetivar e garantir um “processo justo”[111] ao terceiro que ingressa no processo, sendo esse um dever a ser observado, em especial, pelo Estado.

Portanto, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 do CPC, é imprescindível no redirecionamento da execução fiscal em face das pessoas previstas no art. 135, III do CTN, por configurar a regulação de um processo justo, na medida que garante àquelas pessoas o devido processo legal, ou seja, efetiva-se o seu direito fundamental de organização e procedimentos adequados, que também se reveste em limitação ao poder de tributar do Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que medida o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 133 do CPC, pode ser aplicada nos casos de redirecionamento da execução fiscal? Esta foi a questão problema a ser resolvida com a presente pesquisa.

Em que pese haver alguns posicionamentos em sentido contrário à aplicação do referido incidente na seara tributária, conforme exemplificado com o Enunciado

[111] A legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais não são nada mais nada menos do que concretizações do direito ao processo justo. O mesmo se passa com a atuação do Executivo e do Judiciário. A atuação da administração judiciária tem de ser compreendida como uma forma de concretização do ao processo justo. O juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p.490).

53 da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Enfam), fato é que o ordenamento jurídico exige que o direito seja aplicado seguindo sua unidade.

Se há preceito constitucional que garante a todos o devido processo legal, ou seja, um direito à organização e procedimento adequados, toda e qualquer interpretação e aplicação do direito deve se dar em conformidade com essa previsão.

Até porque se trata de direito fundamental, na medida em que a própria declaração dos direitos humanos da ONU, à qual o Brasil é signatário, reconhece o direito de todos a serem julgados por tribunal imparcial, em prazo razoável dentro de um procedimento adequado. Nada mais que o acesso à justiça.

A organização e procedimentos adequados são procedimentos que, indiscutivelmente, devidamente respeitados e observados, irão assegurar que direitos fundamentais sejam efetivados. E não é demasiado lembrar que ao Estado cabe não somente assegurar tais direitos, mas, sobretudo, efetivá-los.

Nesse contexto se observa que o Novo Código de Processo Civil não inovou apenas na previsão de um procedimento adequado para a desconsideração da personalidade jurídica, mas também, e, principalmente, quando trouxe para seu texto princípios constitucionais que embasam o processo. Essa foi a intenção do legislador, assegurar o efetivo acesso à justiça, o devido processo legal sempre.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado e aplicado em sua unidade, observando a eficácia da norma jurídica com primazia pela previsão constitucional, sendo inconstitucional toda e qualquer interpretação ao contrário, o que, diga-se de passagem, não confere qualquer direito ou obrigação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. As teorias da desconsideração. In: TÔRRES, Heleno Taveira**. Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Quartiner Latins, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Densconsideração da personalidade jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial. direito de empresa.** 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Os processos judiciais e administrativos tributários e o incidente de desconsideração de personalidade jurídica do novo código de processo civil. **Revista de estudos tributários**, Porto Alegre/RS, v 19, n. 110, p. 130/148, jul/ago. 2016.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine)* e os grupos de empresas.** Rio de Janeiro: forense, 1993;

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 28.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2

MARTINS, Ivens Granda da Silva. **Comentários ao Código Tributário Nacional.** São Paulo: Saraiva, 1998.

MEDEIROS, Jeison Francisco de. **A razoável duração do processo como elemento de efetividade do direito humano fundamental de acesso à justiça. Uma leitura a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.** Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

PAUSEN, Leandro; RENÈ, Bergmann Ávila; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito Processual Tributário**: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 5.ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS E JURÍDICAS

Natália Sartor de Moraes[112]
Jeison Francisco de Medeiros[113]

RESUMO

O trabalho é um eminente instrumento para o progresso da sociedade, a manutenção da ordem econômica e a ocupação honrada de cada cidadão. Todavia, apesar desses fatores, constatou-se pelas pesquisas realizadas para a elaboração deste artigo que as chefias de vários ramos laborais ignoram a dignidade que deve advir do trabalho e praticam condutas repreensíveis que evidenciam assédio moral em face de seus subordinados. Outrossim, perseguições, humilhações e tratamentos vexatórios são impostos, muitas vezes, àqueles que não cumprem as metas fixadas. Os resultados desta prática desumana são inúmeros e abrangem desde os prejuízos físicos, na saúde do trabalhador, bem como os desequilíbrios mentais e os aspectos emocionais e morais. Assim sendo, a questão problema a ser resolvida é: o assédio moral no trabalho e suas consequências podem ocasionar indenização a título de danos morais? Diante disto, surge a seguinte hipótese: comprovado o nexo causal entre o sofrimento íntimo causado pelo assédio moral e o trabalho, poderá haver indenização por danos morais. Para chegar ao resultado da pesquisa proposta, pretende-se abordar através da pesquisa bibliográfica e técnica de fichamentos, o tema transtornos psicológicos, sua relação com a ansiedade patológica e desta com o assédio moral no trabalho; destacar eventos hostis no ambiente de trabalho, concernentes ao cumprimento de metas, e expor as possíveis causas e efeitos na saúde física, psicológica e social do trabalhador submetido a situações que caracterizam assédio moral e desencadeiam ansiedade patológica; investigar em que medida o assédio moral no trabalho e suas consequências podem ocasionar danos morais.

Palavras-Chave: Assédio moral. Consequências psicológicas. Aspectos jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

O assédio moral, mormente aquele levado a efeito no ambiente de trabalho será abordado neste artigo, elencando algumas espécies de relações inamistosas

[112]Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado (UNC), Campus de Curitibanos. Podendo ser contatada através do e-mail: sartormoraes@bol.com.br.

[113]Mestre em Direitos Fundamentais pela UNOESC de Chapecó/SC; Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Advocacia e UnC – Universidade do Contestado de Curitibanos/SC; Especialista em Direito Tributário pela UNOESC de Joaçaba/SC; Professor de Direito Processual Civil e Direito Tributário e ainda coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da UnC – Universidade do Contestado de Curitibanos/SC; Membro pesquisador do Grupo de Pesquisas em Direito processual Civil pela UnC - Universidade do Contestado de Curitibanos/SC; Advogado e Bacharel em Direito pela UnC de Curitibanos/SC; jeisonmedeiros@unc.br.

entre empregadores e empregados. Para tanto, entendeu-se pertinente articular acerca do tema: Assédio moral no trabalho e suas consequências psicológicas e jurídicas.

Ademais, diante dos setores laborais em que a mencionada perseguição está presente, serão descritos elementos relacionados ao estresse, à ansiedade e aos possíveis prejuízos morais e emocionais que podem ter sua gênese ou agravamento relacionados à imposição do cumprimento de metas exacerbadas. Diante destes aspectos, surge a seguinte problemática: o assédio moral no trabalho, bem como suas consequências, podem ocasionar indenização a título de danos morais?

Com o escopo de responder satisfatoriamente à questão proposta pretende-se abordar o tema transtornos psicológicos, sua relação com a ansiedade patológica e desta com o assédio moral no trabalho; destacar eventos hostis no ambiente de trabalho, concernentes ao cumprimento de metas, expor as possíveis causas e efeitos na saúde física, psicológica e social do trabalhador submetido a situações que caracterizam assédio moral e desencadeiam ansiedade patológica; investigar em que medida o assédio moral no trabalho e suas consequências podem ocasionar danos morais.

Estarão explicitados também aspectos básicos dos efeitos de determinados transtornos mentais que, dependendo das circunstâncias fáticas, podem estar relacionados à ansiedade e à pressão das condições adversas no trabalho.

É relevante abordar tais circunstâncias uma vez que estão ligadas a características do assédio moral e, frequentemente, são essenciais para a concessão de indenização pelos danos morais provenientes desta prática.

A importância do tema se justifica pela notável contemporaneidade e ausência de legislação que disponha a este respeito.

Nesta esteira, artigos de lei concernentes ao ambiente de trabalho saudável, à dignidade da pessoa humana e à possibilidade de indenização serão destacados. Ressaltando-se que o método indutivo, a pesquisa bibliográfica e a utilização da técnica de fichamentos foram fatores essenciais para a viabilidade da pesquisa.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

O método utilizado para a efetivação da pesquisa é o indutivo[114], tendo em conta que foram analisados dados, fatos, circunstâncias e exemplos concretos para se chegar a uma conclusão acerca de diversos fatores relacionados ao assédio moral, especialmente psicológicos e jurídicos. Ademais, o que propiciou a abordagem do tema foi a pesquisa bibliográfica. Ressaltando-se que o raciocínio indutivo foi efetivado por meio da técnica de fichamentos[115].

2.1 CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL

O assédio pode ser evidenciado por atitudes de perseguição, aborrecimento contínuo e humilhação dirigida a um ou mais indivíduos, de tal modo que a pessoa vítima destas atitudes se sinta completamente incomodada e irrequieta na presença do assediador. O sentimento pungente de aflição e moral abalada compõe esta prática devastadora do sistema emocional da vítima.

As maneiras de assédio variam por incontáveis fatores, dentre eles: a ocasião, perfil do assediador, vulnerabilidade do assediado e condições em que tal mecanismo é levado a efeito. Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito - a dignidade da pessoa humana - está ameaçado quando o aborrecimento é dirigido à moral, à honra, aos valores do indivíduo, às suas crenças, sua maneira de se portar.

A conduta assediadora se revela, também, quando as atitudes hostis prejudicam a integridade mental do assediado. Neste sentido, haverá instabilidade emocional, transtornos de ansiedade, desvios de humor e, em um segundo momento, a vida social será afetada. Ademais, nota-se ainda o aspecto físico do assédio, onde o corpo do indivíduo é violado (assédio sexual).

O assédio moral, foco deste artigo, ocorre não só no Brasil como também em vários outros países. Contudo, diferem as designações em cada um deles. Em

[114] “Pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral: este é o denominado Método Indutivo” (PASOLD, 2005, p. 104)

[115] “[...] registro de elementos teóricos ou práticos encontrados em pesquisa em Livro, Ensaio, ou Artigo, conforme Referente previamente estabelecido”. (PASOLD, 2005, p. 131-133)

Portugal, a conduta assediadora recebe o nome de psicoterrorismo. Já em países de língua inglesa é chamado de *mobbing*[116]ou *bullying*[117].

Entretanto, de acordo com o entendimento de Trindade (2011, p. 476), o *mobbing* não pode ser considerado como sinônimo estrito de assédio moral, porquanto, tem relações mais afinadas com a violência relacionada ao trabalho em si, não a uma conduta desempenhada no trabalho, enquanto o *bullying* evidencia relações inamistosas entre crianças e adolescentes, em idade e no ambiente escolar.

Todavia, qualquer que seja a denominação utilizada, os comportamentos associados ao assédio moral e aos seus correlatos sempre serão de natureza destrutiva.

Segundo Serafim; Saffi (2012, p. 138), o assédio moral:

> Consiste em comportamento persistente, ofensivo, abusivo, intimidatório, malicioso ou insultuoso, abuso de poder ou sanções injustas, que fazem com que o agredido se sinta preocupado, ameaçado, humilhado ou vulnerável, minando sua autoconfiança e provocando-lhe estresse.

O modo superficialmente legal de que se reveste o assédio moral no trabalho é explicado porque não se pode reprimir o empregador pelo fato de ele exigir que seu empregado refaça uma atividade laboral que julgou malfeita, ou que tenha mais desvelo na função, por exemplo. Mas são frequentemente esses atos que, camuflados de exigências legais, guardam, inúmeras vezes, ofensas e humilhações.

Diante das espécies de assédio apontadas (sexual, psicológica e moral), a perseguição moral se caracteriza, sobretudo, pelas práticas de abuso que objetivam a instabilidade psíquica e emocional da vítima, ferindo sua honra e conduzindo-a a sentimentos de baixa autoestima, isolamento emocional e social, são esses episódios de angústia que, agravados, podem conduzir a transtornos mentais[7] de grande monta, como a depressão e também condutas obsessivas, as quais podem originar o Transtorno Obsessivo Compulsivo (TOC).

Deste modo, o assédio psicológico é, igualmente, uma das expressões do assédio moral, estando ambos interligados, embora nem sempre apareçam no

[116]*Mobbing*- substantivo inglês, que traduzido para o português significa: abuso coletivo.
[117]*Bullying* – substantivo inglês, que traduzido para o português significa: implicância, provocação. [7] Transtornos mentais são: “[...] exacerbações disfuncionais de características bastante comuns nas pessoas em geral”. (SILVA, 2003, p. 35)

mesmo momento, já que o primeiro pode não trazer decorrências tão deletérias quanto o segundo.

No assédio moral, os sentimentos de aflição, medo, ansiedade e tensão se demonstrarão muito mais evidentes que no psicológico. Desta forma, salienta Trindade (2011, p. 481):

> [...] é que, por questões de preponderância da análise didática, reforçamos a coincidência entre assédio moral e assédio psicológico, muito embora, aos efeitos indenizatórios do dano por assédio moral, adotamos uma compreensão extensiva, exatamente para demonstrar que o dano por assédio moral vai muito além do dano moral em sentido estrito, englobando este, sem sombra de dúvida [...]

Demonstrando-se que ocorreram comportamentos que ofendam a dignidade, a autoestima e a autoconfiança da vítima, não apenas o aspecto mental foi prejudicado, mas algo mais profundo: a personalidade, os valores intrínsecos a cada individualidade e todos os seus correlatos na vida social.

2.2 ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

As espécies básicas de assédio moral no ambiente laboral podem ser classificadas da seguinte maneira:

a) Assédio moral simples: dirigido a um trabalhador;
b) Assédio moral coletivo: dirigido a um grupo de trabalhadores;
c) Assédio moral horizontal ou transversal: entre colegas de trabalho;
d) Assédio moral vertical descendente: relacionado à hierarquia. O assediador é hierarquicamente superior, na escala de poder, em relação ao assediado.

O assédio moral no trabalho, além de todas as características mencionadas, refere-se à conduta de abuso à dignidade praticada no ambiente laboral, onde o agente, não raras vezes, é hierarquicamente superior à vítima (classe “d” do assédio moral, a qual será abordada neste artigo) e, portanto, a violência torna-se ainda mais opressora, diante da condição submissa do empregado.

De acordo com Trindade (2011, p. 484), o perfil do assediador laboral que direciona suas ações contra a moral de seu empregado, evidencia-se por comportamentos reiterados, intencionais e duradouros que tem o fito de: isolar a

vítima; bloquear o apoio dos colegas desta; obstar todos os mecanismos de defesa; proferir impropérios, calúnias e ameaças; direcionar a opinião de todos no ambiente de trabalho no sentido de que o assediado é incompetente; importunar de tal maneira que a vítima se deprima, tenha altos níveis de estresse e queira se demitir.

O causador do assédio (assediador) é responsável, muitas vezes, pelo isolamento emocional da vítima em relação aos demais colegas de trabalho, pelos contínuos desequilíbrios emocionais deste, bem como pelos transtornos sociais que podem ser ocasionados pela degradação psicológica.

A vítima do assédio (assediado), amiúde, sofre agressões verbais cumuladas com sobrecarga de trabalho, pressão, tensão e imposições abusivas relativas ao cumprimento de metas. Neste ambiente, onde a animosidade se revela de maneira bastante pronunciada, a saúde psicológica é afetada e as reações psicossomáticas não tardam.

2.3 ALGUNS SETORES DE TRABALHO ONDE O ASSÉDIO MORAL SE REVELA

Muitas determinações inflexíveis no cumprimento de metas destacam-se no setor bancário. Sabe-se que as instituições bancárias, sobretudo pela maneira peculiar de organização, exigem ferrenha disciplina e práticas metódicas para que se preservem os padrões de eficiência.

Não há ilegalidade ou abuso na exigência de disciplina e métodos criteriosos no desempenho de atividades. Todavia, o grande problema é quando o processo mental para o desenvolvimento dessas atividades se torna patologicamente acelerado, visando, sempre, cumprir a meta. Neste sentido, se o trabalhador poderia, perfeitamente, diligenciar na obtenção de um número “x” de clientes novos para a instituição bancária, a chefia ordena que três vezes esse número “x” seja alcançado em um número diminuto de dias.

Destaque-se que, embora muitas vezes os empregados dos bancos não conheçam pessoalmente os agentes que determinam as metas, ainda assim o assédio moral está presente, uma vez que o comportamento abusivo, reiterado e a intencionalidade do assediador se verificam nestas situações, assim como os danos ocasionados ao assediado.

Ainda sobre o assunto sob comento, o programa Fantástico da rede Globo de televisão, no dia 05 de outubro de 2014, apresentou uma reportagem sobre o setor

de *telemarketing* no Brasil, algumas empresas deste ramo laboral vêm impondo inúmeros abusos e humilhações, acarretando escancaradas formas de exploração aos seus empregados. Considerando que este campo de trabalho é um dos que mais emprega no país, não há maneiras de aquilatar os efeitos visivelmente prejudiciais que o assédio moral neste setor poderão ocasionar.

Exemplos de assédio no âmbito do *telemarketing* se encontram nas metas irreais que os superiores hierárquicos infligem aos operadores. Os empregados afirmam que as metas são absurdas, demasiadamente abusivas e que a pressão é tão evidente que é praticamente impossível suportar.

Uma considerável parcela dos empregados de *telemarketing* são jovens em seu primeiro emprego. Assim, eles mantém ideais de trabalho e quando se deparam com a realidade deste setor sentem-se desmotivados e, muitos, ficam apavorados sequer com o pensamento de retornar, no dia seguinte, ao emprego. Pânico e pavor estão presentes nos depoimentos das vítimas.

A Síndrome do pânico, caracterizada pelo temor doentio de que algo de ruim aconteça e também pelas evidências físicas, como: palpitações, suor frio, sensação de tontura e vertigens, se desenvolve em muitos dos trabalhadores desses setores, devido ao terror psicológico que se fixa, especialmente, quando é exigido o cumprimento de metas exacerbadas.

Ansiolíticos e antidepressivos são receitados pelos profissionais da saúde às vítimas do assédio; entretanto, esses medicamentos são insuficientes para impedir que as patologias mentais continuem, tendo em vista que se o fato gerador da ansiedade doentia não cessa, os efeitos são apenas atenuados minimamente pela medicação.

Não se pode olvidar, ainda, que vários castigos são impostos àqueles que não atingem as metas: encher uma enorme quantidade de balões com a boca, sem nenhum auxílio de bombinha; ser apelidado de “lixo”; cinco minutos, em um expediente de seis horas, para ir ao banheiro; ter o cabelo cortado e jogado no lixo sob as risadas e chacotas dos demais colegas e dos superiores hierárquicos, dentre outras formas de escancarado assédio e humilhação.

Entretanto, a “escala para engravidar” foi a forma mais manifesta de abuso que despontou na reportagem. Nesta, quem pretendesse engravidar deveria avisar com antecedência à chefia, e esta analisaria se a funcionária estava na ordem de preferência estruturada na planilha. A prioridade na escala era para mulheres

casadas e sem filhos. Posteriormente, as casadas com filho. Já as solteiras, estavam terminantemente proibidas.

Em alguns setores de *telemarketing* o ciclo menstrual das funcionárias também era controlado pelos patrões, de modo que advertiam-nas, em seu período fértil, para não engravidarem.

A questão do cumprimento de metas também ocorre no setor de vendas. Neste, uma determinada meta é imposta, e precisa ser atingida, independentemente de outras circunstâncias, ou seja, a ordem é inequívoca e, frequentemente, exige esforços muito superiores às forças (físicas e mentais) do empregado. Logicamente, neste caso, o assédio moral ultrapassa as exigências desumanas dirigidas a apenas um indivíduo, e adentra a esfera coletiva desta prática abusiva. Destarte, consoante enfatiza Nascimento (2009, p. 559):

> Percebe-se que a prática do assédio moral de forma coletiva tem ocorrido em várias ocasiões, principalmente nos casos envolvendo política "motivacional" de vendas ou de produção, nas quais os empregados que não atingem as metas determinadas são submetidos as mais diversas situações de psicoterror, cuja submissão a "castigos e prendas", envolvem práticas de fazer flexões, vestir saia de baiana, passar batom, usar capacete com chifres de boi, usar perucas coloridas, vestir camisetas com escritos depreciativos, dançar músicas de cunho erótico, dentre outras.

Percebe-se que a tensão é imposta antes do início do cumprimento de metas, e se torna ainda mais rigorosa quando estas não são atingidas, porquanto, consoante citação acima, os castigos são severamente aplicados àqueles que não conseguem alcançar a meta.

Desta forma, a afronta dirigida aos aspectos psíquicos e emocionais é impingida antes e durante o procedimento de cumprimento das metas, quando o chefe adverte os empregados, de modo implícito ou explícito, no sentido das consequências que o insucesso poderá acarretar, bem como posteriormente, diante dos castigos humilhantes.

Portanto, pode-se inferir que as restrições, invasão de privacidade, atentado à dignidade e explorações têm o objetivo específico de atingir a meta. Outrossim, alcançar objetivos de lucro, para muitas empresas, é mais relevante que proteger a sanidade mental e o bem-estar do trabalhador, e goza de prevalência, inclusive, sobre a lei e os princípios gerais do Direito.

2.4 CONSEQUÊNCIAS DESTACADAS DO ASSÉDIO MORAL NA SAÚDE DO TRABALHADOR

A somatização é indício de que o sofrimento íntimo transcendeu a barreira abstrata do pensamento e do sentimento e fixou-se de forma concreta: no corpo da pessoa agredida. De acordo com Serafim; Saffi (2012, p. 140), as consequências somáticas apresentam-se através de inflamações na pele, enxaquecas, desordens alimentares e digestivas, perda de cabelo, aumento da pressão arterial, insônia, dentre outros inúmeros efeitos.

Portanto, a opressão, sinal típico do assédio moral, faz com que este fenômeno nunca se apresente sozinho, mas sempre acompanhado de danos visíveis e invisíveis, subjetivos e objetivos.

Um dos maiores obstáculos para o extermínio desta prática é que o agente a efetiva, em muitas ocasiões, de maneira velada, e, quando escancarada, a prevalência hierárquica o protege de represálias. Desta forma, consoante afirma Trindade (2011, p. 477): “O assédio moral é tipicamente uma perseguição levada a cabo contra o empregado através de atos aparentemente legais”.

As atitudes que visam à desestabilização psicológica nem sempre ocorrem de maneira clara, porém, quando a prática abusiva é dissimulada, o sofrimento moral tende a agravar-se, uma vez que é sentido pela vítima do assédio e, ao mesmo tempo, esta percebe que terá dificuldades para comprovar que os danos emocionais e psicossomáticos decorreram de condições antagônicas no interior do ambiente laboral.

Nesta esteira, Serafim e Saffi (2012, p. 140) não destoam: “Todos esses comportamentos que caracterizam o assédio moral muitas vezes são de difícil identificação, já que o assédio moral, frequentemente, constitui uma forma sutil de degradação psicológica”.

Contudo, camuflados ou reconhecíveis, os episódios de perseguição e aborrecimento propagados pelo assédio são decorrências do abuso de poder nas organizações. Além do mais, ameaçam perigosamente a liberdade psíquica do agredido a partir do momento em que este não mais se sente como um ser humano digno de atenção e respeito, é o fenômeno da despersonalização: o indivíduo não sente mais vontade de ser ele mesmo, todas as suas expectativas em relação à vida estão desacreditadas, a personalidade se encontra em estado de letargia, apagada,

oprimida, dominada por uma situação que atinge níveis superiores à sua capacidade de reação.

O trabalhador se torna uma espécie de autômato, desprezado em suas características peculiares, sendo obrigado a anular sua própria personalidade para não ser objeto de humilhação e deboche.

Do mesmo modo, corrobora Trindade (2011, p. 475): “As relações de trabalho estão sujeitas a vários tipos de abuso de poder, sendo o assédio moral ou psicológico [...] as formas mais sutis nesse ambiente que envolve o território do íntimo, a vergonha e a humilhação”.

Barrado em sua capacidade de reação, sobretudo após ser acometido pela despersonalização, a subserviência chega a um nível tão humilhante que a vontade precisa ser sufocada, com o principal objetivo de atender às exigências inexpugnáveis impostas pelo assediador e\ou suportar a animosidade pungente demonstrada em todas as atitudes deste.

2.5 SÍNDROME DE *BURNOUT*

Um dos efeitos da ansiedade e do estresse no trabalho, que chega ao ponto de erigir um grave desequilíbrio mental é a síndrome de *burnout*. Esta síndrome é caracterizada pela sensação de exaustão física e emocional, que se verifica em trabalhadores submetidos a situações reiteradas de tensão. Portanto, a mencionada desordem psíquica está particularmente relacionada às relações laborais.

A referida patologia foi reconhecida no ano de 1974, pelo psiquiatra alemão Herbert Freudenberger (1926-1999)[118] que, ao observar os empregados de uma clínica de tóxico dependentes em Nova Iorque, verificou que a maioria deles passava por vários estágios emocionais durante o dia, como: tristeza, raiva, apatia, desânimo, até sofrer uma perda bastante sensível de energia, alcançando o esgotamento físico e mental. Herbert constatou também os sintomas presentes nos trabalhadores: ansiedade, depressão, agressividade, humor instável, cansaço crônico, evidências psicossomáticas, dentre inúmeras outras.

A submissão forçada às condições estressoras de trabalho (como a exigência de rapidez no cumprimento de metas e do perfeccionismo aplicado às atividades

[118] Herbert J. Freudenberger – alemão que delineou a síndrome de *burnout* e pesquisou sobre os efeitos do estresse no trabalho e sua terapêutica, publicando obras sobre o tema.

desempenhadas), bem como a tensão proveniente dessas imposições, são eventos importantes para o desencadeamento da patologia.

A denominação desta síndrome tem raízes na língua inglesa*: toburn out* e significa: esgotar-se, apagar-se aos poucos. Mais especificamente, quando se utiliza o verbo, refere-se a uma chama que se desvanece, se apaga aos poucos, e finalmente cessa. Por isso, aduz-se que a síndrome de *burnout* é a sensação de estar sendo “queimado” pelo trabalho.

O trabalhador com *burnout*, fragilizado emocionalmente, tem dificuldades de lidar com situações que demandam grande dispêndio de energia. O exaurimento mental conduz à dificuldade de concentração e rendimento laboral, uma vez que o indivíduo acessa, inconscientemente, as janelas do cérebro carregadas de conteúdo negativo e traumático, levando-o à maior vulnerabilidade para desenvolver outros transtornos.

De outro norte, a irritabilidade não deixa de ser, também, efeito da devastação emocional, pois as relações familiares, minadas pelo humor instável da pessoa acometida pela síndrome, conduzem ao afastamento e à despersonalização.

A aludida desordem mental, física e emocional provoca a sensação de que algo indefinível, no interior do indivíduo, está próximo a uma explosão. A tensão acumulada, embora abstrata, quando chega ao consciente, se revela, muitas vezes, na forma de pensamentos obsessivos de perfeccionismo e manias. Entretanto, pode, por outro lado, demonstrar-se nos baixos níveis de equilíbrio dos neurotransmissores relacionados ao bem-estar, como a serotonina, e com o aumento de hormônios do estresse (adrenalina e cortisol).

Diante disto, é de relevo enfatizar que os desentendimentos ocasionais não caracterizam assédio, tendo em vista que um de seus principais elementos constitutivos é a reiteração da conduta.

De mais a mais, uma chefia exigente e criteriosa tampouco pode figurar na qualidade de agente de perseguição psicológica e moral, nem como propiciadora de um ambiente laboral hostil, já que a conduta deliberada e o fator subjetivo da vontade de humilhar também são indispensáveis para que a conduta prejudicial esteja configurada.

Portanto, diversas alegações de assédio moral levam a um descrédito (justamente por serem falsas), ou ao menos a sérias dúvidas em relação aos verdadeiros assediados, porquanto, assim como há perseguidores laborais

dissimulados, também existem indivíduos oportunistas que almejam auferir vantagens com sua imaginária condição de vítima.

O assédio moral é um assunto conturbado, e, principalmente a perseguição dirigida à moral é de difícil caracterização, pois há necessidade de se aferir o nexo causal entre os danos advindos da conduta assediadora e o ambiente de trabalho para que possa haver a fixação de indenização. Destarte, além da dificuldade na demonstração do nexo, as falsas alegações podem vir a prejudicar uma análise imparcial do assédio moral genuíno.

2.6 DEPRESSÃO

Sempre que houver opressão, humilhação, estresse, imposições injustificadas e tensão exagerada, haverá dano.

Esses fatores podem ser demonstrados através da ansiedade desmedida por parte do assediado, através de sintomas físicos correlatos do estresse, ou mesmo pelo amortecimento emocional.

Pode-se aferir o amortecimento emocional quando a tristeza proveniente da baixa autoestima, da despersonalização e da incapacidade de desvincular-se da situação opressora dão espaço à depressão. No que concerne a este transtorno de humor, destaca Teixeira (2009, p. 530)

> A depressão é um distúrbio emocional que produz alterações no modo de ver o mundo e sentir a realidade. O sintoma da doença é, basicamente, o transtorno do humor. A falta de esperança e de vitalidade são sintomas constantes na vida de uma pessoa deprimida. Seus sintomas podem ser a insegurança, o isolamento social e familiar, a apatia, a desmotivação, ou seja, a perda de interesse e prazer por coisas que antes gostava, com o agravante de que podem também ocorrer perda de memória, de apetite e da concentração, além de insônia.

A depressão não aparece instantaneamente, porquanto é a consequência de um amontoado caótico de sentimentos aflitivos e pensamentos reiterados de amargura e derrota. Este desarranjo mental e emocional se instala quando a baixa autoestima supera limites razoáveis e compromete o amor próprio que, diante de humilhações continuadas, cai a níveis perigosos, caracterizando a despersonalização e o isolamento social e emocional. Neto; Cavalcante; Miranda (2013, p. 58), garantem:

> É possível, exemplificativamente, ligar as seguintes variantes existentes em ambiente laboral como desencadeadoras do quadro psicopatológico: a) constante necessidade de sobrevivência em um mercado de trabalho competitivo, b) ameaça de demissão, c) exigência excessiva de qualificação, d) exigência do cumprimento de metas, e) assédio moral, f) assédio sexual.

Quando o empregado é frequentemente ofendido ou oprimido, vários aspectos de sua vida e de sua saúde foram lesionados, inclusive o rendimento laboral está comprometido, conduzindo-o, paulatinamente, ao descompasso na harmonia entre o grupo.

2.7 TRANSTORNO OBSESSIVO COMPULSIVO (TOC)

O Transtorno Obsessivo Compulsivo (TOC) é outro aspecto do assédio moral. Porém, neste transtorno (ao contrário dos fatores aptos para o desencadeamento da depressão), na maioria das vezes, o trabalhador não é reprimido em suas opiniões ou maneira de se expressar, mas sim forçado a cumprir as metas fixadas pela chefia, em prazo exíguo.

Ressalte-se que, no TOC, a ansiedade também estará presente, assim como na depressão; porém, é a maneira das exigências que transforma os sentimentos e a tensão emocional neste transtorno obsessivo construído pela ansiedade. Tal desequilíbrio pode ou não acompanhar a depressão. Todavia, até mesmo isolado, acarreta inúmeros danos emocionais e físicos.

O TOC tem início com a intranquilidade mental. Uma sensação de que algo, que muitas vezes não se sabe precisar o quê, está desordenado. O cérebro sobrecarregado busca uma causa para aflição injustificável e sempre encontra, mesmo que não seja exatamente aquela que realmente está causando a alteração.

Em inúmeras ocasiões, o indivíduo com TOC sente que precisa arrumar as roupas de seu guarda-roupa em uma fila obedecendo às cores. Em outros episódios, necessita tomar banhos incontáveis durante o dia. Busca estabelecer uma ordem absurda em objetos ou fixa-se em rituais e manias, tentando organizar situações externas, quando é seu interior (seus pensamentos) que está profundamente bagunçado.

No TOC, a mania é a válvula de escape da pressão cotidiana. Diante disto, conforme Silva (2011, p. 144) “O medo e a ansiedade podem se tornar insuportáveis

se o indivíduo não der vazão à compulsão, que é o caminho mais curto para se livrar do pensamento desagradável".

Tal transtorno se apresenta, frequentemente, em pessoas perfeccionistas ou estimuladas, pelo meio ambiente em que vivem ou trabalham, a sê-lo. O trabalhador com TOC, gradativamente, pode se tornar intransigente com os colegas, por querer que todos façam as atividades à sua maneira e por ser, principalmente, implacável nas opiniões.

O TOC, sendo um transtorno revelado por atitudes obsessivas, se não gerado no trabalho, este poderá intensificá-lo quando impuser situações estressantes e causadoras da necessidade de perfeccionismo, porquanto, eventos reiterados de tensão desencadeiam as manias, que são a tônica neste transtorno, pois, através delas, o indivíduo busca "se ver livre" dos pensamentos recorrentes e da necessidade asfixiante de perfeição.

O medo, não raras vezes indissociável do assédio moral, deprecia o trabalhador e o faz ter a obsessão de ser o mais perfeito para ao menos ser tratado com dignidade. Esse sentimento pode gerar o TOC e vários outros transtornos.

A pessoa ofendida ou desprezada costuma construir uma espécie de barreira emocional, visando impedir que a opinião alheia lhe traga prejuízos. Nestas circunstâncias, o indivíduo repetidamente pressionado procura, igualmente, mecanismos de isolamento mental da situação estressante. Contudo, o amortecimento psíquico destrói a personalidade, degenera a autoestima e é gatilho para a patologia.

Deste modo, o trabalhador ferido em sua moralidade e ofendido nos aspectos mais íntimos do ser humano, pode desenvolver severos transtornos que tem por matéria-prima as condições nocivas à sanidade.

A ansiedade e o estresse habitualmente se manifestam quando metas exacerbadas precisam ser atingidas, sob pena de escárnio dos colegas e chantagem da chefia. Analisando friamente, é um genuíno terrorismo psicológico, sob a superfície de trabalho em condições humanas.

Deve-se salientar que o desrespeito à dignidade é notável, ensejando a possibilidade de reparação dos danos. Neste caso, os prejuízos são morais, mas nem por isso a lesão aos aspectos intrínsecos deixa de ser protegida pelo Direito

Portanto, as emoções hígidas dos empregados, a saúde física e a integridade mental serão fatores ameaçados quando ocorrer assédio moral no ambiente laboral.

Saliente-se que a integridade psíquica e a saúde emocional do trabalhador caracterizam uma parcela substancial do conceito de bem estar social assegurado pela Constituição Federal, o qual, aliado a outros parâmetros constitucionais, constroem a ideia mais ampla de dignidade no trabalho.

2.8 ASPECTOS JURÍDICOS DESTACADOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a legislação infraconstitucional, em vários de seus artigos assegura a qualidade de vida, o direito à saúde (nela compreendendo-se a física e a psicológica) e a proteção do meio ambiente, abrangendo o concernente ao trabalho.

A lei é pródiga em dispositivos de proteção e de proibição à discriminação, à opressão e demais características componentes do assédio moral. A Consolidação das Leis do Trabalho não olvida a proteção integral ao trabalhador, estendendo seus benefícios a todos os efeitos que podem advir da relação empregatícia, tendo em conta que, até mesmo a indenização proveniente de danos morais originárias do labor será julgada na Justiça do Trabalho.

Destarte, caracterizada a relação entre o transtorno mental e a atividade laboral, têm-se admitido indenizações a título de danos morais. Considera-se ainda o valor social do trabalho como alicerce para a construção de uma sociedade digna e honrada.

Assim, considerando-se que a sociedade é formada pela junção de indivíduos que contribuem para o aperfeiçoamento da nação através de seu trabalho, percebe-se que este fundamento do nosso país, quando desrespeitado, afeta nocivamente a ordem, em caráter coletivo, e não apenas os aspectos individuais. Neste momento, a lei e os princípios de Direito devem prevalecer, impedindo que práticas ilegais como o assédio moral se propaguem.

2.9 AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL

O ambiente de trabalho é constitucionalmente protegido, porquanto previsto nos artigos 200, inciso VIII e 225, ambos da Constituição Federal. É o que se pode concluir da leitura dos arts. 200 e 225 da CF/88[119].

Condições materiais e físicas são extremamente importantes no que concerne aos aspectos básicos para se garantir a saúde do trabalhador. Todavia, a integral qualidade de vida não prescinde de fatores emocionais e mentais sadios, conforme demonstrado no decorrer deste artigo; portanto, o meio ambiente equilibrado requer, igualmente, a preocupação com elementos subjetivos e não apenas objetivos.

Ademais, considerando que os artigos retrotranscritos asseguram a forma mais ampla de saúde, esta, bem como o direito ao ambiente, constituem direitos fundamentais.

Percebe-se ainda que o ambiente laboral saudável se relaciona intimamente com o trabalho em condições decentes, uma das principais bandeiras da Organização Internacional do Trabalho. Desta forma, o assédio moral é o exato inverso de um ambiente de trabalho saudável e irrepreensível. De acordo com Nascimento (2009, p. 560)

> Verifica-se, assim, que a OIT, ao defender o trabalho produtivo e em condições de liberdade, equidade e segurança a todos os trabalhadores, repudia a ideia do assédio moral coletivo que constitui um dos fatores prejudiciais a ideia do trabalho decente.

Os prazos estreitos e a pressão cotidiana afetam os processos mentais saudáveis, que se intensificam patologicamente, gerando ansiedade e estresse. A Síndrome do Pensamento Acelerado (SPA) é marcada por essa carga excessiva de pensamentos desordenados e destruidores da saúde mental.

É neste sentido que se posiciona Cury (2014, p. 37) “Antes, a jornada de trabalho era inumana, de doze ou quatorze horas diárias; hoje, devido à SPA, a jornada de trabalho mental é insuportável, nos tornamos máquinas de pensar”.

---

[119]Art. 200**.** Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
[...]
VIII- colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.
[...]
Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Se em outros tempos relegou-se a preocupação com a integridade mental a último plano, hodiernamente, a ciência investiga as causas e consequências relacionadas ao estresse e seus prejuízos à saúde individual e coletiva. Mas, sobretudo, a lei garante um ambiente de trabalho que atenda a parâmetros elementares de decência.

2.10 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, Inciso III, positiva a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana teve definições diferentes ao longo da história e do pensamento filosófico. No período Clássico, o termo esteve ligado ao *status* social do indivíduo. Assim, quanto mais bem-sucedido financeiramente, mais o ser humano era considerado digno. Com o Estoicismo[120] a ideia de dignidade esteve associada à de liberdade, portanto, no entendimento dos componentes desta escola filosófica, todos são dotados de dignidade.

Com o Cristianismo, a igualdade perante a filiação divina afastou todas as espécies de privilégios, afirmando que todos foram criados à imagem e semelhança de Deus e, desta forma, dignos.

A partir de então, vários pensadores escreveram acerca deste princípio, como Immanuel Kant, Hegel e Miguel Reale.

Porém, apesar de todas as históricas conjunturas sobre o tema, não se pode dizer que foi o Direito, a Filosofia ou a Religião que marcaram o início da dignidade da pessoa humana, pois, tal característica é elemento inerente e indissociável do indivíduo, sempre existiu, embora tenha sido reconhecido juridicamente no Brasil apenas no século XX.

Outrossim, embora ainda hoje não se possa admitir um conceito estanque para o termo, porquanto abrange diversas situações esparsas ao longo de todo o texto constitucional, pode-se concluir que tal direito abarca a honra, a liberdade de consciência e de manifestação, condições básicas de alimentação, higiene, educação, dentre outros. Ou seja, constitui a junção de todos os elementos

[120] O Estoicismo foi uma escola filosófica, fundada por volta dos anos 300 a.C., por Zenão de Cicio. O Estoicismo condenava todas as formas de emoção, assegurando que o homem deve ser guiado pela razão.

essenciais ao indivíduo, seja na esfera objetiva ou na subjetiva, moral ou social, visível ou íntima. É nesse sentido que garante Pereira (2006, p. 46)

> Temos a sensação de que seria mais simples buscar uma definição, ou mesmo a compreensão do que vem a ser essa dignidade, recorrendo-se à antítese do que se afirma sobre ela, ou seja, sustentando-se que não é digna uma vida humana desprovida de saúde elementar, de alimentação mínima, de educação fundamental, trabalho decente, liberdade, autonomia, enfim, integridade física e moral.

Destarte, analisando os prejuízos que advindos do assédio moral, percebe-se que esta prática afronta, de modo notável, o princípio apontado. O indivíduo humilhado e constantemente pressionado sente-se menosprezado, e o é, de fato. Honra é letra morta diante das situações degradantes que caracterizam a pressão laboral. A liberdade de consciência pode existir, mas é sufocada pelas imposições desumanas do assediador, que, muitas vezes, despersonalizam o trabalhador.

Uma prática que leve à perda da personalidade, ao embotamento do que se é e à angústia de estar submetido à ansiedade corrosiva, torna o ambiente laboral em um local que, ao invés de ser propiciador do progresso social e moral, avilta estes elementos basilares. O assédio moral não só ignora a lei, mas desrespeita princípios, o que é muito mais grave.

2.11 INDENIZAÇÃO

O cumprimento de metas em moldes implacáveis exige esforços superiores ao que o trabalhador pode fornecer sem prejuízo à sua sanidade e/ou saúde física. Além do mais, em diversos casos, os superiores hierárquicos tratam seus empregados com rigor excessivo, reiteradamente. Nestes termos, a Consolidação das Leis do Trabalho, assegura, em seu artigo 483[121], alíneas “a” e“b” proteção ao trabalhador contra abusos cometidos no contrato de trabalho.

Tal previsão legal estabelece o que popularmente se chama de “justa causa do empregado”. A lei afiança que não só o patrão tem o direito de demitir o empregado por justa causa, mas também esses e outros fatores delineados no

[121] Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:
a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

mencionado artigo, autorizam que o próprio trabalhador peça demissão e, além disso, receba uma indenização, a ser fixada judicialmente quando da análise do caso concreto, diante do dano subjetivo que sofreu.

Ressalte-se que, em nenhuma das alíneas transcritas o prejuízo é objetivo ou demonstrável, mas sim moral. É o sofrimento íntimo que danifica, nestes casos, e não um prejuízo que possa ser quantificado. Diante disto, o dano ocorre, é moral e o ato ilícito está caracterizado, sobretudo pela evolução legal, doutrinária e jurisprudencial nesse sentido, a qual afirma que o sofrimento subjetivo deve ser reparado.

O artigo 8º da CLT dispõe, basicamente, que sempre que ocorrer alguma situação fática não prevista na legislação trabalhista poderão ser utilizados: a analogia, a jurisprudência a equidade e outros princípios para suprir a lacuna. Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo sublinha que até mesmo o direito comum poderá ser utilizado como fonte subsidiária. Portanto, além dos dispositivos constitucionais pertinentes ao dano moral (como o artigo 5º, V e X), outros se encontram também no Código Civil.

O artigo 186 do Código Civil esclarece que o prejuízo, mesmo que exclusivamente moral causado a outrem, configura ato ilícito. Ao passo que o artigo 927 do mesmo diploma complementa este dispositivo, assegurando que todo ato ilícito deve ser reparado.[122] Aliás, a medida da indenização por danos morais diz respeito à extensão do dano sofrido, é o que destaca o artigo 944 do mesmo diploma.

Contudo, a fixação de indenização por danos morais fica sujeita à comprovação robusta de que tal prejuízo adveio do ambiente laboral, neste caso, do assédio moral no trabalho. Portanto, de acordo com Candido (2011, p. 125) “O nexo causal de um Assédio Moral relaciona-se com o vínculo entre a conduta e o dano decorrido, diretamente praticado pelo assediador, sendo necessário que a consequência deflagrada seja exclusiva dessa conduta”.

[122] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Artigos extraídos de: BRASIL. Novo Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 nov. 2015.

Nota-se, desta forma, que é particularmente complexa a comprovação de que os prejuízos mentais, emocionais e físicos são exclusivamente decorrentes do assédio moral no trabalho, já que o aspecto invisível de seus efeitos levam a uma alta dose de subjetividade.

Percebe-se que, assim como as demais indenizações, a decorrente do assédio moral no trabalho também deve ter a dupla função de punir o ofensor e reparar os prejuízos sofridos pela vítima. Entretanto, embora seja um critério altamente subjetivo o nível do dano moral sofrido, devendo a fixação monetária ficar a prudente critério do julgador, entende-se que, enquanto os valores sociais, individuais e humanos não forem respeitados pelos assediadores, a reparação na forma pecuniária ainda é o melhor meio de coibir a prática do assédio moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As características, efeitos e meandros do assédio moral destacados neste trabalho evidenciaram que aspectos minuciosos podem levar à configuração do mesmo ou à sua descaracterização, uma vez que, não raras vezes, trabalhadores oportunistas se valem de falsas alegações de perseguição laboral para conseguir indenizações que não lhes são devidas.

Observou-se, ainda, que prejuízos não se revelam exclusivamente na seara física e/ou identificável a priori, mas, sobretudo, na esfera moral e mental do indivíduo, portanto intangível, contudo igualmente e, por vezes até mais, corrosiva da personalidade.

No que tange ao ordenamento jurídico, verificou-se que este tem, sim, mecanismos de proteção ao trabalhador, à sua saúde e às relações laborais dignas; todavia, atitudes patronais desvirtuadas ignoram as leis e, velada ou escancaradamente, levam a efeito o assédio moral, desprezando a dignidade da pessoa humana e maculando o próprio conceito de trabalho nos locais em que a opressão adquire contornos expressivos.

Exatamente por estes motivos, o assédio moral no trabalho, bem como as exigências inflexíveis e abusivas no que concerne ao cumprimento de metas caracterizam espécies de lesão aos direitos da personalidade, ensejando reparação a título de danos morais. Ademais, as consequências que podem advir desta prática

tendem a agravar uma possível indenização, tendo em conta que o valor da indenização se mede pela extensão do dano.

Enfatiza-se ainda que a hipótese aventada foi confirmada, porquanto, se comprovar-se o nexo causal entre a causa (assédio moral) e a consequência (sofrimento íntimo), deverá fixar-se indenização por danos morais, uma vez que a dignidade da pessoa humana e os demais princípios a esta correlatos foram lesados e precisam ser reparados.

REFERÊNCIAS

ABUSOS NO SETOR DE TELEMARKTING. **Fantástico.** Rio de Janeiro: Rede Globo, 05 de outubro de 2014. Programa de TV.

BRASIL. Constituição (1988): **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/Constituicao/Constituicao.htm.>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. **Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago.1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/decreto-lei/Del5452.htm.>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. **Novo Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/2002/L10406.htm.>. Acesso em: 07 nov. 2015.

CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral acidente laboral.** São Paulo: Ltr, 2011.

CURY, Augusto. **Ansiedade**: como enfrentar o mal do século. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral Coletivo no Direito do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, n. 05, p. 45-50, maio. 2009.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; MIRANDA, Renato Marangoni Alves de. A caracterização da depressão e o contrato de trabalho. **Revista síntese trabalhista e previdenciária**. São Paulo, n. 290, p. 50-62, ago. 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: e metodologia da pesquisa jurídica. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

PEREIRA, Damião Teixeira. **Dignidade da pessoa humana**: evolução da concepção de dignidade e sua afirmação como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988. 2006. 159 f. Dissertação de Mestrado (Mestre em Filosofia do Direito). PUC, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012538.pdf.>. Acesso em: 05 jun. 2015.

SERAFIM, Antônio de Pádua; SAFFI, Fabiana. **Psicologia e práticas forenses**. Barueri, SP: Manole, 2012.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes ansiosas.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

_____. Ana Beatriz Barbosa. **Mentes inquietas**: entendendo melhor o mundo das pessoas distraídas, impulsivas e hiperativas. 16. ed. São Paulo: Editora Gente, 2003.

TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, n. 05, p. 15-24, maio. 2009.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica**: para operadores do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

O PRECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

João Paulo Lemos da Costa[123]
Carlos Leonardo Salvadori Didoné[124]

RESUMO

O presente artigo científico tratará sobre a aplicabilidade dos precedentes judiciais no sistema jurídico pátrio, assim com a utilização desta ferramenta jurídica para a obtenção e manutenção da segurança jurídica assim como a continuidade e estabilidade das decisões tomadas em sede jurisdicional. O artigo apresenta a seguinte questão problema: “Há possibilidade da aplicação do precedente jurídico como instrumento de manutenção da segurança jurídica?” buscamos através deste encontrar uma resolução a tal questionamento. O método indutivo foi usado, através de pesquisas bibliográficas e fichamentos de obras cientificas, para compor uma breve análise do instituto do precedente judicial e sua aplicação como meio de trazer segurança jurídica ao processo civil. Desta forma o artigo apresentará uma visão acerca deste tema tão contemporâneo ao direito brasileiro onde a busca por segurança jurídica e celeridade processual tornaram-se a linha norteadora do pensamento e da construção cientifica do direito. Analisaremos a possível aplicação desta atual ferramenta, em toda sua amplitude no sistema jurídico,o qual não foi concebido para tal propósito, e quais as consequências dessa ação para o direito processual civil brasileiro.

Palavras-Chave: Precedente. Jurisprudência. Segurança Jurídica.

1 INTRODUÇÂO

Segurança sempre foi um objetivo inerente à natureza do homem, a busca por segurança e estabilidade foi um dos alicerces fundamentais da evolução humana, a qual sempre buscou maneiras de consolidar a segurança e a estabilidade nos mais diversos aspectos da cultura humana, assim, mesmo no campo das ciências jurídicas a busca pela segurança, neste caso a segurança jurídica, sempre foi um tema de grande relevância.

Neste cenário de busca por estabilidade e segurança jurídica, o direito processual civil brasileiro também tenta encontrar uma forma de trazer tais

[123]Graduado em Direito pela UnC (2013), Endereço eletrônico: jp_lemoscosta@hotmail.com.
[124]Graduado em Direito pela FURB (1994), pós-graduado em Direito Processual Civil pela FURB (1999), pós-graduado em Direito e Gestão Ambiental pelo CESUSC (2005).Endereço eletrônico:carlosdidone@brturbo.com.br.

elementos a atual sistemática processual vigente, assim a possibilidade da utilização da ferramenta do precedente judicial desponta e ganha notoriedade.

Atualmente percebe-se que no sistema processual, especialmente na esfera civil, um movimento no sentido de permitir uma maior eficácia na aplicação de precedentes judiciais, de forma que o mesmo possa contribuir ou sanar as mazelas de morosidade e falta de segurança e estabilidade das decisões judiciais.

A questão problema acerca da qual o presente artigo pretende discutir e a seguinte: “aplicabilidade do instituto do precedente jurídico como instrumento de segurança jurídica no processo civil?”.

Para tanto o presente artigo foi elaborado através do método indutivo, com a realização de pesquisas bibliográficas de autores que discutem e trabalham esse tema em suas obras.

Mesmo sendo um preceito que não é plenamente conceituado, possuindo diversas interpretações apoiadas por correntes doutrinárias e legislativas diversas, é fato que a busca da segurança jurídica é uma das questões predominantes nas discussões jurídicas atuais.

A mais nova ferramenta para se alcançar o objetivo de segurança jurídica é a utilização de precedentes judiciais, com a finalidade de estabilizar e criar continuidade nas linhas decisórias dos processos e ações judiciais.

Pode-se notar o recente destaque ganho pelos institutos carregados dos mesmos ideais dos precedentes judiciais, como a súmula vinculante e a jurisprudência dominante, é uma evidencia da importância que os legisladores e doutrinadores estão dando ao tema.

Tais institutos são levados à discussão sobre sua eficácia em um sistema jurídico de tradição romana, onde a lei deveria ser a fonte principal do direito e não a jurisprudência e o precedente.

Assim sendo o presente artigo tem por objetivo discutir a origem desse instituto, a sua atuação, função e sua aplicabilidade no direito brasileiro, como também a reação dos doutrinadores acerca desse tema.

Ao fim cabe buscar e desvendar o papel futuro do precedente judicial em nosso sistema jurídico, e o resultado que tais mudanças hoje vivenciadas por um sistema jurídico em transformação afetaram o processo civil brasileiro em um futuro próximo e bem como em logo prazo.

2 CONCEITOS E FUNDAMENTOS HISTÓRICOS ACERCA DO INSTITUTO DO PRECEDENTE JUDICIAL:

2.1 CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

Ao se iniciar um estudo mais elaborado de um determinando tema se faz necessária uma análise mais profunda do contesto histórico e social da qual o tema surgiu, assim sendo, quando se busca entender o tema do precedente judicial uma breve observação do contexto da qual ele deriva.

Na temática do precedente judicial essa análise recai sobre os sistemas de direito do *civil law*do *common law*, os quais são os principais sistemas vigentes no mundo e também aqueles onde a temática pode ser aplicada.

Assim, apenas após um estudo dessas raízes históricas e da temática dos mesmos, poderá ser possível elaborar uma argumentação fundamentada do tema.

2.2 A TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Um dos temas de maior relevância no cenário atual do processo civil brasileiro versa sobre a aplicação de precedentes judiciais para a fundamentação de julgados, ou seja, a aplicação de precedentes dotados de força vinculante.

Neste contexto, num mundo onde o pensamento fundando em uma temática globalizada onde velocidade se torna mais do que apenas um aspecto necessário, mais sim um elemento de fundamental relevância, o precedente judicial por suas diversas características torna-se um instrumento bastante desejável para auxiliar a prática forense.

Segundo essa temática pontua Marcelo Alves Dias (2006, p.24):

> O papel do precedente judicial é de revelador do Direito, no sentido de declarar o que já existe, pois é apenas o resultado de um raciocínio simples: ‘o dever ser’ (a decisão judicial) deve refletir ‘o que é’ (o Direito Natural preexistente).

Ao se falar desse tema se faz necessário à apresentação de um conceito de precedente judicial, sem o qual o entendimento do mesmo pode ser prejudicado.

Doutrinadores como Tucci, Didier e outros, dedicaram-se a conceituar o instrumento de precedente judicial, isso se deve a relevância que esse instrumento vem angariando através do tempo no direito como um todo, e mais especificadamente nos últimos anos no direito brasileiro. Um conceito bastante genérico é abrangente é de que o precedente judicial é um instrumento no qual as decisões de casos anteriores seriam utilizados na resolução de casos futuros com conteúdo similar.

Nesta mesma linha de pensamento podemos destacar o conceito de precedente judicial elaborado por Fredie Didier Jr, “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (2009, p. 379).

Outro conceito sobre precedente judicial é o formulado por Julio Cesar Rossi (2012, p. 211):

> Precedente pode indicar um julgamento, cujo resultado possa ou deva ser considerado por sua relevância na análise de presente e futuros casos similares; ou, ainda, precedente é um caso decidido em um primeiro momento e seguido em casos posteriores semelhantes. Pode ser utilizado o vocábulo também para indicar ou considerar a análise de um corpo de alegações relevantes de decisões pretéritas.

Diferentemente dos sistemas jurídicos de tradição anglo-saxônica, onde o precedente judicial goza de um status muito elevado sendo considerando a principal fonte do Direito, os sistemas jurídicos de tradição romana o precedente não exerce grande força na elucidação e na aplicação do direito.

Como ressalta o doutrinador Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p. 17):

> Na verdade, pelo menos em termos acadêmicos, o precedente judicial na tradição do *civil law* (tradição romano-germânica ou continental), à qual o sistema jurídico brasileiro é filiado, foi indevidamente relegado a um segundo plano, uma vez que a legislação é a forma de produção jurídica por excelência. Diferentemente do *common law,* no qual o precedente constitui importantíssima fonte do Direito, de observância quase sempre obrigatória, sendo, por isso, um elemento caracterizador dessa tradição.

Entretanto, nota-se que o legislador brasileiro vem cada dia mais dotando o instituto do precedente judicial de uma força não apenas de referência, mas sim o transformando em um instituto de vinculação das sentenças judiciais.

Esse fenômeno já foi percebido por alguns doutrinadores como Julio César Rossi o qual elaborou o seguinte parecer (2012, p. 204):

> Constatamos, há algum tempo, uma forte interpretação e aplicação do direito por meio dos chamados precedentes judiciais. Essa tendência vem se cristalizando na medida em que, além de o Poder Judiciário permanecer cada vez mais alicerçado em seus paradigmas jurisprudenciais – não necessariamente reiterado – a legislação constitucional e infraconstitucional vem reconhecendo e autorizado mecanismos processuais hábeis a tal prática.

Desta forma, fica evidente o que o precedente judicial pode ser caracterizado como um instrumento jurídico cuja principal função é a resolução de um caso ou demanda judicial através do uso de uma fundamentação preexistente, a qual foi elaborada em um caso análogo previamente solucionado por um órgão julgador.

Deve-se, ressaltar que um elemento desta importância pode até ser facilmente conceituado, entretanto, o que existe intrínseco a tal instrumento é algo muito mais complexo, sendo que diversos conceitos e princípios do direito estão intimamente ligados a esse instrumento.

Podemos citar em um primeiro plano os princípios da isonomia e da segurança jurídica, que sempre foram fundamentais a prática do Direito e em um plano maior pela busca da Justiça, também deparamos com conceitos relativos à razoabilidade da duração do processo e da celeridade judicial, temas muito em voga na atual conjuntura.

Sobre o principio da segurança assinala Tucci (2007,p.37):

> Um elemento indispensável da segurança jurídica é à força da coisa julgada das sentenças judiciais, significando que um provimento judicial que adquire tal *status* não mais pode ser impugnado pelos instrumentos jurídicos ordinários.

Desta forma, presenciamos um processo fundado em um sistema jurídico, recepcionando instrumentos de um sistema jurídico diverso, e mudanças dessa natureza, por menores que sejam, trazem efeitos que por serem desconhecidos geram resultados inusitados.

A questão é que o atual sistema não parece, num primeiro plano, ser adaptativo o bastante para solucionar com seus próprios mecanismos, as demandas trazidas a justiça, no alvorecer desse século, onde a velocidade a segurança se fazem cada vez mais necessárias em todos os planos da vida humana.

Devemos ressaltar que o Direito é uma atividade hermenêutica por excelência, e a interpretação da lei é por si uma questão inerente à natureza de um processo, sendo assim, a simples aplicação da norma legal muitas vezes não parece ser suficiente para a resolução de uma demanda, é dentro dessa visão que o precedente torna-se uma eficaz ferramenta, uma vez que sua construção demanda uma apurada análise da lei e de sua aplicação no plano real, sendo assim, permitindo ao julgador fundamentar sua decisão com base em uma situação concreta e não apenas em uma lei genérica, Gadamer (2005, p. 452) pontua que *"a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz"*.

Durante a atividade jurisdicional também se deve levar em conta demais elementos que impossibilitam a eficácia plena de uma lei, a tendência de acreditarmos que para cada caso existe uma única solução proposta em lei é ilusória, como também é a de que todas as ações existem em um processo sejam acobertadas por uma norma existente, disso decorrem *hard cases*, onde o julgador assume a tarefa de elaboração de uma solução para o caso. E desta forma o pensamento criado a partir da ponderação de um caso, deve tornar-se uma guia para posteriores demandas judiciais englobadas por esse pensamento.

Nesse sentido, destaca-se o pensamento elaborado por Julio Cessar Rossi (2012, p. 213):

> Entendemos o precedente como resultado (norma jurídica estabelecida para uma situação concreta) de um único julgamento, de uma série de julgamentos, oriundos de um tribunal local, federal ou mesmo de Tribunais Superiores e do STF, o fato é que o precedente não é apenas, e tão somente, por assim dizer, 'julgado'. Ele representa a essência, o ponto central da discussão levada à apreciação do Poder Judiciário para a solução de uma determinada lide.

Também devemos levar em conta os resultados que uma aplicação tão ampla dos precedentes judiciais, resultados os quais ainda não se pode afirmar ainda com total certeza quais serão, uma vez que diversos fatores associados ainda não foram plenamente compreendidos e estudados.

Entretanto, podemos supor algum deles, mais visíveis em um primeiro momento e já presentes em algum grau no nosso ordenamento desde o momento em que os legisladores passaram a favorecer o instituto do precedente.

Um dos resultados mais visíveis da utilização do instrumento do precedente judicial é a criação e a continuidade de uma linha de pensamento jurídico, tal linha desponta como um ponto de referência para casos futuros e, desta forma, produz uma estabilidade na condução dos processos judiciais.

Outro resultado bastante visível é a restrição de demandas judiciais ascenderem às instâncias superiores da justiça, sendo que a aplicação de precedentes limita ao crivo desses órgãos, apenas casos que já não foram sumulados ou na qual ainda não se foi estabelecida uma jurisprudência dominante.

Entretanto, essa restrição não é bem vista por alguns autores como destaca o pensamento de Edgar José Galilheti (2012, p.1140):

> As mudanças já operadas na legislação processual e aquelas de *lege ferenda*, não podem ser abdicativas a ponto de tirar dos juízes - especialmente dos das instâncias de hierarquia inferior – aquelas possibilidades mínimas de sensibilidade que permitem uma prestação jurisdicional mais voltada para o caso concreto, para a pessoa.

Essa prática, apesar de trazer de imediato um resultado positivo, a redução de demanda e consequentemente o “desafogamento” das instâncias superiores e uma maior agilidade processual, pode resultar, se não for plenamente compreendida e bem elaborada, no cerceamento do direito das partes envolvidas na demanda.

Dessa forma, podemos notar que vem se criando no Brasil um sistema diferente, um hibrido entre o *civil law*e o *common law*, muitos acreditam que tal sistema pode ser a resposta para solucionar os atuais problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, entretanto ainda não se sabe se a solução pode ser encontrada através do precedente, mas cada dia mais fica evidente que este instrumento estará bastante presente no ordenamento pátrio.

Assim, compreende Julio Cesar Rossi (2012, p. 206):

> Criamos um precedente à brasileira: uma forma de solucionar os conflitos por meio da jurisprudência (seja ou não reiterada: material constitucional ou infraconstitucional) que servirá de parâmetro normativo obrigatório (não indicativo ou persuasivo), para que os órgãos inferiores do Poder Judiciário chancelem, com a mesma decisão padrão, casos aparentemente assemelhados.

O que podemos concluir, é que o precedente judicial é uma ferramenta muito útil à atividade jurisdicional, desde que se tenha em mente que sua aplicação não

danosa a aqueles que buscam a tutela do judiciário para que seus conflitos sejam solucionados.

Portanto, nosso pretenso sistema de aplicação dos precedentes judiciais, ainda em seus estágios iniciais, tem um longo caminho a percorrer a fim de demonstrar que pode ser útil ao processo, garantindo não só a resolução de seus atuais defeitos, como também mantendo intactos os princípios seculares que regem as raízes de toda a ordem jurídica que conhecemos.

Assim sendo, apenas se levarmos em consideração as diversas nuances do instrumento do precedente judicial é que poderemos, enfim dar a ele um conceito adequado, o qual deve se tornar uma das bases em que se sustentará todo o processo civil brasileiro.

3 O PRECEDENTE JUDICIAL NO ATUAL DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

3.1 ATUAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Podemos notar uma grande mudança de paradigma no atual processo civil, uma mudança onde o precedente judicial ganha força de uma maneira sem precedentes, entretanto apesar de seu recente status o precedente judicial ainda é em regra um instrumento de eficácia consultiva no processo.

A aplicabilidade de precedentes judiciais se mostra bastante presente na elucidação de casos em primeira instancia que se vale de jurisprudência produzida pelos tribunais de instancias superiores para fundamentar a decisão dos casos concretos.

Outro fator comum ao processo civil atual é a pratica dos operadores do direito de anexarem as peças processuais julgados anteriores, que defendam a mesma posição das partes, com a finalidade de demonstrar ao julgador que em um caso precedente o judiciário já decidiu uma questão de natureza similar de uma determina maneira.

Desta forma podemos observar então que o processo, e a pratica processual, passam por uma constante evolução e maturação de sua forma de agir, o processo civil sendo uma parte importante das ferramentas estatais que garantem a harmonia social deve então evoluir para que possa garantir à sociedade as respostas de seus anseios.

Na atual pratica processual brasileira a lei ainda é, ou deveria ser a fonte primaria do direito, ou seja, a fundamentação de um caso deve ser juridicamente possível, deve estar em consonância com os ditames da ordem legal constituída e escrita.

Assim sendo o mecanismo do precedente judicial, atua no processo, através de diversas ferramentas, muitas ainda bastante recentes, as quais devem ser analisadas para que seja possível compreender a atual aproximação de nosso processo de tradição romana, ao processo de tradição anglo-saxônica onde o precedente judicial atua de forma muito mais incisiva.

3.2 ATUAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

O precedente judicial é então um instrumento que já se apresenta na atual pratica processual civil, podemos demonstrar sua aplicabilidade de forma cada vez mais presente no processo, através de jurisprudências, súmulas e causas repetitivas.

Temos assim um processo civil onde o instrumento do precedente se faz cada vez mais presente e, portanto, se faz necessária uma analise desse instrumento e sua aplicabilidade para que possamos compreender se o mesmo é compatível ao nosso sistema.

Temos hoje um processo civil fundado no principio que a lei desempenha o papel de fonte primaria de nosso sistema jurídico, entretanto mesmo a lei mais completa ainda pode sofre com obscuridade ou não contemplar uma ação fática.

Mesmo neste cenário onde a lei desempenha a função de fonte primaria do Direito, herança da tradição romano-germânica do direito brasileiro, o precedente judicial é cada vez mais uma força no âmbito processual, principalmente por prover uma forma de preencher lacunas descobertas pela lei,

Sobre essa dinâmica descreve Ramires (2012, p. 62):

> Mas, apesar do caráter constitucional do *legiscentrismo* brasileiro, são muito comuns por aqui decisões que sequer fazem qualquer referencia ao texto da lei ou da Constituição, remetendo a vinculação de suas razões tão somente a um trecho ou ementa de um julgado pretérito.

Entretanto o posicionamento a favor da aplicação de precedentes para a resolução de casos concretos não é dominante sendo que alguns doutrinadores não vêm com bons olhos tal pratica.

Um dos principais motivos é o de contingenciamento de casos que podem ser analisadas em instância superior, por serem impedidos por mecanismos como a súmula vinculante e a jurisprudência dominante.

Sobre este tema Ramires (2012, p. 31) possui o seguinte posicionamento:

> A invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de case law que se conheça, em especial ao inglês e ao norte-americano'. Sequer os rudimentos da teoria dos precedentes, destilada durante séculos nos países que tem essa tradição, são conhecidos por aqui. O resultado é um ecletismo improvisado entre duas tradições diversas, sem que haja uma real interlocução entre elas.

Assim temos na atualidade um processo civil enraizado na tradição romano-germânica, em que o legislador embutiu uma sistemática alternativa onde o precedente judicial atua como uma ferramenta de controle da demanda processual, principalmente nas cortes superiores.

Segundo essa temática destaca Galilheti (2012, p.1141):

> Nesse contexto, evidente que a mensagem da litigiosidade, muitas vezes frívola, surge como resultado natural de um processo que se encontra com graves problemas em sua base. Em resposta à morosidade a estratégia encontrada pela legislação, por hora, foi aquele 'remédio amargo' que favorece um 'modopositivista-de-decidir', ou seja, a veneração do precedente e a pacificação interpretativa pelo efeito vinculante das decisões das Cortes Superiores (positivismo precedentista).

Portanto nosso sistema se encontra em um processo de adaptação com objetivo de superar os desafios crescentes de uma sociedade globalizada e em uma busca frenética por celeridade e resolução rápida, porém justa de seus conflitos.

O *Civil Law* em Evolução: Princípios Constitucionais e o Processo Civil

O atual modelo tradicional de *civil law,* ao qual nosso processo civil está imerso parece não ser capaz de por si só solucionar os problemas trazidos a tona no início deste século.

Desta forma tanto o legislador quanto o judiciário buscaram formas de garantir ao processo uma forma de responder tais problemas, a solução parece ser a

aplicada nos dias atuais é de aproximação do nosso sistema baseado no *civil law* com o sistema do *common law.*

Esta aproximação permitiu que diversos instrumentos processuais ganhassem força, permitindo aos julgadores basear seu entendimento num posicionamento prévio de outro órgão julgador.

Podemos destacar que essa transformação do processo civil também reflete em outras esferas do direito, percebemos ao analisar princípios de natureza constitucionais, os quais tem uma grande relevância na esfera social.

Nesse cenário pode-se notar o princípio constitucional de igualdade, sem dúvida, tal princípio é um dos mais, se não o de maior relevância de nossa carta constitucional estando elencado nos princípios fundamentais do artigo 5 da Constituição Federal de 88.

Tal princípio de natureza constitucional é sem duvida alguma, um dos mais presentes na esfera processual, ou seja, a igualdade de condições entre os litigantes ou a chamada “paridade de armas”, pois não se pode almejar justiça sem que se fale em igualdade processual das partes.

Tal pensamento encontra-se assim resumido, na lição de Scarence Fernandes (1999, p. 48):

> Como salientado, em duas direções manifesta-se o princípio da igualdade no direito processual: dirige-se aos que se encontram nas mesmas posições no processo – autor, réu, testemunha –, garantindo-lhes idêntico tratamento; dirige-se, também, aos que estejam nas posições contrárias, de autor e de réu, assegurando-lhes idênticas oportunidades e impedindo que sejam atribuídos maiores direitos, poderes, ou impostos maiores deveres ou ônus do que a outro.

Desta forma a igualdade também deve estar presente na forma de decidir, é nesse sentido que os precedentes judiciais desempenham um fator de importância, pois a continuidade e certeza de um julgamento baseado em entendimentos prévios permitem uma uniformidade ou igualdade das decisões de natureza jurídica.

Ou seja, a aproximação de nosso sistema ao sistema do *common law* pode em tese permitir uma mais plena observância do principio da igualdade, tanto as partes que ingressam no judiciário uma segurança quanto aos seus direitos.

Podemos ressaltar que mesmo na atualidade, onde a facilitação ao acesso a julgados e jurisprudências, podemos encontrar casos iguais sendo julgados de forma totalmente diversa, por simplesmente terem sido analisados por um julgador diverso.

Nesse sentido podemos destacar o pensamento de Mancuso (2010, p. 208) o qual diz que não só a norma legislada deve ser igual para todos, como também a norma judiciada. Sendo assim necessária sua uniformização e de seu estreito cumprimento por parte do Judiciário, para que as partes que ingressem no judiciário não fique vinculados para a vitória à sorte da distribuição.

A existência de diversos julgados nos mais diversos sentidos de uma determinada matéria é prejudicial à boa pratica judiciária e ao sistema jurídico como um todo, pois sem uma uniformização das decisões o judiciário ficara enfraquecido frente à falta de segurança e estabilidade de suas decisões.

4 INSTRUMENTOS ATUAIS DE APLICAÇÃO DE PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Existem no processo brasileiro alguns instrumentos que tem por função permitir ao julgador estabelecer sua decisão com base no entendimento prévio de uma corte superior sobre uma mesma questão jurídica, podemos destacar diversos desses instrumentos, como a jurisprudência, as súmulas: súmula vinculante, impeditiva de recursos, entre outros.

Tais instrumentos não existiam originalmente em nosso processo ou tinham pouca influencia nas decisões jurídicas, entretanto, com as reformas e criações legislativas e jurídicas, que resultaram na aproximação de nosso sistema ao sistema do *common law,* esses instrumentos ganharam força e relevância para o processo.

Desta forma o atual processo civil possui instrumentos que ao menos tem características muito similares ao precedente judicial, essas modificações deram origem ao pensamento de que seria aplicável ao processo brasileiro o precedente tanto como um remédio contra a morosidade processual crônica que existe no direito pátrio, como para a construção de uma linha de raciocínio jurídico continuado que garantiria ao processo a tão desejada segurança jurídica que legisladores e doutrinadores sempre buscaram.

Podemos notar que essa mudança de pensamento do legislador vem lentamente ganhando força, um dos primeiros passos dessa aproximação foi na emenda constitucional 45 a qual trouxe profundas mudanças em nosso sistema judiciário.

Desta forma o judiciário se serviu dessas mudanças para buscar responder os anseios de celeridade e falta de uniformidade de suas decisões que por muito tempo assolaram o processo civil.

5 O PRECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO

Como vimos o precedente judicial é um instrumento cada vez mais presente em nosso sistema jurídico, sendo que essa presença se deve ao pensamento que o mesmo pode vir a fornecer ao nosso sistema processualístico ferramentas necessárias a manutenção da segurança jurídica, através da estabilidade das decisões judiciais, bem como celeridade, razoável duração do processo.

Podemos perceber que o aumento da influencia do precedente judicial, veio culminar num processo de aproximação do sistema jurídico brasileiro, de origem romana ou *civil law* ao sistema jurídico do *common law* ou anglo-saxônico.

Essa aproximação apesar de não ser bem vista por alguns doutrinadores ou operadores do direito, parece ser em nosso atual cenário social um caminho natural para tentar solucionar as deficiências que afligem nosso sistema jurídico e enfraquecem o poder judiciário.

A necessidade de o processo judicial acompanhar as intensas transformações sociais de um país que se moderniza e se abra a um mundo globalizado, resulta numa busca por um sistema jurídico mais eficaz, célere e confiável, princípios os quais o precedente judicial pode prover ao nosso atual ordenamento.

Devemos então, para poder compreender plenamente os instrumentos do precedente judicial, devemos aprofundar o estudo sobre esses princípios de segurança e celeridade os quais são os motivadores dessas mudanças que vislumbramos em nosso sistema jurídico.

Também é importante ressaltar a temática do segurança jurídica, sua aplicação no processo e seus benefícios tanto nas esferas jurídicas como sociais, econômicas e políticas, e também seu conceito e como a mesma está relacionada à aplicação de precedentes judiciais.

6 O CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO

Ao abordarmos a temática do precedente judicial devemos ter em mente os resultados originados de sua aplicação, uma dos resultamos de mais simples observação é a constituição de uma linha de decisões judiciais fundadas num mesmo entendimento jurídico.

Esse pensamento jurídico de forma continuada e estável, segundo um pensamento jurídico definido e fundado em um mesmo pensamento pode ser considerada um linha de resolução de questões judiciais de mesma natureza.

Desta forma ao existir no poder judiciário certa estabilidade de suas decisões ao tratar de um mesmo tema podemos vislumbrar então o que se entende por segurança jurídica, sendo essa a responsável por certa regularidade das decisões em casos idênticos.

Segurança jurídica conceituada de forma genérica por José Augusto (2011. p. 1):

> O conceito genérico de segurança jurídica, como a garantia assegurada pelo Constituição Federal ao jurisdicionado para que uma determinada situação concreta de direito não seja alterada, especialmente quando sobre ela exista pronunciamento judicial.

Evidente que esse conceito apresenta apenas uma descrição genérica do que se entende por segurança jurídica, sendo está muito mais abrangente e profunda, tendo diversas facetas relevantes para a organização judiciária bem como para a satisfatória distribuição da Justiça.

A segurança jurídica está intimamente ligada com a solidez do poder judiciário, sendo que dessa forma uma poder judiciário onde as decisões judiciais não possuem uma estabilidade e possam garantir certa segurança ao jurisdicionado, tem perante a sociedade uma eficácia limitada ou mesmo irrelevante.

Tal perda de confiança da sociedade perante o poder judiciário pode gerar uma insatisfação com a ordem jurídica vigente, estabilidade que tem reflexos em diversas aéreas da vida social, refletindo positiva ou negativamente em setores econômicos, políticos e sociais.

Desta forma um processo judicial ao qual seja possível vislumbrar uma segurança as partes se faz indispensável para a manutenção da ordem social de um país.

Observando nosso atual sistema jurídico, e as decisões proferidas por nosso poder judiciário, podemos vislumbrar que nosso sistema ainda peca no que tange a segurança jurídica no processo, assim sendo os operadores do direito e legisladores buscam alternativas para não aumentar a estabilidade das decisões e evitar a insegurança jurídica no processo civil.

A segurança jurídica então desempenha um papel de estabilização em no decorrer de disputas judiciais, não permitindo dessa forma ao julgador criar um entendimento sem qualquer base ou fundamentação, existindo para cada caso, uma sentença diferente, o que geraria insegurança e enfraquecimento da força coercitiva estatal.

Em suma o dever da existência de segurança no sistema jurídico age como uma forma de pacificação social e um das ferramentas de estabilidade das instituições estatais, permitindo o amplo desenvolvimento de um Estado de Direito.

Assim a busca e realização de um processo que contemple o direito da segurança jurídica estão intimamente ligadas aos fundamentos do Estado democrático, pode se vislumbrar esse direito a segurança em nossa atual carta constitucional, mesmo não existindo expressa menção alguns incisos do artigo 5º trazem direitos ligados diretamente à necessidade da segurança jurídica.

Merece destaque o inciso XXXVI o qual possui a seguinte redação:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Desta forma mesmo não existindo expressa determinação constitucional fica evidente o entendimento do legislador ao elevar a intangibilidade do direito adquirido e a coisa julgada ao rol de direitos fundamentais, que a segurança jurídica deve sempre existir para permitir a plena realização desses direitos.

Por fim cabe analisar os diversos conceitos do que se entende por segurança jurídica, bem como estabelecer esse direito com as atuais faces do nosso sistema

que tenta se integrar a um mundo globalizado e moderno, como também busca garantir aos jurisdicionados o respeito a seus direitos referentes a uma boa aplicação da justiça e pacificação social.

Conforme doutrina Natacha Tostes (2004, p. 13):

> Essa segurança jurídica pode ser definida como uma situação tal que proporcione a convivência pacifica e harmônica dos membros da sociedade, fundados em princípios éticos vigentes em dado momento de tempo e espaço.

Esse conceito tem a segurança jurídica em sua primeira faceta a qual estabelece a mesma como um instrumento de estabilidade, a estabilidade é um dos enfoques ao qual se pode analisar a segurança jurídica, entretanto pode-se analisa-la sob o enfoque da previsibilidade.

Sendo assim conceitua a segurança jurídica, sob um novo enfoque, Alvim (1995, p. 303):

> Num mesmo momento histórico não é aceitável que a mesma regra jurídica tenha mais de uma interpretação, pois o atributo da certeza é necessidade indeclinável da ordem jurídica; a duplicidade da interpretação criaria, certamente, a dubiedade respeitante à conduta.

Neste outro conceito então temos a segurança jurídica analisada sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais, sendo aqui mais uma vez consagrada a necessidade da mesma para a que haja a pacificação da sociedade e evite-se a enfraquecimento do poder judiciário e das instituições Estatais como um todo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devemos, ao analisar os institutos do precedente judicial e da segurança jurídica, sempre ter em mente que ao tratar de segurança jurídica estamos falando de um objetivo de busca constante no processo civil brasileiro, já o precedente judicial é um instrumento trazido ao processo civil como forma de se obter a segurança jurídica.

Também devemos lembrar que a aplicação de precedentes judiciais é um tema novo e bastante controverso, podemos listar muitos benefícios que tal

instrumento poderia em tese melhorar o atual processo civil vigente, entretanto em contra partida podemos listar igual número de problemas que a aplicação desta ferramenta poderia trazer a tona.

Sendo assim a solução não virá de apenas um instrumento que num “passe de mágica” livraria o processo civil de todas as suas mazelas evidentes como a da morosidade e falta de segurança jurídica.

A solução deve nascer de uma análise cuidadosa de todos os pontos que fortes e precários de nosso sistema jurídico, deve levar em conta os apelos sociais e econômicos e também toda a construção acadêmica, para enfim se tomar as medidas necessárias para a elucidação das mazelas do processo.

Se essa solução passa através da aplicação do precedente judicial só será possível certeza após a aplicação do mesmo, mas que o instrumento possui diversas características que poderiam contribuir para amenizar alguns dos problemas que enfrentamos no processo é inegável.

Devemos considerar o precedente judicial uma ferramenta importante para a construção de um processo mais célere e mais seguro, entretanto um movimento neste sentido deve ser bastante estudado e aproximado da realidade da justiça nacional.

A integração de um instituto de origem diversa da tradição do *civil Law* brasileiro deve levar em consideração as realidades e os anseios sociais, com o objetivo de não desfigurar a tradição jurídica construída no país através dos anos.

Fica evidente ao estudar o instituto precedente judicial, que cada vez mais é uma realidade no processo civil brasileiro, tanto os legisladores como os doutrinadores notam uma convergência do direito brasileiro para adoção deste sistema, isso se dá por diversos fatores, tantos econômicos quanto sociais.

A celeridade processual é sem duvida alguma o fator que mais pesa favoravelmente para a integração do sistema do precedente judicial, entretanto também é um dos que mais geram criticas, pois, muitos doutrinadores acreditam que uma busca desenfreada por celeridade pode resultar no cerceamento do direito das partes envolvidas no processo.

Mesmo assim o precedente é uma ferramenta que pode proporcionar tanto aos julgadores, quanto as partes envolvidas na discussão de um caso concreto uma garantia de que as decisões tomadas pelos julgadores terá força para solucionar o caso, tendo em vista a segurança jurídica.

Por fim, cabe ressaltar que mesmo que existam alguns riscos na utilização de precedentes judiciais para sanar as mazelas processuais de insegurança jurídica e morosidade processual, os benefícios trazidos por tal instrumento parecem ser muito maiores, permitindo por fim que o processo civil brasileiro cumpra com efetividade sua função de prover a Justiça.

REFERENCIAS

AUGUSTO, José. **O princípio da segurança jurídica**: supremacia constitucional. Biblioteca Digital Jurídica- STJ. Disponível em www.bdjur.stj.gov.br.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, 4.ed. Salvador, JusPodivim, 2009.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. n. 145.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e pratica. 11.ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2009.

RAMIRES, Mauricio. **Critica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TUCCI, José Rogerio Cruz e**. Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de historia do direito**. 3.ed. Belo Horizonte, Delrey, 2006.

CRIMINOLOGIA E DIREITOS HUMANOS

José Henrique da Costa[125]
José Setembrino Medeiros[126]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a Criminologia, o aumento da criminalidade e sua relação com os Direitos Humanos. Tem-se como objetivo geral verificar a eficácia das políticas criminais diante do aumento da criminalidade. Os objetivos específicos são os seguintes: estudar a origem da Criminologia e sua importância nos dias atuais; analisar o aumento da criminalidade e suas consequências para a sociedade, economia e política; demonstrar os métodos utilizados para o controle da criminalidade; e por fim, delinear a relação entre a Criminologia e os Direitos humanos. Para alcançar tal enfoque, demonstra-se a importância que a Criminologia, as funções do Direito Penal, bem como o papel da Segurança Pública exerce na repressão e redução da criminalidade. Será analisado os meios de se reduzir a criminalidade através da implementação de medidas comprometidas em combatê-la. Trata-se de uma pesquisa exploratória envolvendo levantamento bibliográfico, artigos extraídos da internet, consultas à doutrina, jurisprudência e legislação. O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo.

Palavras-chave: Criminologia. Criminalidade. Políticas criminais. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade é um problema crescente em todo o mundo, principalmente da metade do século XX até os dias atuais. O quadro da criminalidade demonstra a insegurança das pessoas, sendo a violência nas cidades é resultado da situação política, econômica, social e cultural do país.

Em consequência disso, investigar-se-á se os órgãos governamentais estão buscando soluções para o recrudescimento da criminalidade. Acredita-se que o desenvolvimento de políticas criminais são os meios, efetivamente, eficazes ao combate da criminalidade.

[125] Graduado nos Cursos de Estudos Sociais e Direito na Universidade UNIVALI/Itajaí – SC. Delegado de Polícia Civil do Estado de Santa Catarina aposentado. Especialização em Segurança Publica pela UNC. Especialização em Ciências Criminais pelo CESUSC. Professor substituto da UNC nas cadeiras de Criminologia e Direito Penal III. Endereço eletrônico: jhenrique@pc.sc.gov.br.

[126] Graduado em Ciências Contábeis pela UnC - Universidade do Contestado (1998), graduado em Direito UnC - Universidade do Contestado (2005). Pós-graduado em Segurança Pública pela Universidade do Contestado (2012). Endereço eletrônico: binhoppprb@hotmail.com.

O objetivo é analisar a Criminologia e o aumento da criminalidade afrontando as políticas criminais do Estado, como um todo. Justifica-se esta pesquisa, pela importância da Criminologia, as funções do Direito Penal, bem como o papel que a Segurança Pública exerce na repressão e redução da criminalidade.

Pretende-se averiguar a solução do problema da criminalidade e da violência através do emprego dos meios capazes de prevenir e eliminar suas causas, a sociedade clama pela tutela estatal. Nesse artigo será dado enfoque aos problemas recentes de segurança em Santa Catarina.

Trata-se de uma pesquisa exploratória, que envolve levantamento bibliográfico, doutrina, legislação e artigos extraídos da internet. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente[127], da Categoria[128], do Conceito Operacional[129] e da Pesquisa Bibliográfica[130]. Quanto à Metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva[131].

O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, tendo em vista que se parte da ideia geral para uma particular.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CONCEITO, ORIGEM E IMPORTÂNCIA DA CRIMINOLOGIA

O termo “criminologia” foi usado inicialmente por Garófalo (1997) para designar “ciência do crime”. Shecaira (2013, p. 41) estabelece que Criminologia refere-se a

> uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a

[127] “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 54.

[128] “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 25.

[129] “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 37.

[130] “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 209.

[131] “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 86.

> gênese, dinâmica e variáveis principais do crime, contemplado este como problema individual e como problema social.

As primeiras concepções sobre Criminologia extraem-se das Escolas Clássica e Positiva (VIEIRA, 1996, p. 21):

> Na época da Renascença (Século XV e XVI) alguns filósofos efetuavam observações que importam a esse ramo do conhecimento, e, após aquela fase, a guisa de prognosticadores da nova ciência, dedicaram-se a estudos concernentes ao crime e às penas pensadores como Diderot, Rousseau, Voltaire, Liquet, Bentham, Brissot de Varville, John Howard e Cesare Bonesana - o Marquês de Beccaria. Este último, mais de um século antes do florescimento das duas primeiras escolas de Direito Penal - a **Escola Clássica** e a **Escola Positiva** - foi um autêntico precursor das pesquisas criminológicas, em virtude de suas ideias revolucionárias no campo da Justiça Criminal. De fato, escrito em 1764, em Milão, o seu livro "Dos delitos e das penas" - quando ainda vigoravam uma legislação retrógrada e métodos punitivos extremamente cruéis - constituiu um brado de alerta, um veemente apelo em favor da justiça. Daí a sua vasta repercussão e a enorme acolhida que obteve. (Grifo nosso)

A Criminologia trata do crime como fenômeno individual e social, analisando o seu autor sob os multifacetários aspectos biopsicossociológicos, com vistas à sua recuperação e readaptação à sociedade (VIEIRA, 1996, p. 33).

Cesare Lombroso (1835 - 1909) o fundador da Criminologia, a partir de 1875, embora ainda não tivesse empregado esse nome em suas pesquisas, também foi o criador da "Escola Antropológica", ou "Escola Italiana", e iniciador do estudo da Antropologia Criminal. Nestas é que se acha a gênese da disciplina em apreço (VIEIRA, 1996, p. 24).

Vieira (1996, p. 24-25) traz, resumidamente, a biografia de Lombroso o criador da antropologia criminal e suas ideias inovadoras deram nascimento à Escola Positiva de Direito Penal, mais precisamente a que se refere ao positivismo evolucionista, que baseava sua interpretação em fatos e investigações científicas:

> Criou a Antropologia Criminal, com a publicação, em 1876, do primeiro volume do 'L'uomo delinquente'. No seu trabalho de psiquiatra e médico legista, enxergou uma relação entre o delito e as características físicas do criminoso. Desde 1800, a Medicina vinha estudando o *doente*, e não mais apenas a doença, à maneira do que se fazia até então. Ao longo dos anos que medearam entre o início do século XIX e os das investigações lombrosianas, os estudiosos limitavam-se às questões de mera etiologia orgânica, quando muito, funcional, passando ao largo de uma etiologia somática dos estados psicopatológicos. Lombroso aventou a hipótese de que certos indivíduos já nascem com predisposição para a delinqüência, sendo tal disposição prévia revelada por sua figura física. Ante as características fisionômicas seria possível conhecer o indivíduo capaz de

> delinqüir. Tratava-se do chamado criminoso *nato*. Nem todos os criminosos seriam natos, mas o verdadeiro o é, proclamava Lombroso. Passou-se, então, a admitir, em princípio, que a teoria lombrosiana era explicável pelo *atavismo*. O criminoso nato seria atavicamente delinquente, ou seja, por hereditariedade, porquanto possuindo características comportamentais relativas há tempos anteriores àquele em que vivia, regressava, mentalmente, aos seus ancestrais. Assim, para Lombroso, o atavismo seria a herança *mediata*, um retorno a operar-se no processo hereditário do indivíduo. O homem criminoso estaria assinalado por uma particular insensibilidade, não só física como psíquica, com profundo embotamento da receptividade dolorifica (analgesia) e do senso moral. Por outro lado, Enrico Ferri, fundador da **Escola Sociológica** - de que o criminoso nato ressentir-se-ia da influência de determinados fatores físico-ambientais para desenvolver sua potencialidade criminal. A **Sociologia Criminal** nasceu com a sua obra "Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale", editada em 1884. Na 3ª edição (1891), teve o titulo "Sociologia Criminale". Propôs a sua "Lei de Saturação Criminal", em que tentava uma conexão entre a Escola Clássica e a sua Escola Positiva, afirmando: "Da mesma forma que num determinado líquido, a uma determinada temperatura, ocorre a diluição de certa quantidade de substância, sem uma molécula mais ou menos, assim também em determinadas condições sociais, serão produzidos certos delitos, nem um a mais, nem um a menos". Destarte, o criminoso não era, então, um homem necessariamente igual aos demais indivíduos, mas alguém que devia ser analisado, a fim de que se descobrisse qual a pena adequada a ele e à sua situação. (Grifo nosso).

Importante transcrever um resumo das Escolas do pensamento criminológico (RABESCHINI, 2016):

> **1 Escola Clássica -** Buscou saídas para as injustiças do sistema penal de sua época; Pensadores: Cesare Bonesana com sua principal obra "Dos Delitos e das Penas", que buscou saídas para as injustiças patentes do sistema penal de sua época; Francesco Carrara tratou de todos os assuntos do Direito Penal como entidade jurídica criminal. **2 Escola Positiva -** Estudava o criminoso características físicas do indivíduo seria possível descobrir se o individuo seria ladrão (Antropologia Criminal), Pensadores: Cesare Lombroso – pai da criminologia, principal obra foi "O Homem Delinquente", As ideias defendidas por Lombroso acerca do "Criminoso Nato" preconizavam que, pela análise de determinadas características físicas do individuo seria possível descobrir se o individuo seria ladrão "Antropologia Criminal"; Rafael Garófolo – principal obra foi "Criminologia", estudo sobre o crime, suas causas e da teoria da repressão; Enrico Ferri – principal obra foi "Sociologia Criminal" concentrava nas influências sociais e econômicas sobre os criminosos e os índices de criminalidade. **3 Escola Sociológica (Escola Franco-Belga ou Escola de Lyon) -** Concentrava nas influências sociais e econômicas sobre os criminosos e os índices de criminalidade. Pensadores: Émile *Durkheim e* Alexandre *Lacassagne a quem se atribui a frase "As sociedades têm os criminosos que merecem".* **4 Outras Escolas de Menor Expressão -** Terza Scuola Italiana definia o crime é fenômeno individual e social; O delinquente não é dotado de livre-arbítrio; Oferece a Distinção entre Imputáveis e Inimputáveis. Escola Moderna Alemã está entre as escolas ecléticas, a qual foi a de maior destaque e ainda contou com a presença de Franz Von Liszt, que, em 1881, publicou o Tratado do Direito Penal alemão, o qual consagrou Liszt como o maior dogmático e sistematizador do direito penal alemã. Escola Técnico-Jurídica caracterizou a Ciência Penal como autônoma, e o Direito Penal como uma "exposição sistemática dos princípios que regulam os conceitos

> de delito e de pena, e da consequente responsabilidade, desde um ponto de vista puramente jurídico. Escola Correcionalista surgiu na Alemanha, em 1839, porém foi na Espanha onde encontrou seus principais seguidores. A grande marca desta corrente foi fixar a correção do delinqüente como fim único e exclusivo de pena. Nova Defesa Social seu fundador foi Filippo Gramatica e Marc Ancel, a qual apregoa que o delinquente deve ser educado para assumir sua responsabilidade para com a sociedade, a fim de possibilitar saudável convívio de todos. Escola de Chicago sociologia americana e uma das primeiras a desenvolver trabalhos criminológicos diferentes do positivismo, tendo como seus principais autores Park, Shaw e Burgess. (Grifo nosso).

A Criminologia ocupa-se do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito e, para tanto, lança mão de um objeto empírico e interdisciplinar. Diferentemente do Direito Penal, a Criminologia pretende conhecer a realidade para explicá-la, enquanto aquela ciência valora, ordena e orienta a realidade, com o apoio de uma série de critérios axiológicos (SHECAIRA, 2013, p.40).

Quando surgiu, a Criminologia tratava de explicar a origem da delinquência (crime), utilizando o método das ciências naturais, ou seja, buscava a causa do delito. Como bem observa Bretas (2010, p.31-32) , não se pode restringir o objeto da Criminologia tão somente ao estudo do delito, mas sim ao estudo da “criminalidade”, o que pressupõe um universo mais amplo de investigação, abarcando sua prevenção e controle.

Conforme Bretas *apud* Molina (2010, p.32) o objeto da Criminologia seria o estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social, todos com suas particularidades.

A Criminologia estuda todos os fenômenos referentes ao crime – causas, efeitos, constituição mórbida dos criminosos, estatística de crimes etc. (FONTOURA, 1955, p.440), o que justifica sua colaboração com o Direito Penal que procura seguir, cada vez mais na essência e causa do delito, e na personalidade do delinquente.

A importância da Criminologia está no seu objeto, pois tem como essência a prevenção, buscando oferecer estratégias, por meio de modelos operacionais, para minimizar os fatores que estimulam a criminalidade, elaborando táticas que possam inibir o conjunto de crimes.

Pode-se dizer que é uma ciência empírica, não acabada, e de extrema importância para a sociedade em dois aspectos, o aspecto preventivo e o aspecto combativo. O aspecto preventivo seria a elaboração de políticas públicas voltadas

para combater os fatores que desencadeiam a violência como, por exemplo, o desemprego, a evasão escolar, a utilização de álcool e drogas entre outros. O aspecto combativo seria a elaboração de um código penal que punisse de maneira justa e igualitária os criminosos, independente da sua condição socioeconômica (IPESP, 2010).

2.1.1 Objeto da Criminologia: Delito, Delinquente, Vítima e Controle Social

Segundo Schecaria (2013, p. 43) o conceito de delito não é o mesmo para o direito penal e para a Criminologia. Para o direito penal é a ação ou omissão típica, ilícita e culpável. Esta visão que o direito penal tem do crime é uma visão centrada no comportamento do indivíduo.

Já para a Criminologia, o crime deve ser visto como um problema comunitário e social. E embora tanto o direito penal quanto a Criminologia tem por objetivo o estudo do crime, ambos se diferenciam em relação ao fenômeno criminal. Portanto, no que se refere ao delito, à Criminologia irá analisar a conduta antissocial, as causas que gerou tais condutas, o tratamento dado ao delinquente, buscando sua não reincidência, ou seja, um tratamento para que ele não venha praticar infrações penais. Concluindo no que se refere ao delito, a Criminologia tem toda uma atividade investigativa, analisando suas causas, a conduta antissocial, o efetivo tratamento, o conceito de delito é dado como relativo para a Criminologia, que observa como um problema social (PAULA, 2004, p. 14).

Sobre o delinquente Schecaria (2013, p. 47) explana:

> O criminoso é um ser histórico, real, complexo e enigmático, um ser absolutamente normal, pode estar sujeito às influências do meio (não determinismos). E arremata dizendo: as diferentes perspectivas não se excluem; antes, comtemplam-se e permitem um grande mosaico sobre o qual se assenta o direito penal atual.

Concluindo, a abordagem ao criminoso, esse assim como qualquer cidadão tem vontades próprias, tem vontade de ir além, de superar, de construir seu próprio futuro, de ter sua própria opinião, é uma pessoa como outra qualquer, contudo, sujeito a influências do próprio meio em que vive (PAULA, 2013, p. 16).

Outro objeto de estudo da Criminologia é a vítima. Vítima é aquela que sofre com o ato delitivo.

O estudo da Vitimologia permite o estudo da criminalidade, pois irá colher informações das vítimas fundamentais para esclarecimentos de crime como acontece com a violência e a grave ameaça. Sem a participação da vítima nesses crimes seria impossível colher informações claras e reais. A vítima, portanto, tem um papel fundamental na estrutura do delito, principalmente. O Estudo da vitimologia se dá através de duas Escolas importantes que influenciaram a nossa história: A Escola Clássica e a Escola Positiva. No Brasil, o estudo da vitimologia se dá mediante a superpopulação urbana, descaso dos governantes, pois a sociedade cria uma expectativa de melhora o que não acontece (PAULA, 2013, p. 17).

O quarto objeto de investigação da Criminologia diz respeito ao sistema de controle social.

Molina (2002, p. 134) entende controle social como “conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido subentendimento do indivíduo aos modelos e normas comunitários”.

Controle social é intervenção na conduta individual, e pode ser exercida por diversos meios, a exemplo da família, da escola, da religião, dos meios de comunicação, da policia, além dos meios especializados, como é o sistema penal.

2.1.2 Direito Penal e a Criminologia

Vieira (*apud* Gilberto de Macedo, 1997) faz um paralelo entre o Direito Penal e a Criminologia:

> Ainda não são pacíficas as opiniões acerca da legitimidade da autonomia da Criminologia e do Direito Penal como ciência. Há quem pretenda reduzir o Direito Penal à Criminologia, negando-lhe sua individualidade como unidade científica. Pelo contrário, outros há em particular penalistas, como Nelson Hungria, que protestam contra a atribuição de ciência dada à Criminologia, considerada então, como pré-ciência, ou pseudociência.

Segundo Paula (2013, p. 13) o Direito Penal é uma ciência de repressão social, através de regras, que ele mesmo elabora e que ao serem violadas geram uma punição ao individuo, é, portanto, o estudo do crime como um ente jurídico, passível de sanções.

O sistema penal, nos termos de Peluso (2015, p. 161), é um dos instrumentos do controle social formal, através do qual o Estado, mediante sistema normativo (leis

penais), castiga com sanções negativas graves (penas) as condutas desviadas mais nocivas e prejudiciais à convivência social (delitos), a garantir, assim, a disciplina e a correta socialização dos membros do grupo social e, consequentemente, a própria manutenção da ordem social.

O Direito Penal e a Criminologia operam conceitos distintos de delito porque os objetos dessas duas ciências são diferentes.

O conceito penalista de delito tem natureza formal e normativa. Contempla um fragmento parcial da realidade. O jurista cuida do fato delitivo como abstração, não de forma direta e imediata senão por meio da figura típica prevista na norma, isto é, valorativamente, normativamente (PANUCCI, 2004, p. 30).

Há a criminalidade convencional e não convencional. A primeira se constituí, na maioria das vezes, por delitos contra as pessoas, a propriedade, os códigos morais e a ordem pública; a segunda por delitos sob a proteção oficial ou semioficial; contra a lei internacional e seus usos; como sequela de ações patrióticas, políticas, ideológicas revolucionárias, além de fanático-religiosas; por serviços de inteligência, pelas fraudes econômicas e financeiras, pela corrupção criminosa em altos escalões; pelo tráfico ilícito de pessoas e de drogas, etc. (COSTA, 1982, p. 908).

A criminalidade é considerada uma das refrações da questão social, fruto das transformações do sistema capitalista, das relações de trabalho e da luta de classes que são agravadas pelo processo de acumulação do capital. A questão social refletida na pobreza, no desemprego e em outros problemas sociais.

Na literatura, é comum encontrar associação entre criminalidade e exclusão social. A questão da criminalidade é o reflexo deste contexto, no entanto, a encara como algo que só pode sofrer intervenção após sua ocorrência, sendo a única solução possível para o delito, a prisão (OLIVEIRA, 2009, p. 38).

O sistema penal é o controle social punitivo institucionalizado, que abarca desde que se detecta o delito até a imposição e execução da pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições de atuação. O sistema penal vigente utiliza-se da Criminologia baseada no paradigma etiológico de delito, o qual privilegia duas funções: segurança social e ressocialização dos presos.

O sistema penal brasileiro deve-se conceber como última solução para a problemática da violência, pois, não é, nunca foi, e jamais será solução possível para a segurança pública do país. Segundo Zackseski (2007, p. 2):

> As políticas criminais que produzem mais impacto na atualidade permanecem direcionadas ao controle social de tipo penal. Elas estão representadas por questões que alternam basicamente a penalização e a despenalização. Em contrapartida, as novas políticas de prevenção desviam-se da ilusão do primado da lei penal (embora existam projetos no sentido de estabelecer uma ordem jurídica condizente com as novas perspectivas, mas que não ocupam o lugar central das políticas, nem recaem exclusivamente sobre a esfera penal), procurando firmar a atenção sobre estratégias políticas, sociais, culturais e econômicas que possibilitem responder às necessidades de segurança da sociedade e que possam ser utilizadas no futuro.

A utilização de penas pelo Estado é uma estratégia para não intervir nas questões sociais, ou seja, uma opção pelo Estado Penal. A transição para o capitalismo conduz a um direito penal orientado diretamente contra estes setores populares, criação de um direito eficaz para combater os delitos contra a propriedade torna-se a preocupação central da burguesia urbana ascendente (OLIVEIRA, 2009, p. 39).

2.1.3 Criminologia e Direitos Humanos

O homem nasceu livre e com direitos naturais inquestionáveis. Assim, vivendo na Terra desde a era paleolítica, evoluindo para a neolítica, desenvolvendo e descobrindo novos meios de sobrevivência e passando pela Idade Média, Idade Moderna, a Revolução Industrial, Revolução Francesa, atingindo a Idade Contemporânea, formou a sociedade, criando o Estado e com ele, firmou-se a evolução cultural, econômica, política, intelectual, tecnológica, dentre outros.

Para atingir esse alto nível de evolução precisou ceder certos direitos naturais e ser submetido ao controle social do Estado, para viver em harmonia social.

Todas as conquistas humanas da sociedade deram-se através de guerras, conflitos e disputas, muitas vezes sangrentas para destituir os déspotas do poder, com suas filosofias contrárias aos direitos dos cidadãos.

A harmonia social é um tesouro que, subjetivamente, a maioria dos cidadãos procura garimpar, com o objetivo de viver em uma sociedade capaz de resolver o mais sublime problema social, que expresse um elevado grau de excelência e de convivência. No entanto, o poder, a ambição, a intolerância, o preconceito e a ostentação inerentes ao ser humano, fazem com que essa tão desejada harmonia social se esfacele se fracionem favor dos mais poderosos e consequentemente

trazendo mais sofrimentos e conflitos sociais de toda ordem e natureza aos mais vulneráveis, formando uma sociedade dividida por um abismo.

É exatamente nesse ponto que os Direitos Humanos surgiram com força total, amparados pela sociedade e os órgãos governamentais competentes e, sobretudo, por organismos internacionais. Justamente o que ocorre desde o Humanismo (final do século XIV) e no Iluminismo (século XVIII), onde as bandeiras contra todas as formas de castigos, abusos e penas cruéis foram hasteadas diante dos fervorosos e da ira do poder da burguesia, da Igreja e do soberano, até o pós-guerra de 1945, e que culminou com a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948.

Não restam dúvidas que o fortalecimento dos Direitos Humanos se deu com a consagração do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cujos documentos foram aprovados pelas ONU, em 1966. Com tais medidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, deixa de ser apenas uma sugestão aos Estados infratores. Com a criação dos Pactos, os Estados signatários ficaram obrigados a apreciar e cumprir os termos constantes nos pactos, além da Corte Internacional de Direitos Humanos.

Assim definia Rudolph Von Jhering: “A afirmação dos direitos legais de uma pessoa é, portanto, um dever de autopreservação moral – a completa entrega desses direitos, agora impossíveis, mas que já foram possíveis é o suicídio moral” (obs.: página 79 do livro A luta pelo Direito).

O Brasil, após passar pelos períodos colonial, imperial sob o domínio dos portugueses, conseguiu se libertar, deixando um espólio de escravos como fosse de guerra. Isto é, tornou-os libertos sem qualquer oportunidade de inserção social. Logo, foram jogados a própria sorte, marginalizados, humilhados e excluídos por uma sociedade hipócrita, cujo reflexo sente-se até hoje. Vivendo em favelas, muitos sem emprego ou com emprego temporário, envolvidos em organizações criminosas por falta de opções e oportunidade. A prova disso está no número ou taxa elevados de negros presos em instituições penais brasileiras.

A sociedade paga pelo descaso, omissão pública e notória dos governos, isto é, a falta de políticas públicas e um olhar holístico sobre essa parcela de seres humanos que tanto contribuíram para o crescimento e desenvolvimento econômico no passado e, ainda, na medida do possível, continuam a prestar serviços

essenciais e relevantes aos que muitas vezes os menosprezam. O observatório dos Direitos Humanos tem condenado o Brasil pela falta de dignidade não só com os afrodescendentes, mas com todo o tipo de agressão ao ser humano, desde a falta de necessidades básicas como infraestrutura nos bairros, postos de saúde, creches, escolas, segurança, oportunidade e inclusão social. Hoje temos dois fatores importantes na atualidade que distanciam e discriminam de certa forma as classes sociais mais vulneráveis. São estes: a globalização econômica que exclui, e o Produto Interno Bruto (PIB) que é mal distribuído e responsável por uma parcela da desigualdade social, ficando centralizado nas mãos de poucos, que não admitem dividir sua parcela, e que acaba por acarretar a miséria, a fome, o desemprego, como tal, incrementa e fomenta a criminalidade no brasil.

2.2 O AUMENTO DA CRIMINALIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O aumento da criminalidade é preocupação de todos, transcendendo as classes sociais, pois todos são atingidos, alguns mais outros menos, mas de um modo geral toda a sociedade vivencia este mal diariamente.

Em 1996, através da Resolução nº 49.25, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que a violência é um dos principais problemas mundiais de saúde pública. São dados que apontam para o crescimento, ao longo dos anos, da incidência de lesões intencionais em todas as faixas etárias e grupos de gênero, assim como pelas “sérias implicações, imediatas e em longo prazo, para a saúde e desenvolvimento psicológico e social [...] dos indivíduos” e para a saúde, nesses casos, o problema encontra-se nos “efeitos prejudiciais que a violência impõe, para os escassos recursos da saúde pública” (PERES, 2006, p. 101).

O aumento da população representa mais uma causa de crescimento da violência e da criminalidade. Panucci (2004, p.12) traz dados estatísticos sobre o crescimento da população e o correspondente crescimento da criminalidade:

> Verificado principalmente a partir de 1970. Naquele ano, o país registrava 70 milhões de habitantes, dos quais 31,3 milhões nas cidades e 38,7 milhões na área rural – conforme números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Dez anos mais tarde, a população brasileira somava 119 milhões de pessoas – 80,4 milhões em áreas urbanas e 38,5 milhões no campo. E conforme o último censo, realizado em 2000, dos 169,8 milhões de brasileiros 137,9 milhões moravam na área urbana e 35,8 milhões permaneciam na zona rural. Se forem levados em conta os estudos

> sobre a criminalidade em algumas metrópoles brasileiras, como Belo Horizonte, Rio de Janeiro e São Paulo, é possível constatar que as percepções da população em relação ao aumento da criminalidade violenta de certa maneira parecem estar próximas dos fatos. Com efeito, a chamada "criminalidade urbana e organizada" naquelas três cidades, tem crescido se forem considerados os índices e tráfico de drogas. A participação dos crimes violentos (assaltos, homicídios dolosos, estupros, latrocínios, sequestros) na cidade de São Paulo, por exemplo, cresceu de 20% em 1981 para 30% em 1987. Na mesma velocidade que a sociedade evolui, a criminalidade avança sobre todos os segmentos e camadas da população. Os segmentos e camadas da população. Em contrapartida, as ações de prevenção e combate não seguem no mesmo ritmo. Prender o criminoso, julgá-lo e puni-lo significa, apenas, atacar parte de um problema que se agrava e cujas características se diferenciam muito daquelas dos anos 70, quando o Brasil possuía 70 milhões de habitantes.

A partir de meados dos anos 1980, as mortes associadas às causas externas ou violentas, que incluem os homicídios, suicídios, acidentes de trânsito, afogamentos, quedas acidentais etc., passaram a desempenhar um papel de destaque, de forma negativa, sobre a estrutura por idade das taxas de mortalidade, particularmente dos adultos jovens do sexo masculino. A expectativa de vida no Brasil[132] continuou elevando-se, mas poderia ser superior à estimada, se não fosse o efeito das mortes prematuras de jovens por causas não naturais (IBGE, 2015, p. 12).

Os maiores diferenciais de mortalidade por sexo refletem os altos níveis de mortalidade de jovens e adultos jovens por causas violentas. No caso da sobremortalidade masculina no grupo de 20 a 24 anos de idade, o maior valor foi encontrado no Estado de Alagoas (7,8), ou seja, um jovem de 20 anos do sexo masculino tem 7,8 vezes mais chance de não atingir os 25 anos do que uma jovem (IBGE[133], 2015, p. 12).

Paula (2013, p. 30) aduz que vários fatores influenciam na criminalidade. Os fatores externos como, por exemplo, as políticas salariais, indústrias que fecham suas portas por estarem passando por crises faltando emprego, grande aumento da inflação, fazendo com que aumente o baixo poder aquisitivo popular. Tem a situação

[132] O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com a presente publicação, coloca ao alcance dos usuários os resultados das Tábuas Completas de Mortalidade por sexo e idade, para o Brasil, para o ano de 2014. Estas Tábuas de Mortalidade são provenientes da projeção oficial da população do Brasil para o período 2000-2060, que além de permitir que se conheçam os níveis e padrões de mortalidade da população brasileira, tem sido utilizada pelo Ministério da Previdência Social como um dos parâmetros necessários na determinação do chamado fator previdenciário para o cálculo dos valores relativos às aposentadorias dos trabalhadores que estão sob o Regime Geral de Previdência Social (IBGE, 2015, p.04).

[133] Projeção da população do Brasil e Unidades da Federação por sexo e idade para o período 2000-2030 (IBGE, 2015, p.12).

econômica como uma forte influenciadora da criminalidade. Dentre outros fatores externos que influenciam na criminalidade, é o fator econômico. Há também fatores os internos que estão no íntimo do ser humano e influenciam também na criminalidade, problemas que afetam o subjetivismo do ser humano.

As taxas de criminalidade no Brasil têm níveis acima da média mundial no que se refere a crimes violentos, com níveis particularmente altos no tocante a violência armada e homicídios. Em 2013, foram registradas 25,8 mortes para cada 100 mil habitantes, uma das mais altas taxas de homicídios intencionais do mundo. O índice considerado aceitável pela OMS é de dez por 100 mil habitantes.

Em média, uma pessoa é assassinada a cada meia hora nas capitais do país. É o que mostram dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública referente a 2014. Os números constam do 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, que está em fase de conclusão. De acordo com o anuário, houve 15.932 mortes decorrentes de crimes violentos intencionais (homicídios dolosos, lesões corporais seguidas de morte e latrocínios) nas 27 capitais no ano passado – ou seja, uma vítima a cada 30 minutos aproximadamente. A diretora-executiva do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Samira Bueno, revela a preocupação que esse quadro provoca: “Os dados revelam as dificuldades encontradas no enfrentamento da violência letal nos grandes centros urbanos” [134].

Tabela 1 - Crimes Violentos em 2014

CAPITAL	TAXA (A CADA 100 MIL)
Fortaleza (CE)	77,3
Maceió (AL)	69,5
São Luiz (MA)	69,1
Natal (RN)	65,9
João Pessoa (PB)	61,6
Teresina (PI)	53,1
Belém (PA)	51,2
Salvador (BA)	48,1
Cuiabá (MT)	47,4
Aracaju (SE)	47,1
Goiânia (GO)	46,7
Manaus (AM)	41,6
Porto Alegre (RS)	40,6
Vitória (ES)	38,3
Rio Branco (AC)	36,5
Macapá (AP)	32,5
Curitiba (PR)	32,4
Recife (PE)	32,0

[134] Capitais registram um assassinato a cada meia hora no país, revela estudo. Disponível em <http://glo.bo/1LOB2Nf>. Acesso em jul. 2016.

Belo Horizonte (MG)	30,8
Porto Velho (RO)	30,6
Palmas (TO)	27,9
Brasília (DF)	25,8
Rio de Janeiro (RJ)	20,2
Campo Grande (MS)	18,9
Boa Vista (RR)	17,5
Florianópolis (SC)	16,9
São Paulo (SP)	11,4

Fonte: 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2015).

A criminalidade e a violência é um problema individual e social em todos os estados do Brasil.

Quanto ao Estado de Santa Catarina, Hoffmann e Hammerschmidt (2012, p. 332) assim explanam sobre a violência:

> A violência, segundo Odilon (2010), tem características epidemiológicas em Santa Catarina. Para confirmar seu ponto de vista, o autor lembra que a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera "zonas epidemiológicas" de violências aquelas com taxas superiores a 10 homicídios por 100 mil habitantes. Algumas regiões do Estado, como Camboriú (64,02), Navegantes (52,33), Itajaí (36,61) e Biguaçu (33,69), apresentam taxas elevadas, sendo, então, indicadas como zonas epidêmicas.

O contexto de violência e de criminalidade a cada dia exibem novos cenários que geram preocupação na sociedade como um todo. O Estado organizado política e juridicamente, historicamente tem se mostrado hipossuficiente para fazer frente à questão da violência e da criminalidade (SEGURANÇA E SOCIEDADE, 2010, p.9).

A violência letal aparece como crime endêmico, segundo Hoffmann e Hammerschmidt (2012, p. 332), podendo afetar até mesmo o equilíbrio demográfico, já que ela é uma das principais causas de morbidade e mortalidade entre os jovens e os homens. Tais fatos tem influência sobre questões de ordem econômica e social, já que muitas famílias acabam perdendo o seu provedor, e ainda, a criminalidade violenta também interfere em questões socioculturais.

Portanto, para se combater a criminalidade violenta, é preciso que se conheça a sua verdadeira causa e a partir daí atacar o problema desde sua origem.

2.3 MÉTODOS UTILIZADOS PARA O CONTROLE DA CRIMINALIDADE

A pobreza, fome, desigualdade e a exclusão social constituem alguns dos fatores condicionantes do crescimento da criminalidade. Todavia, necessita também

afirmar que a dimensão e a continuidade da existência destes fatores revelam o quadro estrutural da violência no Brasil. Este quadro provoca mudanças culturais que enfraquecem valores importantes para convivência em sociedade.

A sociedade espera que o Estado proporcione mais segurança e harmonia entre as pessoas e para atingir o objetivo de estabilidade social, o mesmo Estado busca combater à criminalidade através de estratégias de política criminal.

A política criminal pode ser definida, conforme aduz Peluso (2015, p. 167), como parte da política geral estatal, que, mediante atitude racional-valorativa, formula e concretiza propostas de prevenção e reação ao fenômeno criminal, mediante sistema instrumental ordenado de estratégias e táticas jurídicas e extrajurídicas, de acordo com metas e objetivos previamente definidos de controle.

A ideia que comumente se associa ao combate e ausência de violência e crime é a segurança pública. Segundo Matsuda (2009, p.20) a segurança pública depende de uma política pública que tem como finalidade proteger os direitos dos cidadãos por meio da prevenção e do controle da criminalidade e violência.

Nos termos de Santos (2005) segurança pública é amplo, não se limitando à política do combate à criminalidade e nem se restringindo à atividade policial. A segurança pública enquanto atividade desenvolvida pelo Estado é responsável por empreender ações de repressão e oferecer estímulos ativos para que os cidadãos possam conviver, trabalhar, produzir e se divertir, protegendo-os dos riscos a que estão expostos.

De forma abreviada pode-se dizer que segurança pública é uma política que deve ser desenvolvida pelos órgãos públicos e pela sociedade, dentro dos limites da lei, garantindo a cidadania de todos (MATSUDA, 2009, p. 21).

Matsuda (2009, p. 21) sobre o conceito de segurança pública esclarece:

> 1. Segurança pública é uma política pública que deve ser desenvolvida pelos órgãos públicos (federal, estaduais e municipais) e pela sociedade. 2. A prevenção e, principalmente, a repressão à criminalidade devem ser realizadas nos limites previstos na lei. A polícia não pode, por exemplo, agir de maneira ilegal para conter um ato criminoso. 3. A principal finalidade de uma política de segurança pública é garantir a cidadania de todos, da coletividade e até mesmo daqueles que cometem algum crime.

Hoffmann e Hammerschmidt (2012, p. 327) falam sobre as políticas de segurança pública:

> Os métodos atuais englobam ciência, tecnologia e logística de dados para formular sínteses construídas a partir da observação da realidade, conjunto de saberes completado pela da estatística. Estas sínteses, aliadas a técnicas de análise criminal, objetivando identificar padrões de crimes e suas tendências, de forma a embasar estudos sobre a criminalidade e a buscar sua redução e controle, podem viabilizar práticas pontuais no cotidiano policial, de maneira a potencializar e otimizar recursos humanos e materiais no combate ao crime.

A sociedade espera que o Estado proporcione mais segurança e harmonia entre as pessoas e para atingir o objetivo de estabilidade social, o mesmo Estado busca combater à criminalidade através de estratégias de política criminal (MELO, 2003, p. 5).

Conforme os ensinamentos de Peluso (2015, p. 155) sobre política criminal tem-se que:

> A Política Criminal é a ciência que estuda o fenômeno criminal enquanto valor e que implica, no horizonte político e legislativo, atitude racional-valorativa e a formulação e concretização de propostas de prevenção e combate ao crime, dentro de níveis socialmente aceitáveis, mediante sistema instrumental ordenado de estratégias e táticas, de acordo com metas e objetivos previamente definidos de controle do crime; portanto, à Política Criminal corresponde transformar as informações criminológicas sobre a realidade do crime, de base empírica, em opções, alternativas e programas científicos desde ótica valorativa (aspecto decisório), ou seja, transformar a experiência criminológica empírica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos.

A política criminal é o estudo dos meios em que vive o individuo para se evitar o crime. Essa política atua tanto na prevenção como na repressão da delinquência, buscando saídas para as ações do Estado (PAULA, 2013, p. 38).

Paula *apud* Basileu Garcia (2013, p. 38) conceitua Política Criminal como:

> A política criminal é conceituada, por muitos autores, como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos de que o Estado, no seu tríplice papel de Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Como ciência, a Política Criminal firma princípios e, como arte, aplica-os.

O objetivo de uma prevenção ao delito é um conjunto de ações que visam evitar a ocorrência do crime. A expressão “prevenção do crime”, não é algo novo, mas vem se transformando com o decorrer do tempo, devido ao posicionamento de várias correntes do pensamento *jus* filosófico.

Peluso (2015, p. 167) afirma que a Criminologia garante que há inúmeras medidas jurídicas e extrajurídicas que previnem e reduzem razoavelmente, a níveis sociais suportáveis, o fenômeno criminal, portanto, porque excluir do objeto da Política Criminal este conjunto de mecanismos que ficam fora do Direito Penal.

Nesse contexto, Peluso (2015, p. 167) define Política Criminal:

> Parte da política geral estatal, que, mediante atitude racional-valorativa, formula e concretiza propostas de prevenção e reação ao fenômeno criminal, mediante sistema instrumental ordenado de estratégias e táticas jurídicas e extrajurídicas de acordo com metas e objetivos previamente definidos de controle.

Garcia (1976) conceitua Política Criminal como:

> A política criminal é conceituada, por muitos autores, como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos de que o Estado, no seu tríplice papel de Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Como ciência, a Política Criminal firma princípios e, como arte, aplica-os.

Melo (2003, p. 20) ensina que, “política criminal é o conjunto dos procedimentos preventivos e repressivos através dos quais o Estado reage ao crime". O Estado procura uma forma de atuar para prevenir e combater a criminalidade “de forma que seja de propiciar a consecução dos fins almejados e que também se adaptem perfeitamente à realidade da sociedade a ser por ela regulada” (MELO, 2003, p. 20).

O objetivo de uma prevenção ao delito é um conjunto de ações que visam evitar a ocorrência do crime.

Peluso (2015, p. 180) defende que a finalidade principal da política criminal é a formulação e a concretização de propostas de prevenção e enfrentamento ao fenômeno criminal.

Sobre a prevenção do crime, Paula (2013, p. 39-40) estabelece que:

> A prevenção pode ser primária, secundária e terciária. Na primária irá atacar desde a raiz do problema, ou seja, a educação, o emprego, a moradia, a segurança; aqui a uma luta incessante para que o Estado, de forma rápida, implemente a prevenção primária ligada as garantias dos direitos sociais como a educação, saúde, trabalho, segurança e qualidade de vida de toda a sociedade. Na prevenção secundária, por sua vez, destina-se aos setores e não ao indivíduo. Opera a curto e médio prazo e se orienta a grupos concretos, ligados à ação policial, programas de apoio, controle das comunicações, entre outros. Por sua vez, na prevenção terciária, existe um

> destinatário determinado, o recluso, ou seja, o condenado, objetivando visando sua recuperação e evitando a reincidência; essa prevenção é realizada através de medidas socioeducativas, como a liberdade assistida, laborterapia, prestação de serviço comunitário, esses são alguns exemplos de ressocialização.

O controle eficaz da criminalidade não se preocupa com o emprego de todos os tipos de programas de prevenção da criminalidade devido a seu custo, prevenir significa neutralizar as causas do crime desmotivando o delinquente com ameaça da pena ou um sistema legal em perfeito funcionamento permanecendo sua causa, mas que não afeta raiz do problema da causa do crime.

A estatística na segurança pública tem papel fundamental em várias frentes, tanto na publicação de números oficiais de índices da criminalidade, quanto no planejamento de ações policiais (HOFFMANN; HAMMERSCHMIDT, 2012, p. 328).

Há o Sistema Integrado de Segurança Pública (SISP) que foi desenvolvido para padronizar e sistematizar em um banco de dados os boletins de ocorrência registrados nas Delegacias da Polícia Civil de todo o Estado de Santa Catarina (HOFFMANN; HAMMERSCHMIDT, 2012, p. 328).

As políticas criminais utilizadas para combater a criminalidade no Brasil, não garantem soluções imediatas, nem mesmo uma possível reforma do sistema penal garantiria, porém, a soma de todos os métodos usados pelo Estado, representado por uma polícia forte, inteligente, moderna, trabalhando em conjunto com a comunidade, têm grande relevância política e social. Tais medidas caracterizam-se mais como estratégias de combate à criminalidade, mas sim, como a tutela prestada pelo Estado aos cidadãos que clamam por segurança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada buscou analisar os métodos utilizados no controle da criminalidade e sua eficácia. O tema circunda-se na preocupação do Estado em reduzir o índice de criminalidade, bem como proporcionar segurança e confiança às pessoas.

A Criminologia exerce uma importância imensurável, pois propõe a prevenção do crime. Nos dias de hoje, onde quer que se esteja, uma das principais preocupações é com a segurança.

Divide-se em dois importantes aspectos, a saber, o aspecto preventivo e o aspecto combativo. O aspecto preventivo seria a elaboração de políticas públicas voltadas para combater os fatores que desencadeiam a violência. O aspecto combativo seria a elaboração de um código penal que punisse de maneira justa e igualitária os criminosos, independente da sua condição socioeconômica.

Em síntese, política criminal é a soma dos procedimentos preventivos e repressivos, através dos quais o Estado reage ao crime. O direito penal e a própria Criminologia são políticas criminais que envolvem a prevenção da criminalidade e a prevenção do arbítrio estatal.

Considera-se que o objetivo geral desta pesquisa foi alcançado, haja vista que a Criminologia veio para estudar o fenômeno criminal, as questões determinantes que agem sobre a conduta do delinquente e o meio onde ele vive.

O quadro da criminalidade no Brasil, demonstrando a insegurança das pessoas; a violência nas cidades; os cárceres lotados; e a reincidência dos condenados é resultado da situação política, econômica, social e cultural do País.

Em razão disso, o Estado está em busca de soluções para tais problemas, respaldado na Carta Magna e nos Direitos Humanos, preocupa-se em desenvolver e utilizar políticas criminais para combater a criminalidade.

O quadro atual vem demonstrando que a solução à violência e criminalidade não pode contar somente com a repressão ou punição, é necessário um processo coordenado pelo poder público de interação com a comunidade, afinal, segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.

Destaque-se que nada se faz sem substanciais aportes de recursos e uma imensa vontade política de dar fim à escalada da violência. Os órgãos públicos dos três poderes deveriam investir em cursos e treinamentos, reeducar os cidadãos, pois a Criminologia deve ser aplicada integrada ao Direito Penal e à Política Criminal.

Deve-se considerar ainda que investimentos em prevenção junto ao público de todas as idades reduzirão os custos associados à violência e criminalidade.

O mapa da violência no Brasil é estarrecedor. Na última pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Fórum de Segurança Pública (FSP), em 2014, o Brasil teve 59.627 homicídios, isto é, em torno de 170 homicídios por dia, uma verdadeira guerra civil urbana.

Em que pese o abismo social existente no Brasil em decorrência da desigualdade humana, em relação à discriminação, preconceito e intolerância, o

país tem referendado muitos tratados, pactos e convenções internacionais em prol dos direitos humanos, tais como: leis de proteção à diversidade sexual; pessoa idosa; criança e adolescente; direitos humanos e cidadania; violência doméstica; comissão da verdade; direito a vida; direito a saúde; direito dos segmentos sociais; direito a alimentação; direitos e garantias individuais; nova lei de migração (dá direitos e garantias ao imigrante); a regra de Tóquio dentre tantos outros, também assegurados pela Constituição Federativa do Brasil (1988). Portanto, é essencial que o Estado desenvolva políticas públicas para efetivação e complementação na realização desses direitos com o fim de conscientizar que todos os seres humanos são dignos de respeito, independente de suas diferenças e opções.

Hoje também existe uma grande preocupação em se proteger o meio ambiente como fonte responsável pela sobrevivência humana. Tal preocupação prende-se ao fato de, em não havendo um ambiente saudável, não se terá como reportar e falar em direitos humanos.

Ao se debruçar sobre a História, traça-se uma ideia e relaciona-se passado, presente e futuro. Não há como deixar de se observar a evolução que permeou os acontecimentos e trouxe à luz uma maior garantia dos Direitos Humanos no mundo.

REFERÊNCIAS

BRETAS, Adriano Sergio Nunes. **Fundamentos da criminologia**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia.** Vol. 1. Tomo 2. 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FARÍAS JUNIOR, João. **Manual de criminologia**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2001.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4.ed. Marx. Limonad. São Paulo.

GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o direito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal. Ed. Pétrias. Campinas, 1997.

HOFFMANN, Maria Helena; HAMMERSCHMIDT. **Segurança pública diálogo permanente**. Vol. I. Florianópolis: DIOESC, 2012.

ILHERING, Rudolph Von. **A luta pelo direito**. São Paulo, Hunter Books, 2012.

IPESP, Instituto de Pesquisas e Estudos em Segurança Pública. Segurança e Sociedade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos em Segurança Pública**. Florianópolis: IOESC, 2010.

LIMA, Renato Sergio de; PAULA, Liana. **Segurança pública e violência.** São Paulo: Contexto, 2006.

MELO, Yure Gagarin Soares de. **As novas perspectivas do direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MOLINA , Pablos; GARCIA, Antônio. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução de: Luiz Flávio Gomes. 3.ed. São Paulo. **Revista dos tribunais**, 2002.

OLIVEIRA, Mariele Lima de. **Estado Penal e Criminalidade:** como garantir direitos? Brasília, jul. 2009. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/721/1/2009_MarieleLimadeOliveira.pdf>. Acesso em: jul. 2016.

PANUCCI, Laís Flávia Arfeli. **Aumento da criminalidade**: causas. Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Presidente Prudente/SP: 2004.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12.ed. Rio de Janeiro: Conceito Editoral, 2011.

PAULA, Tânia Braga de. **Criminologia**: estudo das escolas sociológicas do crime e da prática de infrações penais. Monografia apresentada à Faculdade de Direito do Centro Universitário do Norte Paulista – UNORP. São José do Rio Preto, 2013.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Introdução às ciências criminais.** Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2015.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Introdução às ciências criminais**. Salvador/Bahia: Editora JusPodivm, 2015.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; *et al.* **Segurança pública e violência**: O Estado está cumprindo o seu papel? São Paulo: Contexto, 2006.

RABESCHINI, Andre Gomes. **Criminologia contemporânea**. Conteúdo Jurídico, Brasilia, 01 ago. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49222&seo=1>. Acesso em: abr. 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **Noções de criminologia**. São Paulo: Ledix, 1997.
ZACKSESKI, Cristina. Sistema penal, política criminal e outras políticas. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo, ano 14, n. 172, p. 6-8, mar. 2007. Disponível em: <http://www.criminologiacritica.com.br/textos/SISTEMA%20PENAL_POLITICA_CRIMINAL.pdf >. Acesso em mar. 2016.

CESARE BECCARIA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E A SUA OBRA DOS DELITOS E DAS PENAS COMO A ORIGEM DO CONTROLE PENAL CONTEMPORÂNEO

Nelson José dos Santos[135]

RESUMO

Busca o presente trabalho fazer uma ligação entre a obra Dos Delitos e Das Penas, de Cesare Beccaria, com alguns princípios utilizados atualmente na política de controle criminal. O estudo apresenta o autor citado como sendo o precursor da utilização de princípios como o da Legalidade, da Proporcionalidade e outros observados na Hermenêutica Jurídica Penal, alertando para a importância de seus ensinamentos para o Controle Penal atual.

Palavras chave: Princípio da legalidade. Interpretação. Princípio da proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Para falar em controle penal contemporâneo e política criminal se faz necessário buscar conhecimentos introduzidos no mundo jurídico por Cesare Beccaria[136], que ao escrever a obra Dos Delitos e Das Penas, certamente modificou o modo de ver e estudar as limitações do poder do Estado Soberano em relação aos súditos e, dessa forma, toda a condução da política de controle social através dos tempos.

Princípios universalmente aceitos e observados têm em Beccaria sua origem, fato que pode passar despercebido, se não se realiza estudo acurado buscando o nascimento dessas verdades utilizadas de forma hoje quase automatizada por legisladores, governantes, políticos, professores e estudantes ao tratarem de matérias relacionadas com o controle social da criminalidade e dos criminosos.

Utilizando essa curiosidade e esse escopo, apresentam-se as linhas deste estudo objetivando despertar o interesse daqueles que ainda não tiveram

[135] Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Contestado – Unc – *campus* Curitibanos – SC, aluno do Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Servidor Público da Justiça Estadual de Santa Catarina, Chefe de Secretaria do Foro da Comarca de Curitibanos

[136] Conhecido como Marquês de Beccaria, nascido em Milão no ano de 1738 e falecido em 1793, escreveu o livro aos 26 anos de idade, após um período de prisão onde conheceu as agruras das masmorras do século XVIII.

oportunidade de realizar a leitura de tal obra, ou se já o fizeram, recomenda-se o cuidado e atenção que esta merece, qual seja: a de marco inicial do controle penal contemporâneo, de ser a influência remota de princípios defendidos e garantidos em ordenamentos jurídicos dos dias atuais, bem assim valores recomendados e ensinados por professores e doutrinadores de Direito Penal e Política Criminal, pelos quatro cantos do mundo jurídico.

2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Ao buscar na história as formas de condução do Estado, sabe-se que este iniciou junto com o caminhar da humanidade, mas que estava ligado ao Poder absoluto de Monarcas e Príncipes que o mantinham sob o peso da espada e o conduziam através da imposição do medo e da violência contra os do povo que ousassem contestar de alguma forma essa autoridade.

Com o passar do tempo, necessárias foram limitações ao Poder desses detentores do domínio do Estado, com o escopo de diminuir os abusos e atrocidades que eram por eles praticados e, como é de conhecimento geral, os autores ligados ao iluminismo foram os precursores das idéias que culminaram com a Revolução Francesa, sendo depois, e através dela possibilitaram que o conhecimento destas limitações dos poderes dos governantes se propagassem mundo afora, mais especificamente pelo ocidente conhecido.

Cesare Beccaria na obra em comento cita Montesquieu, do que se conclui que de alguma forma, este autor influenciou sua formação jurídico-literária e por isso, também, entende-se que é preciso utilizá-lo como fonte de pesquisa, portanto, deste autor a citação abaixo[137]:

> Nos Estados despóticos, o próprio príncipe pode julgar. Não o pode nas monarquias: a constituição seria destruída, os poderes intermediários dependentes varridos; [...]. Eis aqui outras reflexões. Nos Estados Monárquicos, o príncipe é a parte que persegue os acusados e faz com que sejam castigados ou absolvidos; se ele próprio julgasse, seria juiz e parte. Nestes mesmos Estados, o príncipe possui muitas vezes os confiscos: se ele julgasse os crimes, seria mais uma vez juiz e parte. Além do mais, perderia o mais belo atributo de sua soberania, que é o de agradar: seria insensato que ele fizesse e desfizesse seus julgamentos. (p. 89).

[137] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das Leis / Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco – São Paulo : Martins Fontes, 1996 – (Paidéia)

> Possuímos hoje uma lei admirável: é esta que determina que o príncipe, estabelecido para fazer executar as leis, coloque um oficial em cada tribunal, para perseguir, em seu nome, todos os crimes de sorte que a função dos delatores não é conhecida entre nós e este vingador público fosse suspeito de abusar de seu ministério, obrigá-lo-íamos a nomear seu denunciante (p. 92).

Neste fragmento do texto, clara está a lição que é o ensinamento mais conhecido da obra de Montesquieu, qual seja, para evitar a injustiça, há que se ter uma divisão das funções: o Príncipe acusa e o Juiz julga.

Não se pode concentrar na mesma pessoa as duas funções, pois a conseqüência será toda sorte de abusos e injustiças. Julgador e acusador não podem ser oriundos do mesmo órgão de Estado, pois a tendência de proteção e defesa do próprio Estado estariam presentes em todos os julgamentos.

O esclarecimento de tudo o que se diz com relação à divisão de poderes está prevista no seguinte trecho da obra O Espírito das Leis:

> Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem o direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. [...] os príncipes que quiseram tornar-se despóticos sempre começaram por reunir em sua pessoa todas as magistraturas. [...] O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano; [...]. Os dois outros poderes poderiam ser dados antes a magistrados ou a corpos permanentes, porque não são exercidos sobre nenhum particular; sendo um apenas a vontade geral do Estado e o outro a execução desta vontade geral. (p. 167-169).

A divisão de poderes, mesmo que seja do conhecimento que não é sua criação, sabe-se que foi por ele tornada conhecida no mundo todo, e por isso, é mais uma vez retirada do ensinamento de Montesquieu a afirmação de serem três as divisões de funções dos órgãos do Estado, tendo aquele que julga, aquele que executa e, na frente destes ainda, o órgão incumbido de produzir as leis, o hoje conhecido Poder Legislativo.

Se atualmente entende-se que há necessidade de um Poder que produza as leis, para que outro execute e ainda, aquele que se responsabilize pelo julgamento

dos conflitos, isso, nos anos do século XVIII, dominado por reis absolutistas, quando o autor do Livro Dos Delitos e Das Penas foi jogado numa masmorra, certamente não era pacificamente aceito e obedecido, o que reforça a qualidade e modernidade do trabalho produzido naqueles tempos e com total aplicabilidade aos tempos presentes.

Somando-se ao pensamento de Montesquieu, acima descrito e, que certamente influenciou o do Marquês de Bonesana, traz-se os ensinamentos de Beccaria[138], que afirmam: só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Há certeza, ao refletir-se sobre esta afirmação, que reforçada está a da necessidade de divisão das funções de poder e de, no caso do controle das penas, a obrigatoriedade destas advirem de leis oriundas do Poder Legislativo, legítimo representante do povo e com atribuições para Legislar.

O que vem a ser essa lição de Beccaria, senão o Princípio da Legalidade estampado e repetido em normas jurídicas positivadas em ordenamentos jurídicos dos países civilizados. No caso brasileiro, o princípio da legalidade está previsto no artigo 1º do Código Penal e, principalmente, na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, incisos II e XXXIX, que declaram que ninguém será obrigado senão pela lei, e que não existirá nem crime nem pena, senão previamente previstos em lei.

Tais preceitos garantem ao Princípio da Legalidade prerrogativas de Direito Fundamental, protegido por cláusula de imutabilidade constitucional e, muitos nem lembram, que sua origem está ligada ao pensamento de humanização e utilidade da pena defendida por Cesare Beccaria, já no século XVIII e, que isso hoje é de domínio popular, mas que derivou de sua acuidade e percepção, já naqueles idos tempos de obscurantismo e violações graves dos direitos do homem.

[138] BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1793. Dos Delitos e Das Penas / Cesare Beccaria; tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella -2 ed. rev., 2 tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

3 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI E INTERPRETAÇÃO

Hodiernamente se tem claro que, hermenêutica é muito mais que interpretação. Para a ciência moderna, trata-se de um conjunto variado de técnicas e métodos que se voltam à busca do sentido que possa atender da melhor maneira os fins da interpretação das leis, para melhor aplicá-la e melhor efetivá-la na vida em sociedade.

Para se chegar a essa sofisticação do estudo da hermenêutica por certo se caminhou ao longo dos tempos por varias teorias e um complexo desenvolvimento de seu estudo e entendimento, mas não se pode de forma nenhuma desprezar o que já afirmava Beccaria, na sua famosa obra, onde defendia que a própria lei deveria trazer a forma de interpretação.

Declarava ele, que não se podia permitir aos juizes qualquer possibilidade de adaptar a Lei, ou condicioná-la de forma que pudesse ser influenciada por valores e crenças de ordem pessoal, somente a própria lei poderia prever quando deveria ser aplicada e de que forma poderia ser interpretada.

Necessário se determinar ainda, que a Lei deva ser a fonte também da interpretação das Leis Penais, pois se isso fosse concedido aos Magistrados, estariam eles usurpando a missão do Legislador, ferindo assim os princípios das atribuições divididas e abrindo a possibilidade de aplicações indevidas e injustas.

A forma de interpretação das leis, pensado como forma de determinar a proteção da dignidade dos condenados, já foi ensinada por Beccaria[139] no século XVIII, que assim se manifestou:

> [...] só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e essa autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum Magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o Magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou do bem comum, aumentar a pena estabelecida para o delinqüente cidadão (BECCARIA, 1999, pg. 30).

No Estado Democrático de Direito atual, o Princípio da Legalidade e a Hermenêutica, ou a anterioridade das leis ao fato típico e a forma de interpretação

[139] BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretela. 2.ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

dessas leis, buscado por Beccaria foi, teoricamente atingido. Teoricamente porque, se o Magistrado não pode aplicar pena que não esteja prevista, nem determinar pena superior à previsão legal, se também conforme o sonho do Marquês de Bonesana existe previsão legal dos crimes, há uma grande distância entre o que prevê o ordenamento jurídico e a realidade, vez que, estas leis ainda apresentam-se com lacunas, obscuridades e ambigüidades, que acabam dando margem a aplicações controvertidas da vontade do legislador.

Nesse caso, mesmo tendo decorrido mais de dois séculos, a lição de Beccaria se faz necessária ao legislador e ao aplicador da lei, pois se enquanto o primeiro falha na elaboração, com erros, obscuridades e omissões, o segundo interpreta considerando valores pessoais e ideológicos que muitas vezes deturpam o próprio sentido e conteúdo do comando legislativo, prejudicando assim o cidadão, que se vê desprotegido em relação ao Estado que, através de seus agentes, não obedece aos ensinamentos do Marquês que apenas desejava leis fixadas previamente e em linguagem acessível aos filósofos e aos do povo.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A previsão e aplicação de penas para os delitos que possam ser cometidos têm por objetivos, além e retribuir o mal praticado, punindo o autor do fato, declarado culpado, fazendo com que se arrependa do injusto que produziu; tem também, a esperança de prevenir, ou seja, busca através da repercussão social, afastar os outros homens dos crimes, pois na medida em que é impossível conter todas as paixões ilícitas humanas, é também necessário combatê-las para que diminuam tanto quanto possível.

O que se deve observar levando-se em conta este contexto, é que a medida do combate à criminalidade, através das penas que devem ser previamente e através de lei previstas, para só depois serem efetivamente aplicadas, há de ser proporcional ao delito típico praticado, ou tipificado na legislação, senão será, conforme lecionou Beccaria, apenas uma injustiça travestida com vestes oficiais do Estado Juiz.

Se o cidadão vê a pena como injusta, desproporcional ao que cometeu não se conforma em cumpri-la, portanto esta não atinge o seu fim de emendar o delinquente para que não volte a cometer crime novamente. A segunda intenção da

pena, que é de ser exemplo, se desproporcional, severa demais aos olhos do povo, também será entendida como injustiça Estatal e, portanto, não atingirá seu objetivo, pelo contrário, poderá sim, causar rebeldia e comportamentos contrários ao ordenamento jurídico.

De outro norte, se entendida a pena como proporcional ao dano que causou o delinquente à sociedade, maior será a possibilidade deste se recuperar, ou pelo menos de digerir o castigo recebido, entendendo-o como merecido; também a sociedade receberá o castigo como sendo justo ao erro praticado e absorverá a lição que dela deve ser retirada, o exemplo adquire validade do ponto de vista educativo.

Novamente recorrendo a Cesare Bonesana, verifica-se que a medida da pena deve ser o dano causado à sociedade e não a intenção do ofensor e nem tampouco a dignidade do ofendido. Não se pode, punir algum delinquente levando-se em consideração que ele tinha vontade de praticar outro crime, pois isso é absolutamente subjetivo e não se pode “entrar” no pensamento dele para verificar a vontade que tinha no momento do crime, o que se pode provar é o dano, por isso, essa é a justa medida. Também não se pune com mais rigor, porque a vítima pertencia, por exemplo, à classe social superior a do criminoso.

O objetivo da pena aplicada não é, e nem pode ser, o de desfazer o delito cometido, mas sim de evitar que o agente volte a delinquir e prevenir para que outros não venham a fazê-lo, portanto, o tamanho e o modo de aplicar as penas devem refletir no espírito dos homens e não no corpo do culpado, conforme o apregoado no livro Dos Delitos e das Penas. Foi pela iniciativa histórica de seu autor que hoje em dia não se permite que haja previsão de penas que sejam cruéis, nem que proponham agressões físicas e tortura aos condenados.

A chamada ‘tortura’ e a violação de princípios humanísticos, como a Dignidade da Pessoa Humana, da Inviolabilidade Física e Moral do apenado já eram condenados naquela época, e o que dizer hoje, alguns séculos depois, e com a sociedade cultural e politicamente mais desenvolvida. Se o autor em comento já tratava disso como forma de desproporção entre crime e castigo, hoje há, sem dúvida métodos e técnicas de interrogatórios e execução de pena, em muitos estabelecimentos policiais e prisionais, que ignoram completamente o princípio da proporcionalidade, que já era de conhecimento e por ele defendido.

Não é tão raro, infelizmente, que se tenha conhecimento de casos judiciais em que se noticia que alguém tenha sido condenado por ter ofendido algum bem de

valor insignificante, se comparado com a liberdade perdida pelo agente. Pessoas que ficam presas por meses porque furtaram objetos de valores ditos de ‘bagatela’ ou ‘insignificantes’, são de conhecimento público através dos noticiários. Aos que atuam nesses processos, recomenda-se a leitura da obra centenária aqui tratada, para que tenham conhecimento da proporcionalidade da pena a ser aplicada ao bem jurídico tutelado e não cometam esse tipo de injustiças.

Foi Cesare Beccaria[140] o primeiro a apontar o princípio da proporcionalidade a ser aplicado às penas e isso também se tornou lugar comum no estudo do Direito Penal e da Política Criminal, tanto que modernamente quer se acreditar, já não se admitam, principalmente nos Estados Democráticos de Direito, penas que não sejam proporcionais aos delitos cometidos e, da mesma forma, proporcionais aos bens jurídicos afetados pelo delinquente. O entendimento de que a proporcionalidade é necessária hoje (certamente não aplicada em sua inteireza na vida prática da sociedade) assim não seria sem àquela contribuição pioneira.

As penas devem ser as mesmas para nobres e plebeus. Como já salientado, a medida da pena é o dano causado, não sendo nem justa nem possível a pena ser aplicada de forma diversa, quando essa diferença estiver relacionada a posição social do acusado. Não havendo nenhuma justificativa para tratamento desigual para pessoas que estejam na mesma condição e que tenham cometido o mesmo tipo de delito, seja pela condição social, financeira ou política, não há justificativa ao tratamento diferenciado que recebe alguém que, por ter imunidade parlamentar, ao cometer crime comum é tratado de forma diversa do criminoso comum.

Essa proporcionalidade entre delito e pena, introduzida no estudo jurídico por Beccaria é do conhecimento geral dos que labutam no mundo do Direito, mas é também dele a ideia de outra proporcionalidade não tão conhecida, mas que deve ser também observada pelos que promovem o controle social e a política criminal.

Trata-se da proporcionalidade entre o grau das penas e o estado de desenvolvimento da própria nação. Beccaria cuidou desse tema rapidamente na conclusão de seu livro, mas que ao ser observado com mais vagar, informa importante viés ao estudo que se apresenta.

Veja-se que, o que ele defende diz que se uma nação acabou de sair do estado selvagem, deve ter a previsão de penas mais duras, pois, segundo suas

[140] BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretela. 2.ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

palavras: é necessário o raio para abater o feroz leão que, com o tiro do fuzil, apenas se agita.

Tal afirmação quer dizer que, se o grau de desenvolvimento de uma nação é pequeno, então a previsão de penas mais duras será necessária para sensibilizar os seus membros; mas, por outro lado, se uma nação tem um elevado grau de desenvolvimento social e cultural, precisará de ordenamentos jurídicos com previsão de penas mais brandas e que serão mais facilmente assimiladas.

Essa aplicação do princípio da proporcionalidade, proposto por Cesare Beccaria não tem sido levado em consideração na elaboração da normatização penal ordinária pelo legislador brasileiro. O que se vê é a condução da política criminal no país de forma casuística, ou seja, nossa legislação penal é promovida por arroubos derivados de fatos de notoriedade, tanto positivos como negativos, não se observando, em tempos presentes, a graduação entre as penas previstas e o desenvolvimento da sociedade nacional.

Percebe-se que o legislador repousa em berço esplêndido se há normalidade social, mas torna-se um paladino da segurança nacional cada vez que acontece algum fato relevante envolvendo alguma figura pública, ou alguma situação que a mídia e a opinião pública façam repercutir. Nesses momentos de visibilidade a tendência é de se legislar para ser notado, pelo clamor popular e sem ponderar as consequências que tais medidas causarão na administração do sistema prisional, na política criminal ou no seio social.

Verdadeiramente inexiste uma política pública voltada ao planejamento que leve em consideração o nível de desenvolvimento da nação para que apresentem mecanismos capazes de realizar a prevenção da criminalidade utilizando-se do princípio da proporcionalidade no enfoque tratado por Beccaria, quando aos 26 anos de idade editou a sua obra prima e já conseguia vislumbrar com rara sabedoria, o que depois de séculos ainda parece escuro e desconhecido para representantes do povo contemporâneos.

Aparentemente, esse viés do princípio da proporcionalidade relacionado ao desenvolvimento cultural e social da nação não foi observado quando da criação da lei dos crimes hediondos, com claro teor de endurecimento do sistema penal brasileiro, assim como também não o foi, quando da criação da lei das penas alternativas, já por sua vez com nítido caráter de abrandar a penalização. Se a nação é a mesma e o grau de desenvolvimento também, só se pode concluir que tal

proporcionalidade não foi sequer cogitada, pois enquanto uma lei aperta e outra afrouxa a mesma política de controle social.

Parece que falta ao legislador percepção para saber que grau de proporcionalidade deve levar em conta para a realização de sua tarefa de criar normas para o controle da criminalidade. Precisa definir se o Brasil está em pleno desenvolvimento social e cultural e pode legislar de forma que as penas sejam mais brandas ou, conclui que a nação acabou de sair do estágio do homem selvagem, e faz previsão de penas mais severas.

O que não pode é parte da legislação ser dirigida para o selvagem e parte para o douto, quando a sociedade e ordenamento jurídico pertencem à mesma nação e todos devem ser tratados pelos princípios formadores do ordenamento jurídico pátrio, que tem como fio condutor, o princípio da isonomia ou da igualdade, não se cogitando a destinação da norma jurídica a um público determinado, sem que essa mesma lei seja destinada ao restante da massa social.

Quer dizer que, se há doutos na sociedade, há selvagens também, mas a nação como um todo deve ser identificada em termos de desenvolvimento e através desse perfil característico é que o legislador deve se orientar para a produção de normas que visem o controle social e determinem os passos da política criminal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade que se nos apresenta informa que não é capaz o Estado de, antecipar-se criando leis com previsões claras e proporcionais ao desenvolvimento social e cultural, quando acontece algum fato que exija a repressão penal; não é capaz também, de realizar um julgamento justo do criminoso proporcionando-lhe sentenças prolatadas por juízes despidos de interpretações pessoais fundamentadas apenas nas leis vigentes; e por fim, não é capaz ainda o Estado de, se houver necessidade de aplicar uma pena, que essa venha a ser realizada de tal forma que possa castigar o delinquente justamente pelo crime praticado, emendá-lo para que não mais volte a tal prática e principalmente, possibilite prepará-lo para o retorno ao convívio social. A título de fecho cita-se o teorema final de Beccaria[141]

[141] BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1793. Dos Delitos e Das Penas / Cesare Beccaria; tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella -2 ed. rev., 2 tir. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

que resume em uma frase toda a sua genialidade ao defender a humanização das penas e a dignidade da pessoa do condenado, além de afirmar que só se deve aplicar pena, se esta for útil. Eis o seu teorema, que tem aplicação em sua inteireza a todos os atores jurídicos da atualidade:

> [...] para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditado pela lei.

Pena boa é aquela que nem precisa ser aplicada, apenas sua previsão no texto legal já serve para prevenir a delinquência e impedir que os crimes aconteçam, mas se tiver que ser aplicada, então que obedeça ao ensinamento de Beccaria, que seja prevista em lei, proporcional ao delito praticado e, justa na sua medida.

Melhor é prevenir o crime do que ter que puni-lo e a mais acertada forma de fazer prevenção é tendo leis claras e com certeza de aplicação, pois o que determina o temor não é a gravidade da pena, mas sim, a certeza de que atingirá o delinquente, se este realizar o que está nela previsto.

Todas estas verdades aceitas e consideradas princípios constitucionalmente previstos são hoje conhecidos, mas tiveram em Cesare Beccaria seu nascimento e fundamento histórico, não se tem noticia que antes de sua obra Dos Delitos e Das Penas, alguém tivesse defendido de forma concreta e com especificidade tão declarada esses princípios e formas de interpretação e aplicação das leis. Conclui-se que, este autor e sua obra sejam, sem dúvida, a origem do controle penal contemporâneo e o marco inicial da moderna Política de Criminalidade e Controle Social.

O que a sociedade atual apresenta, há que se lamentar, é uma total incompetência em lidar com essa problemática, pois o que s vê são leis casuísticas, desproporção entre pena e desenvolvimento social e cultural, desproporção entre bem tutelado e pena prevista, injustiça na aplicação e na execução das sentenças e outras violações à dignidade da pessoa humana que não resta alternativa, que não seja a recomendação de uma leitura aprofundada e uma volta ao passado para que sejam apreciados os princípios e valores defendidos por Cesare Bonesana.

Quem sabe com esse retorno e com esse aprofundamento, o legislador atual entenda aquilo que já era claro para aquele que foi o precursor da limitação do poder

do Estado e da humanização e zelo pela dignidade da pessoa humana na condução da política criminal e de controle social. A origem está demonstrada, basta que haja a correta apreensão e vontade de aplicação, pois Dos Delitos e Das Penas está mais atual do que nunca.

REFERENCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1793. **Dos delitos e das penas.** tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella -2.ed. rev., 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das Leis.** tradução Cristina Murachco. São Paulo : Martins Fontes, 1996 .

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E SUA CONEXÃO COM A CIDADANIA

Jean Carlos Machado[142]
Aldo Dolberth[143]
André Luiz Pellizzaro[144]

RESUMO

Pretende-se neste artigo aproximar o estudo do Direito ao Desenvolvimento, com a Cidadania, identificando pontos de contato entre ambos e uma relação de favorecimento de um pelo outro, dada convergência apontada nas dimensões do direito ao desenvolvimento (econômica, social, cultural e política) e as características da Cidadania. A declaração do direito ao desenvolvimento confere ao cidadão a liberdade fundamental de participação e desfrute do desenvolvimento econômico, social, cultural e político. Essas dimensões do direito ao desenvolvimento estão imbricadas com a cidadania ativa, onde o cidadão é protagonista da formação da vontade do Estado que o representa. A questão que se pretende pôr em debate neste artigo, é a compreensão do direito ao desenvolvimento e qual sua contribuição para a Cidadania. Para efeito desse estudo, adotou-se conceito de direito numa perspectiva mais ampla, não apenas restrita a norma, de modo que a ciência jurídica pode significar o que cada pessoa deve ter garantido em igualdade com os demais indivíduos. O enfoque do artigo centrou-se no indivíduo, no cidadão, para assumir o protagonismo tanto do reconhecimento do direito ao desenvolvimento, como da construção da cidadania, contudo essa tarefa abrange outros importantes envolvidos, na sociedade civil e o próprio Estado, para assegurar acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda, medidas expressamente mencionadas na Declaração do Direito ao Desenvolvimento, que também correspondem as aspirações e conquistas da cidadania.

Palavras chave: Direito ao Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania.

[142]Graduado em Direito pela UNIPLAC - Universidade do Planalto Catarinense. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade do Contestado – Campus Curitibanos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Contestado. Endereço eletrônico: jcm.advmachado@gmail.com.

[143]Graduado em Ciências Contábeis pela Fundação Universidade do Contestado - UnC Campus Curitibanos, graduação em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Atualmente é professor titular da Fundação Universidade do Contestado – UnC Campus Curitibanos. Endereço eletrônico: prof.aldo@yahoo.com.br.

[144]Graduado em Direito pela UNIVALI, e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Especialista em Direito Civil pela Fundação Universidade de Blumenau e Especialização em Gestão Estratégica pela Universidade de San Diego, Califórnia. É Professor na Universidade do Contestado. Endereço eletrônico: andre@pellizzaro.adv.br.

1 INTRODUÇÃO

O Direito ao Desenvolvimento é concebido a partir da lógica da formação histórica dos direitos humanos, que se formaram das necessidades e aspirações das diversas sociedades. No século XXI, essas afirmações se intensificam e se concentram no propósito de combater as grandes disparidades sociais que coexistem no mundo globalizado, pois de um lado nunca se reconheceu, como nos tempos atuais, na maior parte dos países do mundo, em suas legislações internas e também no âmbito do Direito Internacional, a prevalência dos Direitos Humanos.

Contudo, testemunhamos estarrecidos diuturnamente, por meio dos jornais e mídias virtuais, afrontas, atrocidades praticadas contra seres humanos, em diversas partes do mundo, em nome da religião, do direito, da justiça e da cultura, entre outros motivos, revelando nossas maiores fontes de conflitos, a intolerância e as grandes desigualdades sociais. Estas permitiram a evolução e afirmação do sistema de Direitos Humanos, sobretudo da Organização das Nações Unidas - ONU, como assinala Machado (2016, p. 13)[145]:

> Os esforços para construção e afirmação dos direitos humanos abrangem inúmeras questões, tanto na esfera internacional, quanto no âmbito interno dos países que aceitam a influência da Organização das Nações Unidas - ONU. Esse organismo internacional foi criado em 1948, após a Segunda Guerra Mundial, quando a humanidade testemunhou atrocidades inconcebíveis praticadas por vencedores e vencidos. A despeito dessa desumanidade, a ONU objetiva velar pela paz, e encorajar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Como corolário da criação da ONU, no mesmo ano foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Relevante o registro, que o Brasil, como país membro integrante da ONU deve obedecer às suas resoluções, já tendo o Supremo Tribunal Federal adotado o entendimento no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo País, têm força supralegal, além de previstos em nossa Constituição Federal de 1988 (inc. III art. 1º e inc. II do art. 4º), bem como a imunidade absoluta de jurisdição da ONU (RE 578.543 e RE 597.368).

[145]Para maiores esclarecimentos sobre o Direito ao Desenvolvimento, e sua perspectiva como direito fundamental de terceira geração, sugere-se a leitura do livro “Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva de um Direito Difuso”, da editora LiberArs, que se ocupa de analisar a epistemologia desse direito, justificar sua existência a partir da proteção dos direitos humanos, enquadrá-lo como direito fundamental implícito na Constituição Federal e sugerir uma declaração catarinense do direito ao desenvolvimento.

Sobre a necessidade da tolerância para convivência pacífica na sociedade democrática, onde se exerce a substituição das técnicas da força pelas técnicas da persuasão para resolver conflitos, o filósofo italiano Norberto Bobbio, no livro a “A Era dos Direitos” explica:

> O núcleo da ideia de tolerância é o reconhecimento do igual direito de conviver, que é reconhecido por doutrinas opostas, bem como o reconhecimento, por parte de quem se considera o depositário da verdade, do direito ao erro, pelo menos do direito ao erro de boa fé. (BOBBIO, 2004, p.195)

Há uma divisão no estudo do tema direito ao desenvolvimento, uma esfera de direito internacional, e outra visando o direito ao desenvolvimento no âmbito interno das nações. A concepção do Direito Internacional do Desenvolvimento surge do:

> Direito Internacional Econômico, como sistema normativo internacional de natureza objetiva que cuida de relações interestatais objetivando a construção de uma maior igualdade material entre os Estados, tomando como base a cooperação internacional e a formação de uma Nova Ordem Econômica Internacional. (ANJOS FILHO, 2013, p. 89).

Na contemporaneidade, em âmbito internacional o direito ao desenvolvimento, teria surgido na década de setenta, com o jurista senegalês Keba M´Baye[146], o primeiro a tratar desse tema em um Curso de Direitos Humanos em Estrasburgo em 1972 (ISA, 2002).

A concepção do direito ao desenvolvimento no âmbito interno das nações é a que se utiliza neste artigo para o cotejo do tema com a cidadania, o direito ao desenvolvimento é entendido como um "direito humano que busca proteger exigências e liberdades das pessoas e dos povos" (ANJOS FILHO, 2013, p. 89).

2 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO:

O sistema de proteção do direito ao desenvolvimento, a partir da divisão apontada introdutoriamente, com a formulação teórica do Direito Internacional do

[146]Keba M´Baye, nascido em Kaolack, Senegal, em 5 de agosto de 1924, formou-se em Direito pela Universidade de Dakar e diplomou-se em estudos avançados de direito privado pela Universidade de Paris. Lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de Dakar e na Escola Nacional de Administração do Senegal. Doutor honoris causa por várias universidades na França, Índia e nos Estados Unidos da América, foi por dezoito anos o primeiro presidente da Suprema Corte do Senegal (ANJOS FILHO, 2013. p. 94).

Desenvolvimento foi um passo importante, mas não suficiente. Anjos Filho (2013, p.90) assinala uma relação de complementação entre as duas formas de reconhecimento do direito ao desenvolvimento, visando em última análise, a proteção dos direitos humanos:

> A proteção conferida aos países subdesenvolvidos pelo Direito Internacional do Desenvolvimento revelava como pano de fundo, ainda que indiretamente, preocupações relativas às populações que neles viviam. Mas essa proteção indireta as pessoas, embora significativa, não se mostrou suficiente.

O direito ao desenvolvimento no âmbito interno é um direito humano, indivisível, porque não se pode quantificar precisamente qual parcela, ou quantidade de direito cabe a cada indivíduo ou coletividade. Os titulares são pessoas indeterminadas que podem reclamar prestações da sociedade e do Estado, são exemplos dos direitos de terceira geração além do direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e o direito ao patrimônio comum da humanidade (JURÍDICAS, 1988).

Em 1981, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, criou um grupo de trabalho para estudar a caracterização do direito ao desenvolvimento como um direito humano e, com a possibilidade de construir um projeto de possível declaração de direito ao desenvolvimento. A declaração de direito ao desenvolvimento foi apresentada à assembleia geral e, aprovada em 4 de dezembro de 1986, pela Resolução 41/128, principal instrumento jurídico em relação ao direito ao desenvolvimento (ISA, 2002), cujo art. 1° estabelece o seguinte (NAÇÕES UNIDAS, 1986):

> Artigo 1º
> §1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.
> §2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as sua riquezas e recursos naturais.

O direito ao desenvolvimento é observado como um direito síntese, ou seja, um direito que integra o conjunto dos direitos humanos e, seu objetivo é a promoção

e a aplicação destes direitos, no âmbito nacional e internacional, na medida em parte do pressuposto de que não há desenvolvimento sem a efetiva implementação dos direitos humanos. O texto da declaração do direito ao desenvolvimento confirma essa ideia de "direito síntese" inferido a partir dos direitos humanos (ISA, 2002).

O professor de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, Wagner Balera, ao comentar o artigo primeiro da Declaração do Direito ao Desenvolvimento, sintetiza a ideia que as dimensões econômica, social, cultural e política do direito ao desenvolvimento podem desdobrar:

> O ideário do desenvolvimento consiste, basicamente, no estabelecimento da equidade entre todos os povos da humanidade. Trata-se de realizar um projeto histórico essencialmente universal, cuja extensão se confunde com os limites do próprio planeta. A comunidade universal, que se articula, atuará como motor permanente do desenvolvimento, vale dizer, do bem comum ao homem todo e a todos os homens (BALERA, 2015, p.25-26).

O Direito ao Desenvolvimento não está inserido expressamente na Constituição Federal de 1988, dentre os direitos e garantias fundamentais. Há menção expressa ao desenvolvimento somente no preâmbulo, que embora não tenha normatividade, traz a nítida ideia inspiradora que ele representa. Sustentando o fundamento Constitucional do Direito ao Desenvolvimento argumenta-se com base nos §2° e §3°do art. 5°, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime, dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais.

Conforme já registrado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que, os tratados de direitos humanos, ratificados pelo País, têm força supralegal.

Acompanhando esses posicionamentos, o professor do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento da Fundação Getúlio Vargas – FGV Dimitrios Dimoulis, explica os chamados direitos fundamentais implícitos:

> Nesse sentido, a falta de garantia explícita de um direito na Constituição não permite ao intérprete recorrer ao argumento ao contrario, pois a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição é indicativa e não limitativa. Tem-se aqui uma clássica presunção a favor da liberdade do indivíduo e contra o poder estatal. (DIMOULIS; MARTINS, 2015, p. 34)

O professor Robério dos Anjos Filho, Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo – USP, membro do Instituto Brasileiro de

Estudos Constitucionais, sobre o direito ao desenvolvimento como direito fundamental implícito, esparso no texto constitucional, argumenta:

> Embora o direito ao desenvolvimento não esteja incluído de maneira expressa no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, nem tampouco tenha sido explicitamente mencionado em qualquer outro dispositivo constitucional, o regime e os princípios por ela adotados, bem como os tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte, permitem concluir no sentido da sua integração ao direito positivo brasileiro como um direito fundamental (Anjos Filho, 2013, p. 299).

Da mesma forma, o art. 3° inciso II da Constituição Federal, traz como objetivo fundamental da República, garantir o desenvolvimento nacional, que por sua vez se vincula ao já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que Anjos Filho (2013, p. 271) sustenta:

> Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art. 3° da nossa Constituição podem ser entendidos como verdadeiras premissas necessárias ao pleno respeito à dignidade da pessoa humana. De fato, essa tarefa exige a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e ainda, que seja garantido o desenvolvimento nacional.

O direito ao desenvolvimento encontra guarida constitucional quando no §2°do art. 5°, o legislador faz referência a direitos decorrentes do regime (democrático) e dos princípios adotados pela República Federativa do Brasil.

Assim, no art. 1° são assinalados como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, que representa contemporaneamente um dos fundamentos da existência e proteção dos direitos humanos. Afirma-se sob tais pressupostos, que em um Estado Democrático de Direito, onde se eleva como fundamento do regime republicano, a dignidade da pessoa humana, não se pode imaginar que esteja em dissonância, com a lógica do direito ao desenvolvimento. Ao contrário, o legislador constituinte quando da elaboração do §2° do art. 5°, deixa em aberto o reconhecimento de outros direitos fundamentais, resultando de tal condição a conclusão de que a partir da dignidade da pessoa humana, se deduz racional e logicamente o direito ao desenvolvimento.

Assim, para o reconhecimento do direito ao desenvolvimento como direito fundamental não é necessária a menção expressa no texto constitucional, porque

pode ser inferido a partir da interpretação da Carta Constitucional e dos Direitos Humanos, que lhe dão suporte para aplicação no direito interno.

Entretanto, mais importante do que a discussão doutrinária e legislativa a respeito de sua existência, o que já está praticamente pacificado, ao menos no âmbito internacional, é a busca do reconhecimento pelo indivíduo e pela sociedade organizada, da relevância que o direito ao desenvolvimento trará para a continuidade do Estado Social, e consequentemente, para vida humana de modo geral e para as gerações futuras. Nesse aspecto os assuntos direito ao desenvolvimento e cidadania se interrelacionam, justificando o estudo deste artigo.

3 A CIDADANIA

Tornou-se costume resumir a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuíssem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos. Para melhor compreensão, direitos civis são os fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. Eles se desdobram na garantia de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar–se, de ter respeitada a inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não se condenado sem o devido processo legal regular. Os direitos políticos referem-se à participação do cidadão no governo da sociedade. Seu exercício consiste na capacidade de fazer manifestações políticas, de organizar partidos, de votar e ser votado. Os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva. Eles incluem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à aposentadoria. Os direitos sociais permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdades produzidos pelo capitalismo e garantir o mínimo de bem-estar para todos. A idéia central em que se baseiam é a da justiça social (ANDRADE, 1993).

A cidadania é enfocada para o cotejo com o direito ao desenvolvimento, como exercício dos direitos assegurados aos cidadãos, assim como a garantia de que os deveres de cada um, inclusive do Estado, possam ser cobrados eficazmente, a fim de que seja possível a convivência pacífica e construtiva entre o público e o privado, e a preservação da democracia participativa e do Estado de Direito. A Declaração

Universal dos Direitos Humanos já comemorou um século. Esta preocupação com os direitos humanos, nela consubstanciada com eloqüência, foi inspirada na solidariedade humana e nos imperativos éticos, que nos impõem contribuir para a escolha dos melhores caminhos para a estruturação de uma sociedade mais feliz. Avanços significativos foram feitos na área da família, da saúde, da educação, da política, do consumo e do meio ambiente. O grande esforço deve ser dirigido para que a riqueza desses princípios se aproxime, quando possível, da realidade prática e objetiva.

Cidadania e sociedade civil são os mais seguros e importantes elos que sustentam a organização da sociedade democrática. Esta cidadania capitalizada busca fundamentalmente o direito de convivência, nas suas conhecidas três dimensões: civil, política e social; isto é, a livre decisão de natureza privada; poder votar e ser votado; e ver atendidas, com boa qualidade, suas necessidades básicas.

Exercitar a consciência crítica sobre temas da cidadania, em todos os setores, constitui exigência do cidadão esclarecido. Disso depende a implementação eficaz dos direitos humanos, na forma da abertura e no espaço, de alternativas para sua defesa. Alargam-se os círculos fechados das pessoas e se fortalecem os direitos de reivindicação perante as instituições do Estado. Tópico constitucional expressivo consta do art. 5º, pelo qual:

> [...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade [...] (BRASIL, 1988, p. 102).

Assimilando o conceito de cidadania o cidadão deve conscientizar-se da necessidade de participar ativamente das discussões da sua comunidade. É sabido que o fortalecimento da sociedade civil é o resultado da cooperação ou da ação conjunta e criativa entre o cidadão e o Estado. Os principais temas da sociedade civil, como saúde, educação, segurança, cultura e justiça somente podem encontrar conclusões ideais se tiverem a natural colaboração do cidadão, isoladamente ou como participante de entidades comunitárias. O Brasil é um Estado Democrático de Direito.

O professor Augusto Zimmermann, define cidadania como: “o atributo ou qualidade daquele indivíduo que possui direitos de participação política na comunidade nacional.” (ZIMMERMAN, 2002, p. 198).

Analogamente o conceito de cidadão, situa-se a compreensão da existência dos direitos políticos, que são aqueles tipos de direitos positivos associados à participação democrática do indivíduo. Enquanto os direitos individuais (direitos à vida, igualdade, liberdade, propriedade etc) possuem um conteúdo negativo, porque são oponíveis ao Estado, os direitos políticos são positivos, na medida em que correspondem à capacidade jurídica do cidadão de participar livremente dos destinos da coletividade. (ZIMMERMANN, 2002).

O instituto da cidadania, na teoria jurídica contemporânea dominante no Brasil, emana do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Estado, nas obras de Direito Constitucional aparece inserido na temática relativa à nacionalidade e aos direitos políticos. Nas obras de Teoria Geral do Estado, na temática relativa aos elementos constitutivos do Estado (população “povo”, território e soberania). É no elemento povo que o instituto da cidadania se inscreve.

Segundo o professor Dalmo de Abreu Dallari, podemos partir de um conceito operacional de povo, como sendo:

> Todos os que se integram no Estado, através da vinculação jurídica permanente, fixada no momento jurídico da unificação e da constituição do Estado, adquirem a condição de cidadãos, podendo-se, assim, conceituar o povo como um conjunto dos cidadãos do Estado. Dessa forma, o indivíduo, que no momento mesmo de seu nascimento atende aos requisitos fixados pelo Estado para considerar-se integrado nele, é, desde logo, cidadão. Mas, o Estado pode estabelecer determinadas condições objetivas, cujo atendimento ;e pressuposto para que o cidadão adquira o direito de participar da formação da vontade do Estado e do exercício da soberania. Só os que atendem àqueles requisitos e, conseqüentemente, adquirem estes direitos, é que obtêm a condição de cidadãos ativos. (DALLARI, 2000, p. 87).

A professora Vânia Regina de Andrade, abordando o conceito de cidadania advertiu:

> O instituto da cidadania se insere no discurso jurídico, insinuando temáticas circunvizinhas (nacionalidade, direitos políticos e povo). Mas permite, simultaneamente, indicar que a temática da cidadania não apresenta um estatuto próprio no interior do discurso jurídico. Com efeito, trata-se de um discurso fragmentário e residual que, na sua superfície aparente, adquire a forma de um ‘epifenômeno’, encontrando-se, no centro de sua (in) definição a nacionalidade, os direitos políticos e o povo. No entanto, apesar de sua

> aparente inconsistência, insuficiência e assistematização, o discurso jurídico da cidadania sugere tratar-se de um discurso consistente e sistêmico, que se torna suficiente precisamente pelo que silencia, revelando uma profunda lógica interna. (ANDRADE, 1993, p. 17).

Dalmo de Abreu Dallari, na obra Elementos de teoria geral do Estado, também aborda a temática relativa à cidadania, na análise sobre o conceito do povo como elemento constitutivo do Estado (ao lado do território e da soberania), para o referido autor, a cidadania indica “a situação jurídica de uma pessoa em relação a determinado Estado”, onde o conjunto de cidadãos configura o seu elemento povo. Este vínculo jurídico pode ser originário ou adotivo, donde resultam, respectivamente, os conceitos de cidadão originário (ou natural) e de cidadão adotivo (ou naturalizado), para designar diferentes formas de aquisição da cidadania:

> Originário é o que já nasceu com a cidadania, e adotivo é o que a obteve por adoção, ou seja, pelo processo de naturalização”. Dessa forma “a aquisição da cidadania depende das condições fixadas pelo próprio Estado, podendo ocorrer com o simples fato de nascimento em determinadas circunstâncias, bem como pelo atendimento de certos pressupostos que o Estado estabelece. A condição de cidadão implica direitos e deveres que acompanham o indivíduo mesmo quando ele se ache fora do território do Estado.(DALLARI, 2000, p. 88).

Acerca dessa caracterização, adverte o autor sobre o uso indiscriminado das noções de cidadania e nacionalidade, habitualmente empregadas como sinônimas. Tentando estabelecer a especificidade de cada uma delas, concebe a nacionalidade como *status* imutável que, uma vez adquirido, não se modifica:

> A nacionalidade é definida pelas condições em que a pessoa nasceu, e isso nunca pode ser modificado. Assim, qualquer processo de naturalização não tem a condição de alterar a nacionalidade, mas tão-somente a cidadania, já que a mudança é apenas de condição jurídica (DALLARI, 1981, p. 13-14).

Coerente com a ideia de que a cidadania é vínculo jurídico com o Estado e, portanto, dele dependente. Dallari afirma que aquele:

> [...] quem pertence ao povo brasileiro é cidadão brasileiro e quem pertence ao povo de outro Estado será cidadão desse outro Estado. A pessoa que não está juridicamente integrada em qualquer povo é qualificada de apátrida (DALLARI, 1981, p. 14).

Tal perspectiva, contudo, não supera nem desfaz a confusão conceitual entre cidadania e nacionalidade, imprimindo-lhe apenas roupagem diversa: apresenta o conceito jurídico de nacionalidade como cidadania. Uma cidadania nata ou naturalizada, em acepção ampla, cuja caracterização é reforçada a seguir por outra distinção conceitual, baseada agora na possibilidade de exercício dos direitos políticos. Aparece assim a distinção entre o cidadão simples e o cidadão ativo:

"Cidadão simples é aquele que tem a cidadania, mas que não preenche os requisitos legais para exercer os direitos. Assim, portanto, cidadão ativo é aquele que pode exercer os direitos políticos" (DALLARI, 1981, p. 17).

A cidadania ativa pressupõe, pois, a condição de cidadão nato ou naturalizado (cidadania em acepção ampla) como sua condição necessária, mas não suficiente, porque:

> O Estado pode estabelecer condições objetivas, cujo atendimento é pressuposto para que o cidadão adquira o direito de participar da formação da vontade do Estado e do exercício da soberania. Só os que atendem requisitos e, consequentemente, adquirem esses direitos, é que obtêm a condição de cidadãos ativos. (DALLARI, 2000, p. 88).

Em síntese, os cidadãos (brasileiros) podem ser originários (naturais) ou naturalizados, podendo ser apenas cidadãos simples, quando não gozam de direitos políticos, ou cidadãos ativos, quando gozam destes direitos. Repete-se aqui o enfoque analítico: Cidadania ativa é igual à cidadania em acepção ampla, mais a titularidade de direitos políticos.

4 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A CIDADANIA

A questão que se pretende pôr em debate neste artigo, é a compreensão do direito ao desenvolvimento e qual sua contribuição para a Cidadania. Para efeito desse estudo, adotou-se conceito de direito numa perspectiva mais ampla, não apenas restrita a norma, de modo que a ciência jurídica pode significar o que cada pessoa deve ter garantido em igualdade com os demais indivíduos.

Como já mencionado, a doutrina distingue cidadania ativa de cidadania passiva, não obstante ambas significarem as duas facetas de um mesmo fenômeno. Assim, a cidadania ativa consiste na existência de direitos políticos ativos, referentes à capacidade para ser eleitor e escolher representantes políticos da nação.

Cidadania passiva, por outro lado, significa a concreta possibilidade jurídica de ser eleito para cargo político. Sabendo-se que a cidadania ativa indica o poder de escolher enquanto a cidadania passiva representa o direito de ser escolhido. (ZIMMERMANN, 2002).

Paulo Bonavides, em sua sobre Ciência Política, ao analisar os elementos constitutivos do Estado, apesar de estabelecer os conceitos de povo do ponto de vista político e sociológico, enfatiza o prisma jurídico por onde aborda a noção de cidadania:

> Só o direito pode explicar plenamente o conceito de povo. Se há um traço que o caracteriza, esse traço é sobretudo jurídico [...] Com efeito, o povo exprime o conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico, ou segundo Raneletti, 'o conjunto de indivíduos que pertencem ao Estado, isto é, o conjunto de cidadãos'. Diz Ospilati que povo 'é o conjunto de pessoas que pertencem ao Estado pela relação de cidadania', ou no dizer de Virga 'o conjunto de indivíduos vinculados pela cidadania a um determinado ordenamento jurídico'. É semelhante vínculo de cidadania que prende os indivíduos ao Estado e os constitui como povo [...] Urge por conseguinte dar ênfase ao laço de cidadania, ao vínculo particular ou específico que une o indivíduo a um certo sistema de leis, a um determinado ordenamento estatal (BONAVIDES, 1983, p. 68).

Sahid Maluf, em sua obra sobre Teoria Geral do Estado, referindo-se aos direitos políticos e fundamentais, assevera que:

> As Declarações de Direito, em regra geral, vêm divididas em duas partes: a primeira trata dos Direitos políticos (ou direitos de cidadania), e a segunda trata dos Direitos fundamentais propriamente ditos, inerentes ao homem como pessoa humana. Os direitos políticos referem-se à definição da qualidade de cidadão nacional e suas prerrogativas, aquisição e perda da nacionalidade, formação do corpo eleitoral, capacidade eleitoral ativa e passiva, acesso aos cargos públicos, etc... Estes direitos, como é óbvio, variam no tempo e no espaço, segundo a ordem política e jurídica de cada Estado. (MALUF, 1981, p. 224-225).

Na sequência relata sobre a igualdade perante a lei:

> [...] A igualdade perante a lei compreende-se na esfera dos direitos políticos (ou de cidadania): só os exercem os elementos nacionais ou nacionalizados. Os estrangeiros, que integram a massa total da população, não participam da formação da vontade política nacional, em regra [...]. (MALUF, 1981, p. 41).

Dentro deste contexto, o Direito ao Desenvolvimento, tal como descrito no parágrafo primeiro do artigo primeiro da Declaração do Direito ao Desenvolvimento,

é um direito inalienável, fundamental, em que toda pessoa, todos os povos estão habilitados a participar. O Direito ao Desenvolvimento, necessário para o desfrute de direitos humanos e liberdades fundamentais poderia, em uma abordagem conjunta, como a que se faz neste artigo, compor no âmbito interno, sob a denominação de um direito de cidadania.

Isto se diz, diante da intensa conexão dos direitos de cidadania, com a própria definição do direito ao desenvolvimento, além do objeto de ambos indicar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, preocupada com as gerações seguintes e com a prevalência dos direitos humanos, no combate a intolerância e as desigualdades sociais.

Dando coerência e profundidade a aproximação dos temas, observa-se a transcrição do art. 8º da Declaração do Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução 41/128 da Assembléia Geral da ONU, em 1986:

> Artigo 8º
> §1. Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais. (NAÇÕES UNIDAS, 1986).

A declaração do direito ao desenvolvimento confere ao cidadão a liberdade fundamental de participação e desfrute do desenvolvimento econômico, social, cultural e político. Essas dimensões do direito ao desenvolvimento estão imbricadas com a cidadania ativa, onde o cidadão é protagonista da formação da vontade do Estado que o representa.

Aproximando ainda mais os temas, partindo do estudo do economista indiano Amartya Sen, o direito ao desenvolvimento na dimensão econômica contribui para cidadania, quando existe com liberdade, concebendo facilidades econômicas que permitam igualdade de oportunidade entre os cidadãos: "são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca." (SEN, 2013, p. 59).

No enfoque social e político do direito ao desenvolvimento, mais uma vez há similitude com o conceito de cidadania ativa, atinente a existência de direitos

políticos, capacidade para ser eleitor e escolher representantes. Amartya Sen, no seu livro “Desenvolvimento como Liberdade”, confere elementos que permitem aproximar novamente a cidadania do direito ao desenvolvimento, quando assinala que a liberdade instrumental promotora do desenvolvimento apontada como oportunidade social, corresponde à liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor, não só para condução da vida privada, mas para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas. As garantias de transparência são necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar. Ou seja, a liberdade de se relacionar uns com os outros sob garantias de clareza e confiabilidade. Nesse sentido há na sociedade uma presunção básica de confiança, que contemplaria a garantia de transparência, com a função de inibir o quanto possível a corrupção, a irresponsabilidade financeira e as transações ilícitas (SEN, 2013).

5 MATERIAIS E MÉTODOS

A metodologia utilizada se configura em uma pesquisa de revisão bibliográfica para conceber conhecimentos úteis para relacionar os temas direito ao desenvolvimento e cidadania. A concepção filosófica de investigação usada na pesquisa para o artigo é o materialismo dialético, porque serão estudados os temas confrontando-os entre si.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória e explicativa, porque parte de pesquisas bibliográficas para explicar o objeto de estudo do artigo, sendo de abordagem predominantemente qualitativa.

Foram realizadas consultas em diversas literaturas sobre os temas, foi utilizada como obra base para contextualização do Direito ao Desenvolvimento a obra “Direito ao Desenvolvimento”, de Robério Nunes dos Anjos Filho, especificamente na primeira parte, em que se faziam reflexões sobre esse direito de terceira geração.

Para suporte tocante as reflexões sobre cidadania, foi tomada como base a obra “Cidadania: Do Direito aos Direitos Humanos”, de Vera Regina Pereira de Andrade.

Ainda como suporte ao diálogo entre os assuntos cotejados neste artigo, foram utilizadas as obras de Dalmo de Abreu Dallari “Elementos de Teoria Geral do

Estado” e “O que são direitos da Pessoa”. No mesmo propósito foram consultados Paulo Bonavides, no seu livro sobre “Ciência Política”.

Ao arremate, contribuíram para pesquisa, aportes teóricos de artigos científicos, declarações da Organização das Nações Unidas, e a obra de Amartya Sem, “Desenvolvimento como Liberdade”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi alcançado na medida que se aproximou o estudo do Direito ao Desenvolvimento, com a Cidadania, identificando pontos de contato entre ambos e uma relação de favorecimento de um pelo outro, dada convergência apontada nas dimensões do direito ao desenvolvimento (econômica, social, cultural e política) e as características da Cidadania ativa.

Tocante ao direito ao desenvolvimento, o propósito apontado na declaração da ONU de 1986, de constituir-se de um instrumento para vencer os obstáculos que mitigam a defesa dos direitos humanos, como indivisíveis e interdependentes, tem como pressuposto o reconhecimento de que o indivíduo é o agente central do processo de desenvolvimento e principal beneficiário. É justamente nesse ponto que se identifica a convergência com a cidadania ativa, que tem na falta de participação social, o mesmo desafio a ser superado pelas gerações futuras, o que dará legitimidade a ambos, ao mesmo tempo em que reforçará a democracia.

Este artigo está longe de abarcar todas as nuances e complexidades que envolvem tanto o reconhecimento do direito ao desenvolvimento, quanto a construção da cidadania, todavia representa um esforço na direção do diálogo público, amplo e aberto desses temas, que tem em última análise, o propósito combater as grandes desigualdades sociais e a intolerância, que insistem em recidivar nesse início do século XXI.

O enfoque do artigo centrou-se no indivíduo, no cidadão, para assumir o protagonismo tanto do reconhecimento do direito ao desenvolvimento, como da construção da cidadania, contudo essa tarefa abrange outros importantes envolvidos, na sociedade civil e o próprio Estado, para assegurar acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda, medidas expressamente mencionadas na

Declaração do Direito ao Desenvolvimento, que também correspondem as aspirações e conquistas da cidadania.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: Do Direito aos Direitos Humanos.** São Paulo: Acadêmica, 1993.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BALERA, Wagner. **Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento Anotada.** Curitiba: Juruá, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. Rio de janeiro: Forense, 1983.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **O que são direitos da pessoa.** São Paulo: Brasiliense, 1981.

ISA, Felipe Gómez. **El derecho al desarrollo:** entre lajusticia y lasolidaridad. Bilbao: Universidade de Deusto, 2003.

JURÍDICAS, Instituto de Investigações. **Estudio sem Homenage al doctor Hector Fix-Zamudioen sus treinta anos como investigador de lasciencias juridicas:** Derecho Comparado. México: Universitad Nacional Autonoma de Mexico, 1988. 1555 p. Dispo-nível em:<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=642>. Acesso em: 04 nov. 2014.

MACHADO, Jean Carlos. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva de um direito difuso.** São Paulo: Liberars, 2016.

NAÇÕES UNIDAS (Ed.). **Declaração de Direito ao Desenvolvimento.** 1986. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>. Acesso em: 07 dez. 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Tradução de Laura Teixeira Motta.

ZIMMERMANN, Augusto Cotta. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

DISPENSA DA FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL: UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

Rafael Leandro Lorencetti[147]
Luiz Eduardo Cani[148]

RESUMO

Neste trabalho, aborda-se o tratamento desigual dispensado a pessoas presas em flagrante por falta de previsão expressa para que a autoridade policial dispense a fiança do preso que não tem condição de prestá-la. Inicia-se pelo enfrentamento da regulamentação da fiança, passando-se à identificação do problema e concluindo-se com a propositura de uma solução adequada ao princípio constitucional da igualdade.

Palavras-chave: Fiança. Dispensa. Autoridade policial.

1 INTRODUÇÃO

A pobreza, a marginalização e as abissais desigualdades sociais e regionais foram reconhecidas pelos membros da Assembleia Nacional Constituinte como problemas sociais a serem erradicados em nossa República (art. 3º, III, da Constituição).

Na área criminal a pobreza e marginalização servem como critérios de seleção dos comportamentos criminalizados, como ensinam, há muito, criminólogos de orientação crítica. A seleção dos criminalizados ocorre em duas etapas: a primeira, chamada de criminalização primária, consiste na seleção dos comportamentos que serão criminalizados, direcionando, em geral, as normas incriminadoras às pessoas mais pobres; a segunda, chamada de criminalização secundária, consiste na seleção, dentre as pessoas que praticam os comportamentos criminalizados, de quem será punido.

No processo criminal brasileiro, compreendido como criminalização secundária, a situação é agravada, desde o ponto de vista constitucional, porquanto o Código de Processo Penal é, em muitos aspectos, antagônico à Constituição. A

[147] Delegado de Polícia Civil no Estado de Santa Catarina e professor (FURB). Graduado em Direito (FURB) e especialista em Direito Público: Constitucional e Administrativo (UNIVALI).
[148] Professor (UnC), pesquisador (FURB e UnC), advogado e consultor jurídico (Urbaneski & Cani Advocacia e Consultoria Jurídica). Graduado em Direito (FURB), especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC) e mestrando em Desenvolvimento Regional (UnC).

gravidade é tamanha que compatibilizar essas normas já foi definido como “tentar quase o impossível”[149].

As denúncias dos criminólogos sobre a seletividade servem como constatações empíricas de violações ao princípio constitucional da igualdade na aplicação das normas criminais. No caso específico da fiança, isso pode ser constatado já na elaboração legislativa que, apesar de não tratar da criminalização de comportamentos, trata de quem poderá aguardar em liberdade o julgamento do processo. Isso será abordado no segundo ponto.

O objetivo geral neste ensaio é demonstrar como a autoridade policial pode dispensar a fiança do preso que não tem condições de recolhê-la. Os objetivos específicos são: (a) analisar a regulação da fiança; (b) identificar o tratamento desigual entre presos com e sem condições para recolher a fiança; e (c) demonstrar como a interpretação conforme a Constituição deve ser empregada para dispensar a fiança de preso sem patrimônio para recolhê-la.

A hipótese é que o princípio constitucional da igualdade deve servir como parâmetro para aplicação da interpretação conforme a Constituição, garantindo tratamento paritário entre os presos pobres e os que não o são.

Será empregado o método de abordagem dedutivo, porquanto a hipótese será verificada a partir da análise das especificidades do tema (regulação da fiança e interpretação conforme a Constituição). Serão consultadas fontes secundárias (artigos científicos, livros e capítulos de livros).

O trabalho se justifica especialmente por contribuir para uma filtragem constitucional (Clèmerson Merlin Clève) do processo criminal.

2 NOVA REGULAÇÃO DA FIANÇA

O direito à liberdade, um dos direitos individuais mais comezinhos, recebeu minucioso tratamento no art. 5º da Constituição. A existência desse direito é condição de possibilidade para que se possa falar em dignidade humana, fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB).

Interessa a este estudo exclusivamente a liberdade de locomoção, que é garantida em tempos de paz (art. 5º, XV, da CRFB), só podendo ser restringida por

[149]COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, v. 175, p. 11-13, 2007, p. 12.

prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz legal/natural (art. 5º, LXI, da CRFB) e quando não for permitida a liberdade provisória (art. 5º, LXVI, da CRFB). Do contrário haverá violação ao estado de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB).

O direito à liberdade deve ser assegurado por todos os agentes do sistema criminal. Em regra, o Delegado de Polícia é o primeiro a tomar conhecimento dos fatos no momento em que recebe presos em flagrante para lavrar o respectivo auto.

Nesse momento é dever dos delegados analisar o cabimento da fiança que, de acordo com Nestor Távora "consiste no fato jurídico de caucionar obrigação alheia, importando, pois, em abonação ou responsabilidade"*[150]*.

Aury Lopes Jr. define fiança como:

> [...] uma contracautela, uma garantia patrimonial, caução real, prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas, também, como fator inibidor da fuga.*[151]*

Nestor Távora explica que o instituto já não tem mais conotação fidejussória (garantida com base na palavra do arguido), mas de garantia real: "não existe mais fiança fidejussória no processo penal comum. A confiança na palavra cedeu espaço à prestação financeira. A fiança é uma caução, uma prestação de valor, para acautelar o cumprimento das obrigações do afiançado"[152].

A finalidade da fiança é "assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial"[153]. De acordo com Nestor Távora, outro objetivo da fiança é evitar "os efeitos deletérios do cárcere preliminar"[154].

O delegado de polícia deve conceder fiança quando: (a) pena máxima para o crime pelo qual o arguido foi preso em flagrante não superar 4 anos (art. 322 do Código de Processo Penal); e (b) não estiverem presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva (art. 282, 312 e 321 do Código de Processo Penal).

A dispensa da fiança para os arguidos pobres foi atribuída com exclusividade ao juiz, no art. 350 do Código de Processo Penal. Não há, aí, espaço para

[150]TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 656.
[151]LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 917.
[152]TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, p. 657.
[153]AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2014, p. 1023.
[154]TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, p. 657.

malabarismos interpretativos sob o pretexto de uma suposta função jurisdicional atribuída aos delegados de polícia. O termo juiz é compartilhado intersubjetivamente de modo que o significado é comum a todos (ainda existam transformações no decorrer da história).

Apesar disso, o delegado de polícia Ruchester Marreiros afirma que os delegados possuem poder decisório:

> [...] por uma questão de simples coerência, se a doutrina é uniforme em entender que a liberdade provisória é uma espécie de medida cautelar, ou contracautela, não há outra conclusão lógica a de que se o delegado de polícia determina a lavratura do auto de prisão em flagrante e concede liberdade provisória mediante fiança, por exemplo, estaremos diante de duas decisões (e não despacho, por favor) de naturezas cautelares. Seja emanado por autoridade administrativa ou não, o rótulo não altera o conteúdo e a finalidade.[155]

3 IDENTIFICANDO O TRATAMENTO DESIGUAL: SOMENTE PRESOS SEM DINHEIRO NÃO PODEM SER LIBERADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL?

Se evitar os efeitos deletérios do cárcere preliminar é um dos objetivos da fiança, como deve agir o delegado de polícia quando o cidadão não puder pagar a fiança? No interstício entre a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante e o recebimento pelo Juiz, o arguido deve ficar recluso, por até 24 horas, para ser solto pelo juiz que dispensará a fiança? Não poderia o delegado dispensar a fiança?

Todos devem receber tratamento legal igualitário, mas o texto normativo é preciso ao atribuir a dispensa de fiança exclusivamente aos juízes, negando aos presos pobres o direito a ser liberado pelo delegado de polícia, mesmo sendo esse o primeiro garantidor da legalidade e da justiça.

De acordo com Nestor Távora: “sendo a fiança um direito, é inimaginável que os incluídos financeiramente pudessem ficar livres, por terem condição de pagar, e os pobres tivessem que ficar reclusos, pelo desprestígio da condição financeira”[156].

As opiniões dos doutrinadores, como sempre, oscilam entre a possibilidade de dispensa da fiança pelo delegado de polícia. Vidal Gomes faz mera referência ao dispositivo da dispensa da fiança: “quanto à dispensa de fiança na hipótese prevista

[155]BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado possui função imanente de decisão e de cautelaridade da prova. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/academia-policia-delegado-possui-funcao-imanente-decisao-cautelaridade-prova>. Acesso em: 04 jan. 2017.

[156]TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, p. 670.

no art. 350 do Código de Processo Penal, a competência para sua concessão neste caso é apenas do juiz, conforme expressamente disposto”[157].

Em sentido contrário, Bruno Zanotti e Cleopas Santos afirmam que:

> [...] o respeito aos direitos fundamentais do cidadão é dever de toda autoridade e seus agentes. Partindo dessa premissa, não haveria qualquer razão, lógica ou jurídica, para que o Delegado de Polícia fosse impedido de dispensar a fiança, quando a situação econômica do autuado assim recomendasse, mas estivesse autorizado a aumentá-la e reduzi-la. Além disso, o art. 350 pode ser aplicado por analogia, como autorizado pelo art. 3º do CPP, tudo com o fim de dar maior eficácia aos direitos fundamentais do imputado.[158]

A finalidade é atingida da mesma forma que a proposta dos autores deste artigo, mas o caminho é bastante diverso. Aquela proposta deixa ao arbítrio do intérprete a dispensa da fiança, podendo o mesmo fundamento ser usado para justificar exatamente o oposto como, por exemplo, a indispensabilidade da fiança pela reprovabilidade do crime (ainda que pena máxima não ultrapasse 4 anos).

Parece ter passado despercebida a disposição contida no art. 32, § 2º, do Código de Processo Penal: “será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido”. Ora, o Delegado de Polícia pode atestar a hipossuficiência do arguido, mas não poder reconhecê-la para dispensar a fiança?

Eugenio Raúl Zaffaroni ensina, não sem razão, que o “efeito da prisão, que se denomina prisionização, sem dúvida é deteriorante e submerge a pessoa numa 'cultura de cadeia', distinta da vida do adulto em liberdade”[159].

Os autores pensam que os delegados devem dispensar a fiança e propõem uma forma.

---

[157]GOMES, Amintas Vidal. **Manual do delegado**: teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 467.

[158]ZANOTTI. Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías Santos. **Delegado de Polícia em Ação**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 253.

[159]ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 136-137.

4 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO PARA DISPENSAR A FIANÇA, UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL

Antes de formular qualquer proposta é necessário explicar o local de fala, ou seja, desde qual perspectiva teórica partem os autores. Especificamente da leitura anti-positivista substancialista de LenioStreck.

Isso significa que texto (ente) e norma (ser) são tratadas coisas distintas (diferença ôntico-ontológica), bem como que interpretar é atribuir sentido ao texto, construindo a norma no caso concreto. Com isso, nega-se que a interpretação seja uma atitude voluntarista de descobrimento de sentidos ônticos (mens legis ou mens legislatoris) e que o sujeito cognoscente tenha capacidade para descrever o objeto cognoscível sem produzir juízos valorativos (círculo hermenêutico).

De acordo com LenioStreck:

> Na democracia, uma lei (ou um dispositivo legal votado pelo parlamento) somente pode ser ignorada em seis hipóteses: primeira, quando a norma compreendida a partir de seus dispositivos for inconstitucional (controle difuso ou concentrado); segunda, quando alterações no sistema, ainda que infraconstitucionais, modificarem a sua organicidade (o que poderíamos denominar de "critérios para superação de 'antinomias'"); terceira, quando se tratar de uma interpretação conforme à Constituição (verfassungskonforme Auslegung); quarta, quando for o caso de se sustentar uma nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichtigerklärungohne Normtextreduzierung), quando o dispositivo permanece o mesmo, mas alguns usos são expressamente excluídos face à inconstitucionalidade de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle); quinta, quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a manutenção da constitucionalidade de uma norma exige a exclusão de fragmentos textuais do dispositivo que a possibilita; e sexta, quando princípios impedirem a aplicação de uma regra (solução standards).[160]

A interpretação conforme à Constituição é, de acordo com ele, um princípio imanente porque:

> […] não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (so) negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição. Consequentemente, no campo da operacionalidade do Direito, no momento em que alguém alegar/requerer a aplicação do princípio da interpretação conforme e não for atendido, já estará apto a

[160]STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 293.

> interpor recurso extraordinário constitucional, uma vez que já estará atendido o requisito do prequestionamento.[161]

Ainda que o texto refira expressamente os juízes, não são eles os únicos interpretes/aplicadores (applicatio) das leis. Ao menos, não em países com sistemas jurídicos de Statute Law. O próprio autor defende o que chama de legalidade constitucional, ou seja, o cumprimento exclusivo das normas válidas (para adotar um termo garantista).

O princípio da igualdade não é um simples valor; é uma norma! Ou seja, tem caráter deôntico, não axiológico! Por isso, ainda que existam juristas defendendo que princípios são valores (p. ex. Robert Alexy com a definição de princípios como **mandamentos de otimização**), essa teoria é inaplicável ao nosso Direito. Como normas que são, os princípios devem ser cumpridos!

Lançando mão da interpretação conforme à Constituição os delegados de polícia devem reconhecer o tratamento desigual (e consequentemente inconstitucional) dado aos presos com e sem condições financeiras e, consequentemente, dispensar a fiança.

Alguém pode contra-argumentar que a interpretação conforme à Constituição não é suficiente para solucionar a contradição, porque o art. 350 do Código de Processo Penal ainda conterá a expressão **o juiz**. Os autores deste artigo pensam que a violação ao princípio da igualdade é suficiente para a criação da norma através da interpretação conforme à Constituição. Entretanto, a declaração de nulidade parcial com redução de texto, se feita pelo Judiciário (aqui não cabe aos demais agentes públicos) para suprimir a expressão **o juiz**, daria mais segurança para que os delegados lançassem mão da interpretação conforme.

Por fim, dispensada a fiança pelo Delegado de Polícia, qual medida cautelar seria imposta àquele que acabara de ser preso em flagrante delito? É inegável que seria necessária alguma medida a fim de resguardar o transcurso normal da persecução penal. Qual garantia terá o Estado de que, após a soltura, o arguido não prejudicará a instrução processual e nem se evadirá?

Neste ponto parece haver um grande problema: os delegados de polícia não exercem função jurisdicional, razão porque não podem impor obrigações não previstas em lei. Fernando da Costa Tourinho Filho, p. ex., considera imprescindível

[161] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, p. 320.

a alteração do Código de Processo Penal para que os delegados de polícia possam fixar alguma das medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal[162].

Porém, nos crimes de menor potencialidade ofensiva, os delegados podem liberar os presos em flagrante mediante compromisso de comparecimento ao Juizado Especial Criminal (art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95).

Com a implantação das audiências de custódia para apresentação dos presos em flagrante e análise dos respectivos autos, parece possível que, também aqui, os delegados lancem mão da interpretação conforme à Constituição para que o preso se comprometa a comparecer à audiência de custódia.

Na audiência de custódia[163] o juiz legal/natural analisará o auto de prisão em flagrante e verificará o cabimento de medida cautelar. Naquele momento poderá fixar a(s) medida(s) cautelar(es) que entender necessária(s), inclusive a prisão preventiva ou temporária.

A assinatura do termo de comparecimento seria, na verdade, uma medida pré-cautelar, assim como a prisão em flagrante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

(a) Presos em flagrante de classes sociais distintas são tratados de maneira distinta;

(b) A igualdade foi alçada a princípio constitucional, adquirindo conteúdo deôntico e não meramente axiológico, razão porque deve servir como parâmetro para interpretar textos normativos conforme à Constituição;

(c) O princípio constitucional (imanente) da interpretação conforme à Constituição deve ser usado pelos intérpretes para corrigir inconstitucionalidades decorrentes de tratamento desigual;

(d) É necessário que o Judiciário declare a nulidade parcial com redução de texto do art. 350 do Código de Processo Penal para suprimir a expressão **o juiz**;

[162]TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

[163] Oportuno destacar que a audiência de custódia tem a finalidade de apresentação de qualquer pessoa presa em flagrante, não se podendo deixar de realiza-la sob o argumento de que foi prestada fiança, sob pena de neutralizar a principal finalidade do instituto: controle de legalidade da prisão em flagrante.

(e) Pode o delegado de polícia dispensar a fiança do preso pobre através da interpretação do art. 350 do Código de Processo Penal conforme à Constituição, usando o princípio da igualdade como parâmetro;

(f) Como medida pré-cautelar, o delegado pode exigir que o preso comprometa-se a comparecer à audiência de custódia, também lançando mão da interpretação conforme à Constituição para estender os efeitos do art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95;

(g) Na audiência de custódia, se o juiz legal considerar indispensável a fiança, poderá fixar outra(s) medida(s) cautelar(es).

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2014.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado possui função imanente de decisão e de cautelaridade da prova. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/academia-policia-delegado-possui-funcao-imanente-decisao-cautelaridade-prova>. Acesso em: 04 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, v. 175, p. 11-13, 2007.

GOMES, Amintas Vidal. **Manual do delegado**: teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZANOTTI. Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías Santos. **Delegado de Polícia em Ação**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU EXCEÇÃO DA INOCÊNCIA? ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luiz Eduardo Cani[164]

RESUMO

Neste artigo é analisado o acórdão do *habeas corpus* nº 126.292 julgado pelo Supremo Tribunal Federal para verificar se a presunção de inocência foi suspensa em situação típica de estado de exceção. Inicia-se pela análise da teoria do estado e do estado de exceção, passa-se à análise da presunção constitucional de inocência e conclui-se com a análise do acórdão a partir das teorias revisadas. Conclui-se no sentido de que a decisão se configura como estado de exceção em relação à presunção de inocência.

Palavras-chave: Estado de exceção. Presunção de inocência. Julgamento. Corte constitucional. Decisão judicial.

1 INTRODUÇÃO

Em 17 de fevereiro de 2016 os ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram o *habeas corpus*[165] nº 126.292, decidindo ser possível o início do cumprimento de pena aplicada em segundo grau de jurisdição[166]. Essa decisão motivou os dirigentes da Ordem dos Advogados do Brasil e do Partido Ecológio Nacional a apresentar as ações declaratórias de constitucionalidade[167] nº 43 e 44, respectivamente, nas quais, em 5 de outubro de 2016, foi reafirmada a possibilidade de início do cumprimento da pena após condenação em segundo grau, ainda que não transitada em julgado[168,169,170].

[164] Professor (UnC), pesquisador (FURB e UnC), advogado e consultor jurídico (Urbaneski & Cani Advocacia e Consultoria Jurídica). Graduado em Direito (FURB), especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC) e mestrando em Desenvolvimento Regional (UnC).

[165] Instrumento processual previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição para garantir o direito constitucional à liberdade em casos de prisão ilegal, ainda que exista somente ameaça da prisão.

[166] Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

[167] Instrumento processual previsto nos art. 102, I, a, e 103, ambos da Constituição, para que o Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre a constitucionalidade (ou não) de uma norma.

[168] Termo que designa a impossibilidade de apresentar recursos de uma decisão, mas que foi relativizado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme será abordado no desenvolvimento do tema.

[169] Geraldo Prado critica duramente o posicionamento vencedor: "[...] 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória' e 'o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por

O objetivo geral neste trabalho é analisar o acórdão (relatório da decisão) do *habeas corpus* sob a perspectiva da teoria do estado de exceção. Os objetivos específicos são: (a) compreender o Estado de Exceção no contexto de aplicação do Direito pelo Judiciário; (b) analisar os diversos sentidos do direito constitucional à presunção de inocência; e (c) verificar se o julgamento do *habeas corpus* nº 126.292 se apresenta como manifestação de estado de exceção em relação à presunção de inocência.

A hipótese é que essa relativização do princípio constitucional da presunção de inocência configura uma das modalidades de suspensão do Direito, ainda que parcial e pela função Judiciária do Estado, caracterizando estado de exceção.

Será empregado o método de abordagem dedutivo, porquanto serão analisados os acórdãos à luz da bibliografia revisada (argumentos específicos) para verificar a validade da hipótese formulada (argumento geral). Serão consultadas fontes primária (acórdão) e secundárias (artigos científicos, livros e capítulos de livros).

O trabalho se justifica por romper com o *senso comum teórico* dos juristas (Luis Alberto Warat), o que quer dizer: "[...] desvendar 'as obviedades' do óbvio, bem como a denunciar o processo de construção/produção desse tipo de discurso" (STRECK, 1998, p. 53). Especialmente por contribuir para uma interpretação da presunção de inocência sob o aspecto da filosofia política.

2 TEORIA DO ESTADO (DE EXCEÇÃO)

A moderna concepção de Estado, fruto das Revoluções Gloriosa, Estadunidense e Francesa, tem como núcleo o princípio da legalidade, que opera de dois modos: (a) organizando o Estado; e (b) afirmando Direitos de não intervenção do Estado na vida dos, desde então, cidadãos (STRECK; MORAIS, 2003, p. 20-24). A principal característica da organização dessa conformação estatal é a tripartição

requerimento dirigido…' (art. 1.029, §5º, CPC) não deixam ao intérprete margem de interpretação/criação salvo considerar que um recurso, seja ele extraordinário ou especial, é sempre um recurso e, portanto, sua interposição caracteriza-se por obstar o trânsito em julgado (José Carlos BARBOSA MOREIRA – Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 257) e o trânsito em julgado, por sua vez, se caracteriza pela preclusão das vias de impugnação ordinária, restando ao eventual reclamante lançar mão com exclusividade das ações autônomas de impugnação (habeas corpus e revisão criminal)." (PRADO, 2016).

[170] Os acórdãos das ADC nº 43 e 44 não serão objeto de análise por não estarem disponíveis na integra no momento em que este trabalho foi elaborado.

dos poderes (rectius: funções, pois o poder, uno, pertence ao povo e é exercido por delegados[171]).

A teoria da tripartição das funções foi formulada por Charles-Louis de Secondat (barão de Là Brede e de Montesquieu) na obra O Espírito das Leis, datada de 1748, que tem como objeto "[...] as relações entre as leis (positivas) e 'diversas coisas', tais como o clima, as dimensões do Estado, a organização do comércio, as relações entre as classes etc." (ALBUQUERQUE, 2001, p. 115-116). Todavia, ao contrário da versão mais divulgada dessa teoria, Secondat não defendia uma equivalência e independência entre as três funções. As funções tinham uma relação de interdependência, sendo o Judiciário um poder nulo, pois os juízes eram somente a boca que pronunciava a lei (ALBUQUERQUE, 2001, p. 119).

Naquele momento (século XVIII), no Ocidente, havia uma evidente preponderância da função Legislativa perante às demais; a função Judiciária era a de menor relevância. Esse arranjo institucional perdurou aproximadamente até o início do século XX, período em que emergem diversos governos autoritários, havendo a substituição da supremacia da função Legislativa pela supremacia da função Judiciária. Nesse contexto Carl Schmitt e Hans Kelsen discutem quem deve ser o guardião do texto constitucional: para o primeiro, a função cabia ao presidente do Reich (chefe de governo); para o segundo, a função cabia a um Tribunal Constitucional (TRINDADE, 2012).

Giorgio Agamben propõe uma teoria geral do Estado de Exceção a partir da análise dos regimes autoritários, principalmente do século XX na Europa Ocidental. Algumas das principais características da teoria são: (a) a exceção consiste na possibilidade de suspender as normas de acordo com as necessidades de preservação do poder pelo soberano em casos de ameaça à ordem; (b) a exceção é o fundamento das normas; e (c) a exceção é permanente (AGAMBEN, 2004, p. 17-23).

Após a segunda grande guerra do século XX a Democracia é içada à condição de possibilidade do Estado de Direito, adjetivando essa nova modalidade

171 Enrique Dussel afirma que o poder (potestas) pertence ao povo que o exerce através de instituições criadas para que o poder seja exercido por delegação (potentia). Os representantes do povo são delegatários que recebem certa autoridade (emanada da comunidade política e não do governo) para cumprir mais satisfatoriamente o ofício em nome de todos. O delegatário nunca é fonte da própria autoridade, por isso o poder é sempre obediencial (o delegatário manda na exata medida em que obedece aos limites da delegação); a autorreferência da autoridade ao delegatário (delegatário considerar-se o titular do poder) é chamada de fetichização do poder ou, em terminologia jurídica, abuso de poder. (DUSSEL, 2007, p. 39).

de Estado, chamado Democrático de Direito[172]. Com isso é inaugurado um novo paradigma de Direito em que: (a) a Constituição é reconhecida como norma (HESSE, 1991); e (b) a função Judiciária se destaca em relação à Executiva e a Legislativa em razão da inatividade dos representantes dessas funções. No Brasil esse destaque tem forte inspiração no sistema jurídico anglo-saxão do direito comum (*common law*), ainda que em muita coisa não seja compatível com o sistema romano-germânico de leis escritas (*statute law*), vigente neste país.

O século XXI é, por esses motivos, declarado por Antoine Garapon como o século em que a função Judiciária transforma-se na guardiã das promessas:

> O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o 'déficit democrático' de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos (GARAPON, 1999, p. 48).

O Judiciário abandona a posição originária de poder nulo, que tinha a função de declarar as palavras da lei, para assumir uma posição ativa, determinando a implementação de políticas públicas, reconhecendo novos Direitos e atuando como espaço de Democracia participativa e de exercício da cidadania[173].

O novo arranjo institucional das funções do Estado aparentemente representa um avanço, mormente em países em desenvolvimento, marcados por desigualdades de todas as ordens, nos quais essa atuação carrega a esperança popular na mudança. Contudo na história é possível encontrar diversos casos em que a postura ativista da função Judiciária (ativismo judicial) foi utilizada como mau ativismo[174]. A ditadura civil e militar brasileira (1964-1985) é o período mais recente em que a função Judiciária foi utilizada para negar (suspender) sistematicamente Direitos dos cidadãos.

Tudo isso encaminha o Direito brasileiro em direção a uma crise de paradigmas assentada numa dupla face: (a) crise da tradição liberal-individualista-

[172] "Quando assume o feitio democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do status quo. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais." (STRECK; MORAIS, 2003, p. 94).

[173] Condição analisada por Pedro Manoel Abreu (ABREU, 2011).

[174] Algo que é chamado de mau ativismo, em contraste com o que seria bom ativismo. Resta somente descobrir: (a) para quem é bom ou mau? (b) quem define o que é bom ou mau? (c) quem escolheu quem define o que é bom ou mau? e (d) por que o resto do povo não participou dessa escolha?

normativista de compreensão do Direito (crise de modelo); e (b) crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (crise de paradigma). De acordo com Lenio Luiz Streck, o resultado dessas crises é um Direito alienado da sociedade (STRECK, 2011, p. 97).

Para agravar esse quadro, diversas leis ainda vigentes foram concebidas em períodos autoritários, com clara função de preservar à ordem, ao regime, ao poder etc. Na área criminal tem-se, de um lado, um Código Penal, datado de 1940, e um Código de Processo Penal, datado de 1941, frutos do período autoritário chamado de Estado Novo (ditadura); de outro lado, a Constituição da República, datada de 1988, promulgada para pôr fim a outra ditadura, civil e militar, com evidente objetivo de democratizar o país[175] e romper com a tradição autoritária.

Os Códigos e a Constituição são incompatíveis entre si em muitas disposições. A solução dessa incompatibilidade parece fácil a partir da compreensão da **hierarquia das normas**[176], especialmente quando complementada pelo conceito de **validez das normas** (FERRAJOLI, 2010, p. 331). Em outros termos, a Constituição fundamenta todo o ordenamento jurídico, sendo inválidas todas as normas infraconstitucionais contrárias à Constituição. Essa noção de inconstitucionalidade substancial/material deve(ria) servir de filtro para o Processo Criminal através da declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Código de Processo Penal.

Todavia não é assim que age a maioria dos juristas, que prefere negar força normativa[177] e superioridade hierárquica à Constituição, como se ainda se estivesse num período de paleopositivismo (Luigi Ferrajoli). Também há os casos de má-fé, em que vale a razão cínica (Peter Sloterdijk).

Dentre os direitos (so) negados aos acusados está a presunção de inocência, que retornou à pauta de debates da sociedade com os julgamentos do habeas

175 Não parece crível que o Brasil possa ser definido como um país Democrático antes de 1988. Isso pode ser confirmado através da análise da legislação processual criminal, pois, como bem destacou James Goldschmidt, o processo penal serve de termômetro dos elementos autoritários ou democráticos do Estado. (Apud LOPES JR., 2012, p. 115).

176 "A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora." (KELSEN, 1998, p. 155).

177 Conceito criado por Konrad Hesse (HESSE, 1991).

corpus nº 126.292 e das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44 pelo Supremo Tribunal Federal, sendo o acórdão do habeas corpus analisado no terceiro ponto deste trabalho.

A problemática desses julgados toca profundamente o tema dos direitos humanos, que se correlacionam ao Estado moderno, iniciando pela versão liberal. Os direitos humanos de primeira dimensão, também chamados de negativos ou de abstenção, são típicos de um Estado liberal, cuja função era delimitar a atuação do Estado e declarar direitos; a segunda dimensão dos direitos humanos, também chamada de direitos positivos ou prestacionais, é caracterizadora do Estado social, cuja função era reduzir situações de desigualdade e evitar o declínio do capitalismo; os direitos humanos de terceira dimensão, difusos e coletivos, são típicos do Estado democrático, cuja função é assegurar a participação do povo na direção do Estado e reconhecer direitos de todos.

Num Estado Democrático de Direito a obediência às ordens dos agentes públicos deve ser fruto do reconhecimento da legitimidade das ações pelos cidadãos e não do medo. Quem segue ordens num Estado Democrático de Direito são os funcionários do povo, em razão da função. Os cidadãos, no exercício dos direitos inerentes à cidadania, devem apenas cumprir as leis, podendo ser punidos civil, administrativa e/ou criminalmente pelo descumprimento.

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA CULPA

A compreensão da formação do estado moderno e da conquista dos Direitos Humanos de primeira dimensão é condição de possibilidade para compreender também as transformações do processo penal que foi marcado pelo autoritarismo e pela presunção de culpa (heresia) dos acusados antes das revoluções burguesas.

Para entender como a presunção de culpa se operava no processo e não cair nos reducionismos de naturalizar o passado de maneira evolutiva [178], parece adequado partir das críticas iluministas à existência de uma presunção de heresia,

[178] Ricardo Marcelo Fonseca identifica como a história do Direito se distancia do passado e se aproxima da lógica do presente de duas maneiras: (a) o presente do direito é naturalizado ao ser compreendido como o único caminho a ser tomado; ou (b) o presente é definido como o resultado de um progresso natural do qual o direito do presente é o ápice (FONSECA, 2011, p. 61-63).

sem qualquer pretensão de filiação à historiografia rankeana/positivista[179], pois sabe-se que o método positivista encobre os valores dominantes (*rectius*: dominadores) com o objetivo de manter o estado atual das coisas. Também se sabe que somente é possível identificar como os acusados (*rectius*: hereges) eram tratados em algumas inquisições[180] antes da existência de uma presunção de inocência.

Falar em processo inquisitório e em processo acusatório é falar em objetivo do processo: enquanto o objetivo do processo inquisitório é **punir hereges** o objetivo do processo acusatório é **garantir direitos dos acusados**.

O processo inquisitório é, por excelência, um instrumento autoritário que encobre a finalidade de manter inalterado o estado atual das coisas (leia-se: o modo de vida da classe dominante) e (tentar) relegitimar governos através do medo[181]. Não fosse por isso, as pessoas não seriam punidas pelo modo de vida e a qualquer custo. É também por isso que o direito penal e o processo penal são, desde sempre, instrumentos de dominação e de manutenção do estado atual das coisas.

O processo inquisitório canônico foi projetado:

> Entre liberais e conservadores (não fosse isto não haveria um Concílio em Latrão, em 1215), a Igreja optou pela morte, na esteira da Bula Vergentis in senium, do Papa Inocêncio III (1199) [...], a qual prepara o campo da repressão canônica com a equiparação das 'heresias' aos crimes de lesa-majestade. O Concílio faz a sua opção (o pano de fundo era a manutenção do poder); e o novo sistema paulatinamente assume sua fachada, para consolidar-se com a Bula Ad extirpanda, de Inocêncio IV, em 1252 (COUTINHO, 2001, p. 14).

Esse modelo foi predominante na Europa ocidental (exceto na Inglaterra) entre o século XIII e o final do século XVIII, em alguns países até meados do século XIX (LOPES JR., 2011, p. 116).

---

179 Leopold von Ranke formulou quatro postulados que sustentariam a história científica: (a) o sujeito conhecedor (historiador) é totalmente independente do objeto de conhecimento (fato histórico), o que possibilita a imparcialidade (corolário do princípio da neutralidade axiológica); (b) a história existe independentemente da percepção do o historiador dá a essa e tem uma estrutura definida que pode ser conhecida diretamente; (c) o historiador conhece os fatos históricos através de um modelo mecanicista, passivo e não criativo (teoria do reflexo); (d) o historiador deve apresentar os fatos históricos como realmente ocorreram, sem fazer juízos de valor (FONSECA, 2011, p. 51-53).

180 Clara Maria Roman Borges, a partir das pesquisas desenvolvidas por Francisco Bethencourt, adverte que não existia somente uma inquisição europeia, mas várias, tendo como único ponto em comum a investigação das heresias por delegação papal (BORGES, 2013, p. 150).

181 O objetivo da Inquisição, segundo Franco Cordero, era punir os hereges, "[...] que contrariavam suas escrituras, uma vez que seu número havia aumentado consideravelmente desde que a racionalidade aristotélica penetrara nos feudos e colocara em risco o domínio dos bispos." (Apud BORGES, 2005, p. 122-123).

No fim do século XVIII ocorre a Revolução Francesa, que produz uma revolução paradigmática na área penal com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789. Uma das inovações mais importantes para o processo penal é o direito dos acusados de que sejam presumidos inocentes. Essa norma foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro somente em 1988, no art. 5º, LVII, da Constituição com um texto impreciso: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A imprecisão textual causou muitas discussões sobre o (metafísico) sentido verdadeiro da presunção: se o acusado seria inocente ou apenas considerado não-culpável. Os reflexos da ideia de uma presunção de não-culpa(bilidade) ainda estão presentes em livros e decisões judiciais. Um dos principais responsáveis pela (pseudo)crítica à presunção de inocência na Itália foi Vincenzo Manzini que influenciou o jurista brasileiro Helio Tornaghi.

Dois pontos merecem consideração nesse assunto: (a) não existe meio termo para o acusado no processo penal, de modo que quem não é culpado é, necessariamente, inocente[182]; e (b) se o texto constitucional não for suficiente para convencer acerca da existência de uma presunção de inocência, o art. 8, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, declara expressamente a inocência do acusado cuja culpa não for provada.

O princípio da presunção de inocência, para Aury Lopes Jr., possui uma dimensão interna e uma dimensão externa. Na dimensão interna implica em: (a) atribuir ao acusador todo o ônus de provar a culpa do acusado; (b) impor ao juiz o dever de absolver o acusado sempre que houver dúvida sobre a culpa; e (c) restrições severas ao abuso de prisões cautelares. Na dimensão externa implica em proteger o acusado contra a publicidade abusiva do processo (LOPES JR., 2011, p. 239).

Maurício Zanoide de Moraes entende que o termo presunção de inocência possui três significados: **norma probatória**, **norma de tratamento** e **norma de juízo**. Esses significados são “manifestações autônomas que interagem e não esgotam a presunção de inocência.” (MORAES, 2010, p. 424).

Presunção de inocência como **norma probatória** determina o que deve ser provado, quem deve provar e por meio de qual tipo de prova. As provas devem ser:

[182] Nesse sentido: MORAES, 2010, p. 146-152.

(a) incriminadoras, demonstrando de modo robusto a materialidade e a autoria do fato punível; (b) produzidas pelo acusador (público ou particular), isso significa que o ônus, ou carga processual, é atribuído exclusivamente à acusação; e (c) expressamente previstas em leis processuais criminais (tipicidade e licitude das provas criminais) (MORAES, 2010, p. 461-468).

Presunção de inocência como **norma de tratamento** determina que o acusado seja tratado como inocente durante todo o processo criminal. Qualquer tratamento (previsão legal, decisão judicial, exposição midiática etc) do acusado como culpado é uma intervenção indevida (violação) à presunção de inocência (MORAES, 2010, p. 427-428). O autor exemplifica e comenta diversas situações.

Presunção de inocência como **norma de juízo** determina que, ao analisar as provas, o julgador decidirá as dúvidas sempre em favor do acusado (in dubio pro reo) e que as normas criminais serão interpretadas sempre do modo mais favorável ao acusado (favor rei). O sentido de norma de juízo é a última instância da presunção de inocência, somente analisável se suficientemente cumprida a norma probatória, ou seja, se houver provas suficientes de materialidade e autoria do crime para que o acusado seja condenado (MORAES, 2010, p. 468-475).

4 CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA: MERA FORMALIDADE PROCESSUAL OU GRAVE VIOLAÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL?

Partindo-se da teorização de Maurício Zanoide de Moraes analisar-se-á o acórdão do habeas corpus *referido. Especificamente no tocante ao sentido da presunção de inocência como norma de tratamento.*

O então ministro Teori Zavascki, relator do habeas corpus *nº 126.292, destacou que a execução provisória das sentenças penais envolve a reflexão sobre:*

> [...] (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal (BRASIL, 2016).

Destacou que inicialmente os ministros do Supremo Tribunal Federal entendiam ser possível o início do cumprimento da pena antes do trânsito em

julgado da sentença condenatória em razão da inexistência de suspensão dos efeitos através de recursos apresentados ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Referiu que esse posicionamento foi alterado em 5 de fevereiro de 2009, no julgamento do habeas corpus nº 84.078/MG, oportunidade em que sete ministros votaram pela incompatibilidade da presunção de inocência com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Após breve comparação com a presunção de inocência noutros países, passa a destacar os pontos que a ele pareceram principais para votar a favor da execução provisória de penas: (a) recursos de natureza extraordinária têm a finalidade de preservar a higidez do sistema normativo, não de examinar se a decisão é justa no caso concreto; (b) menos de 4% dos recursos extraordinários sobre matéria criminal julgados pelo ministro aposentado Joaquim Barbosa, num período não indicado, foram julgados procedente[183]; (c) o uso excessivo de recursos pela defesa aliado à impossibilidade de execução provisória da condenação geram impunidade; (d) cabe à função Judiciária do Estado garantir que o processo resgate a inafastável função institucional de efetivar o direito de punir (jus puniendi); (e) a retomada do posicionamento favorável à execução provisória das penas é mecanismo legítimo para harmonizar os princípios da presunção de inocência ao da efetividade da tutela jurisdicional; e (f) há outros mecanismos aptos a inibir erros nas instâncias jurisdicionais (BRASIL, 2016, p. 15-19).

Os itens a, b, c e f não têm qualquer relação com o princípio constitucional da presunção de inocência. O item d funda-se numa leitura da função Judiciária como força de segurança pública, que não se adequa à organização do Estado brasileiro[184]. O item e tem como premissa a necessidade de relativização para atingir a efetividade do processo.

O ministro Luiz Edson Fachin também vota a favor da relativização da presunção de inocência, destacando: (a) necessidade de interpretar sistematicamente a presunção de inocência e os recursos previstos na Constituição; (b) também entender que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não foram concebidos para revisar injustiças do caso concreto, pois esses

[183] Isso quer dizer que foi reconhecido que o autor do recurso tinha razão.

[184] As instituições que compõem a estrutura de segurança pública estão expressamente previstas no art. 144 da Constituição: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis e Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

Tribunais exercem as funções de estabilizar, uniformizar e pacificar a interpretação das normas; (c) excesso de recursos; (d) inexistência de presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias (primeiro e segundo graus de jurisdição) para condenar; (e) há outros meios aptos a inibir erros nas instâncias jurisdicionais (BRASIL, 2016, p. 22-26).

Todas as questões levantadas se relacionam diretamente ao processo penal, mas nenhuma tem relação direta com a presunção de inocência.

O ministro Luis Roberto Barroso também votou a favor da execução provisória das sentenças: (a) o pressuposto para a decretação para a prisão é a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, não o trânsito em julgado da decisão; (b) o princípio da presunção de inocência, como os demais princípios, está 'sujeito' à ponderação com outros princípios constitucionais (efetividade da lei penal e bens jurídicos); (c) a execução da decisão após o segundo grau é exigência de ordem pública; (d) excesso de recursos (BRASIL, 2016, p. 35-49).

Nesses pontos o equívoco parece ser o mesmo: comparar execução provisória de pena com prisão preventiva. Não se rejeita que as prisões provisórias (temporária e preventiva) podem ser decretadas pelo juiz competente e que isso se relaciona diretamente à presunção de inocência. Entretanto as prisões provisórias possuem a finalidade específica de garantir o processo, impedindo a destruição de provas e a fuga do acusado. Já a execução provisória da pena tem a finalidade única e exclusiva de assegurar que o acusado cumpra a pena quando ausentes os requisitos para a decretação de alguma prisão provisória, ou seja, tem por objetivo a punição do acusado sob o pretexto de combate à impunidade.

A ministra Rosa Weber abre divergência, destacando comungar das preocupações dos ministros que votaram anteriormente, mas afirmando que: (a) orienta-se, ao votar, pela preservação da jurisprudência da corte; (b) é possível alterar a jurisprudência, mas motivar a alteração pela simples mudança da composição gera insegurança jurídica; (c) a solução das questões pragmáticas envolvidas não passa pela alteração da compreensão sobre o texto constitucional (BRASIL, 2016, p. 55-57).

Os itens a, b e c não estão diretamente relacionados à presunção de inocência, embora toquem diretamente nesse tema quando do julgamento de processos pelos Tribunais, independente da matéria.

O ministro Luiz Fux inicia o voto interpretando a Constituição à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Após, conceitua coisa julgada[185] para concluir que há uma coisa julgada singular no processo penal, porquanto não é possível que os Tribunais superiores analisem as provas. Conclui o voto no sentido de que a presunção de inocência cessa com a prova da culpabilidade do acusado, mormente em segundo grau (BRASIL, 2016, p. 58-60).

No voto, o ministro Fux partiu da definição de coisa julgada para incluir aí objeto de análise da decisão, que não é a decisão em si: as provas. Alargou em demasia o conceito de coisa julgada e o entulhou[186] a categoria prova para concluir que as provas também transitam em julgado. Na verdade, as provas são analisadas pelo juiz que, a partir dessas, decide. A decisão se refere às provas, mas não as contém, da mesma forma que a palavra não contém o objeto.

A ministra Cármen Lúcia acompanhou o relator, reiterando posicionamento expressado por ela anteriormente no sentido de que a presunção de inocência significa que todos são inocentes até prova em contrário, o que não conflita com a execução provisória da pena (BRASIL, 2016, p. 61-62).

Se a afirmação fosse no sentido de que a presunção de inocência é compatível com as prisões provisórias, certamente não haveria qualquer problema. Ocorre que a apreciação sobre a culpa do acusado só termina com o fim da análise do caso, pois, ainda que não seja possível rediscutir a valoração das provas, é possível que a discussão de matéria exclusivamente de direito sirva de fundamento para a absolvição do acusado (prescrição, inconstitucionalidade do crime etc).

O ministro Gilmar Mendes também vota a favor da execução provisória da pena, lançando como argumentos: (a) sobrecarga de trabalho dos ministros do Supremo Tribunal Federal; (b) ilogicidade da soltura de acusados em alguns casos;

---

185 Decisão transitada em julgado, ou seja, da qual não cabe mais recurso.

186 “Diferentes são os modos possíveis de encobrimento dos fenômenos. Um fenômeno pode-se manter encoberto por nunca ter sido *descoberto*. Dele, pois, não há nem conhecimento nem desconhecimento. Um fenômeno pode estar *entulhado*. Isto significa: antes tinha sido descoberto mas, depois, voltou a encobrir-se. Este encobrimento pode ser total ou, como geralmente acontece, o que antes se descobriu ainda se mantém visível, embora como aparência. No entanto, há tanta aparência quanto 'ser'. Este encobrimento na forma de 'desfiguração' é o mais frequente e o mais perigoso, pois as possibilidades de engano e desorientação são particularmente severas e persistentes. As estruturas do ser e seus respectivos conceitos disponíveis, embora entranhados em sua consistência, reivindicam os seus direitos talvez dentro de um 'sistema'. Mas, em razão do encadeamento construtivo num sistema, eles se apresentam como algo que é 'claro' e não carecem de justificações ulteriores, podendo, por isso, servir de ponto de partida de uma dedução contínua.” *In*: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 67.

(c) possibilidade de tratamento progressivo mais gravoso sem ofensa à presunção de inocência; (d) a presunção de 'não culpabilidade' não impede a produção de efeitos severos por sentença condenatória em outras esferas do Direito; (e) cita os dispositivos da presunção de inocência em diversos diplomas sobre direitos humanos e a interpretação desse direito pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; (f) afastada a presunção de inocência, ainda é possível recorrer; (g) a presunção de inocência não impõe que o acusado seja tratado da mesma forma durante todo o processo; (h) é possível combater decisões abusivas com outros meios (BRASIL, 2016, p. 63-75).

Os itens a, b, f e h não possuem relação com a presunção de inocência. O item e consiste numa leitura do texto constitucional brasileiro à luz de Tratados internacionais que não podem conflitar com a Constituição[187]. Os itens c e g contêm o problema da indeterminabilidade. Obviamente um texto de lei não pode abarcar em si todos os significados possíveis, criando o espaço necessário para as interpretações. Contudo afirmar a possibilidade de tratamento progressivo mais gravoso não soluciona o problema; ao contrário, o substitui por outro, talvez até pior: abre espaço para tratamentos desiguais, o que torna inconstitucional a interpretação por ofensa ao princípio da igualdade.

O ministro Marco Aurélio, concordando com todos os problemas apontados nos votos pretéritos, adverte para os riscos de ultrapassar o texto constitucional com a admissão da execução provisória de penas (ativismo judicial) e de alterar jurisprudência reafirmada recentemente. Destacou, ao final, ser o significado da presunção de 'não culpabilidade' o de evitar a execução de uma pena que ainda não é definitiva (BRASIL, 2016, p. 76-79).

Partindo da noção de presunção como norma de tratamento, essa leitura é a mais adequada ao texto constitucional, na medida em que são separados os problemas não causados pela presunção de inocência, mas por problemas de diversas ordens (falta de recursos humanos, falhas humanas etc).

O ministro Celso de Mello vai à origem da presunção de inocência, resgatando o debate travado entre os integrantes das escolas Clássica, Positiva e Técnico-Jurídica da Itália acerca da presunção de inocência, para concluir que o correto é falar em presunção de inocência, não em presunção de 'não culpabilidade'.

[187] Tratados sobre direitos humanos podem incorporar nosso ordenamento jurídico, desde que não conflitem com a Constituição.

Assinala os limites do texto constitucional para, após profunda análise, concluir pela inconstitucionalidade da execução provisória de penas, inclusive por ser incompatível com um regime democrático (BRASIL, 2016, p. 80-96).

À luz da bibliografia revisada, o voto do ministro Celso de Mello, da mesma forma que o voto do ministro Marco Aurélio, apresenta-se como adequado ao texto constitucional.

O ministro Ricardo Lewandowski reafirmou posicionamento favorável à presunção de inocência, sublinhando: (a) taxatividade do art. 5º, LVII, da Constituição no sentido de que a presunção se mantém até o trânsito em julgado da sentença; (b) clamor popular e argumentos de ordem prática sobre a inefetividade da função Judiciária não podem servir de fundamentos para ignorar a presunção de inocência; (c) impossibilidade de restituição do tempo de pena cumprido em caso de absolvição pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal; (d) no momento do julgamento aproximadamente 40% dos presos no país estavam em prisão provisória, número que aumentaria com a admissão da execução provisória.

Os argumentos empregados pelo ministro Lewandowski tocam na razão de ser da presunção de inocência. Tem-se um direito desse naipe para evitar que: (a) inocentes sejam condenados; (b) cumpram penas sem condenação e depois sejam absolvidos; (c) responder processo preso seja a regra; e (d) comoção popular vire fundamentação para prisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) A assunção de uma posição de supremacia da função Judiciária em relação às demais, iniciada ao final do século XX com a finalidade de reconhecer (e também de suspender) direitos, torna necessária uma leitura também das decisões da função Judiciária sob o prisma da teoria do Estado de Exceção, na medida em que passa a atuar com soberania;
b) A importação tardia da presunção de inocência no Brasil produz, dentre outras consequências, um debate tardio sobre o significado desse direito fundamental, inclusive à luz de teorias elaboradas para legitimar o regime fascista, cujo principal jurista foi Vincenzo Manzini;
c) A (re)democratização de diversos estados, ao final do século XX, tem como fruto novos ordenamentos jurídicos, com elementos desconhecidos até

aquele momento. Aliados aos novos elementos está a força normativa da constituição, que passa a ser o parâmetro para a interpretação das demais normas. Desde então não é (ou, ao menos, não deveria ser) possível interpretar o texto constitucional a partir de normas infraconstitucionais e de teorias antidemocráticas;

d) A discussão tardia acerca da presunção de inocência, aliada ao equívoco de interpretar o texto constitucional tomando como parâmetro normas inconstitucionais e teorias antidemocráticas, aporta aos Tribunais do país, merecendo o olhar atento de toda a população, titular desse direito fundamental;
e) Os ministros que votaram a favor do cumprimento provisório da pena se utilizaram de argumentos periféricos, tangenciando a análise da presunção de inocência para votar;
f) Os problemas no sistema de recursos do processo penal e a morosidade da função Judiciária serviram de justificativa para suspender parcialmente a presunção de inocência, relativizando-a;
g) A hipótese formulada se confirmou, na medida em que a presunção de inocência, sob o aspecto de norma de tratamento, foi flexibilizada a partir de argumentos a ela não relacionados ao direito fundamental, configurando, assim, situação de suspensão do Direito;
h) A variação de posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, inicialmente admitindo a execução provisória de pena, posteriormente negando e voltando a admiti-la preenche o requisito temporal do estado de exceção: a exceção é permanente, variando de acordo com as necessidades de quem exerce o poder num determinado tempo e local; e
i) As oscilações da jurisprudência acerca do tema, além de colocarem em xeque a confiança do povo no Direito (para usar o argumento da função de prevenção geral positiva da pena, invocado no acórdão para justificar a execução provisória da pena), tornam exceção a inocência.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. Volume 1. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização**: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. 2005. 213 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

_____, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 104, p. 147-172, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292/SP**. Rel. min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/ paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 fev. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis. **Empório do Direito**, Florianópolis, 10 out. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-ou-direito-processual-penal-das-praticas-sociais-as-praticas-sociais-reguladas-pela-constituicao-por-tratados-e-leis-por-geraldo-prado/>. Acesso em: 20 fev. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. A revelação das “obviedades” do sentido comum e o sentido (in)comum das ‘obviedades’ reveladas. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 53-60, 1998.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TRINDADE, André Karam. Quem devem ser os guardiões da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 dez. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-08/diario-classe-quem-guardioes-constituicao>. Acesso em: 20 fev. 2017.

O QUE TEM A VER UM ROMANCE INGLÊS COM OS DIREITOS HUMANOS? REFLEXÕES SOBRE O TRISTAM SHANDY

Leandro Américo Reuter[188]
Arlindo Alberton[189]
José Setembrino Medeiros[190]

RESUMO

Neste artigo seguimos os *insights* da historiadora norte-americana Lynn Hunt que, no livro *A invenção dos direitos humanos,* mostra com clareza de que forma a leitura de romances pelos burgueses e nobres da época pré-Revolução Francesa contribui para a construção da noção de direitos naturais que é, justamente a base da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, na França. Todavia, ao invés de seguir os exemplos da historiadora, que trabalha com a obra de Rousseau, vamos mostrar que mesmo antes da obra do grande filósofo, um romancista inglês, Laurence Sterne, já desenvolvia em sua obra inovadora e revolucionária, o romance *A vida e as opiniões de Tristam Shandy*, as noções de pessoa e indivíduo que culminaram na ideia dos direitos humanos.

Palavras-Chave: Direitos humanos. *Tristam Shandy*. Lynn Hunt. direitos naturais.

1 INTRODUÇÃO

O romance de Laurence Sterne, *A vida e opiniões de Tristam Shandy*, apareceu na Inglaterra entre os anos de 1759 e 1767. A obra, bastante longa, já tinha seis volumes publicados, quando Jean-Jacques Rousseau, o autor de *O contrato social*, publicou seu romance *Júlia ou a Nova Heloísa* que, de acordo com Lynn Hunt (2012), foi um dos responsáveis pela construção da noção de sujeito e fortalecimento da ideia do "eu" nos leitores da nobreza e da burguesia. Naturalmente, Rousseau conhecia a obra de Sterne, como também Diderot, Voltaire e todos os outros iluministas famosos, porque existem comentários a sua obra nos trabalhos de todos eles. Isto quer dizer que podemos ir ainda mais longe na história

[188]Graduado em Direito pela UnC- Universidade do Contestado (2009), graduado em Filosofia pelo Centro Universitário Assunção (2003). Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado – Campus Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: leandrusreuter@hotmail.com.

[189]Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1998). Pós-graduado em Magistério Superior e em Metodologia do Ensino Religioso. Mestrado em Educação pela UNIPLAC – Lages (2014). Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado – Campus Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: arlindoalberton@hotmail.com.

[190]Graduado em Ciências Contábeis pela UnC - Universidade do Contestado (1998), graduado em Direito UnC - Universidade do Contestado (2005). Pós-graduado em Segurança Pública pela Universidade do Contestado (2012). Endereço eletrônico: binhoppprb@hotmail.com.

que Lynn Hunt esboça tão brilhantemente no primeiro capítulo de sua obra *A invenção dos direitos humanos*.

Neste artigo, não pretendemos corrigir a autora, naturalmente, mas completar o seu trabalho apresentando uma pequena contribuição a sua história dos direitos do homem. Naturalmente, se dizemos direitos *do homem* é porque pretendemos que, à época da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, infelizmente, ficaram excluídos do processo as mulheres, cujos direitos foram conquistados às duras penas ao longo dos séculos seguintes. Nosso tema, contudo, restringe-se ao trabalho de Sterne como "gatilho" dos romances iluministas franceses que valorizavam a ideia de indivíduo e, consequentemente, contribuíram para a construção da noção de "eu" que, anos mais tarde, durante a Revolução Francesa, levou à celebérrima *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

2 QUEM ERA LAURENCE STERNE?

É pelo menos curioso que um dos fomentadores da ideia dos direitos individuais fosse um clérigo obscuro que nasceu na Irlanda em 1713. Laurence Sterne não era um filósofo iluminista. Pelo contrário, sentia até certo desprezo por alguns dos seus ideais.

No entanto, a sua ficção, tão libertadora e original, como veremos, acabou disparando por toda a Europa as ideias de liberdade *individual* e de *expressão*.

Laurence começou os estudos com um padre irlandês. Um dos eventos que o marcou profundamente foi quando caiu num moinho de água, mas o retiraram com vida. As pessoas vinham às centenas para ver o menino que sobrevivera "por milagre". A história deve ter contribuído para a sua escolha pelo caminho da religião. Estudou o grego, o latim e sabia muitas das outras línguas europeias. Ao fim, converteu-se para o anglicanismo tornando-se diácono em 1736 e sacerdote em 1738. Depois, casou-se com Elizabeth Lumley, mas foi um mulherengo notável. Curiosamente, começou a carreira literária bastante tarde, em 1759, quando começou o *Tristam Shandy*. Antes, publicara apenas alguns artigos satíricos em jornais. Além do famoso romance, recolheu alguns dos seus sermões e publicou-os em vários volumes e, além disso, escreveu outro romance, também importante e original, cujo título é *Uma viagem sentimental por França e Itália*. Laurence Sterne morreu em 1768, em Londres. (PORTELLA in: STERNE, 2014)

3 OS LEITORES DO SÉCULO XVIII

Lynn Hunt (2012) escreveu que Rousseau pegou seus leitores desprevenidos. Temos de diferenciar *os tipos de leitores* para compreender o alcance desta afirmação.

Darnton (2010) afirma que na França do século XVIII a grande massa dos leitores, dos consumistas de *best-sellers* (sim, já havia *best-sellers* àquela época) eram burgueses. Os nobres, notadamente os pensadores iluministas, costumavam dedicar-se à leitura de obras filosóficas ou de clássicos da leitura, bem como à produção dos *best-sellers*, que não eram escritos pelos burgueses. Isto também é importante de se dizer. Os produtores de literatura eram membros da nobreza, costumeiramente os pensadores iluministas. Rousseau, claro, é uma exceção, dado que não era um nobre. Todavia, era um pensador, um filósofo e não um burguês como os demais.

Assim, os leitores que Rousseau pegou desprevenidos, foram os burgueses que, naturalmente, não conheciam o trabalho originalíssimo de Laurence Sterne: antes, eram consumidores da literatura pornográfica ou dos romances sentimentalóides de Samuel Richardson, que fizeram sucesso na França do século XVIII.

Antes de nos determos em Sterne, vejamos o que havia em *Júlia ou a Nova Heloísa* que tanto chamou a atenção dos leitores. Primeiro, destaca Hunt (2012: 35):

> O subtítulo excitou as suas [dos leitores] expectativas, pois a história medieval do amor condenado de Abelardo e Heloísa era bem conhecida. Pedro Abelardo, filósofo e clérigo católico do século XII, seduziu a sua aluna Heloísa e pagou um alto preço nas mãos do tio dela: a castração. Separados para sempre os dois amantes então trocaram cartas íntimas que cativaram os leitores ao longo dos séculos.

O romance de Rousseau, também epistolar, imitava em sua forma a história desgraçada de Abelardo e Heloísa. Não se pode dizer que o filósofo não sabia preparar um *best-seller*. Porém, na história de Rousseau há uma importante diferença: temos uma jovem, Júlia, que se apaixona pelo tutor; mas este não é castrado ou algo que o valha. A menina simplesmente desiste dele por medo do pai autoritário e violento. Aliás, além de superar o amor pelo professor, ela se casa com Wolmar, um soldado russo muito mais velho e aprende a amá-lo. Trata-se, portanto,

de um enredo “realista”, por assim dizer, se comparado às histórias fantasiosas do romantismo que este mesmo livro desencadeou.

Voltaire chamou o texto de um lixo, mas Diderot o aprovou.

As reações, em geral, foram de delírio e paixão. Pode-se dizer que Rousseau experimentou a sensação de ser um *rock star* ou algo equivalente, porque recebia centenas, literalmente, centenas de cartas todos os dias, de pessoas que o elogiavam pelo romance. Desde os burgueses mais comuns às autoridades mais sisudas. O romance vendeu como água e Rousseau, pela primeira vez, pôde desfrutar de algum conforto financeiro. Mais tarde, seus embates políticos vão destruir suas economias, isto, contudo, não nos importa por ora.

O que Hunt (2012) observa no romance *Júlia* é que ele foi capaz de despertar nos leitores uma empatia “entre as classes”. Isto é muito curioso e, ocorreu ela primeira vez, em larguíssima escala, fique claro, por causa do romance de Rousseau, que defendia a igualdade dos homens independente da sua classe. Isto preparou as pessoas para que reconhecessem os direitos dos outros.

Além disso, a empatia por Júlia como a personagem individual foi descrita como um tipo de histeria coletiva. Então, desde Rousseau, os personagens passaram a ser trabalhados na literatura não como “tipos”, isto é, “a mulher que fica só e morre pelo filho”, mas como seres humanos autênticos, isto é, “Júlia que morre para salvar o filho do afogamento e quem poderia ser minha vizinha ou irmã ou mãe”.

O que há de interessante nos romances do século XVIII é que eles punham em destaque personagens que, outrora, não seriam heróis, como é o caso de Júlia, que pertencia à classe média. Os heróis costumeiros eram, todos, nobres. Richardson, o romancista inglês, ainda que excessivamente sentimental (mas, talvez por isso muito popular), faz com que Pamela, uma criada “se torne mais importante que os seus próprios senhores” (HUNT, 2012: p. 39).

A ordem das classes é completamente invertida e, curiosamente, estes romances contribuem para a experiência de empatia que o público, desde os aristocratas aos burgueses mais comuns, passa a nutrir pelos desvalidos e miseráveis que viviam por toda a Europa em quantidades absurdas.

Hunt (2012: p. 39) escreve:

> Não é preciso dizer que a empatia não foi inventada no século XVIII.A capacidade de empatia é universal porque está arraigada na biologia do cérebro: depende de uma capacidade de base biológica, a de compreender a subjetividade de outras pessoas e ser capaz de imaginar que suas experiências interiores são semelhantes às nossas. [...] *No século XVIII as pessoas aprenderam a estender o seu alcance de empatia.*(Grifo nosso)

Notemos a importância desta última afirmação. Sem a empatia a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, teria sido impossível.

Vejamos. As pessoas do século XVIII costumavam pensar em castas. Isto ficou bem claro nos trabalhos de Darnton (2010) e também no de Hunt (2012). Assim, os nobres simpatizavam com os nobres, os burgueses com os burgueses, os clérigos com os clérigos e o povo com o povo.

Os dois autores mostram que isto é uma herança medieval, das corporações de ofício, quando, por exemplo, os leiteiros se uniam em grupos, quase como sindicatos, e defendiam-se com unhas e dentes, até onde podiam (naturalmente) da exploração dos nobres e da Igreja.

Além disso, em fins do século XVII, os limites nacionais começaram a ser firmados, o que garantiu às pessoas que começassem a desenvolver sentimentos de nacionalismo, uma novidade por esta época. Com o nacionalismo, as pessoas do começo do século XVIII apresentavam em larguíssima escala comportamentos xenófobos.

Os romances de Rousseau e de Richardson, verdadeiros *best-sellers* questionavam todos estes limites:

a) Já falamos de Júlia que pertencia à classe média e Pamela que provinha do povo.
b) Além disso, não esqueçamos, Júlia casou-se com um soldado russo, ou seja, um estrangeiro. Quase um não-europeu, porque a Rússia mal começava a atar relações com os países europeus.

Assim, aristocratas, por exemplo, começaram a pensar: “Por que criados não seriam seres humanos como eu?”. Ou, os franceses começaram a pensar: “Será que os russos são menos humanos que os humanos da França?”. Uma vez que estas fronteiras de pensamento estão rompidas, não se podia voltar atrás. A menos, claro, com o fortalecimento de movimentos racistas e xenófobos como os de Hitler e Mussolini no século XX, mas isto é outra história.

Portanto, à época de Rousseau, as pessoas passaram a criar empatia pelos outros de uma forma realmente nova. Seu romance foi traduzido para todas as línguas européias e vendido aos montes na Prússia e na Inglaterra.

Para concluir, segundo Hunt (2012), romances como os de *Júlia* também contribuíram para uma transformação na subjetividade das pessoas, em seu extrato psicológico de forma que, no século XVIII, passou-se a enxergar os indivíduos como limitados pelos seus corpos e, portanto, não como parte de um organismo ou massa.

Isto refletiu-se na abolição das torturas que aparece na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em começos da Revolução Francesa, porque percebeu-se que pelo extermínio do outro, não se curava um organismo doente.

4 O *TRISTAM SHANDY*

E o romance de Sterne? Por que *Tristam Shandy* tem tanta importância para a criação da noção de indivíduo?

Primeiro, tentemos resumir o enredo deste romance incrivelmente original. Sterne não tinha em mente preparar um enredo. Isto é muito importante, na medida em que, até a sua época, conhecia-se por romance toda e qualquer narrativa com um enredo identificável. Walsh (2003) deixa isto bastante claro quando analisa as obras de Henry Fielding, Daniel Defoe e Jonathan Swift, por exemplo.

A propósito, todos estes três autores também contribuíram para o alargamento da empatia das populações da Inglaterra do século XVIII, na medida em que suas personagens, como o Tom Jones de Fielding, ou o Robinson Crusoé de Daniel Defoe, são de origem humilde e fizeram muito sucesso em sua época, virando *best-sellers* como o livro de Rousseau.

De volta ao livro de Sterne, cujo nome exato é *A vida e as opiniões de Tristam Shandy*, trata-se de um romance narrado em primeira pessoa. O narrador, o tal Tristam Shandy é incapaz de explicar qualquer coisa de forma simples. Daí um dos rasgos humorísticos do livro. Então, é de se dizer que seu propósito é contar a própria história, mas tropeça o tempo todo em sua própria retórica. Tanto que seu nascimento só acontece no volume III. O livro é cheio, realmente cheio de anedotas que envolvem outros personagens que na maioria das vezes nada têm a ver com Tristam Shandy, ou pior, que não fazem sentido algum. O narrador, então, depois de seu nascimento, desaparece e só volta a surgir no livro no volume VI para depois

desaparecer de vez. Pode-se até dizer que o personagem principal é o Tio Toby, que protagoniza as mais divertidas aventuras. O romance é quase picaresco e difere muito de tudo que vinha sendo produzido na Europa de então. Por isso os iluministas ficaram tão impressionados: a inteligência e a audácia de Sterne em escrever um romance sem conteúdo ou fio narrativo.

Os pensadores iluministas como Voltaire, Diderot ou Rousseau, quando leram o romance de Sterne, bem como os conterrâneos do escritor irlandês que viveu na Inglaterra, perceberam de imediato que o romancista lutava em duas frentes de batalhas.

A primeira delas era a da liberdade de expressão. Basta recordar que, no primeiro capítulo do livro, logo à primeira página, Sterne aborda *diretamente* um assunto que era tabu em sua época. A sexualidade.

Tristam Shandy, o narrador, começa dizendo:

> Quem me dera que o meu pai, ou a minha mãe, ou ambos para dizer a verdade, uma vez que ambos estavam de serviço na ocasião, tivessem prestado mais atenção ao que estavam a fazer quando me conceberam; tivessem eles tomado em devida conta o quanto eu dependia daquilo que estavam a fazer;

As queixas do narrador seguem uma página inteira até que, por fim, descobrimos que sua mãe, enquanto transava com seu pai, perguntou ao marido:

> Dizei-me cá, meu amor, disse minha mãe, não vos esquecestes por acaso de dar corda ao relógio? – Valha-me Deus – !gritou meu pai, lançando uma interjeição, mas tendo o cuidado de moderar a voz ao mesmo tempo, – Onde é que uma mulher, desde a criação do mundo, interrompeu o marido com uma pergunta dessas?

O humor, é claro, é a tônico do livro todo, mas Sterne, um membro ativo do clero britânico, respeitado em Londres em sua paróquia de Yorick, simplesmente escolhe começar o seu romance com uma anedota sobre o sexo. A propósito, a sexualidade é abordada em todo o livro, de forma leve e divertida, livre dos arreios do pensamento e da censura moral.

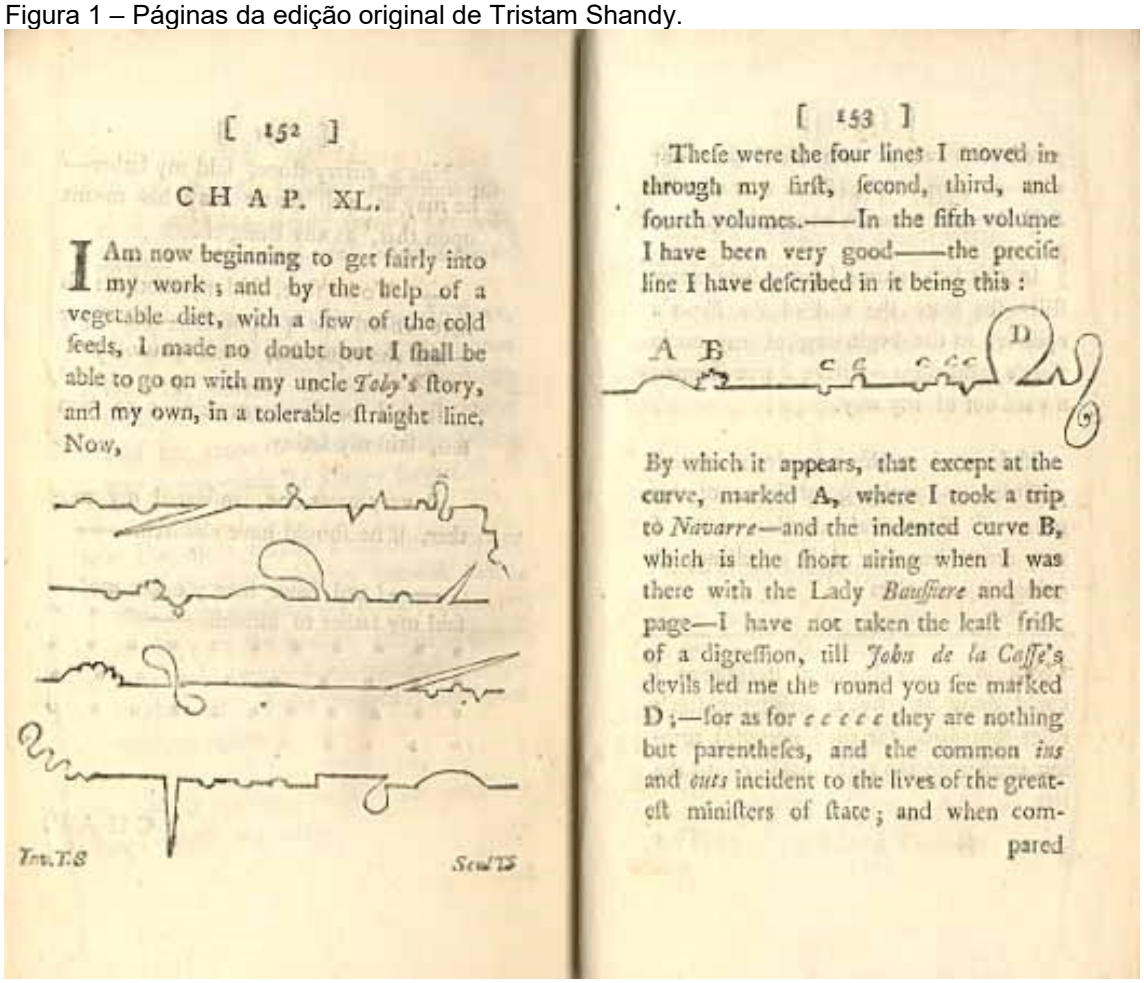
Além disso, Sterne, prefigurando personagens importantes dos romances românticos, valoriza os sentimentos de muitos personagens tornando-os inesquecíveis, abandonando de vez a ideia dos “tipos”, que era muito abundante nos romances de sua época. Isto, claro, contribuiu para que o leitor criasse empatia para

com pessoas de classes inferiores, como é Tristam Shandy, seu tio Toby e outros tantos personagens.

O trabalho de Sterne contribuiu para que os filósofos e pensadores iluministas, entre os quais Voltaire, Diderot ou D'Alambert, defendessem a liberdade de expressão e, o mais curioso, desenvolvessem em sua subjetividade que se isto se tratava de um *direito natural*. Isto passou ao povo rapidamente por meio dos *best-sellers*. É claro que o trabalho de Sterne, por sua complexidade narrativa, não o fez um sucesso imediato. Mas entre os intelectuais, seu apelo foi retumbante, abrindo-lhe passagem direta para Londres e para todos os salões da Europa.

A outra das frentes de batalha de Sterne está na defesa acintosa da *liberdade individual* que, de acordo com Carlo Ginzburg (2004), fica evidente nas liberdades tipográficas de que se serve o autor e que ainda nos dias de hoje, podem parecer uma extravagância. Por exemplo, o autor faz o uso de linhas para demonstrar as suas digressões:

Figura 1 – Páginas da edição original de Tristam Shandy.



[152]

CHAP. XL.

I Am now beginning to get fairly into my work; and by the help of a vegetable diet, with a few of the cold ſeeds, I made no doubt but I ſhall be able to go on with my uncle *Toby*'s ſtory, and my own, in a tolerable ſtraight line. Now,

[153]

Theſe were the four lines I moved in through my firſt, ſecond, third, and fourth volumes.——In the fifth volume I have been very good——the preciſe line I have deſcribed in it being this:

A B c c c c c D

By which it appears, that except at the curve, marked A, where I took a trip to *Navarre*—and the indented curve B, which is the ſhort airing when I was there with the Lady *Baufiere* and her page—I have not taken the leaſt friſk of a digreſſion, till *John de la Caſſe*'s devils led me the round you ſee marked D;—for as for *c c c c c* they are nothing but parentheſes, and the common *ins* and *outs* incident to the lives of the greateſt miniſters of ſtate; and when compared

Fonte: http://special.lib.gla.ac.uk/exhibns/month/oct2000.html

Vemos (pela figura 1) que autor, por meio de uma liberdade formal simplesmente *incomum* e *revolucionária*, funciona como uma bomba implodindo toda a instituição dos romances, desde o de Cervantes até à sua época. Sterne rompe completamente com a ideia de *mímesis* com o real e com a ideia de que é possível escrever a vida de um indivíduo.

Sterne diz que os homens são mais complexos que qualquer romance.

Ginzburg (2004: p. 70) atenta para o fato de que:

> O *Ensaio sobre o entendimento humano* de Locke formulou uma série de teorias sobre a sucessão de ideias que tiveram profunda influência sobre Sterne e constituem a base da estrutura aparentemente arbitrária de *Tristam Shandy*.

Quando perguntando acerca de sua originalidade o autor respondeu, apenas, "1) a imaginação e a sensibilidade de que era dotado; 2) a leitura diária da *Bíblia*; 3) o estudo prolongado de Locke" (GINZBURG, 2004: p. 71).

Como já dissemos, Sterne não tinha "empatia" para com os pensadores do iluminismo. Ele mal os tolerava. O único filósofo que lhe despertava curiosidade, admiração e, quase que uma certa veneração, era John Locke. De todas as formas, estamos tratando com um empirista inglês, que no *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil* escreveu:

> Ele [o homem] não pode separar-se dela [da liberdade], exceto por aquilo que o faça perder, ao mesmo tempo, sua preservação e sua vida, pois um homem, não tendo poder sobre sua própria vida, não pode, por um tratado ou por seu próprio consentimento, escravizar-se a quem quer que seja, nem se sujeitar ao domínio arbitrário e absoluto exercido por outra pessoa, ou mesmo dar cabo de sua vida quando tiver vontade. Ninguém pode outorgar mais poder do que a própria pessoa possui; e aquele que não pode dar fim à própria vida, não pode outorgar tal poder a qualquer outra pessoa. (LOCKE, 2014: p. 41)

Isto é, um defensor da liberdade individual.

É bom esclarecer, contudo, que Locke foi, pelo menos, um hipócrita, dado que investiu grandes somas no comércio de escravos.

Mas Sterne não dá atenção a estes fatos. Para o clérigo todos os homens são livres ou deveriam sê-lo. E esta é sua outra contribuição para o desenvolvimento da psicologia dos pensadores e dos povos do século XVIII na invenção de mais um dos direitos naturais, qual seja, o da *liberdade*.

5 CONCLUSÃO

Ao fim, percebemos que a ideia de empatia desenvolvida por Hunt (2012) no livro *A invenção dos direitos humanos*, serve perfeitamente se a aplicamos também à obra do romancista inglês Laurence Sterne, autor de *A vida e as opiniões de Tristam Shandy*.

Escritor genial, Sterne contribui para a cimentação de algumas noções importantes nas pessoas do século XVIII, como as ideias de liberdade de expressão e de liberdade individual, que acabaram culminando na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789.

Na medida em que seu romance é um tipo de monólogo interior, talvez o primeiro da história da literatura, Sterne contribuiu, também, para a formação da noção de "eu" ou de "indivíduo", limitado pelo próprio corpo e dotado de direitos particulares que culmina no romantismo do século XIX.

Assim, destacando estes pontos da obra de Sterne, acreditamos que contribuímos para complementar a história da invenção dos direitos humanos, isto é, da ideia de que eles não passam de construtos sociais, produzidos em uma época determinada, servindo a interesses específicos, neste caso o de *homens brancos*, que Lynn Hunt tão brilhantemente expôs nas páginas do seu *A invenção dos direitos humanos.*

REFERÊNCIAS

GINZBURG, Carlo. **Nenhuma ilha é uma ilha**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

DARNTON, Robert. **Los best-sellers prohibidos en Francia antes de la Revolución**. *Buenos Aires: FCE, 2010.*

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. São Paulo: Edipro, 2014.

STERNE, Laurence. **A vida e as opiniões de Tristam Shandy**. Tradução e introdução de Manuel Portela. Lisboa: Antígona, 2014.

WALSH, Ian. **O romance inglês**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

AS IMPLICAÇÕES DA UNIÃO ESTÁVEL DAS ADOLESCENTES E REPERCUSSÃO NO ÂMBITO JURÍDICO

Aline Barreto[191]
Arlindo Alberton[192]
Leandro Américo Reuter[193]

RESUMO

Este estudo tem como temática verificar a realidade fática e os apontamentos cotidianos das uniões informais envolvendo adolescentes, fazendo uma análise minuciosa do perfil das envolvidas e as expectativas entre os conviventes. O envolvimento de adolescentes em uniões podem ocasionar impactos na comunidade e precipuamente um desequilíbrio na vida pessoal, considerando a vulnerabilidade da pessoa nessa faixa etária, tais como, implicações educacionais, ante a exigência de planejamento e adaptação a vida familiar, o qual pretende assegurar qualidade de vida, concomitantemente, ao controle dos desafios presentes com o relacionamento. Em virtude da situação fática, surgiu a necessidade de averiguar a quantidade dessas relações proeminentes no município, mais precisamente, na rede de instituição de ensino, mediante discussão do tema com as alunas convivem na esfera familiar citada, podendo, refletir que afligem os direitos das adolescentes. Apontamos também, as desvantagens sociais e educacionais geradas com a anuência do ato, mas tal evento é realizado constantemente em nossa sociedade, fato justificado em práticas usuais — como o casamento forçado ou mesmo o consentimento das partes — que de qualquer modo incide em restrições de direitos e garantias individuais. A metodologia utilizada se caracteriza como qualitativa, descritiva e exploratória. A partir dos dados coletados foi diagnosticada a aproximação da realidade com a previsão normativa vigente, buscando-se também embasamento teórico para delimitar os elementos essenciais do casamento. Os resultados demonstrados suscitam um novo modelo de organização da sociedade civil, o qual possui regulamentação favorável ao interesse dos envolvidos e não podendo restringir a emancipação do sujeito.

Palavras-chave: Uniões estáveis precoces. Restrições normativas. Impedimentos relativos. Idade matrimonial. Implicações ao contrair matrimônio.

[191]Graduanda em Direito pela Universidade do Contestado – UnC, foi bolsista de pesquisa do art. 170 da CE/SC.

[192]Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1998). Pós-graduado em Magistério Superior e em Metodologia do Ensino Religioso. Mestrado em Educação pela UNIPLAC – Lages (2014). Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado – Campus Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: arlindoalberton@hotmail.com

[193]Graduado em Direito pela UnC - Universidade do Contestado (2009), graduado em Filosofia pelo Centro Universitário Assunção (2003). Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado – Campus Curitibanos - SC. Endereço eletrônico: leandrusreuter@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A constituição da entidade familiar vem se transformando de acordo com a nova conjectura social, em consonância com as necessidades da prole e afeição entre cônjuges ou companheiros. Destarte, o novo direito de família é assentado na complexidade familiar, bem como encontra arrimo na evolução social e dos costumes familiares. Tal paradigma evidencia de modo hodierno, relacionamentos precoces, consistente no envolvimento de adolescentes em uniões estáveis, os quais ocasionam um impacto na comunidade, implicações educacionais, como também, conduz aos desafios presentes com o relacionamento. Ante a situação evidenciada, irrompeu a necessidade de averiguar a quantidade dessas relações proeminentes no município, mais precisamente, na rede de instituição de ensino, mediante discussão dos temas que afligem os direitos das adolescentes, análise dos fatores normativos e jurisprudenciais.

A família envolta de complexidade em sua organização, bem como considerando sua evolução social e costumes, ora ínsitos no Código Civil de 2002, foi determinante para delinear alterações legislativas, apresentado como pressuposto princípios e normas constitucionais. Por óbvio, as modificações inseridas, segundo preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 21): “visam preservar a coesão familiar e os valores culturais”.

Esta pesquisa tem como objetivo geral compreender as influências da união estável de menores de idade na vida social e educacional, verificando qual o processo legal vigente no dispositivo jurídico que pode amenizar a realidade de casamento precoce e, consequentemente, as ações a serem desenvolvidas que se relacionam com os moldes dos direitos humanos, mediante a análise da entrevista das alunas da instituição de ensino público. E como objetivos específicos identificar as normativas jurídicas empregadas para regularizar a união de menores de idade; investigar qualitativamente informações contundentes no processo de vitimização de crianças e adolescentes; analisar a concepção educacional dessa união e quais as medidas adotadas pelas instituições formais e informais para amenizar a situação; relacionar a aplicabilidade da lei penal e sua eficácia social, inerente ao respeito da dignidade da criança e adolescente; verificar as desvantagens em diferentes abordagens do casamento precoce; reconhecer princípios constitucionais e da

legislação especial que se apresentam como medidas protetivas e procedimentalmente efetivar a oitiva de adolescentes envolvidas em uniões.

A pesquisa efetivada na instituição escolar, mesmo que para um público restrito, colabora para a possibilidade de vislumbrar o processo das uniões estáveis, frequentemente fazem parte do casamento informal.

O elemento estrutural da comunidade familiar se caracteriza com a união de duas pessoas reconhecida pelo estado e constituída com a finalidade de instituir família, como também se baseando na afeição para a comunhão plena de vida. A natureza jurídica do casamento é envolta de complexidade, tendo como pressuposto a sociabilidade, pois o referido instituto de Direito de Família é influenciado pelo meio social, pois o embasamento familiar estrutura e orienta o caráter e os aspectos morais. Para além destas funções, o instituto familiar subsiste e se organiza com a finalidade de transmitir saberes produzidos, proporcionando a interação social e proteção, ou seja, recursos que potencializam a saúde física e mental dos indivíduos.

Em que pese o Estado não possa intervir no complexo familiar, a interpretação das situações fáticas deve reconhecer o estágio atual da função social da família, adaptando-se à realidade, buscando efetividade e resolução dos interesses particulares, dissipando o abismo existente entre a norma e os fatos sociais, por vezes, atrelando valores essenciais que a família demonstra no meio social.

Em referência a classificação concernente à natureza jurídica do casamento, três são as teorias que procuram justificá-las:

A primeira é denominada teoria institucionalista, também chamada de concepção clássica, para essa corrente, o casamento é uma instituição social, expresso como um axioma moral e transmissão religiosa, encargo atribuído antigamente à instituição familiar.

A segunda, teoria contratualista, em que o casamento se constitui um contrato de natureza especial, apresentando regras específicas para a sua formação. Enquanto a teoria mista ou eclética designa o casamento como uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação, ou seja, um ato complexo, com interesse pessoal, moral e econômico.

Entre as três correntes expressas, nota-se uma consideração especial da corrente eclética, pois a primeira corrente já se encontra superada pela aplicação da

autonomia privada em sede de casamento e ante o reconhecimento de diversas entidades familiares. No que concerne à segunda, o casamento não pode ser somente considerado um contrato, visto a presença de outros requisitos indispensáveis para a constituição da entidade familiar, visto também que o contrato abrange, especificamente, os negócios jurídicos bilaterais ou plurilateral, destinado à criação, modificação ou a extinção de direitos e deveres de ordem patrimonial, não sendo somente a ordem patrimonial a busca, mas uma comunhão plena de vida, conforme dispõe o art. 1.511 do Código Civil. A principiologia do casamento é completamente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos.

Assim, conforme aduz Sílvio de Salvo Venosa (Direito Civil- Direito de Família, 2005, p. 45, *apud* TARTUCE, 2013, cap 2): “O caráter do casamento é um negócio jurídico bilateral híbrido, com conteúdo de instituição familiar”.

A comunhão plena de vida tem como elemento basilar a afeição entre os cônjuges ou conviventes, insculpido no art. 1.511 do Código Civil. Tal disposição legal tem relação com o conteúdo subjetivo (aspecto espiritual do casamento) e com o companheirismo que nele deve prevalecer.

No que diz respeito à vontade do legislador, torna-se explícito a atitude de instruir perante um molde humanitário, correlato a ponderação de Gustavo Tepedino (p. 50, *apud*, GONÇALVES, 2011, p. 24):

> Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos- tendo por origem não apenas o casamento- e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

A convivência familiar é essencial diante dos grupos originados pelo instituto do casamento ou no companheirismo, ou ainda na família classificada como monoparental, ambas sujeitas aos deveres adstritos à família e paralelamente aos mesmos direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente outorgou ainda, direito à família substituta.

Nesse sentido, a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio tende a ser uma consequência da extinção de uma das motivações de sua permanência: presença do indício de *affectio,* e não da culpa de qualquer dos cônjuges.

O princípio em referência é corroborado pelo art. 1.513 do Código Civil, que veda a qualquer pessoa jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado, a interferência na comunhão de vida instituída pela família (GONÇALVES, 2011).

Na concepção histórica da família, diferenciava-se o casamento considerado ilegítimo, caracterizado pela família fora do casamento, então chamado concubinato, bem como os filhos que não advinham de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, estendeu-se o conceito de família, integrando as relações monoparentais de um pai com seus descendentes. O art. 226 da Constituição Federal redirecionou o mencionado conceito familiar, incluindo a decorrente da união estável entre homem e a mulher, como também as famílias monoparentais, ao lado do denominado casamento legalizado, sendo também tutelado pelo estado, sendo que a união livre (não legalizada) necessita de estruturação e regulamentação infraconstitucional.

Finalmente, o Código Civil de 2002 inseriu título referente à união estável no Livro de Família, insculpido no aspecto das pessoas e patrimônio. A Constituição Federal ao alterar o conceito de família, impôs novos modelos, embora a família permaneça ser a base da sociedade, desfrutando de especial proteção do estado, com vista ao princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina de princípio máximo, inerente à valorização da pessoa, possui conceitualização ampla e indeterminada, em virtude das variantes significações. A dignidade da pessoa humana tem maior atuação nas relações que exsurgem do direito de família, constituindo área de maior ingerência, que por sua vez apresenta corolário no disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal, o qual garante o pleno desenvolvimento dos membros da família. Em decorrência dos anseios previstos no texto constitucional, Gustavo Tepedino (1997, p. 48- 49, *apud*, GONÇALVES, 2011, p. 22) assinala que:

> a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

O direito de família é o ramo do direito que enfatiza questões coletivas e consequentemente humanas. Na linha do entendimento exposto, cumpre mencionar

a qualidade do referido princípio consoante Flávio Tartuce (2013, Cap. 1): “Na concepção de dignidade humana, deve-se ter em mente a construção de Kant, segundo a qual se trata de um imperativo categórico que considera a pessoa humana como um ser racional, um fim em si mesmo”.

Especialmente quanto às alterações históricas e estruturais preleciona Rodrigo da Cunha Pereira que (2003, p. 5-6, *apud* GONÇALVES, 2011, p. 22):

> a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas.

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana integra um basilar da comunidade familiar, estatuindo a realização de todos os seus membros, precipuamente da criança e do adolescente, conforme dispõe art. 227 da Constituição da República Federativa.

DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

Utilizou-se um procedimento para coleta de dados, sendo a investigação proposta desenvolvida com a identificação do problema, construindo hipóteses para descrição do perfil das adolescentes e apontamento do caráter volitivo, considerando o levantamento bibliográfico e estudo de caso, relacionando-o com a conformação estrutural do texto normativo.

A temática foi pormenorizadamente verificada com a pesquisa exploratória, por intermédio de entrevista estruturada e sua respectiva efetivação direcionada às adolescentes, ora informantes, possibilitando-as esclarecer subjetivamente os aspectos de objeto de estudo. As respostas foram dadas durante a aula. Outrossim, cumpre mencionar que a identificação pessoal foi substituída por nomes de deusas da mitologia grega, como: Hera, Atena, Gaia e Deméter, com a finalidade precípua de preservar suas identidades. Os dados gerais das entrevistas foram sistematizados da seguinte forma:

Quadro 1 – Dados Gerais

	Afrodite	Perséfone	Hélia	Ártemis	Deméter	Anteia
Idade	15	15	16	16	16	16
Possui renda própria	Não	Não	Não	Sim	Não	Não
Idade do companheiro	20	17	29	25	23	23
Tempo do relacionamento	1 ano e 4 meses	4 anos e 9 meses	3 anos e 10 meses	2 anos	3 anos	1 ano

Fonte: Entrevistas

Quadro 2 – Dados Gerais

	Hemera	Gaia	Éris	Hera	Atena	Hebe
Idade	16	16	16	16	16	17
Possui renda própria	Não	Sim	Sim	Não	Não	Não
Idade do companheiro	22	21	19	16	15	23
Tempo do relacionamento	2 anos e 5 meses	3 anos 8 meses e 15 dias	2 anos	1 ano	1 ano	3 anos e 6 meses

Fonte: Entrevistas

Quadro 3 – Dados Gerais

	Anfitrite	Tessala	Reia	Nix	Têmis	Héstia
Idade	17	17	18	18	19	19
Possui renda própria	Não	Não	Não	Não	Sim	Sim
Idade do companheiro	23	23	32	19	26	23
Tempo do relacionamento	3 anos e 4 meses	2 anos e 4 meses	1 ano e 2 meses	1 ano	1 ano e três meses	4 anos e 4 meses

Fonte: Entrevistas

Quadro 4 – Dados Gerais

	Panacéia
Idade	21
Possui renda própria	Sim
Idade do companheiro	27
Tempo do relacionamento	4 anos e 7 meses

Fonte: Entrevistas

Os dados coletados com as alunas e expostos em sequência de forma sintética assumiram, posteriormente, um delineamento descritivo, sendo possível analisara correlação com a regularização do casamento e sua concepção, mediante a pesquisa do envolvimento das adolescentes na frequência de relacionamentos precoces, a partir da análise dos dados/exemplos que possibilitaram a compreensão dos fatos, opiniões e crenças das conviventes.

De fato, nos relacionamentos analisados estão presentes elementos de ordem objetiva, quais sejam a notoriedade, estabilidade e continuidade da convivência familiar, apresentado também o ânimo de constituir família. De acordo

com a entrevistada Hebe (17 anos), quanto às expectativas do relacionamento, assevera que almeja *constituir família e ser feliz.* No mesmo sentido e anuência de contrair matrimônio Deméter (16 anos) aponta que pretende *terminar os estudos, casar e ter filhos,* quesito também compartilhado por Afrodite (15 anos), ao asseverar que ela e seu companheiro planejam *casar na igreja,* mencionando ainda que seu companheiro *tem o sonho de montar uma mecânica,* enquanto pessoalmente idealiza: *Quero me formar, ter um bom emprego e depois ter dois filhos.* O que chama a atenção na pesquisa é a propensão pelo casamento, como um ato solene, mesmo que em tenra idade, estando tal levantamento associado à procriação e ao comprometimento da educação dos descendentes, conforme a definição de Portalis (Instituições de direito civil, v. 5, p. 51-52, *apud* GONÇALVES, 2012, p. 38): “É a sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar o peso da vida, e para compartilhar seu comum destino”.

As estudantes entrevistadas unanimemente proclamam a existência do consentimento no relacionamento, considerando que as entrevistadas declararam que não houve o caráter imperativo, segundo aduz Têmis (19 anos) *sim, houve o consentimento,* igualmente afirma Gaia (16 anos), *foi por conta própria e o pai somente autorizou.*

Segundo as especificações no Código Civil são incapazes para a celebração do casamento: “Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. Conforme foi observado na diretriz da V Jornada de Direito Civil: “O artigo 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado” (Enunciado n. 512 CJF/STJ).

Consigne-se, que o casamento contraído por quem não atingiu a idade núbil, ensejará anulabilidade pelo seguinte motivo, conforme explana Tartuce (2013, cap. 2):

> Isso porque a puberdade é apontada como um requisito para a constituição do casamento. O menor que tiver menos idade do que o limite mínimo para casar necessitará de autorização judicial, sempre atendendo ao seu melhor interesse (*best interestofthechild*) – art. 1.520 do CC.

Tartuce (2013) menciona que a incapacidade não se confunde com impedimento matrimonial, a primeira impede que se case com qualquer pessoa, enquanto a hipótese de impedimento é verificável em situações determináveis com pessoa determinada, designando desse modo uma legitimação, conceituada como uma capacidade ou condição especial, para celebrar determinado ato jurídico.

Frisa-se, assim que os casos de incapacidade matrimonial são os mesmos que os de incapacidade absoluta, prevista no art. 3º da atual codificação:

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Ao que se apontou quanto à intervenção dos genitores ou responsáveis acerca do consentimento das adolescentes manterem o relacionamento, predominantemente houve anuência, admitindo a liberdade quanto à escolha pessoal e respectivo condão de instituir comunhão plena de vida. No entanto, em algumas situações fáticas houve advertências, em consonância ao que foi observado por Afrodite (15 anos): *Meus pais gostam muito dele, mas eles ficaram contrariados por causa de minha idade.* A entrevistada Atena (16 anos)também informou que o requisito etário foi mencionado pelos genitores como um impedimento, embora não obstou o estabelecimento da união estável, asseverando que *o impedimento foi a idade*. Frisa-se, que em alguns casos os pais demonstraram preocupação com o desempenho e continuidade dos estudos, ora direcionado ao término do ensino médio. No citado aspecto, de acordo com Deméter (16 anos) *os pais aceitaram, mas falaram para continuar meus estudos,* assentimento similar, afirmado por Gaia (16 anos), pois seu *pai queria que concluísse primeiramente os estudos.*

Insta mencionar, que o Código Civil permite o casamento entre adolescentes de dezesseis anos, todavia, com a devida autorização de ambos os pais, ou ainda de seus representantes legais. Na hipótese de divergência entre os pais/responsáveis, a situação será dirimida pelo juiz competente, que fará uma análise do caso concreto, com arrimo no princípio do melhor interesse do adolescente, a fim de propiciar o desenvolvimento pleno do indivíduo, em seu aspecto cognitivo, físico e social. Tal ótica é reforçada no art. 227, *caput,* da CF de

1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, que enuncia:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A autorização pode ser revogada pelos pais, tutores ou curadores até a celebração do casamento (art. 1.517 do CC). No entanto, se a denegação do consentimento for injusta, esta pode ser suprida pelo juiz, também em busca da proteção integral do menor e da família. (art. 1.519 CC).

O caráter etário se apresenta como requisito para a habilitação do casamento, denotando, consecutivamente, a aptidão para o matrimônio, designando segundo GONÇALVES (2011, p. 50):

> preenchimento de condições fisiológicas que caracterizam a puberdade, com o desenvolvimento dos órgãos e glândulas que permitem procriar e que varia de indivíduo a indivíduo, bem como da existência das condições psíquicas determinadas pelo discernimento adquirido com a maturidade e a vivência.

O legislador ao estabelecer a idade núbil, previu a reflexão na vida social dos envolvidos, associando que o casamento traz consequências no desenvolvimento intelectual e psíquico. Nota-se, que o Código Civil de 2002 equiparou a capacidade matrimonial do homem e da mulher aos 16 anos, em virtude da igualdade de direitos e deveres entre os consortes, diferentemente da forma prevista no Código Civil de 1916, com idade para casar, a de 16 anos para as mulheres e a de 18 para os homens, justificando tal dissociação, mediante o argumento que a mulher se encontra em situação de precocidade relativamente ao homem, quanto ao amadurecimento físico-psicológico e à capacidade da realização das atividades laborais, tal posicionamento é completamente divergente com o tratamento de incapacidade absoluta (16 anos) e incapacidade relativa (21 anos).

No aspecto das consequências do curso do relacionamento, mais precisamente, as influências na escolaridade a estudante do 2º ano do ensino médio, que por sua vez se uniu ao atual companheiro aos 14 anos de idade, ficticiamente chamada Hebe (17 anos), por exemplo, esclareceu que a união estável

prejudicou a simultaneidade dos estudos, discorrendo que *parou de estudar por três anos* e de semelhante modo, a entrevistada Panacéia (21 anos), todavia, esta não indicou as circunstâncias ensejaram a notoriedade dos aspectos prejudiciais.

Desse modo, denota-se que o casamento formal ou união informal antes dos 18 anos influencia significativamente no desenvolvimento cognitivo e comportamental, atingindo, respectivamente, o aspecto educacional e social, em que pese, as demais entrevistas não citarem tal propensão. As desvantagens sociais e educacionais são explícitas e se justificam na complexidade emocional originária da convivência com o objetivo de constituir entidade familiar, dando ênfase que nessa fase há frequência de oscilações, podendo existir um conflito entre a experiência cotidiana e a atividade pedagógica.

Na opinião de Gaia, Deméter, ambas de 16 anos de idade e Afrodite (15 anos) não se ressaltam pontos negativos da união intrínseca ao processo educativo, pois seus companheiros apresentam conduta que corroboram para os estudos, relatando Afrodite que seu companheiro *ajuda bastante e me apoio muito,* no mesmo parecer a informante Gaia cita que *"ele" ajuda a fazer as tarefas escolares.*

Do ponto de vista educacional, a escola em relação aos alunos deve viabilizar a aquisição de conhecimentos, partindo, inclusive, do conhecimento empírico do sujeito cognoscente, suscitando de forma perene o desenvolvimento humano e participação política, articulando, consecutivamente, atividades integrativas do direito essencial, com respaldo no art. 53, *caput* da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): "A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho".

Cumpre reiterar, que em todos os casos observados, em nenhum momento os genitores indicaram ou obrigaram a relação, pois expressamente houve a aquiescência das alunas envolvidas e seus companheiros, em outras palavras, assegurou Tessala (17 anos):*Optei por "casar"* e Deméter (16 anos) informou que não houve a imposição da união, pois *nós dois nos conhecemos bem e namoramos primeiro.*

Para o entendimento do panorama da precocidade das uniões, analisaram-se os dados concernentes aos meios e locais que facultaram o conhecimento do companheiro, quais sejam: Igreja, local de trabalho, acesso à rede social ou em algum tipo de estabelecimento de ensino, estas duas últimas opções foram

comentadas, respectivamente, por duas entrevistadas. É válido reportar o envolvimento dos casais em virtude da compatibilidade de convivência no âmbito familiar, local de circulação em comum ou ciclo de amizade partilhado, em referência a oito afirmações das informantes, como também em festa/aniversário, ora citado no roteiro de entrevista concedido por quatro alunas e somente a adolescente Atena (16 anos) não recorda o fato solicitado. Dentre o componente com maior incidência subdivide-se em convivência familiar, ciclo de amizades e advindo dos moradores do mesmo local de circulação pública.

Podemos considerar, ante o consenso com a escolha matrimonial, que os pais de duas alunas demonstraram uma apreciação com censura em razão da faixa etária, em outros dois casos os genitores explicaram que ansiavam, primeiramente, a conclusão do nível escolar por parte de suas filhas, tal ponto de vista é verificado como uma pretensão positiva em relação ao processo de aprendizagem e preocupação com a evasão escolar. Em uma situação os pais não contrariaram, mas impuseram condição para a permanência da realização das atividades escolares.

Nos casos analisados na pesquisa, todas as envolvidas estão relacionadas em vínculo de união estável, hodiernamente, o citado instituto é reconhecido na Carta Magna, especificamente, no art. 226, § 3º, *in verbis: "*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".

A união estável, caso fosse reconhecida, somente poderia ter lapso inicial a partir dos 14 anos de idade, visto que não há embasamento legal que impeça a procedência do reconhecimento, distinguindo-se do que ocorre no casamento, no que concerne a capacidade para o casamento, em tese, nunca poderá ser admitida antes dos 14 anos de idade, pois se trata de um requisito formal.

A união livre assume um significativo papel na entidade familiar, visto a sua prática reiterada, mesmo com exceções legislativas que regem a idade mínima, determinando a capacidade de realizar atos na vida civil, esse pressuposto normativo é cotidianamente burlado, analisar os índices quantitativos dessa cerimonialização, desconhecida pela autoridade competente, propiciando desse modo no aspecto vitimológico.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, no seu art. 226, § 3.º, a união estável, nos seguintes termos: "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a

união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento". Diante do que consta do texto constitucional, filia-se ao entendimento segundo o qual a união estável *não é igual* ao casamento, uma vez que institutos iguais não se convertem um no outro. Justamente por isso é que há um tratamento diferenciado, como ocorre quanto ao regime de bens e ao direito sucessório.

De qualquer forma, deve-se lembrar de que a união estável, assim como o casamento, constitui uma entidade familiar, base da sociedade, nos termos do art. 226, *caput*, do Texto Maior, não havendo organização hierárquica entre os institutos.

CONCEITOS E REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

Percebemos no grupo de entrevistas a intencionalidade contrair matrimônio regularmente, embora, o convívio familiar seja compreendido como um laço de afinidade. Nesse caso, somente a concordância dos responsáveis legais seria suficiente para sanar eventuais impedimentos, mas em outras situações, evidenciado como maioria, há a manifestação expressa da permanência do estado de conviventes, anuindo assim com a possibilidade de instituir união estável, sendo unânimes ao propugnar pelo casamento religioso.

Segundo o art. 1.723 do CC/2002 em vigor, "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". O dispositivo regulariza o art. 226, § 3.º, da Constituição Federal de 1988. O atual Código Civil não menciona prazo para que se atribua a condição de união estável, cabendo ao aplicador do direito analisar as circunstâncias da condição fática para indicara sua constituição.

No propósito de efetivar o instituto da união estável, embora se desprenda de certos formalismos e perscrute pela manifestação da liberdade do indivíduo, é currial a presença de determinados requisitos, quais sejam, evidencia de união pública, ou seja, notável e contínua, além do caráter volitivo expresso por parte dos companheiros ou conviventes de estabelecerem uma família. Para a configuração dessa intenção, é imprescindível a manifestação das partes interessadas, pois também necessita de um processo de habilitação, fator que irá repercutindo tratamento dos companheiros e irá orientar o reconhecimento social de seu estado.

Percebe-se, assim, a utilização de critérios habituais para a configuração da posse de estado de casados também para a união estável.

Como se observa, os elementos essenciais são de caráter subjetivo, razão pela qual se cogita a existência de um elemento norteador para a constituição da união estável. A lei não exige que os companheiros residam na mesma unidade doméstica, uma vez que persiste o teor da Súmula 382 do STF. Assim, conforme se extrai da regra inserta, orienta a ementa do Superior Tribunal de Justiça:

> A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito (STJ, REsp 1.194.059/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 06.11.2012, *DJe* 14.11.2012).

Convém, finalmente, destacar acerca dos institutos similares à convivência, o significativo apontamento do jurista Euclides de Oliveira, especificando sobre o estado de fato de quem:

> aparta-se desse modelo de união estável a convivência de homem e mulher que não se revista de verdadeiro intuito de formar uma família, como se dá na chamada “relação aberta”, que se caracteriza por um envolvimento amoroso e certo grau de companheirismo por interesse e convivências sociais, mas sem o elo essencial de uma efetiva vida em comum entre os supostos amantes, dada a inexistência de um compromisso mais sério (OLIVEIRA, Euclides. *União*..., 2003, p. 135, *apud* TARTUCE, 2013, cap. 5).

O dogma apresentado, implicitamente menciona o termo “ficantes”, os quais possuem instabilidade no relacionamento, consistente no eventual contato afetivo.

Insta salientar, que a produção de efeitos da união estável, como demonstração de ato ou negócio jurídico, exige o necessário discernimento das partes e capacidade, sob pena de ensejar a sua nulidade (arts. 104 e 166 do CC/2002) ou inexistência. Assim, o indivíduo menor de dezesseis anos, assim como rege o lineamento da natureza jurídica do casamento, não poderá constituir uma união estável, no entanto, aplicando-se a existência da sociedade de fato com aspectos solenes na hipótese de extinção da punibilidade penal por estupro de vulnerável.

De modo dissonante e não reconhecendo a validade e eficácia da união estável, em referência ao art. 1.517 do CC/2002, o Tribunal Catarinense avaliou:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. INSTITUTO EQUIPARADO, POR ANALOGIA, AO CASAMENTO. CONVIVENTE MENOR DE IDADE AO TEMPO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE IDADE NÚBIL. APLICAÇÃO DO ART. 1.517, DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
> I - Primeiramente, a Lei 9.278/1996 reconheceu a união estável e disciplinou os direitos e deveres dos companheiros perante a entidade familiar, bem como os direitos patrimoniais e sucessórios advindos dessa espécie de relacionamento. Contudo, omissa a aludida lei acerca dos requisitos necessários a sua efetivação, aplicáveis, por analogia, as disposições contidas no Código Civil que regulamentam o casamento, por se tratar de institutos jurídicos que se equiparam, em que pese distintos (art. 226, § 3º, CF). III - Consoante disposição contida no art. 1.517 do Código Civil, podem casar o homem e a mulher com dezesseis anos, exigida a autorização dos pais ou representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Todavia, ausente idade núbil mínima exigida pela legislação, não há falar em casamento ou reconhecimento da união estável, por impossibilidade jurídica do pedido.

No que tange a impossibilidade expressa, o entendimento dispõe uma medida protetiva, norteando a pesquisa, visando compreender e demonstrar as influências da união estável de adolescentes na vida social e educacional, de molde a relacionar os meandros jurídicos vigentes, tendo como premissa a questão da vulnerabilidade, propugnando também uma investigação quantitativa e qualitativa de informações concernentes da manifestação do fenômeno, através da oitiva de adolescentes envolvidas em uniões informais.

Ainda a respeito da capacidade, a idade núbil começa aos 16 anos, no entanto, para que seja exercida a capacidade é imprescindível o consentimento dos pais, consoante a disposição do art. 1517 do Código Civil, sendo que, excepcionalmente, é admitido o casamento para quem ainda não atingiu a idade núbil, em caso de gravidez, ou para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal. Há que salientar, no entanto, que esta última medida não mais tem arrimo em nosso ordenamento, uma vez que, a Lei 11.106/05, aboliu do Código Penal a possibilidade de extinção da punibilidade quando houvesse o casamento do sujeito ativo dos crimes contra a dignidade das vítimas.

A tipicidade criminal elencada no art. 217-A do Código Penal, incluído pela Lei 12.015/09, trouxe a figura do estupro de vulnerável, caracteriza como o ato de manter conjunção carnal ou ato libidinoso com uma pessoa menor de 14 anos. Tal

figura se remete a vulnerabilidade e designando uma presunção de violência contra a criança ou adolescente. A problemática do tema abordado concerne à união estável de menores de idade, considerando que a realização de tal ato torna explícita uma violação dos direitos humanos e da saúde dos envolvidos, além da vulnerabilidade psicológica e fisiológica da formação do indivíduo, caracterizando uma desestruturação social e familiar.

O art. 1.520 do Código Civil discorre uma questão controvertida, em face às novas Leis 11.106/2005 e a Lei 12.015/2009: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em casa de gravidez”. A polêmica deve ser articulada separadamente, levando-se em conta a entrada em vigor das duas leis, de forma sucessiva.

Exordialmente, a Lei 11.106/2005 afastou a extinção da punibilidade nos casos de estupro presumido, conforme previsto no art. 107, VII e VIII, ambos do Código Penal, ou seja, na hipótese de alguém manter uma relação sexual com uma criança ou com idade inferior a 14 anos, e depois se casar com ela. Como não há que se falar mais em extinção da punibilidade, muitos doutrinadores passaram a entender que o art. 1.520 do Código Civil estaria revogado tacitamente na parte que tratava da extinção da pena criminal (TARTUCE, 2013).

Averiguamos que anteriormente, não se poderia falar em revogação da norma civil, pois o menor poderia sim, em alguns casos, exercer a opção de se casar com aquele que praticou o crime contra a dignidade sexual. Como a ação penal, no caso do crime em questão, era considerada de natureza privada, estávamos diante de um caso de renúncia ou perdão tácito, que decorreria de fato incompatível com a pretensão de ver o agente punido, no caso, com a celebração do casamento. Em tais casos, se a menor quisesse se casar, a sua vontade poderia ser considerada relevante para tal finalidade (TARTUCE, 2013).

Neste diapasão, a família deve ser analisada de acordo com o contexto social, o casamento com o autor do crime poderia ser tido como uma forma de abrandar o problema de uma gravidez indesejada se discute a probabilidade da inconstitucional da dita revogação das causas extintivas da punibilidade, pois elas representavam forma de proteção da entidade familiar.

Incontestavelmente, o Direito Penal deve será última probabilidade decisiva aplicável, pois enquanto o Direito de Família busca a pacificação social, a vida

conjunta em harmonia, desse modo, com respaldo no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a *função social da família.*

E justamente por poder ser aplicado a casos como esse é que o art. 1.520 do Código Civil deveria permanecer incólume. Por esse entendimento, o Direito de Família acabaria prevalecendo sobre o Direito Penal. Com supedâneo no entendimento doutrinário, ensina Maria Berenice Dias que (Manual..., 2007, p. 98, *apud* TARTUCE, 2013, cap. 2):

> A transformação da mulher em excludente da criminalidade era algo denominado, no mínimo, odioso. Ainda que foram excluídos pela Lei 11.106/2005 os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que previam o casamento da vítima como causa de extinção da punibilidade. Com isso restou derrogada a possibilidade de permitir o casamento de uma adolescente para evitar a imposição de pena criminal. Isso significava nada mais do que a descriminalização do estupro, absolvendo-se o estuprador se ele casasse com a vítima, mesmo que fosse ela menor de idade. Permanece tão só a possibilidade de ser autorizado o casamento quando das relações sexuais com quem ainda não atingiu a idade núbil (ou seja, tenha menos de 16 anos) resultem gravidez (CC 1.520).

Ressalta-se, nesta toada, que Supremo Tribunal Federal proferiu decisão apontando que o fato criminoso análogo ao exposto, o estabelecimento da união estável com a vítima não ocasionava a extinção da sua punibilidade:

> Extinção de punibilidade. Estupro de vítima menor de 14 anos e união estável. Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de se aplicar a regra prevista no inciso VII do art. 107 do CP em favor de condenado por estupro, que passou a viver em união estável com a vítima, menor de quatorze anos, e o filho, fruto da relação (CP: 'Art. 107. Extingue-se a punibilidade:... VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes...'). Entendeu-se que somente o casamento teria o condão de extinguir a punibilidade, e que a união estável sequer poderia ser considerada no caso, haja vista a menor ser incapaz de consentir. Ressaltaram-se, também, as circunstâncias terríveis em que ocorrido o crime, quais sejam, o de ter sido cometido pelo tutor da menor, e quando esta tinha nove anos de idade. Asseverou-se, por fim, o advento da Lei 11.106/2005, que revogou os incisos VII e VIII do art. 107 do CP. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence que davam provimento ao recurso para declarar a extinção da punibilidade, reconhecendo a união estável, e aplicando, por analogia, em face do art. 226, § 3.º, da CF, o inciso VII do art. 107 do CP, tendo em vista o princípio da ultratividade da lei mais benéfica (STF, RE 418.376/MS, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, 09.02.2006).

Em virtude do argumento apresentado, para a incidência do art. 1.520 do Código Civil, devem-se analisar as particularidades de cada situação, por

conseguinte, o citado dispositivo não estaria derrogado ou revogado implicitamente ante a incompatibilidade de normas. Portanto, com respaldo constitucionalista e uma leitura com orientação no âmbito civil, o art. 1.520 do CC, o conteúdo do Enunciado n. 329 CJF/STJ, ora aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, ocorrida em Brasília em outubro de 2006, expressa que:

> A permissão para casamento fora da idade núbil merece interpretação orientada pela dimensão substancial do princípio da igualdade jurídica, ética e moral entre o homem e a mulher, evitando-se, sem prejuízo do respeito à diferença, tratamento discriminatório.

A Lei 12.015, publicado em 7 de agosto de 2009, finalizou as preposições anteriores, não deixando margem para dúvida, considerando objetivamente que o casamento da menor com aquele que cometeu o crime antes com qualificação de estupro presumido, não haverá o casamento entre a vítima e o pretenso autor do delito. O Código Penal, ao especificar a conduta típica nessa faixa etária, designa *crimes sexuais contra vulnerável,* prevendo a configuração no art. 217-A: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Assim, o ponto considerável é o enquadramento do sujeito passivo, ora pessoa vulnerável, mesmo que tenha consentido com o ato em tal data, como também, a modificação que consta no artigo 225, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual, havendo o destaque da vulnerabilidade de certas pessoas, a ação penal é pública incondicionada. Desse modo, a ação não depende de qualquer condição especial, não pode o casamento funcionar como forma de perdão tácito do crime (TARTUCE, 2013).

Faz-se necessário constatar, que a atual perspectiva normativa coloca o ramo do Direito Penal com aplicação subsidiária aos institutos e regulamentações, cabendo ao magistrado, conforme a situação analisar substancialmente, devendo justificar o posicionamento adotado, evidentemente, com fulcro no interesse do adolescente.

Outra questão relevante é a hipótese de suprimento da idade, viabilizando a autorização do casamento de pessoas com idade inferior ao previsto em lei, com a finalidade de impedir a imposição da norma criminal, tal possibilidade pode suprir o assentimento dos genitores, visto que sem a devida autorização há um impeditivo,

dessa forma, excepcionalmente, temos o intermédio do juiz se a denegação do casamento for injusta.

Em caso de gravidez, propugna-se pela antecipação do casamento, a fim de proteger a prole vindoura, como preceitua o art. 1.551 do Código Civil, não se promovendo a anulação do casamento por motivo de idade, bem como considerando que resultou de um relacionamento consentido.

Quanto o suprimento judicial for do consentimento dos representantes legais, o art. 1.519 do Código Civil amplia que se a “denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz” e pretende regular o exercício absoluto e concomitantemente arbitrário do poder familiar em face aos filhos, ficando tal situação sob análise do juiz, o qual se valerá da razoabilidade, sendo de seu livre alvedrio para identificar os casos em que a recusa paterna para a autorização do casamento é expressamente injusta, consistindo em mero capricho, pois não possui razão admissível para tal ação, tais como estado emocional de ciúme ou preconceito.

Os casos de denegação não foram arrolados pelo legislador, por serem estritamente de caráter subjetivo. Se o pedido de suprimento foi deferido, consecutivamente será expedido o alvará, o qual será juntado ao processo de habilitação. O procedimento realizado é de jurisdição voluntária e o menor púbere, ora interessado, poderá outorgar procuração a advogado, sem a respectiva assistência de representante legal, em razão da colidência evidenciada. No ato é assegurado, conforme previsto no art. 1.631 do Código Civil: “[...] a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo” (GONÇALVES, 2011).

Conforme se depreende da pesquisa, foi possível diagnosticar a realidade das adolescentes que contraíram matrimônio, bem como identificando uniões com ou sem consentimento do indivíduo e os impactos no ambiente familiar, oferecendo informações válidas para discorrer as circunstâncias, condições, normas e valores, evidenciado por um paradoxo entre a sociedade de fato e o pressuposto jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face dos argumentos apresentados, podemos refletir que os direitos dos adolescentes tem ocupado lugar de destaque nos organismos e entidades sociais nas últimas décadas. Não obstante, menores de idade de famílias que vivem, muitas

vezes, à margem do direito tem seus direitos violados ou não respeitados ocultando um dado social de relevância para a tomada de decisões e políticas de proteção deste grupo.

A problemática do tema abordado está relacionada à união estável de menores de idade, considerando que a realização de tal ato poderá demonstrar uma violação dos direitos humanos, concernente ao estado de saúde e aspecto cognitivo, tendo em vista a vulnerabilidade das pessoas nessa faixa etária, podendo instituir a ausência de equilíbrio comportamental, na vida social e na perspectiva educacional. Ante a situação, é necessário refletir o novo sistema existente entre os conviventes e a prática do Direito de Família, como medida de salutar justiça, propugnando pelo interesse das adolescentes.

Em frente ao reconhecimento da natureza jurídica do casamento, identificou-se s diferentes concepções do casamento, sendo admitido majoritariamente que o casamento é um enlaço de natureza contratual, por se caracterizar como um ato solene, como também esta envolta de complexidade em decorrência de sua função social. Diante dessa concepção, discorreram-se os princípios norteadores do Direito de Família, os quais frequentemente são aplicados e elencados para a resolução de antinomias normativas, como no caso objeto de estudo. Nesse paradigma de preponderância e aplicabilidade de normas especiais e gerais, a fim de atender o interesse dos envolvidos nesse processo, a interposição de formalidade legais e delimitação de requisitos para a habilitação do casamento, principalmente no que tange a idade núbil, alcançam o estado matrimonial para concretizar a ordem pública das relações familiares por afinidade, por isso, as inovações definidas no Código Civil determinam que o caráter etário reduz a capacidade para casar, de forma absoluta, pois há impedimento persiste com qualquer outra pessoa.

No entanto, cumpre salientar que os maiores de 16 (dezesseis anos) podem casar, devendo apresentar autorização dos genitores ou responsáveis legais, havendo, inclusive, a hipótese de suprimento da idade judicial, nos casos de injusta denegação. Percebe-se assim, que o Poder Judiciário intervém de maneira significativa, voltado ao redirecionamento dos conflitos sociais e ordem familiar. A situação fática em estudo pode suscitar problemas, configurado no índice de criminalidade advindo com a vigência da Lei nº 12.015/09, sendo elencado como estupro de vulnerável, configurado hodiernamente como crime de ação penal pública incondicionada de representação do ofendido. Assim, a referida lei tem o escopo de

proteger bem juridicamente protegido, com atenção especial ao caráter etário, o qual presume a vulnerabilidade, não podendo haver o casamento com o intuito da não aplicação de lei penal. Tal correlação do cometimento delituoso e a correspondente incidência de casamento foram mencionadas para elucidar as questões que podem abranger permanência da convivência conjugal dos menores de idade, mas na entrevista realizada, ora metodologia para a consecução do projeto de pesquisa, não se constatou essa situação, embora preteritamente possa ter ocorrido, consoante informação da idade da entrevistada quando se uniu ao atual companheiro.

O objetivo do projeto é verificar como é regulamentada a questão da possibilidade do casamento, pois um grande número de adolescentes e crianças tem informalmente configurado o estado de convivência, antagonicamente ao que o dispositivo jurídico dispõe no Código Civil. Neste diapasão, além de verificar a compatibilidade com a conduta ilícita pelo incurso nos crimes sexuais contra vulneráveis ou na forma qualificada dos crimes contra a liberdade sexual, com alunas do ensino médio das escolas da rede pública da cidade de Curitibanos.

Dado o exposto, analisados os direitos e garantias mencionadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, compatibilizado com o molde de estabelecer justiça e igualdade substancial.

O trabalho demonstrou, mediante uma reflexão qualitativa das entrevistas e do perfil das alunas entrevistas, que a instituição educacional, no processo de aprendizagem deve adequar os meios, para atingir os objetivos da educação, tendo como instrumento norteador a experiência do aluno, como também a participação familiar é necessária.

A análise das informações permite a compreensão das representações sociais, inseridas nas instituições de ensino, fornecendo instrumentos necessários para uma reflexão da organização da sociedade civil.

Levando-se em conta a realidade de uniões informais de adolescentes observadas, verificam a existência de desafios do atendimento dessa clientela nas disposições do direito à vida e a saúde, pois a incumbência de proporcionar assistência é do poder e respectivos órgãos integrantes, sejam eles formais ou informais.

Existe-se uma preocupação com a maior probabilidade de violência doméstica e a baixa escolaridade, com grande disparidade de profissionalização e a

capacidade de adaptar-se ao mercado de trabalho, causado pela maior insegurança ou possibilidade de divórcio e viuvez precoce, além do isolamento social.

Frisa-se, com arrimo nas conclusões emanadas da pesquisa, que mesmo com exceções legislativas que regem a idade mínima, determinando a capacidade de realizar atos na vida civil, esse pressuposto normativo é cotidianamente burlado, analisar os índices quantitativos dessa cerimonialização, desconhecida pela autoridade competente, propiciando desse modo no aspecto vitimológico.

As desvantagens sociais e educacionais são aparentes, a justificativa da complexidade do processo legal da instauração desse casamento, dando ênfase que nessa fase há frequência de oscilações, na qual a qualidade pedagógica pode incidir nos temas consistentes aos direitos humanos.

Assim se exerce um controle social sobre os meios: transformado o padrão de conduta dirimida, adaptando-o para o padrão de comportamento social dominante, começa a atingir o indivíduo desde a tenra infância à vida adulta, imposto pelo poder público para melhor entender o fenômeno criminal e de organização social.

REFERÊNCIAS

BALLONE, G.J. Gravidez na adolescência. In: PsiqWeb, 2004. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br>.Acesso em: 27 fev. 2014.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicada no **Diário Oficial da União**, Seção 1, de 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Este texto não substitui o publicado no **DOU** 16.7.1990 e retificado em 27.9.1990.

CALHAU, Lélio Braga. **Resumo de criminologia**. 3.ed. Niterói/RJ: Impetrus, 2008.

DELFIM, Márcio Rodrigo; DELFIM, Maria Iracema Armelin. Vitimologia, vitimização e realidade. **Revista Prática Jurídica**, a. 11, n. 124, Julho/2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Coleção sinopses jurídicas 2**: direito de família. 16.ed. 2011. Minha Biblioteca. Web. 17 July 2013

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado- parte especial.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MOLINA, Antônio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na prática jurídica.** 2.ed. Saraiva

TARTUCE, and Flávio. **Direito Civil - Vol. 5 - direito de família.** 9.ed. Método, 2013. VitalBook file.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE DA LEI 11.340/06

Vanessa Danielle Almeida
Jean Carlos Machado
André Luiz Pellizzaro

RESUMO

Considerada pela ONU, como uma das três legislações mais avançadas do mundo, a Lei 11.340/06, que surgiu há pouco mais de dez anos, foi um marco ao determinar novos mecanismos jurisdicionais para um problema histórico: a violência doméstica. A Lei conhecida por ”Maria da Penha” é uma das mais comentadas e divulgadas, seja pela existência real do problema, que é a violência domestica, seja por todo o seu impacto social. Este artigo trata sobre os aspectos procedimentais da Lei, apresenta pesquisas realizadas a partir da sua vigência, além de apontar sua relevância social como ferramenta para construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Palavras-Chave: Violência Doméstica. Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Violência contra a mulher em números.

1 INTRODUÇÃO

As mulheres, historicamente, sempre foram vitimas de violência. A sociedade machista sempre contribuiu para que práticas violentas contra as mulheres fossem tidas como “aceitáveis”, especialmente no âmbito familiar, onde a identificação é mais difícil, local em que os papéis se invertem, e principalmente, onde a injustiça e a impunidade ficam protegidas no seio familiar.

> Desde que o mundo é mundo humano, a mulher sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, coisificada, objetificada, monetarizada. Ninguém duvida que a violência sofrida pela mulher não é exclusivamente de responsabilidade do agressor. A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos, O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação de dominante e dominado. Essas posturas acabam sendo referendadas pelo Estado. Daí o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência domestica. O Brasil guarda cicatrizes históricas da desigualdade, inclusive no plano jurídico (DIAS, 2007, p. 17)

Até pouco tempo atrás, a ideologia patriarcal constituía forte empecilho para as mulheres que buscavam apoio estatal:

> De fato, essa é uma história recente no país. Por exemplo, até a década de 1970, a tese de legítima defesa da honra era aceita nos tribunais para inocentar maridos que assassinavam seu cônjuge, como o famoso caso Doca Street, de 1977, que gerou uma forte denúncia e reação do movimento feminista. Nesse mesmo período, se debatia no meio jurídico se o marido poderia ser sujeito ativo do crime de estupro contra sua esposa, uma vez que era dever dos cônjuges manter relações sexuais (CERQUEIRA E COELHO, 2014 *apud* CERQUEIRA)

Criada em 2006, a Lei 11.340 protege as mulheres da violência doméstica e representa um avanço na legislação brasileira. Batizada de “Maria da Penha”, a Lei foi uma homenagem à farmacêutica bioquímica que se tornou um ícone da luta contra a violência doméstica e a impunidade dos agressores. Como muitas mulheres, ela denunciou as diversas agressões sofridas, mesmo diante da inércia da Justiça. O marido de Maria da Penha só foi punido depois de 19 anos e ficou apenas 02 anos em regime fechado.

> Por duas vezes, seu marido, o professor universitário e economista M.A.H.V., tentou matá-la. 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, nova tentativa, buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho (DIAS, 2007, p. 13)

Em 20 de agosto de 1998, a própria Maria da Penha apresentou denuncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), que tem como função analisar as petições apresentadas, denunciando violações aos direitos humanos. Interessante que, reiteradamente, o Brasil se omitiu em responder as indagações formuladas pela CIDH. Ante as diversas omissões e em cumprimento ao artigo 51 do Pacto de San José, a Comissão decidiu tornar público o teor do relatório, além de deliberar o pagamento de 20 mil dólares a título de indenização, valor este, pago pelo Estado do Ceará somente no mês de marco de 2008 (CUNHA; PINTO, 2008).

O Pacto de San José da Costa Rica foi assinado em 1969, e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992. “O Brasil, parte da Organização dos Estados Americanos desde a sua constituição, esteve obrigado ao cumprimento da Carta da OEA e ao respeito dos direitos humanos previstos na Declaração Americana, desde aquele primeiro momento” (MAIA, 2002).

Através da EC 45/04, que incluiu o parágrafo 3° ao art. 5° da CF/88, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos passaram a ter equivalência à norma constitucional.

“Em 1990, a Organização Mundial de Saúde reconheceu o problema da violência doméstica e sexual como tema legitimo de direitos humanos e de saúde pública” (DAMASIO, 2015, p. 15).

Lima Filho define o atual estágio de nossa sociedade de forma perspicaz: “São tempos difíceis os que nossa sociedade vivencia na atualidade. Não sei bem se a criminalidade cresce, ou se apenas se torna mais evidente devido à insistência da mídia em noticiá-la, fato é, contudo, que a violência gravita em torno de nossos dias subtraindo a paz de nossa existência” (LIMA FILHO, 2007, p. 9).

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Considerando-se o critério de classificação de pesquisa proposto por Vergara (2000) quanto aos fins e quanto aos meios, tem-se:

a) quanto aos fins - trata-se de uma pesquisa descritiva, pois analisou a Lei 11.340/06 comparando-a aos dados obtidos sobre sua aplicação;
b) quantos aos meios - trata-se de uma pesquisa bibliográfica. Certifica-se como pesquisa bibliográfica, pois recorreu ao uso de material acessível como livros, jornais, revistas e *sites*.

Os dados foram analisados de forma quantitativa, em relação aos números encontrados sobre a violência doméstica, e também de forma qualitativa, no aprofundamento do estudo da Lei 11.340/06.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 A LEI EM NÚMEROS

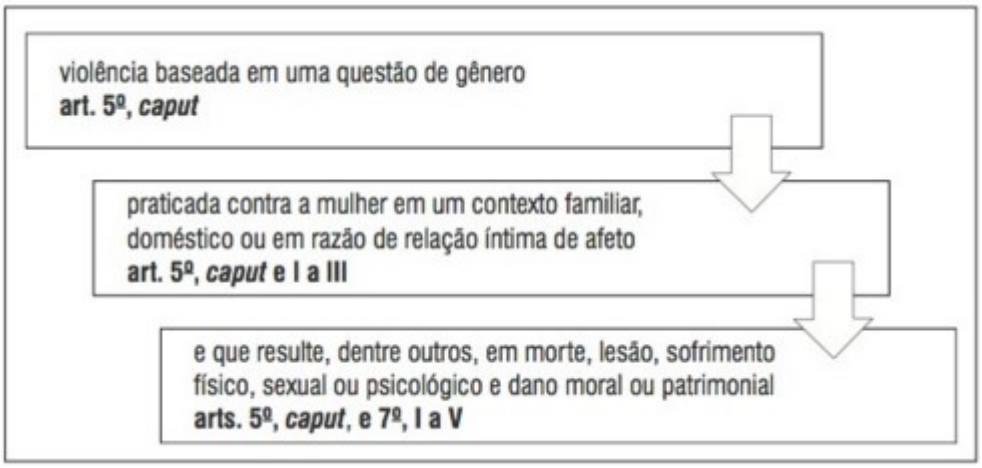
Afirma o artigo 5º, I, da CF, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Portanto, torna-se inaceitável a discriminação em razão do sexo. Porém o tratamento “diferenciado” é aceitável e também está previsto na própria CF/88 (artigos: 7º, XVIII e XIX; 40, § 1º; 143, § 1º e 2º; 201, § 7º) desde que a finalidade

seja a de atenuar os desníveis entre homens e mulheres. Segundo Aristóteles, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A igualdade formal, não se confunde com a igualdade material, o que garantiu a constitucionalidade da Lei 11.340/06.

> No que diz respeito ao sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. (DIAS, 2007, p. 41).

O artigo 5º da Lei 11.340/06 define violência doméstica como sendo o ato, a ação ou omissão que traz danos físico, psicológico, sexual, moral e patrimonial, causando inclusive a morte. Incidindo tal proteção na unidade doméstica, no âmbito da família e em qualquer relação intima de afeto.

Figura 1 – Violência doméstica contra a mulher



Fonte: Bianchini (2014, p. 56)

Os principais tipos de violência contra as mulheres ainda são a violência sexual, a doméstica, a familiar, os assédios sexual e moral, e o feminicídio. (DAMASIO, 2015).

> O principal tipo de violência sofrido pelas mulheres vítimas de violência doméstica e familiar é a física (63%), seguida da moral (39%) e da psicológica (38%) (Data Senado 2013); nos registros de recepções da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 – balanço semestral de janeiro a junho de 2013, dentre os 37.582 relatos de violência, a agressão física ficou em primeiro lugar, seguida da psicológica e da moral; a cada 2 minutos, 5 mulheres são espancadas (Pesquisa Fundação Perseu Abramo/SESC 2010) (BIANCHINI, 2014, p. 49)

A violência física é o uso da força naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*. (CUNHA; PINTO, 2008). Ainda de acordo com Cunha e Pinto, a violência psicológica pode ser definida:

> Por violência psicológica entende-se a agressão emocional (tão ou mais grave que a física). O comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha e discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído, configurando a vis compulsiva. Dependendo do caso concreto, a conduta do agente pode, v.g., caracterizar o crime de ameaça. (CUNHA; PINTO, 2008, p. 61).

Por violência sexual define Cunha e Pinto:

> [...] qualquer conduta que constranja a mulher 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 a limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (CUNHA; PINTO, 2008, p. 61).

A violência patrimonial também foi abrangida no artigo 7º, IV, da referida lei:

> Entende-se por violência patrimonial 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 (CUNHA; PINTO, 2008, p. 63).

Ainda de acordo com os mesmo autores, violência moral é compreendida como uma violência verbal, como qualquer conduta que consista em calúnia, difamação ou injúria (CUNHA; PINTO, 2008).

Já o feminicídio, conforme relata Damásio (2015) é o assassinato de mulheres em razões associadas ao seu gênero, podendo assumir duas formas: o feminicídio íntimo e não íntimo. Sendo o íntimo objeto de proteção da Lei 11.340/06. A Lei Maria da Penha alterou o Código Penal, possibilitando: que agressores no âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada; a não possibilidade de penas alternativas; o aumento do tempo máximo de detenção previsto de um para três anos; a possibilidade da saída do agressor do domicílio; a proibição para que este se aproxime da mulher agredida e dos filhos (SOUZA, 2016).

A Lei surgiu não tão somente com a finalidade repressiva, mas também visando a prevenção e o assistencialismo. Surgiu com dispositivos mais enérgicos para o combate de agressões e a penalização dos agressores, bem como em instrumentos de tratamento e recolocação social das vítimas.

Nestes dez anos, diversas políticas públicas foram implantadas, por exemplo: Delegacias da Mulher, Núcleos Especializados em Delegacias comuns, Centros Especializados, Casas-abrigo, Juizados, Varas, Promotorias de Justiça e Defensorias Públicas. Outro exemplo de suma importância é o “Ligue 180”, sendo um dos principais meios de comunicação com a Secretaria de Políticas para as Mulheres para acolher vítimas de agressão, prevenir e combater os diferentes tipos de violência.

O “Ligue 180” e seus resultados:

Tabela 1- Serviço de denúncia Ligue 180 : Sete primeiros meses de 2010

Disque-denúncia da violência contra a mulher

Estados com mais queixas, proporcionalmente à população

	População feminina (IBGE 2008)	Ligações a cada 50 mil mulheres
DF	1.338.000	267
TO	644.000	245
PA	3.687.000	237
BA	7.373.000	219
PI	1.606.000	202
SE	1.062.000	181
AL	1.633.000	175
ES	1.764.000	168
AP	311.000	160
RN	1.601.000	159
MA	3.207.000	158
RJ	8.314.000	152
GO	2.967.000	151
MS	1.214.000	144
PR	5.463.000	141
PE	4.518.000	135
MT	1.474.000	134
RO	756.000	119
PB	1.965.000	114
MG	10.236.000	112
SP	21.089.000	112
RS	5.584.000	103
RR	203.000	100
AC	346.000	98
CE	4.349.000	81
SC	3.102.000	65
AM	1.716.000	47

Fonte: http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/08/denuncias-de-violencia-domestica-contra-mulher-crescem-112-em-2010.html

Antes da vigência da Lei, dados sobre a violência doméstica eram bem mais escassos, como explica Dias:

> A violência doméstica nunca foi quantificada. Nem nos registros de ocorrência e nem nos termos circunstanciados não havia qualquer anotação sobre a natureza do delito. No âmbito judicial, também não existia esta preocupação. Assim, todos os crimes de origem familiar, de pequeno potencial ofensivo ou não, acabavam na vala comum. Fora disso, muitos registros sequer eram encaminhados a juízo e inquéritos eram arquivados. Ninguém se dedicou a fazer levantamentos sobre o numero de extinções da punibilidade em decorrência de renuncias, transações ou de suspensão condicional do processo. Diante de tanta omissão, não há estatísticas que permita avaliar as dimensões da violência domestica no país. (DIAS, 2007, p. 63)

Os que se têm, na maioria dos casos, são dados sobre a violência contra a mulher de uma forma geral, sem o critério do enquadramento na Lei 11.340/06 (violência doméstica).

Segundo o IBGE (2012), até o primeiro semestre de 2012, foram feitos 47.555 registros de atendimento na Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180). Durante todo o ano de 2011, foram 74.984 registros, bem inferior aos 108.491 de 2010.

A tabela abaixo apresenta os dados de 2009 a 2012:

Tabela 2 – Registros da Central de Atendimento à Mulher

Registros de atendimentos da Central de Atendimento à Mulher, segundo o tipo de relato - Brasil - 2009-2012

Tipo de relato	Registros de atendimentos da Central de Atendimento à Mulher			
	2009	2010	2011	2012 (1)
Total	**40 857**	**108 491**	**74 984**	**47 555**
Violência física - lesão corporal leve, grave e gravíssima, tentativa de homicídio e homicídio	22 006	63 838	45 953	26 939
Violência psicológica - ameaça, dano emocional, perseguições, assédio moral no trabalho	13 555	27 440	17 987	12 941
Violência moral - difamação, calúnia e injúria	3 595	12 608	8 176	5 797
Violência patrimonial	817	1 840	1 227	750
Violência sexual - estupro, exploração sexual e assédio no trabalho	576	2 318	1 298	915
Outros tipos de violência	308	447	343	213

Fonte: Secretaria de Políticas para as Mulheres, Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180.

(1) Informações correspondentes ao primeiro semestre.

Disponível em:< http://teen.ibge.gov.br/noticias-teen/2822-violencia-contra-mulher>

Outro dado alarmante foi apresentado pelo “Ligue 180”: “De acordo com os números do balanço de atendimentos realizados de janeiro a outubro de 2015 pela Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, 38,72% das mulheres em situação de violência sofrem agressões diariamente. Em 67,36% dos relatos, as violências foram cometidas por homens com quem as vítimas tinham ou já tiveram algum vínculo afetivo” (MARTINS *apud* REVISTA JC, 2016)

Nos dez primeiros meses de 2015, segundo (MARTINS apud REVISTA JC, 2016), ocorreram um total de 63.090 denúncias de violência contra a mulher, sendo:

- 31.432 corresponderam a casos de violência física (49,82%);
- 19.182 de violência psicológica (30,40%);
- 4.627 de violência moral (7,33%);
- 1.382 de violência patrimonial (2,19%);
- 3.064 de violência sexual (4,86%);
- 3.071 de cárcere privado (1,76%);
- 332 envolvendo tráfico (0,53%).

No Estado de Santa Catarina, os dados sobre a Lei Maria da Penha encontram-se disponíveis no site da Secretaria de Segurança Pública somente a partir do ano 2015, apesar da existência Lei 15.806, de 16 de abril de 2012 que obrigava o Poder Executivo, por intermédio da Secretaria de Estado da Segurança Pública, a registrar e divulgar os índices de violência contra a mulher.

Os números de lesões corporais praticadas contra mulheres apontam uma média de 53 casos diários. Foram quase 20 mil em todo o ano de 2015, sendo mais da metade (11,5 mil) cometida na situação de violência doméstica (CBN Diário, 2016).

Tabela 3- Lei nº 15.806/2012 - Dados sobre a violência contra a mulher (incluindo doméstica) em Santa Catarina (2015)

	Violência contra a mulher – doméstica	**Violência contra a mulher**
Ameaça	22.554	48.079
Estupro Consumado	480	2.292
Estupro tentativa	129	598
Lesão corporal dolosa	11.504	19.633

Fonte: SSP/SC. Disponível em:< http://cbndiario.clicrbs.com.br/sc/noticia-aberta/uma-mulher-e-violentada-a-cada-tres-horas-em-santa-catarina-167698.html>

No Estado todo, a cada 12 horas uma mulher é vítima de violência doméstica (Notícias do Dia) e a cada 12 segundos uma mulher sofre violência no Brasil, informa Secretaria de Políticas para Mulheres. Comparando a situação do Estado a nível nacional, tem-se:

Tabela 4 - Mapa da Violência contra mulher: comparativo Brasil x Santa Catarina (2015)

NO BRASIL	***EM SANTA CATARINA***
Quinta maior taxa de homicídios de mulheres	25ª posição no ranking da violência no pais
4,8 homicídios para casa 100 mil mulheres	3,1 homicídios para cada 100 mil mulheres
13 mulheres são assassinadas por dia	De 12 em 12 horas uma mulher é vítima de violência domestica em Santa Catarina
Entre 2003 e 2013, o numero de homicídios passou de 3.937 para 4.762, aumento de 21%	27 mortes nos primeiros cinco meses de 2015
27,1% deles acontecem no domicilio da vítima	53 homicídios em 2014
A maioria é negra (número cresceu 54,2% em dez anos)	24.221 ameaças em 2014 e 9.926 ate maio de 2015
50,3% das mortes são cometidas por familiares	11.805 lesões corporais em 2014 e 4863 até maio de 2015.
33,2% são parceiros ou ex-parceiros	

Fonte: SSP/SC. Disponível em:< http://cbndiario.clicrbs.com.br/sc/noticia-aberta/uma-mulher-e-violentada-a-cada-tres-horas-em-santa-catarina-167698.html>

Na SDR (Secretaria de Desenvolvimento Regional de Curitibanos), que abrange os municípios de Curitibanos, Frei Rogério, Ponte Alta do Norte, Santa Cecília e São Cristóvão do Sul, foram contabilizado os seguintes dados no ano de 2015:

Tabela 5- Crimes contra vítimas do sexo feminino em situação doméstica de violência na SDR de Curitibanos /2015

CRIME	NÚMERO DE OCORRÊNCIAS
Ameaça	212
Calúnia	02
Dano	15
Difamação	02
Estupro Consumado	04
Estupro Tentado	03
Homicídio Doloso Consumado	-
Homicídio Doloso Tentado	01
Incêndio	01
Injúria	25
Lesão Corporal Dolosa	141

Fonte: SSP/SC

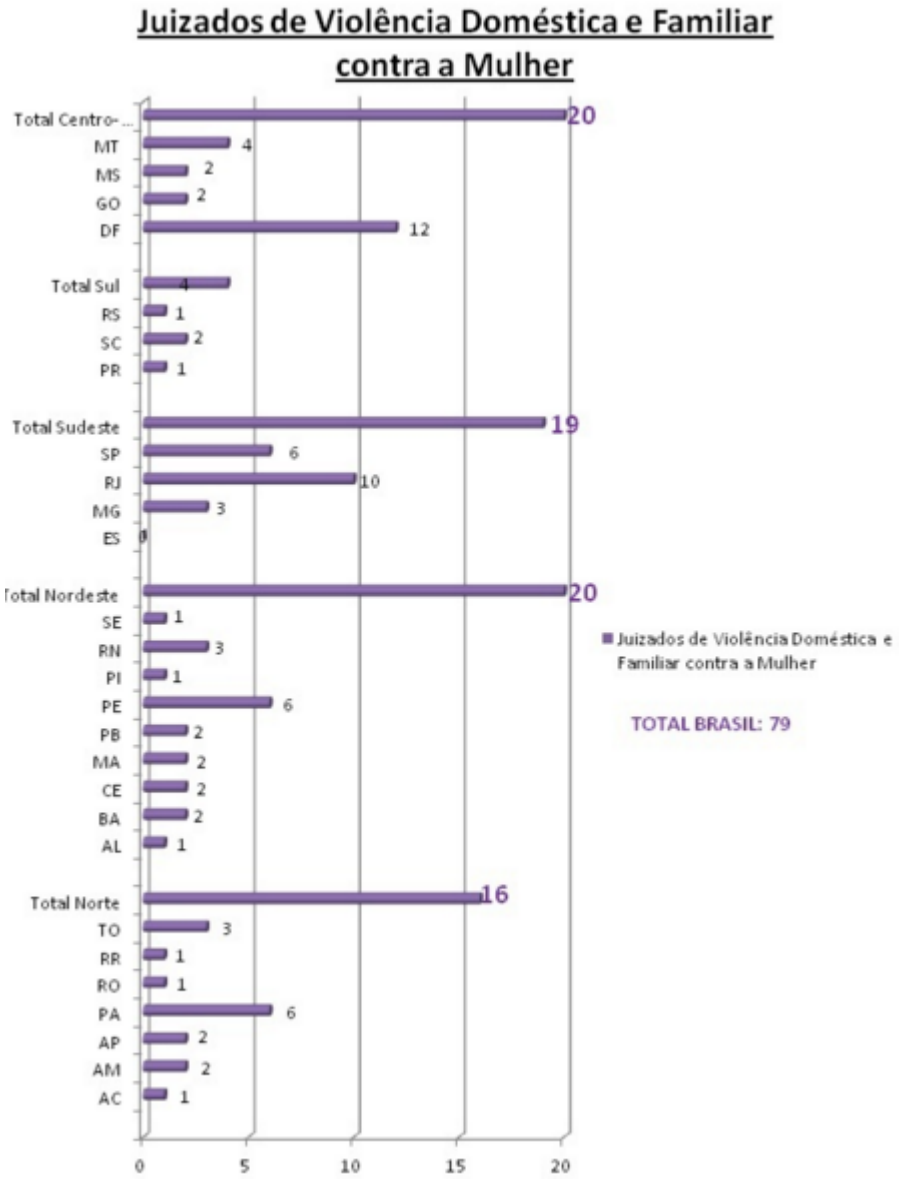
“Não obstante a importância da LMP há uma grande lacuna no que se refere a uma avaliação quantitativa sobre os seus efeitos para coibir a violência de gênero no país.” (CERQUEIRA, 2015, p. 9) Cabe assim, aos órgãos envolvidos a uniformização na divulgação de dados e estatísticas, para que a sociedade possa avaliar seu cumprimento, muitas vezes prejudicado pela falta de informação.

3.2 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Antes da Lei 11.340/06, a competência para o julgamento da violência doméstica se restringia aos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95) que os julgava de forma mais branda, com penas de até dois anos, permitindo aplicação de penas pecuniárias (pena restritiva de direitos) ou multa. Porém com a vigência da Lei Maria da Penha, os procedimentos mudaram, devendo o procedimento ser remetido ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (art. 14 da Lei 11.340/2006) com competência civil e criminal – que poderão ser criados pela União, DF, Territórios, ou Estados. A Lei previu ainda, a criação de casas de abrigo, serviços de saúde, centros especializados da mulher e delegacias especializadas.

A Resolução n.º 18 de 2006 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina define a competência do JVDFM (Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) para o processamento dos crimes dolosos contra a vida em contexto de violência doméstica contra a mulher até a fase de pronúncia. No Estado há dois Juizados especializados, sendo um na capital, Florianópolis, e outro na cidade de Tubarão.

Tabela 6- JVDFM : fevereiro/2015



Fonte: http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha/4-1-parceria-com-o-judiciario

A Lei é composta por 46 artigos, que criam mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, como afirma Bianchini:

> A Lei é composta por 46 artigos, sendo que são poucos os que possuem natureza criminal, destacando-se os seguintes:
> Art. 17: veda a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa;
> Art. 41: determina que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099/95;
> Art. 42: acrescentou ao art. 313 do CPP mais uma hipótese de prisão preventiva: “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a

> mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência" (IV). Tal dispositivo sofreu nova modificação por conta da Lei n. 12.403/11, que ampliou a possibilidade de decretação de prisão preventiva, passando a possibilitar, também, a prisão, se a violência for cometida contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou contra pessoa com deficiência;
> Art. 43: alterou a redação do art. 61, II, f, do CP, para acrescentar às agravantes lá contidas a seguinte circunstância: "ou com violência contra a mulher na forma da lei específica";
> Art. 44: alterou a pena prevista no § 9o ao art. 129 do CP (lesão corporal leve doméstica – tipo penal criado pela Lei n. 10.886/2004, reduzindo a pena mínima de seis para três meses e aumentando a pena máxima de um ano para três anos (BIANCHINI, 2014, p. 85)

"Mesmo que não tenha sido imposta a criação dos juizados especializados e nem definido prazo para seu funcionamento, enquanto não estruturados, foi deslocada a competência dos Juizados Especiais Criminais para as Varas Criminais (art.33)" (DIAS, 2007, p. 62).

A mulher vítima de violência pode comparecer a delegacia e de pronto solicitar o amparo policial (art. 11 Lei 11.340/2006), sendo dever da autoridade informar à vítima os seus direitos. Desta forma, deve a autoridade policial adotar, os procedimentos necessários. "As infrações penais (delitos e contravenções), cometidas contra a mulher, nas condições previstas na lei em estudo, admitem a prisão em flagrante. Mesmo aquelas consideradas de menor potencial ofensivo." (CUNHA; PINTO, 2008, p. 91).

O STF declarou (no julgamento da ADI 4424/06 e da ADC 19) a natureza incondicional da ação penal em caso de crime de lesão corporal leve e culposa – independentemente da vontade da vítima em prosseguir ou não com a repressão estatal. O prazo para a representação é de seis meses, iniciados da data de conhecimento do autor do crime, ou no dia em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia (artigo 38 do Código de Processo Penal).

> A representação é oferecida pela vítima quando ela comparece à delegacia. Neste momento a autoridade policial procede ao registro da ocorrência, ouve a ofendida, lavra o boletim de ocorrência e toma a representação (art.12, I). A partir daí o inquérito policial deve ter andamento (CPP, art. 5º, § 4.º). Ou seja, o inquérito se instaura mediante a manifestação da vítima. Encaminhado o inquérito a juízo, o Ministério Público oferece a denúncia. Até o momento de a denuncia ser recebida, há a possibilidade de a vitima retratar-se, desistir da representação, desde que o faça atendendo os requisitos legais (art. 16): em audiência, perante o juiz e com a ouvida do Ministério Publico (DIAS, 2007, p. 114)

Constatada a violência, o Juiz dentro do prazo de 48 horas, decidirá sobre medidas protetivas de urgência. “As medidas consideradas de urgência, podem ser consideradas de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou da ofendida, prescindindo, inclusive, do acompanhamento de advogado” (CUNHA; PINTO, 2008, p. 117).

A referida Lei tratou em seu artigo 22, das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor a: suspensão da posse ou restrição do porte de arma; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência; distanciamento do agressor; impedimento de comunicação com a ofendida, seus familiares e testemunhas; frequência de determinados lugares; restrição ou suspensão de visitas; prestação de alimentos provisionais ou provisórios, além disso, a garantia da efetividade com o auxilio da força policial em caráter de urgência, desde que requisitado pelo Juiz (aplicando este, em conjunto ou separadamente). Além dessas o legislador elencou diversas medidas protetivas de urgência à ofendida e de caráter patrimonial. As medidas arroladas, por sua vez, são exemplificativas (art. 22 § 1.º).

Outras medidas de urgência foram objetivadas pelo legislador, visando à preservação de sua integridade física e psicológica, a exemplo tem-se o acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta e a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses (art. 9º, § 2º).

“A prisão pode ser determinada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, de oficio pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (art. 20)” (DIAS, 2007, p. 102). Tal dispositivo já constava no Código de Processo Penal, em seu artigo 316. A lei alterou ainda, a lei de execuções penais para permitir ao Juiz que determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

> Com relação aos processos crimes o rito está condicionado à natureza da pena. Tratando-se de delito apenado com reclusão, o procedimento é comum (CP, art. 394 a 405 e 498 a 502). O procedimento será o sumário para os crimes com pena de detenção (CPP, art. 531 a 540). Os processos pela prática dos crimes dolosos contra a vida dispõem de rito e de juízos próprios, mas devem tramitar perante o JVDFM até a pronúncia. Depois é que serão remetidos à Vara do Júri (DIAS, 2007, p. 136).

Já nas ações cíveis, explica Dias: “As ações cíveis propostas pela vítima ou pelo Ministério Público, que trazem por fundamento a violência domestica, assumem

ritos do Código de Processo Civil. Demandas especiais, como a ação de alimentos, pro exemplo, preservam o procedimento previsto na lei própria.” (DIAS, 2007, p. 136)

4 CONCLUSÃO

A intenção do legislador foi clara em determinar com a Lei Maria da Penha que a violência contra as mulheres não pode ser definida como crimes de menor potencial ofensivo. Aumentando o custo da pena para o agressor e ampliando a segurança às vítimas, a lei facilitou a tramitação das ocorrências de violência doméstica e familiar contra mulheres, especialmente com a criação de Juizados e Varas especializadas.

A Lei, criada em 2006, visa uma mudança gradual na sociedade, garantida especialmente em seu artigo 8ª, V, que estimula a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção.

Apesar do avanço que a Lei 11.340/06 proporcionou, as inúmeras vítimas de tal violência por vezes se calam. É necessária uma mudança cultural na sociedade visando à formação das futuras gerações, formando cidadãos que lutem pela justiça e pela defesa dos mais oprimidos (independentemente de quem forem), pois a Lei está acima de todos.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARTA FLORENSE. **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/noticias/para-onu-lei-maria-da-penha-e-uma-das-mais-avancadas-do-mundo/5353>. Acesso em 22 out. 2016.

CBN DIARIO. **Uma mulher é violentada a cada três horas em Santa Catarina.** Disponível em: http://cbndiario.clicrbs.com.br/sc/noticia-aberta/uma-mulher-e-violentada-a-cada-tres-horas-em-santa-catarina-167698.html> Acesso em 22 out. 2016.

CERQUEIRA, Daniel, et al. Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha. In: IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Brasília: Ipea, 2015. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf> Acesso em 22 out. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica:** Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), comentada por artigo. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

G1. **Denúncias de violência doméstica contra mulher crescem 112% em 2010.** Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/08/denuncias-de-violencia-domestica-contra-mulher-crescem-112-em-2010.html> Acesso em 17 out. 2016.
IBGE. Violência contra a Mulher. Disponível em:< http://teen.ibge.gov.br/noticias-teen/2822-violencia-contra-mulher> Acesso em 22 out. 2016.

JESUS, Damásio de. **Violência Contra a Mulher**: aspectos criminais da Lei 11.340/2006. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha Comentada**: Comentários à Lei de Violência Domestica e Familiar contra a Mulher. 2.ed. Leme: Mundo Jurídico, 2008.

MAIA, Luciano Mariz. **O Brasil antes e depois do Pacto de San José.** <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-4-2013-julhosetembro-de-2002/o-brasil-antes-e-depois-do-pacto-de-san-jose>. Acesso em 31 out. 2015.

ND ONLINE. **Em Santa Catarina, a cada 12 horas uma mulher é vítima de violência doméstica.** Disponível em:< http://ndonline.com.br/florianopolis/noticias/em-santa-catarina-a-cada-12-horas-uma-mulher-e-vitima-de-violencia-domestica. Acesso em 17 out. 2016.

NOTICIAS R7. **A cada 12 segundos uma mulher sofre violência no Brasil, informa Secretaria de Políticas para Mulheres.** Disponível em: <http://noticias.r7.com/brasil/a-cada-12-segundos-uma-mulher-sofre-violencia-no-brasil-informa-secretaria-de-politicas-para-mulheres-02082013>. Acesso em 17 out. 2016.

REVISTA JC. **Lei Maria da Penha**: os desafios para os próximos dez anos. Disponível em:<http://www.editorajc.com.br/2016/09/lei-maria-da-penha-os-desafios-para-os-proximos-dez-anos/> Acesso em 22 out. 2016.

SPM-PR. Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. Disponível em:< http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha/4-1-parceria-com-o-judiciario> Acesso em 22 out. 2016.

SSP. SEGURANÇA EM NÚMEROS. Disponível em: <http://www.ssp.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=533:seguranca-em-numeros&catid=92&Itemid=241>. Acesso em 17 out. 2016.

SOUZA, Paulo Rogerio Areias de. **A Lei Maria da Penha e sua contribuição na luta pela erradicação da discriminação de gênero dentro da sociedade brasileira**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5886> Acesso em 31 out. 2015.

VERGARA, Sylvia C. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2000.

A IMPORTÂNCIA DA RECLAMAÇÃO COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Aldo Dolberth[194]
Edgar José Galilheti[195]

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a evolução da natureza jurídica e das hipóteses de cabimento da Reclamação, que pode ser especialmente dividida duas fases, figurando promulgação do Código de Processo Civil vigente, como verdadeiro marco divisório. Num primeiro momento serão tecidas considerações sobre sua evolução legislativa e teórica; posteriormente serão analisados os casos de cabimento, encerrando por uma verificação de sua utilização como forma de preservação dos precedentes na nova ordem processual civil brasileira. Concluiu-se que a ação de Reclamação está em constante mutação, seja de seus fundamentos, seja das hipóteses de seu cabimento. O novo Código de Processo Civil, instituiu a Reclamação como um forte mecanismo de preservação da consistência e coerência do sistema de precedentes, em que pese tenha sido abrandada sua utilização pela Lei 13.256/2016.O estudo é preponderantemente de revisão, sem prejuízo, no entanto, de em algumas oportunidades, lançar-se mão de temas ou abordagens originais;o método utilizado pelos investigadores foi o dedutivo; e a pesquisa foi bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras Chave: Reclamação. Natureza Jurídica. Hipóteses de Cabimento. Preservação dos Precedentes.

1 INTRODUÇÃO

Para os fins deste breve estudo, partiu-se de problema teórico que se mostrava inquietante, diante da nova realidade processual civil brasileira, instaurada a partir da promulgação da Lei 13.105/2015, com as alterações que lhe foram impostas (mesmo durante a *vacatio legis*) pela Lei 13.256/2016, que diz respeito à natureza jurídica e os limites práticos que foram conferidos à Reclamação por essa nova legislação que, aparentemente, ampliou seus casos de cabimento.

[194]Graduado em Ciências Contábeis pela Fundação Universidade do Contestado – UnC, Campus Curitibanos (1989), graduação em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (1996) e mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2003). Atualmente é professor titular da Fundação Universidade do Contestado - UnC Campus Curitibanos

[195] Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2013), possui mestrado em Ciência Jurídica também pela Universidade do Vale do Itajaí (2009), e graduação em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (1992), Professor em cursos de graduação e especialização na área jurídica em Santa Catarina e no Rio Grande do Sul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor Convidado Permanente da Escola Superior da Advocacia/SC.

Parte-se da hipótese de que antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil Brasileiro[196], a Reclamação possuía natureza jurídica eminentemente constitucional, e que após o advento da nova legislação essa configuração foi ampliada, passando a possuir o instituto, também, uma natureza infraconstitucional, diante das novas hipóteses de cabimento.

As consequências e desdobramentos dessa ampliação da natureza jurídica da Reclamação é que se pretende discutir.

Primeiramente, será realizada uma abordagem histórica do instituto, até alcançar seu último estágio evolutivo, conforme previsão expressa nos artigos 988 e seguintes do Código de Processo Civil vigente.

A Reclamação será analisada tanto em suas características eminentemente constitucionais, como também nas infraconstitucionais.

Será feita também uma abordagem prática a respeito dos casos de cabimento e de adequação, findando por analisá-la sob o enfoque de instrumento destinado à preservação dos precedentes, como foram definidos e organizados na ordem processual vigente, especialmente pelos artigos 926 e seguintes da Lei 13.105/2015.

Para realização do estudo orientam-se os investigadores pelo método dedutivo sendo a pesquisa eminentemente bibliográfica e jurisprudencial.

2 TENTATIVA DE IDENTIFICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO

Leonardo L. Morato (2007, 81-112) em monografia destinada ao estudo da Reclamação é capaz de identificar, no curso da história, nove classificações jurídicas desse instituto, a saber: (a) como medida administrativa; (b) como medida de jurisdição voluntária; (c) como processo objetivo; (d) como recurso; (e) como sucedâneo recursal; (f) como incidente processual; (g) como direito de petição; (h) como remédio processual; (i) como ação.

Não cabe aqui uma análise sobre cada uma dessas classificações, para que se discuta a forma como vários doutrinadores, no curso da história, manifestaram-se a respeito da natureza jurídica da Reclamação; bastando dizer que a hipótese que se sobressaiu às demais é aquela que lhe atribui natureza de“ação”.

[196] Neste artigo serão utilizadas indistintamente a categoria Código de Processo Civil e sua abreviação: CPC.

O mesmo Leonardo L. Morato (2007, 109-110), na esteira de autores como José da Silva Pacheco, Marcelo Navarro Ribeiro e Pontes de Miranda, afirma:

> E, realmente, a reclamação é ação constitucional, tal como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e o mandado de injunção. A reclamação está inserida na jurisdição constitucional. [...] O entendimento de que a reclamação tem natureza jurídica de ação vem se firmando nos últimos tempos, tendo em vista o atual contexto político (também social e econômico) e a estrutura jurídico-normativa vigente, em que a reclamação foi alçada ao nível constitucional, com expressa previsão na Carta Política.

Já na perspectiva do Código de Processo Civil vigente, Douglas Anderson Dal Monte (2016, p. 65) após longa digressão a respeito dos embates teóricos travados entre vários doutrinadores sobre a natureza jurídica da Reclamação, manifesta seu pensamento no seguinte sentido:

> [...] a reclamação tem natureza jurídica de ação, pois possui todos os requisitos e elementos que caracterizam a ação ou o exercício do direito de ação, uma vez que: (a) a reclamação não pode ser instaurada de ofício, sendo indispensável a provocação do Judiciário pelo Ministério Público ou por uma das partes interessadas (art. 988, *caput*, do CPC/2015); (b) na reclamação, será proferida decisão judicial acerca das pretensões das partes, estando presente a atuação jurisdicional por meio de decisão que possui o caráter substitutivo da vontade das partes; (c) está presente o escopo de atuação do direito na reclamação, o qual tem por objetivo assegurar a competência ou a eficácia de decisão do tribunal ou do enunciado de súmula vinculante do STF; (d) há lide na reclamação; (e) a reclamação comporta julgamento de mérito; (f) as decisões proferidas na reclamação têm aptidão de precluírem e de tornarem-se definitivas por meio da coisa julgada; (g) devem ser observados as garantias e os princípios constitucionais, tais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e fundamentação, observadas, evidentemente, as peculiaridades da reclamação; (h) indispensável a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais para que o mérito da reclamação seja julgado; (i) a propositura da reclamação constitui um processo novo e autônomo.

É de se acrescentar aos motivos elencados acima, para identificação da natureza jurídica da Reclamação como ação, o fato de que: (a) trata-se de ação de alçada originária do Tribunal cuja competência se pretende preservar, ou que teve seu precedente desrespeitado (até mesmo por simples indevida aplicação da tese jurídica nele definida); (b) a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação (§ 6º do art. 988 do CPC vigente); (c) na forma do inciso III, do artigo 989 do CPC vigente, haverá citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar sua contestação.

De forma didática, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 17.176/RS, em acórdão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello[197], deixou assentado que:

> Com efeito, a reclamação, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua – **ação** (PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo V/384, Forense), **recurso ou sucedâneo recursal** (MOACYR AMARAL SANTOS, RTJ 56/546-548; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "O Poder Judiciário e a Nova Constituição", p. 80, l989, Aide), **remédio incomum** (OROSIMBO NONATO, "apud" Cordeiro de Mello, "O processo no Supremo Tribunal Federal", vol. 1/280), **incidente processual** (MONIZ DE ARAGÃO, "A Correição Parcial", p. 110, 1969), **medida de direito processual constitucional** (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Manual de Direito Processual Civil", vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9ª ed., l987, Saraiva) ou **medida processual de caráter excepcional** (Ministro DJACI FALCÃO, RTJ 112/518-522) –, configura instrumento de extração constitucional destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, " l"), consoante tem enfatizado a jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 134/1033, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). (grifou-se)
> Esse instrumento formal de tutela, "que nasceu de uma construção pretoriana" (RTJ 112/504), busca, em essência, fazer prevalecer, no plano da hierarquia judiciária, o efetivo respeito aos pronunciamentos jurisdicionais emanados desta Suprema Corte (RTJ 149/354-355, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

No julgamento acima referido o Supremo Tribunal Federal acabou afastando a incidência dos ônus sucumbenciais, salvo se – comprovadamente - a parte vencida estivesse agindo em comportamento de flagrante má-fé.

Assim, ainda que dotada de características particulares, e em que pese a grande divergência a respeito de sua natureza jurídica, para fins deste artigo, há que se considerar a Reclamação como verdadeira ação, de natureza incidental e dependente da existência de uma demanda principal, vez que não é afetada e nem pode ser considerada como sucedâneo de recurso, ação rescisória ou mesmo de ação anulatória[198].

---

[197] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8529533. Acesso em 12 jul. 2017.

[198] "Uma vez que se presta não apenas para questionar atos ou decisões judiciais, mas qualquer ato de poder que se enquadre numa das hipóteses dos incisos do art. 988 do NCPC, a tendência doutrinária e jurisprudencial é negar à reclamação a natureza de recurso, preferindo qualificá-la como ação". THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol III. Item 712, sem indicação de página. Disponível em: file:///C:/Users/hp/Downloads/22%20-%20THEODORO_J%C3%9ANIOR_Humberto_Curso_Direito_Processual_Civil_v3_2015.pdf; Acesso em 12 jul. 2017.

3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A RECLAMAÇÃO, A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 1988

Originariamente, a Reclamação, em seu âmbito constitucional, encontrou assento nos artigos 102, I, letra "l"[199], e 105, I, "f"[200], respectivamente para aquela que deve ser dirigida ao Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça.

Ainda na seara constitucional, posteriormente, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi definida mais uma hipótese de cabimento da Reclamação (sendo essa, talvez, a primeira oportunidade que o instituto tenha sido utilizado como ferramenta para preservação daquilo que hoje se convencionou chamar de "precedente"), consubstanciada na permissão de sua utilização para atacar decisões administrativas ou judiciais que, eventualmente, contrariassem ou aplicassem indevidamente Súmula Vinculante.

A previsão encontrou assento no § 3º do artigo 103-A, da Carta Constitucional (justamente aquele que criou a Súmula Vinculante), e veio com a seguinte redação:

> Art. 103-A [...]
> [...]
> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Alguns anos mais tarde, com a promulgação da Emenda Constitucional 92/2016, foi incluída no texto constitucional outra hipótese de cabimento da Reclamação, mas agora no âmbito da Justiça do Trabalho. A previsão encontrou alojamento no § 3º[201] do artigo 111-A do texto constitucional, e a exemplo do que já

---

[199] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
[...]
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

[200] Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
I - processar e julgar, originariamente:
[...]
f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

[201] Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

ocorria no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, passou a servir para que o Tribunal Superior do Trabalho, quando provocado, preservasse a sua competência e garantisse a autoridade das suas decisões.

A Lei 8.038/90 possuía um Capítulo inteiramente dedicado à Reclamação (arts. 13 a 18) – em que pese não tenha criado nenhuma nova hipótese de cabimento do instituto -, limitando-se a ordenar a forma como o mesmo deveria ser utilizada, em sua competência constitucional.

Posteriormente, com a promulgação da Lei 13.105, esses dispositivos foram revogados, e agora é o novo Código de Processo Civil que regula a matéria, mas foi ampliada a competência originária (que inicialmente era apenas das Cortes Superiores), para que todos os Tribunais (§ 1º do art. 988)[202] possam processar e julgar a Reclamação.

A redação originária do artigo 988 do CPC vinha assim dispondo os casos de cabimento da Reclamação:

> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
> I - preservar a competência do tribunal;
> II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
> III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Ocorre que, ainda no período da *vacatio legis*, foi promulgada a Lei 13.256 alterando a redação dos incisos III e IV, que passaram a viger com nova possibilidade de cabimento de Reclamação:

> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
> I - preservar a competência do tribunal;
> II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
> III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

[...]
§ 3º Compete ao Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

[202] Art. 988 [...]
[...]
§ 1o A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

> IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Verifique-se, ainda que no inciso II, do § 5º do art. 988 encontra-se outra possibilidade de interposição da Reclamação:

> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
> [...]
> § 5º É inadmissível a reclamação:
> [...]
> II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Assim, além dos quatro incisos do *caput* do artigo 988, onde há previsão direta de hipóteses de cabimento da Reclamação, existe uma previsão “indireta” de utilização dessa ação, para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que esgotadas as instâncias ordinárias.

O que se pode observar, então, é que a Reclamação é um instituto jurídico cujas características, procedimentos e possibilidades de cabimento vêm se alterando com o tempo, estando em constante mutação.

Agora, com a nova ordem processual vigente, pode-se elencar quatro casos de cabimento da Reclamação: (a) para preservar a competência de qualquer tribunal; (b) para garantir a autoridade da decisão de qualquer tribunal; (c) para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (d) para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

As novidades no plano infraconstitucional, portanto, ficam para a possibilidade de ser utilizada a Reclamação como meio de preservação da competência e garantia da observância de decisões de qualquer tribunal (e não mais apenas STF; STJ e TST), e também como garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Cada uma das situações de cabimento da Reclamação será brevemente analisada abaixo, para melhor compreensão.

4 A RECLAMAÇÃO UTILIZADA PARA PRESERVAR A COMPETÊNCIA DE QUALQUER TRIBUNAL:

A preservação da competência de Tribunal já figurava na legislação anterior (ainda na seara constitucional) como uma das hipóteses de cabimento da Reclamação.

Com a nova ordem legal, implantada pelo Código de Processo Civil vigente, essa possibilidade deixou de ser única e exclusivamente dos Tribunais Superiores, sendo estendida para “qualquer Tribunal”.

A questão da preservação da competência é de difícil sistematização, já que são incontáveis e imprevisíveis os casos em que algum órgão jurisdicional preste tutela jurisdicional fora de sua competência, invadindo a de outro.

Para Daniel Amorin Assumpção Neves (2017, p. 1524): “nessa hipótese de cabimento, o objetivo é evitar que órgãos jurisdicionais inferiores usurpem a competência dos tribunais”.

De seu turno, Alexandre Freitas Câmara (2017, item 23.9, sem indicação de página) cita alguns exemplos de casos nos quais seria cabível a reclamação para a preservação da competência de Tribunais. Menciona o referido autor, (b) a hipótese de uma ação envolvendo Estado da Federação e a União, cuja competência originária é do STF, mas que, eventualmente tenha sido processada perante qualquer outro órgão jurisdicional, caracterizando, assim, usurpação de competência; (b) outro caso, por exemplo(agora considerando a vigência do novo Código de Processo Civil), se um juiz de primeiro grau inadmitisse um recurso de apelação, realizando conduta vedada pelo artigo 1.010, § 3º daquele diploma legal.

Como se pode ver, então, em várias situações pode haver a usurpação da competência de algum órgão jurisdicional, por outro, sendo que em tais casos, em não havendo previsão legal de cabimento de recurso, pode a parte interessada/prejudicada valer-se da Reclamação para restabelecimento da ordem processual.

5 A RECLAMAÇÃO UTILIZADA PARA GARANTIR A AUTORIDADE DA DECISÃO DE QUALQUER TRIBUNAL

Esclareça-se que, neste ponto, não se está tratando da utilização da Reclamação como forma de preservação dos precedentes (o que será visto mais adiante), mas sim de outras situações em que haja desrespeito pelo órgão jurisdicional inferior de decisão proferida por outro, superior.

Novamente, Alexandre Freitas Câmara (2017, item 23.9, sem indicação de página) cita alguns exemplos de casos em que a Reclamação pode ser utilizada para garantir a autoridade de decisões de qualquer Tribunal. Menciona (a) a hipótese de um recurso ser considerado inadmissível por um Tribunal, tendo sido interposto o recurso cabível, a Corte destinatária afasta a inadmissibilidade. Retornando o remédio, para que seja apreciado na instância de origem, nova decisão é proferida no mesmo sentido da primeira; (b) outro o caso seria o de, em situação semelhante, o órgão judicial inferior que indefere a redistribuição do ônus da prova; sendo tal decisão reformada em instância superior, o juízo originário cientifica as partes que julgará a causa, sem a referida inversão.

Em todos esses casos, e em muitos outros que podem surgir no dia-a-dia forense, o que se pretende corrigir com a Reclamação é o desrespeito, por juízo de instância inferior de decisão proferida por instância superior.

Nessas hipóteses, em não havendo o recurso cabível, será possível a utilização da Reclamação como forma de preservação da autoridade que foi desrespeitada.

6 A RECLAMAÇÃO UTILIZADA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE ENUNCIADO DE SÚMULA VINCULANTE E DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme afirma Leonardo L. Morato (2007, p. 32): “a primeira fase da reclamação inicia-se com a origem do Supremo Tribunal Federal, quando essa medida foi admitida por construção jurisprudencial, com base na teoria dos poderes implícitos, os *implied powers* do direito norte-americano”; contudo, para os objetivos deste estudo, o que tem maior relevância no desenvolvimento e compreensão dessa

ação é a fase que surge com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, e em especial com a criação das súmulas de caráter vinculante.

Tal Emenda Constitucional inseriu no texto original da Constituição de 1988, o artigo 103-A, que dotou esta ação de uma característica muito relevante, e que foi ampliada e revigorada com a promulgação do Código de Processo Civil vigente: a de dar guarida ao sistema de precedentes que, naquele momento começava a ser construído em nosso ordenamento jurídico.

Importante compreender que, segundo afirma Humberto Theodoro Júnior (2015, item 618, sem indicação de página): “enquanto as súmulas comuns possuem força obrigatória para juízes e tribunais, a súmula vinculante, instituída por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, assume força vinculativa que ultrapassa a esfera judicial”, daí o motivo pelo qual a redação do artigo 103-A da Carta Política de 1988, em seu § 3º, prevê que “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação”.

O artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi regulamentado pela Lei 11.417/2006, que em seu artigo 7º previu expressamente:

> Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.
>
> § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.
>
> § 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Observe-se que a lei federal acabou ampliando o comando constitucional que mencionava apenas a contrariedade a súmula aplicável, ou sua aplicação indevida como hipóteses de cabimento da ação, e incluindo três situações (ao invés de duas) como casos em que a Reclamação pode ser proposta (a) contrariedade a enunciado de súmula vinculante; (b) negativa de vigência a súmula aplicável e; (c) aplicação indevida de súmula vinculante. A diferença surge, então, naquelas situações em que o aplicador do direito (seja na esfera administrativa, seja na judicial) “negar vigência a súmula aplicável”.

O Código de Processo Civil vigente (em que pese não esteja tratando apenas da súmula vinculante, mas de qualquer “precedente”), aclarou aquilo sobre o que o legislador de 2006 fez apenas menção. O artigo 489 da nova ordem processual veio explicitar exatamente, a diferença entre cada uma dessas situações. O referido dispositivo legal vem assim escrito, na parte em que interessa:

> Art. 489 - [...]
> [...]
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> [...]
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Em outro momento, o Código de Processo Civil, especifica caso distinto de cabimento de reclamação (que será visto com mais detalhes adiante, mas que interessa para compreensão do ponto que se está debatendo) como mecanismo adequado para garantir a observância de “tese” adotada em precedente (no caso o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas). A lei vem assim escrita:

> Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:
> [...]
> § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

O artigo 927 do novo Código de Processo Civil, que institui as grandes linhas do “sistema de precedentes” adotado no ordenamento jurídico processual brasileiro vigente é imperativo:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II - os enunciados de súmula vinculante;
> [...]
> § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

A interpretação conjunta dos dispositivos legais acima referidos autoriza algumas conclusões a respeito da utilização da Reclamação para garantir a

observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Uma delas é a de que tanto as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, quanto os enunciados de súmula vinculante; objetivando a utilização de Reclamação, são equiparados a "precedentes" para a nova ordem processual (cujos desdobramentos serão analisados mais detidamente no próximo tópico).

Outra, é a de que há diferença significativa entre (a) contrariar; (b) negar vigência e; (c) aplicar indevidamente súmula vinculante, ou decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Contrariar súmula vinculante ou decisão tomada em controle concentrado de constitucionalidade exige uma espécie de "vontade livre e consciente" do aplicador desse direito, que mesmo conhecendo todos os limites, consequências e desdobramentos de um determinado julgado, simplesmente produz uma decisão em sentido oposto àquele da "tese" construída pelo Supremo Tribunal Federal; quer dizer: se a "tese" diz "sim", a decisão do aplicador diz "não".

Já a negativa de vigência (autorizada) pode ser compreendida sob a perspectiva de uma verdadeira superação da "tese", um *overruling*. O aplicador deixa de invocar o precedente, porque o mesmo tornou-se obsoleto, não mais se adequando à realidade social do caso que se encontra em julgamento.[203]

Cabe lembrar que a Lei 11.417/2006, no § 1º do artigo 2º prevê expressamente que:

> O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Também haverá uma negativa de vigência (autorizada) quando os elementos fáticos do caso concreto não se amoldem às circunstâncias fáticas do caso paradigma (súmula vinculante ou decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade). Isso significa que o aplicador estaria liberado

[203]As evidências indicam, no entanto, que o sistema de precedentes do Código de Processo Civil Brasileiro, não autoriza juiz de instância inferior àquela da qual o precedente emanou, ele próprio, considerar a existência de *overruling* sem que a Corte tenha produzido decisões que demonstrem a efetiva superação da anterior.

para não aplicar o precedente se o caso concreto não se amoldasse perfeitamente ao precedente. Nesse ponto, o artigo 926 d código de Processo Civil vigente, esclarece:

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
> [...]
> § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Fora dessas situações "autorizadas", o operador do direito se encontra vinculado às "teses" definidas pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que ao não aplicar o precedente estaria sujeitando sua decisão a ser desafiada por uma Reclamação.

Lembre-se que a alteração de súmula vinculante possui um rito específico que vem previsto na Lei 11.417/2006 (§ 3º do art. 2º), segundo a qual: "a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária"; quer dizer não pode o aplicador (situado em órgão hierarquicamente inferior ao Supremo Tribunal Federal), simplesmente negar vigência ao precedente enquanto o seu criador não o fez através do mecanismo legal específico.

Finalmente a "aplicação indevida" de súmula vinculante ou de decisões proferidas pelo STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, é uma situação diferente. Nesta hipótese há um erro de interpretação do operador, a quem caberia conhecer perfeitamente os limites e a extensão do conteúdo dos julgados que devem servir de base para sua atuação jurisdicional.

Ao aplicar um precedente, o jurista deve ter por base não apenas as circunstâncias fáticas que inspiraram a sua criação, como também a compreensão precisa dos seus limites teóricos, devendo identificar seus fundamentos determinantes (*ratiodecidendi*) e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos mesmos, assim como para deixar de aplicá-lo deverá demonstrar o oposto.

Enfim, como afirma Alexandre Freitas Câmara (2017; item 23.9, sem indicação de página):

> [...] as decisões proferidas pelo STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade têm eficácia vinculante e erga omnes (art. 102, § 2º, da Constituição da República). Assim, qualquer decisão judicial que venha a ser proferida, em qualquer processo, e que desconsidere o quanto decidido pelo STF em processo de controle concentrado de constitucionalidade desrespeita a autoridade daquela decisão é, pois, impugnável por meio de reclamação. O mesmo se diga em relação às decisões que violem enunciado de súmula vinculante, hipótese em que o cabimento da reclamação já está expressamente previsto na Constituição da República (art. 103-A, § 3°, da Lei Maior).

Daniel Amorin Assumpção Neves (2017, p. 1528-1529), de seu turno, entende que o novo Código de Processo Civil, ao tratar do tema adotou a "teoria dos efeitos transcendentes dos motivos determinantes" quando menciona "tese jurídica", ao invés de "norma jurídica", decidida concretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Literalmente, afirma que:

> Segundo reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, a vinculação entre julgado-paradigma proferido na ação de controle concentrado de constitucionalidade e aquele que se impugna por meio de reclamação constitucional deve ser perfeita. Ainda que não se discuta o acerto do entendimento, é recomendável afirmar que, não é somente a exata norma declarada (in)constitucional que pode ensejar reclamação constitucional nos termos ora analisados, considerando a aplicação da tese da transcendência dos motivos determinantes.

Cabe sempre ressaltar que como a Reclamação não possui caráter sucedâneo de nenhum meio legal de impugnação de decisões judiciais, sempre que um desses for cabível, o remédio próprio deverá ser invocado, sendo que a utilização da Reclamação se resumirá àqueles casos em que tais meios não existam ou poderá ser interposta concomitantemente com o último mecanismo utilizado na via própria, perante o órgão imediatamente inferior àquele ao qual a Reclamação é dirigida. A sua utilização como "primeira opção" somente será possível naqueles casos em que a lei autorize a sua invocação direta.

7 A RECLAMAÇÃO UTILIZADA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM JULGAMENTO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS OU DE INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Os dois mecanismos que se passa a discutir neste momento, sob o enfoque de suas relações com a Reclamação, surgem como duas grandes novidades do sistema de precedentes que foi instituído pelo novo Código de Processo Civil.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) encontra previsão legal nos artigos 976 e seguintes do Código de Processo Civil, e tem cabimento quando for constatado simultaneamente: (a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

No artigo 985 do mesmo diploma legal, encontra-se previsão no sentido de que firmada a "tese", a mesma deverá ser aplicada: (a) "a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região" e; (b) "aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986".

Prevê o § 1º do referido artigo 985, que se não for observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.[204]

[204]Autores como Misael Montenegro Filho e Pedro Lenza, têm defendido a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 985 do Código de Processo Civil vigente, ao argumento da indevida ampliação infraconstitucional dos casos de vinculação através de precedentes. Para Misael Montenegro Filho (2016, sem indicação de página) "Imediatamente após a aprovação do novo CPC, parte da doutrina passou a afirmar a inconstitucionalidade parcial do inciso IV do dispositivo em exame e do § 1º do art. 985, por preverem o cabimento da reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência e quando não observada a tese adotada no incidente, sob o fundamento de que essas previsões devem ser constitucionais, não via norma infraconstitucional, com o que concordamos".
Já para Pedro Lenza (2015, sem indicação de página): "Em nosso entender, essas regras de vinculação não poderiam ter sido introduzidas por legislação infraconstitucional, mas, necessariamente, por emenda constitucional a prever outras hipóteses de decisões com efeito vinculante, além daquelas já previstas na Constituição. Como se sabe, na CF/88, o efeito vinculante (no caso, premissa para se falar nessa hipótese de cabimento da reclamação), somente se observa em razão das decisões em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º), ou em razão de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 103-A), regra essa, aliás, na linha do que sustentamos, introduzida pela EC 45/2004. Não podemos confundir efeitos processuais dos instrumentos elencados acima com ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação constitucional (art. 102, I, "l") para a garantia da autoridade das decisões dos tribunais. Até podemos admitir, aplicando-se os instrumentos de coerência e integridade o que, de modo muito interessante,

Já o Incidente de Assunção de Competência (IAC) está assentado no artigo 947, igualmente do Código de Processo Civil vigente e é considerado admissível quando “o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”, ou “quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

O § 3º do artigo 947, também prevê que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

A exemplo dos casos anteriores, a Reclamação pode ser utilizada nos casos em que o os juízes de instâncias inferiores deixarem de observar os acórdãos proferidos nos Incidentes acima referidos.

Observe-se que a expressão utilizada pelo inciso IV do artigo 988 do novo Código de Processo Civil é no sentido de que a Reclamação pode ser utilizada para “garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

O Código de Processo Civil especifica no § 4º do artigo 988, os limites da “inobservância” dos acórdãos proferidos nos Incidentes aqui tratados, esclarecendo que as hipóteses de cabimento da Reclamação compreendem (a) a aplicação indevida da tese jurídica e (b) sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

Para Alexandre Freitas Câmara (2017; item 23.9, sem indicação de página):

> Do mesmo modo, no caso de inobservância de precedente vinculante, originário do julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência (e que pode se dar de três maneiras: pela prolação de decisão contrária ao precedente, pela negativa de vigência do precedente – afirmando-se, por exemplo, que seria caso de uma modulação de efeitos que não havia sido determinada – ou pela sua inadequada aplicação, utilizando-se o precedente como fundamento de decisão de causa distinta, a que não é ele aplicável), será admissível a reclamação como mecanismo de impugnação da decisão judicial. Vale realçar, aliás, que nos termos do § 4º do art. 988, “as hipóteses dos incisos III e IV [do art. 988] compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”. Dito de outro modo, desrespeita-se a eficácia vinculante de um enunciado de súmula vinculante ou de um precedente vinculante tanto nos casos em que não sejam eles aplicados quando deveriam sê-lo, como naqueles casos em que eles não deveriam ser aplicados, mas o são.

Streck denominou “vinculação orgânica-material” dos julgadores. Em nosso entender, essa dita “vinculação”, no controle da decisão judicial, não poderá ensejar o cabimento da reclamação constitucional”.

Reitera-se aqui tudo quanto dito acima a respeito da necessidade de adequação das circunstâncias fáticas do caso concreto e das situações de (a) contrariar; (b) negar vigência e; (c) aplicar indevidamente súmula vinculante, ou decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, já que nos conceitos de (a) a aplicação indevida da tese jurídica e (b) sua não aplicação aos casos que a ela correspondam, podem perfeitamente estar compreendidas situações similares àquelas.

8 A RECLAMAÇÃO UTILIZADA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE ACÓRDÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA OU DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO OU ESPECIAL REPETITIVOS, DESDE QUE ESGOTADAS AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS

A questão da utilização da Reclamação como mecanismo para estimular os juízos de instâncias inferiores a seguir a jurisprudência vinculante dos Tribunais Superiores não é nova, mas teve um verdadeiro incremento com a entrada em vigor do Código de Processo Civil vigente, e pode ser resumida no pensamento de Humberto Theodoro Júnior (2015; Item 613, sem indicação de página):

> Quando a jurisprudência é vinculante, a sua infringência enseja reclamação da parte prejudicada ao tribunal que deferiu o respectivo enunciado, o qual promoverá o necessário para que a força de sua jurisprudência seja restabelecida e respeitada. Se os precedentes não gozam de tal força, a parte, inconformada com sua inobservância, terá de impugnar a decisão pelas vias recursais ordinárias ou extraordinárias, para tentar escapar da opção do julgador, se for o caso de esta não se apoiar em razão de direito suficiente.
> A sujeição dos juízes e tribunais à jurisprudência dos órgãos jurisdicionais superiores, dar-se-á com observância da seguinte gradação hierárquica, traçada pelo art. 927 do NPC [...].

Os Recursos Extraordinários e Recursos Especiais passaram a ter nova disciplina, sendo considerados repetitivos, na fórmula oferecida pelo artigo 1.036 do novo Código de Processo Civil, que prevê:

> Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o

> disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Após o julgamento dos recursos afetados, o acórdão servirá de paradigma para todos os casos em tramitação ou futuros que versarem sobre a mesma controvérsia fática.

Aqui não há muita diferença do que se disse nos tópicos anteriores, a respeito da necessidade de adequação das circunstâncias fáticas do caso concreto e das situações de (a) contrariar; (b) negar vigência e; (c) aplicar indevidamente súmula vinculante, ou decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, já que os “temas” ou “súmulas” dos julgamentos de casos repetitivos acabam produzindo os mesmos efeitos, sob a ótica da vinculação dos juízos de instâncias inferiores, que aqueles produzidos por aqueles institutos.

A diferença fica, basicamente, por conta do momento da interposição, pois se a Reclamação for utilizada para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, deverão estar (antes) esgotadas todas as instâncias ordinárias.

Na prática significa que a Reclamação deve ser protocolada “concomitantemente” com o Agravo do artigo 1.042 do Código de Processo Civil vigente, já que segundo preceitua a súmula 734 do STF é impossível o manejo de Reclamação, quando a decisão atacada já houver transitado em julgado.

9 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi dito acima, pode-se concluir que o Código de Processo Civil vigente funciona como um verdadeiro divisor de águas para marcar uma nova fase da Reclamação; tanto que a mesma possui um Capítulo específico, o que não ocorria no Código revogado.

No que diz respeito ao manejo da Reclamação para disciplinar a defesa dos precedentes e seus equiparados, em que pese a discussão a respeito da constitucionalidade da ampliação de hipóteses de cabimento via lei federal, o fato é que tal Instituto se mostra como um dos mecanismos através do qual o legislador procurou conferir consistência e coerência ao novo sistema, tentando evitar a proliferação de decisões divergentes em casos com circunstâncias fáticas idênticas.

É fato que a Lei 13.105/2015 sofreu sérias alterações pela Lei 13.256/2016, que acabou por eliminar algumas vias de acesso às Cortes Superiores, transferindo para os Tribunais Regionais a interpretação e aplicação de seus precedentes. Entre tais alterações está aquela que limitou a utilização da Reclamação somente como último remédio, a ser interposta simultaneamente ao recurso de Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário, quando for o caso.

Pode-se observar, então, que a Ação de Reclamação se encontra em constante evolução, seja de sua natureza jurídica, seja das hipóteses de cabimento.

Este breve estudo sugere a necessidade de maior aprofundamento teórico, para que a Reclamação possa ser compreendida e utilizada corretamente. E, diante da certeza de não se ter esgotado o tema, novos estudos deverão ser realizados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art489§1. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. **Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016**. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm#art2. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Agravo Regimental na Reclamação 17.176/RS**; Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 14.04.2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8529533; Acesso em 12 jul. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Forense. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/hp/Downloads/22%20-%20C%C3%82MARA_Alexandre_Freitas_O_Novo_Processo_Civil_Brasileiro_2017.pdf. Acesso em 12 jul. 2017.

DAL MONTE, Douglas Anderson. **Reclamação no CPC/2015.** Hipóteses de cabimento, procedimento e tutela provisória. Coleção Novo Código de Processo Civil, volume 5. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LENZA, Pedro.**Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc. Acesso em 14 jul 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597007541/epubcfi/6/10[;vnd.vst.idref=body005]!/4/6/2@0:0. Acesso em 14 jul. 2017.

MORATO, Leonardo L. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante.** Coleção Recursos no Processo Civil, volume 15. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: Editora Jvspodium, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/hp/Downloads/22%20-%20THEODORO_J%C3%9ANIOR_Humberto_Curso_Direito_Processual_Civil_v3_2015.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

O ARTIGO 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

Edgar José Galilheti[205]
Aldo Dolberth[206]

RESUMO

Com este estudo se pretende contribuir para solução de uma questão que pode ser assim enunciada: em que medida o dever de fundamentar as decisões judiciais restou impactado pelas novas exigências formuladas pelo sistema de precedentes criado pelo Código de Processo Civil em vigor? O artigo encontra-se estruturado da seguinte maneira: em um primeiro momento será analisado o novo Código de Processo Civil, especialmente nos aspectos relacionados à criação de um sistema de precedentes; posteriormente, analisa-se o artigo 489 do referido diploma legal e as novas exigências metodológicas exigidas para que uma decisão judicial possa ser considerada fundamentada. A conclusão é a de que a articulação de um sistema de precedentes, passa a exigir do magistrado vinculado novas metodologias para que suas decisões possam ser consideradas fundamentadas. Seja para aplicação de um precedente, seja para deixar de aplicá-lo, deverá o julgador aferir se as eventuais diferenças nas circunstâncias fáticas do caso sob julgamento são ou não juridicamente relevantes. Finalmente, a vinculação dos magistrados de instâncias inferiores se dá pela análise da *ratiodecidendi* do precedente invocado e não apenas pelo enunciado da súmula (tese ou tema) que tenha sido editada para sistematizar a sua aplicação aos casos futuros. O artigo é preponderantemente de revisão, sem prejuízo, no entanto, de em algumas oportunidades, lançar-se mão de temas ou abordagens originais; o método utilizado pelos investigadores foi o dedutivo; e a pesquisa foi bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras chave: Fundamentação. Decisões Judiciais. Novo Código De Processo Civil. Sistema de Precedentes Brasileiro.

[205] Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2013); possui mestrado em Ciência Jurídica também pela Universidade do Vale do Itajaí (2009), e graduação em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (1992), Professor em cursos de graduação e especialização na área jurídica em Santa Catarina e no Rio Grande do Sul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor Convidado Permanente da Escola Superior da Advocacia/SC.

[206] Possui graduação em Ciências Contábeis pela Fundação Universidade do Contestado – UnC, Campus Curitibanos (1989), graduação em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (1996) e mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2003). Atualmente é professor titular da Fundação Universidade do Contestado - UnC Campus Curitibanos.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil brasileiro passou recentemente por uma grande alteração que lhe conferiu nova dinâmica, especialmente no que diz respeito ao dever de fundamentar as decisões judiciais.

Criou-se de um verdadeiro sistema de precedentes, com exigência direcionada aos juízes de instâncias inferiores vinculando-os às decisões de casos paradigma proferidos por instâncias superiores.

Essas mudanças impactaram diretamente a atividade dos magistrados, de sorte que foram incluídas várias exigências de caráter metodológico e de conteúdo para que suas decisões possam ser consideradas “fundamentadas”.

Evidentemente que, mesmo sendo a exigência dirigida aos juízes, desperta o interesse de todos aqueles que se veem, de alguma maneira, envolvidos no processo.

Tais mudanças, no entanto, não surgiram apenas agora, já que desde a promulgação da Emenda Constitucional 45, novos mecanismos (súmula vinculante, por exemplo) e novos princípios (vinculação das instâncias inferiores, por exemplo) já aportaram no sistema jurídico pátrio.

Nos anos de 2005 e 2006, houve a promulgação de uma série de leis (que em seu conjunto formaram aquilo que se intitulou de reforma infraconstitucional do judiciário[207]) que vieram dar concretude ao que a norma constitucional passou a regular apenas de forma geral.

Passados aproximadamente 10 anos, promulgou-se um novo Código de Processo Civil, que não apenas manteve, basicamente intactas, aquelas mudanças já incorporadas ao patrimônio processual civil na reforma de 2005/2006, mas também acionou outras que vieram a consolidar um “projeto” que vinha sendo desenhado.

Uma das grandes alterações, certamente, foi a criação daquilo que se passou a denominar como “sistema de precedentes”[208], com regras para definir quais são as

[207] Conjunto de leis que serviram para dar concretude à EC 45/2004. Compreende os seguintes diplomas legais: Lei 11.187/05 (Agravos); Lei 11.232/05 (Execução de Títulos Judiciais); Lei 11.276/06 (Súmula Impeditiva de Recursos); Lei 11.277/06 (Processos Repetitivos); Lei 11.280/06 (Prazos para Vista); Lei 11.382/06 (Execução de Títulos Judiciais); Lei 11.341/06 (Processo Eletrônico); Lei 11.417/06 (Súmula Vinculante); Lei 11.418/06 (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário); Lei 11.441/07 (Separação, Divórcio, Inventário e Partilha, Extrajudiciais)

[208] Entre muitos, veja-se Pedro Miranda de Oliveira (2016, p. 155 e ss.)

decisões judiciais que possuem caráter vinculante imediato, de que forma tais decisões devem ser tomadas, e de que maneira serão protegidas pelos mecanismos que o próprio sistema criou.

A ideia que num primeiro momento (2005/2006) se limitava ao objetivo de diminuir o volume de recursos foi ampliada para diminuir, também, o volume de ações. Tanto isso é verdade que o artigo 332 do novo Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de julgamento liminar de improcedência (decisão com julgamento de mérito) de ações que contenham pedidos que contrariem (a) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; (b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (d) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Neste artigo o que se pretende, respeitados os seus limites, é analisar brevemente os contornos desse novo sistema de precedentes; em que medida os juízes estão vinculados às decisões tomadas em *leading cases* e que exigências metodológicas e de conteúdo são, além das já existentes, foram impostas para aplicação dessas decisões vinculantes pelas instâncias inferiores.

O artigo é preponderantemente de revisão, sem prejuízo, no entanto, de em algumas oportunidades, lançar-se mão de temas ou abordagens originais; o método utilizado pelos investigadores foi o dedutivo; e a pesquisa foi bibliográfica e jurisprudencial.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES ARTICULADO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Talvez o ponto inicial a se considerar, quando são analisadas as grandes mudanças impostas pelo novo Código de Processo Civil, seja o fato de que, mesmo antes de entrar em vigor, a lei 13.105, de 16 de março de 2015, foi alterada pela lei 13.256 de 04 de fevereiro de 2016. A primeira é o Código de Processo Civil, propriamente dito, e a segunda impôs-lhe uma série de alterações, mesmo durante a sua *vacatio legis* que, na forma do artigo 1.045, foi de um ano, contado da data de sua publicação oficial.

Chama atenção o fato de que as maiores alterações promovidas pela Lei 13.256 na Lei 13.105, ocorreram justamente naqueles pontos que tratavam do sistema de precedentes e, especialmente, onde havia previsão de recursos para os tribunais superiores. Tome-se como exemplo, o contido no artigo 1.042, que trata do Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário, cuja redação originária previa que dito recurso seria “sempre” apreciado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de justiça (dependendo da modalidade de recurso interposto) quando o Recurso Especial ou o Extraordinário não fossem admitidos pelo Vice-Presidente do Tribunal local. A nova redação prevê expressamente que:

> Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, **salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos**. (grifou-se)

Na prática isso significa que quando o recurso especial ou extraordinário tiver por fundamento a não aplicação, ou aplicação inadequada deprecedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, e a tal pleito seja inadmitido pelo órgão competente no juízo de origem, o recurso contra essa decisão não será dirigido ao Tribunal Superior, mas sim a um órgão do próprio tribunal ao qual pertence o Vice-Presidente.

Assim, tanto da decisão do presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal para que exclua de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário (§ 2º do artigo 1.036), quanto daquela que resolver pleito demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, caberá Agravo Interno (§ 7º do artigo 1.035; § 3º do artigo 1.036, e inciso II, do § 13 do artigo 1.037).

Especificamente, no que diz respeito à admissão ou inadmissão de Recurso Especial ou Extraordinário que tenha como fundamento decisão proferida em sede de recurso repetitivo tanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal, o artigo 1.030 do Código de Processo Civil passou a contar com a seguinte redação:

> Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:
> I – negar seguimento:
> a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;
> b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;
> [...]
> III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;
> [...]
> § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por exemplo, foi instituída em 30.11.2016, uma **Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais**, pela edição do Ato Regimental 143/2016[209], com competência para julgar:

> [...] os agravos internos que forem interpostos contra as decisões proferidas pelo 2º e pelo 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça em recursos especiais e em recursos extraordinários e que estiverem fundamentados no § 2º do art. 1.030, nos §§ 6º e 7º do art. 1.035 ou nos §§ 2º e 3º do art. 1.036, todos da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Como dito anteriormente, em sua redação original, o novo Código de Processo Civil previa que os recursos em tais decisões seriam endereçados diretamente às instâncias superiores, não dependendo, sequer, de juízo.

> Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.
> Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade. (Redação original da Lei 13.105/2015)

[209] Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=163206&cdCategoria=3&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc= Acesso em 15 jul. 2017.

Nitidamente, aqui, o objetivo foi o de diminuir o número de recursos nas instâncias superiores.

Em outro momento, o Código de Processo Civil, com o mesmo espírito dispensa a remessa obrigatória naqueles casos em que a decisão da instância inferior esteja ancorada em precedente vinculante:

> Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
> [...]
> § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:
> I - súmula de tribunal superior;
> II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
> III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

O inciso IV, do acima transcrito § 4º também dispensa de remessa obrigatória quando a sentença estiver fundada em "entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa", cirando uma espécie de precedente vinculante administrativo.

Alie-se a tudo o fato de que ainda está em tramitação a Proposta de Emenda Constitucional nº 10/2017 [210] (que teve sua origem na PEC 209/2013), que acrescenta o § 1º ao art. 105 da Constituição Federal e renumera o atual parágrafo único, prevendo que:

> No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, [...] no recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.

Na prática o que a PEC 10/2017 procura instituir é um procedimento parecido com a repercussão geral (relevância e transcendência) - que já existe no Supremo Tribunal Federal -, no Superior Tribunal de Justiça.

Enfim, esses casos que se elenca apenas à guisa de exemplo demonstram que a Lei 13.256/2016 e a PEC 10/2017 (ainda em tramitação) ainda estão a

[210] Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128403. Acesso em 14 jul. 2017.

implementar as alterações que completarão o sistema de precedentes, tendo como ponto central se não a diminuição do número de recursos, ao menos vedação a que os mesmos ascendam às Cortes Superiores, sendo aplicadas as “teses” dos precedentes pelos próprios juízes e Tribunais locais.

Feita essa breve introdução, no que diz respeito ao sistema de precedentes, propriamente dito, o mesmo encontra suas linhas mestras nos artigos 926 e 927 do novo Código de Processo Civil. Cada um deles será analisado separadamente, para melhor compreensão.

O artigo 926 prescreve obrigação expressa no sentido de que os Tribunais (qualquer Tribunal) deverão uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
> § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
> § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Prevê, ainda, a necessidade de que os Tribunais editem súmulas correspondentes à sua jurisprudência dominante, que deverão ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação.

Duas questões (dentre tantas extremamente relevantes) mostram-se indispensáveis para uma primeira aproximação com o tema dos precedentes, além da óbvia atribuição de responsabilidade aos Tribunais para que uniformizem sua jurisprudência; são elas: (a) a ideia de jurisprudência estável, íntegra e coerente; e (b) a atenção para as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação das súmulas de jurisprudência dominante.

Esses pontos ganham relevância, na medida em que traçam as linhas centrais do sistema de precedentes, que se somadas às disposições do artigo 927 (que será analisado um pouco mais adiante) que instituem obrigaçãodos juízes e tribunais inferiores aplicarem algumas decisões (precedentes) dos tribunais, superiores definem os contornos dessa nova perspectiva do processo civil brasileiro.

O novo Código de Processo Civil usa diversas nomenclaturas, demandando um breve acordo semântico (ao menos para os fins deste artigo), para que seja possível uma aproximação mais efetiva do sentido que o legislador pretendeu

conferir a tais categorias; são elas: (a) jurisprudência; (b) jurisprudência dominante; (c) jurisprudência pacificada e, (d) precedente.

A categoria jurisprudência é mencionada nos artigos 489, § 1º, VI; 521, IV; 926; 978.

A categoria jurisprudência dominante é mencionada nos artigos 926, § 1º; 927; § 3º e 1.035, § 3º, I.

A categoria jurisprudência pacificada é mencionada no artigo 927, § 4º.

A categoria precedente é mencionada nos artigos 489, § 1º, V e VI; 926, § 2º e 927, § 5º.

Existe um brocardo latino, segundo o qual: *Verba cum effectu, sunt accipienda* (não se presumem, na lei, palavras inúteis). Carlos Maximiliano (2011, p. 204) em análise dessa regra de hermenêutica afirma:

> As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.
> (...)
> Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva.
>
> Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.
> Entretanto o preceito não é absoluto. Se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma.

Adotando-se tais premissas, das quais se pode extrair a conclusão de que se houver dúvida entre o sentido da palavra e o espírito da lei, este último deve prevalecer (MAXIMILIANO; 2011, p. 205) e considerando que o legislador não estabeleceu nenhum conceito para as categorias acima elencadas, cumpre ao intérprete dar-lhes o sentido que melhor se adaptem ao verdadeiro “espírito da lei”.

Dito isso, o que se pode concluir é que o legislador utilizou as expressões jurisprudência dominante e jurisprudência pacificada se não com o mesmo sentido, mas com significado bem parecido. Poder-se-ia dizer, no entanto, que se a

jurisprudência é “dominante”, pode-se admitir, com grande chance de acerto que ainda existem “divergências”, de forma que ainda não foi totalmente “pacificada”.[211]

Dessa forma, é plausível que haja graus de pacificação dependendo do estágio em que o entendimento jurisprudencial se encontre, podendo esse processo ser assim descrito: (1º) será correto falar-se em jurisprudência naqueles casos em que, por exemplo, pela vez primeira uma matéria é julgada por um determinado tribunal, sem que haja decisões conflitantes a seu respeito; neste caso a sua invocação tem caráter meramente persuasivo para os juízes de mesma hierarquia ou de hierarquia inferior, salvo nos casos de IAC ou IRDR; (2º) a jurisprudência dominante, de sua vez, corresponde a um estágio mais avançado, no qual mesmo havendo divergências, há direcionamento num determinado sentido seja pela quantidade superior de decisões, seja pela sua maior novidade (cronologia). Na forma do § 2º do artigo 926, tal fase já autorizaria a edição de súmula, que se atenha “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”; (3º) uma vez editada a súmula, pode-se falar em jurisprudência pacificada e sua modificação, na forma do § 4º do artigo 927 demandará “necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Veja-se que pela regra do inciso V, do § 1º do artigo 489, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Esta regra, se confrontada do aquela do § 2º do artigo 926, que exige, para elaboração de súmulas, atenção do tribunal para as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, demonstra já uma característica do sistema de precedentes que não admite mais a simples reprodução da súmula sem que seja

[211] A respeito das diferenças entre “jurisprudência” e “jurisprudência dominante”, afirma Casso Scarpinela Bueno (2015, p. 541): “Distinguir jurisprudência de jurisprudência dominante parece ser tarefa inglória. Não consta que um punhado de julgados aleatoriamente identificados (e em tempos de internet, eles são achados com extrema facilidade) possam querer fazer as vezes do que sempre se disse sobre a jurisprudência e que, por isso, jurisprudência dominante é a verdadeira jurisprudência, representativa de uma tendência de determinado Tribunal sobre decidir em um e em outro caso. O que parece ser mais correto é identificar (o que vai muito além do que com critérios eletrônicos de pesquisa se consegue) o que os Tribunais vêm decidindo a respeito de determinados temas e constatar a estabilidade (no sentido de duração) dessa tendência. Até porque, para esse fim, eventual existência de súmulas dos Tribunais, tais como a dos Tribunais Superiores e de alguns dos demais TJs e TRFs, é indicativo do caminho assumido objetivamente pela jurisprudência (que só pode ser a dominante)”.

feito o “cotejo analítico” entre as circunstâncias fáticas do caso concreto e do caso paradigma, para somente aí poder-se concluir que o referido entendimento consolidado pode ser aplicado no processo que está sendo julgado.

Pela regra do inciso V, do § 1º do artigo 489, parece que o juiz só pode deixar de aplicar a súmula editada sob as regras do § 2º do artigo 926, se demonstrar a distinção do caso concreto com o paradigma, ou a superação da súmula (para esta última situação, no entanto, maiores esclarecimentos serão feitos mais adiante).

No que diz respeito aos precedentes, a categoria vem mencionada nos artigos 489, § 1º, V e VI; 926, § 2º, 927, § 5º. Vinha citada, também no inciso IV, do artigo 988 e inciso II, do § 1º, do artigo 1.042, da redação original do Código de Processo Civil, mas ambos foram revogados pela lei 13.256/2016.

Ao que parece o legislador não atribui o mesmo sentido à categoria “precedente”, toda vez que a usa. Diferença marcante pode-se observar nas situações mencionadas nas duas hipóteses do artigo 489, daquela do artigo 926. É que na menção feita no artigo 926, aparentemente, o legislador está dela se utilizando em um sentido lato, para se referir a simples “julgamentos anteriores” que motivaram a criação de enunciados de súmulas. Já no artigo 489 o “precedente” é equiparado a súmula, e gera vinculação do juiz que não pode deixar de aplicá-lo sem que demonstre a existência de distinção ou de sua superação; também não poderá invocá-los em suas decisões sem “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V, do § 1º do art. 489).

É bem verdade que no caso do inciso VI do § 1º do artigo 489, a mesma exigência é feita para a “jurisprudência”.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 1390) esclarece que há diferença entre o que chama de “precedente brasileiro”, e o *precedent* da *common law*. Para o referido autor:

> Como se pode notar, o precedente é objetivo, já que se trata de uma decisão específica que venha a ser utilizada como fundamento do decidir em outros processos. Ainda mais o precedente brasileiro, já que no sistema instituído pelo Novo Código de Processo, diferente do que ocorre com o *precedent*do direito anglo-saxão, o julgamento já nasce predestinado a se tornar um precedente vinculante. (grifou-se)

Um pouco mais adiante Neves (2017, p. 1404) explica que um “precedente”, em sua concepção lata, é um julgamento que sirva de base para qualquer outro. Assim, segundo afirma, em tese, um julgamento pode ou não se tornar um precedente, dependendo de sua utilização futura, para embasar outros julgamentos. Para ser um “verdadeiro precedente”, também, o caso sob julgamento teria que ir além da simples aplicação ou interpretação da lei, criando um verdadeiro entendimento inédito ou representar uma mudança em entendimento anterior, sedimentado.

No que diz respeito ao fato de algumas decisões já nascerem com características de precedente, o próprio artigo 927 do CPC, não deixa margem para qualquer dúvida a respeito, quando determina:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II - os enunciados de súmula vinculante;
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

No âmbito da Justiça dos Estados, ainda, há que se acrescentar ao rol do artigo 927, a previsão contida no artigo 332, igualmente do Código de Processo Civil, que não é menos imperativo:

> Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
> I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
> II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
> III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
> IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Observe-se que a previsão do artigo 332 chega a ser mais severa que aquela do artigo 927, pois determina que o magistrado julgue liminarmente improcedente o pedido que contrariar os “precedentes natos”, que menciona, incluindo no rol os

“enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”, fechando assim, o cerco, sobre eventuais iniciativas para minar a consistência e coerência do sistema.

Dentro dessa ordem processual, o legislador acabou criando dois novos mecanismos para dar coerência e consistência ao sistema de precedentes, que são: (a) o incidente de assunção de competência, previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil e; (b) incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos artigos 976 a 987, do mesmo diploma legal. Isso, naturalmente, sem falar na revigoração da Reclamação (artigos 988 a 993), que passa a ser a grande ferramenta da atual sistemática, para preservação dos precedentes.

O sistema se fecha, então, na medida em que: (a) serão julgados liminarmente improcedentes os pedidos que contrariarem os precedentes; (b) os juízes e tribunais de instância inferior devem observar as decisões proferidas nos precedentes; (c) não serão consideradas fundamentadas as decisões que se limitarem a invocar precedentes sem demonstrar que o caso concreto se adequa ao paradigma; (d) não serão consideradas fundamentadas as decisões que deixarem de aplicar precedente, sem demonstração de *distinguishing* ou *overruling*; (e) o relator pode, monocraticamente, negar ou dar provimento a recurso, dependendo do conteúdo da decisão recorrida estar ou não em consonância com precedente (art. 932, IV e V); (f) se constatada a nulidade de sentença por falta de fundamentação, pode o Tribunal destinatário do recurso de apelação decidir, desde logo, o mérito da demanda (art. 1.013)[212]; (g) em que pese não tenha ficado dito de forma explícita, mas da leitura dos §§ 2°, 3° e 4° do artigo 927, fica evidente que somente o Tribunal que criou a tese consubstanciada no precedente é que tem o poder de modificá-la ou revogá-la.

Em poucas linhas é o que se pode dizer sobre o sistema de precedentes instituído pelo novo Código de Processo Civil. Cumpre agora tentar entender de que forma os processos metodológicos da elaboração de decisões judiciais podem ser influenciados pelo mesmo.

[212] Ver enunciado 307 do FPPC: “(art. 489, § 1º, VI). O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa. (Grupo: Precedentes)”.

3 POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES DAS EXIGÊNCIAS METODOLÓGICAS DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS

Diante de tudo quanto foi dito acima, parece ter ficado clara a seguinte situação, frente a um caso concreto: (a) em havendo um precedente vinculante o magistrado somente pode deixar de aplicá-lo; se demonstrar a existência de *distinguishing* ou *overruling*; (b) ao aplicar o precedente vinculante, deverá identificar seus fundamentos determinantes, demonstrando que o caso sob julgamento se ajusta àqueles (*ratiodecidendi*); (c) caso não exista tese firmada em precedente vinculante, a jurisprudência anterior, coincidente, será apenas persuasiva.

A questão é complexa, dada a necessidade de uma análise aprofundada tanto das circunstâncias fáticas que envolvem o caso concreto, quanto do paradigma, para poder aferir-se se eventuais diferenças que possuam consubstanciam-se em fatos juridicamente relevantes, capazes de afastar a aplicação do precedente vinculante.

Para Alexandre Freitas Câmara, (2017, item 9.2 e 14.3.2, sem indicação de página) uma das características dos precedentes e enunciados de súmula vinculante é que eles estabelecem padrões decisórios capazes de permitir que casos equivalentes recebam soluções análogas (*totreatlike cases alike*), criando-se a partir daí uma padronização dos julgamentos, a fim de assegurar previsibilidade (que é elemento essencial do direito fundamental à segurança jurídica) e isonomia (afinal, se todos são iguais perante a lei, é preciso que casos iguais recebam decisões iguais). Literalmente, afirma:

> É que através do uso de precedentes como fontes do Direito o que se busca, ao menos no Direito brasileiro, é uma padronização decisória que permita que casos iguais (ou, pelo menos, análogos) recebam decisões iguais (ou, pelo menos, análogas). Como se costuma dizer na doutrina de língua inglesa, *totreatlike cases alike*. É absolutamente essencial, então, que se promova este confronto analítico entre o caso precedente e o caso sob julgamento, indicando-se os pontos que os aproximam a ponto de aplicar-se o precedente ao novo caso.

O Código de Processo Civil vigente não esclarece o que entende por “distinção” ou por “superação” do precedente, para justificar o seu afastamento e, muito menos, deixa claro em que circunstâncias ou hipóteses o caso sob julgamento

se ajusta aos fundamentos do paradigma, exigindo sua aplicação; mesmo assim, que qualquer decisão judicial será considerada como “não fundamentada” se tais análises não estiverem presentes.

Diante disso, e dados os limites desta pesquisa, alguns pontos de maior relevância podem ser relativamente aprofundados: (a) o primeiro surge da necessidade de compreensão do que, realmente, a legislação processual vigente estabelece como “distinção” a justificar a não aplicação de um precedente vinculante; (b) o segundo, no mesmo sentido, demanda a compreensão de eventual “superação” do paradigma; e (c) o terceiro, refere-se a saber o que, exatamente, num precedente, é vinculante, partindo-se do pressuposto que ele deva ser aplicado, obrigatoriamente.

Não se desconhece o posicionamento de determinados autores, como é o caso de Cássio Scarpinela Bueno, que não admitem o uso ou mesmo a aproximação de conceitos do sistema de precedentes brasileiro, com outros sistemas de *commomlaw*. Conforme se posiciona o referido autor (2015, p. 541-542):

> [...] não vejo como, aplicando o que já escrevi, querer enxergar, no CPC de 2015 e nas pouquíssimas vezes que a palavra “precedente” é empregada, algo próximo ao sistema de precedentes do *common law*. A palavra é empregada, nos dispositivos que indiquei, como sinônimo de decisão proferida (por Tribunal) que o CPC de 2015 quer que seja vinculante (*paradigmática*, afirmo eu). Nada além disso. É o que basta, penso, para evitar a importação de termos e técnicas daqueles sistemas para compreender o que aparece de forma tão clara e tão evidente no próprio CPC de 2015.
> Nada de *distinguishing*, portanto, bastando que o interessado demonstre a distinção de seu caso com aquele anteriormente julgado (assim, de maneira expressa: art. 489, § 1º, VI; art. 1.029, § 2º; art. 1.037, §§ 9° e 12; art. 1.042, § 1º, II; e art. 1.043, § 5º). Nada de *overrulling*, para ficar apenas com outro termo sempre lembrado a propósito do assunto, apenas o ônus de verificar de que maneira que anterior decisão paradigmática está ou não superada (como ocorre, por exemplo, no art. 489, § 1º, VI; no art. 947, § 3º; no art. 985, II; e no art. 986), inclusive pelo advento de nova legislação, como é o caso do próprio CPC de 2015 que quer se sobrepor a inúmeras e diversas súmulas dos Tribunais Superiores, notadamente no processamento dos recursos especiais e extraordinários, um dos diversos paradoxos trazidos por ele. Isso é típico de países de *civil law*, em que prepondera a lei legislada, não a judicada.

Em que pese o respeitável posicionamento, e ainda que se queira ter imprimido características próprias ao sistema de precedentes brasileiro, as semelhanças parecem inegáveis. Não se assume aqui que os sistemas sejam

idênticos, porque efetivamente não são, mas o que, minimamente, se pode dizer é que técnicas da *common law* podem ter sido invocadas e adaptadas para resolver o problema de congestionamento das Cortes superiores.

Feito esse breve e necessário esclarecimento, a categoria distinção aparece por três vezes no Código de Processo Civil (arts. 489, § 1º, VI; 966, § 5º; 1.037, § 9º e 12º), e todas com mais ou menos o mesmo sentido: o de apontar que, para o sistema de precedentes criado pela nova ordem legislativa, casos que sejam "diferentes" podem merecer solução diferenciada.

Logo nos primeiros momentos após vir à luz o novo Código de Processo Civil, a ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), durante a realização do seminário "O Poder Judiciário e o novo CPC"no período de 26 a 28 de agosto de 2015, aprovou 62 enunciados, com o objetivo de orientar a magistratura nacional na aplicação do novo CPC[213].

Especificamente sobre a questão da distinção, dois enunciados foram elaborados (o n. 9, e o n. 20). O Enunciado 9, esclarece que:

> É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

Já, do Enunciado 20, pode colher-se a seguinte orientação:

> O pedido fundado em tese aprovada em IRDR deverá ser julgado procedente, respeitados o contraditório e a ampla defesa, salvo se for o caso de distinção ou se houver superação do entendimento pelo tribunal competente.

De sua vez, o Fórum Permanente de Processualistas Civis, mantém estudos constantes, e também elaborou uma série de enunciados interpretativos do novo Código de Processo Civil, mas quando trata da questão da distinção, alguns deles são mais relevantes, notadamente, o Enunciado 306 e o 524.

> 306 - (art. 489, § 1º, VI). O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando,

[213] Disponível em: http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf. Acesso em 27 jul. 2017.

> fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.
>
> 524 - (art. 489, §1º, IV; art. 985, I) O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.

Dimana da leitura dos enunciados acima, que a distinção deve se operar no plano das circunstâncias fáticas (fatos juridicamente relevantes) que envolvem tanto o caso em julgamento, quanto o paradigma.

Seria o mesmo que dizer que não é mais possível o enquadramento jurídico que determinado fato deve receber, porque esse já está definido na "tese" que se encontra inserida no precedente vinculante, e sobre a qual não se admite mais qualquer desvirtuamento.

O que cabe ao magistrado, para justificar o afastamento ou aplicação de determinado precedente vinculante é a análise detida dos fatos que estão na base do pleito formulado no caso que está apreciando e daqueles presentes no paradigma que pretende afastar ou observar, para aferir se se trata da mesma hipótese.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 327), não é qualquer diferença fática entre o caso sob julgamento e o paradigma, que autoriza o afastamento do precedente vinculante. A diferença tem que estar nos fatos determinantes, que levaram à elaboração da tese jurídica que se pretende aplicar ou afastar. Afirma textualmente:

> O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso.
> Assim é necessário, antes de mais nada, delimitar a *ratiod ecidendi,* considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. De modo que o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio*do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.

O § 2º do artigo 926 do Código de Processo Civil, já acima referido, prescreve claramente que: "ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às

circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação". Essa exigência, quer parecer, está em total consonância com a outra que dirigida ao juiz do caso concreto, para que compare as duas situações.

Para Alexandre Freitas Câmara (2017, Item 23.1, sem indicação de página): "a distinção (que se costuma designar pelo termo inglês *distinguishing*) assegura a aplicação dos precedentes apenas a casos em que se repitam as circunstâncias que justificaram sua criação".

Pode ocorrer, no entanto, que, eventualmente, o órgão responsável pela edição de súmulas de um determinado Tribunal deixe de mencionar adequadamente as circunstâncias fáticas que inspiraram a sua criação, não restando alternativa, então, ao intérprete, que não seja a de recorrer ao caso concreto que originou o julgamento na Corte superior, e de lá extrair os elementos fáticos que necessite para cotejar com os do caso concreto. Aliás, esta seria sempre uma boa prática, para aferir seos dois casos são análogos, ou se ao menos não existe nenhuma circunstância fática divergente, que possua relevância jurídica, a demandar outra solução.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 327), é mesmo impossível a utilização da técnica do *distinguishing* sem o prévio conhecimento da *ratiodecidendi* do paradigma invocado. Para o citado autor:

> [...] para se compreender o precedente é indispensável delimitar a sua *ratiodecidendi*, separando-se dela a *obter dicta*. A *ratiodecidendi* não teria muita importância caso fosse vista em uma perspectiva eminentemente estática – como regra em abstrato -, e não numa forma dinâmica, relacionada à sua aplicação aos casos que dia a dia eclodem. O precedente tem o objetivo de regular o futuro, e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação a *ratiodecidendi* aos novos casos.
> É intuitivo que, para aplicar a *ratiodecidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a *ratiodecidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se suas circunstâncias fáticas. Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica, voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Neste sentido fala-se, no *common law* em *distinguishing*.

Há autores, ainda, como Haroldo Lourenço (2011, sem indicação de página), que percebem a separação do *distinghushing* em duas espécies*:* (a) *restrictivedistinguishing* e; (b) *ampliativedistinghishing*. No primeiro caso, o magistrado afasta o precedente invocado, porque entende que as particularidades do caso concreto o diferenciam daquelas que foram consideradas relevantes no

paradigma; e no segundo, o precedente é aplicado, vez que as diferenças constatadas em e noutro caso não podem ser consideradas juridicamente relevantes.

Outra situação que autoriza o magistrado a deixar de aplicar um determinado precedente, seria o reconhecimento de sua superação.

Circunstância que não pode ser confundida com a que aqui se debate (deixar o magistrado de aplicar precedente vinculante em vista de sua superação) é aquela de que tratam os §§ 2°, 3º e 4º do artigo 927 do Código de Processo Civil, que cuida da alteração de tese jurídica adotada em precedente vinculante e da modificação de enunciado de enunciado de súmula.

> Art. 927. [...]
> [...]
> § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
> § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
> § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Como já se disse anteriormente, tais alterações e modificações somente podem ser feitas pelo próprio órgão judiciário que tenha criado a tese ou elaborado a súmula. O caso ora debatido refere-se à circunstância de o magistrado de instância inferior deixar de aplicar entendimento ainda “formalmente vigente”, mas que “substancialmente” não encontra mais condições de aplicação, em vista de mudanças legislativas ou sociológicas que antes lhe davam sustentação.

Especificamente, o inciso VI, do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil prevê que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que: “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Como já se viu acima, o Enunciado 9 da ENFAM transfere para a parte o ônus de demonstrar eventual superação de entendimento da jurisprudência vinculante que invocar.

Aparentemente, pela estrutura do sistema de precedentes brasileiro, não está autorizado o juiz de instância inferior a "ele próprio", decretar a superação do entendimento consubstanciado em tese jurídica fixada no julgamento de precedente vinculante[214].

Isso só pode ocorrer, indicam as evidências, pelos caminhos definidos pelos §§ 2º, 3º e 4º, do artigo 927 do Código de Processo Civil, acima transcritos[215].

O que cumpre, seja às partes (quando isso for objeto de invocação), seja ao magistrado que se nega a aplicar o precedente, é demonstrar que, por um daqueles meios, a Corte que o elaborou, promoveu a sua revogação (*overruling*).

Dito de outro modo, ao juiz vinculado só é possível deixar de aplicar um precedente, invocando a superação do entendimento, se apresentar outro precedente que demonstre, claramente, a opção da corte de origem pela revogação do anterior, ou se houver promulgação de lei nova, que demonstre a necessidade de abandonar o entendimento antes sedimentado. A esse respeito o FPPC editou o enunciado 324, que vem assim escrito: "lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme, ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto"[216].

Esse entendimento parece estar autorizado pela previsão constante do artigo 988 do Código de Processo Civil vigente que é claro, ao menos no que se refere ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: "a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III".

Também, parece que a previsão do inciso I, do § 3º do artigo 1.035, que determina que "haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal", autoriza a concluir que a superação de determinado precedente só se demonstra com invocação de outro precedente em sentido contrário, ou ao menos de decisões da própria Corte de onde o dito paradigma emanou. E isso, porque se deve presumir vigente um entendimento (súmula, por exemplo), até que ela própria o revogue ou altere.

[214] Ver a esse respeito o Enunciado n. 20 da ENFAM.
[215] Ver a esse respeito os Enunciados 320, 321, 322, entre outros, do FPPC.
[216] Disponível em http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/ Acesso em 28 jul. 2017.

Poder-se-ia objetar que “deixar de seguir o precedente” não possui a mesma dimensão que a “revisão de tese”. A questão pode ser contraposta por, pelo menos, dois pontos: (a) a decisão proferida pelo juiz vinculado, em substituição ao precedente que deixa de aplicar, por considerar superado, não terá a mesma força vinculante daquela emanada dos legitimados no artigo 927; (b) a se permitir aos magistrados vinculados proferirem decisões decretando a superação do precedente (ainda que fundamentadas) violaria os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, inerentes ao sistema de precedentes.

Evidente que essa situação gera certa paralisia e ausência de oxigenação do sistema, mas parece ter sido justamente esse o risco assumido pelo legislador, ao não estabelecer a forma através da qual o juiz vinculado poderia, ele próprio, decretar a superação de um determinado precedente, ou mesmo “valorar seu estado”.

Aparentemente no mesmo sentido (em que pese tratando de aplicação de súmulas) é o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 420), para quem: “[...] se a não adoção de súmula por parte de tribunal é excepcional, a sua não aplicação por juízo de 1º grau, antes de prévia decisão de tribunal, é mais excepcional ainda”.

Então, minimamente, para que se possa considerar superado um precedente vinculante, tem que ter havido “sinais” claros emanados daquele que foi legitimado para elaborá-lo (*antecipatoryoverruling*). O FPPC, elaborou o Enunciado 320, em que questão semelhante é tratada, nos seguintes termos: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”[217].

Em outro sentido, e em complemento, para Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 336-354), no direito estadudinense pode-se verificar a utilização de outras técnicas pelos magistrados, que se situam em um espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*, a saber: (a) *Techniqueofsignaling*, caso em que a Corte, mesmo tendo consciência de que o conteúdo do precedente está equivocado, mas o mantém em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade e da confiança que se espera seja devotada ao sistema; no entanto são dados sinais no sentido de que se caminha

[217] Disponível em: http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/ Acesso em: 28 jul. 2017.

para a sua revogação[218]; (b) *Transformation*, caso em que a Corte transforma o precedente, sem revogá-lo, tentando compatibilizar o resultado do precedente transformado com o resultado que foi obtido no julgamento do caso concreto; (c) *Overriding*, caso em que se aproxima da revogação parcial do precedente (em que pese não seja, efetivamente, uma revogação)[219], há, na realidade, um novo posicionamento que redefine a amplitude do elemento fático, tornando-o incompatível com o precedente; (d) *The drawingofinconsistentdistinctions*, caso em que há negação parcial do entendimento anterior, mas a distinção é inconsistente, e pode ser utilizada pelo Tribunal como passo provisório (deixar claro que o precedente está perdendo força) para revogação total do paradigma.

Considerando que nenhuma dessas técnicas intermediárias encontra assento tranquilo na legislação processual vigente, é duvidosa a possibilidade de sua aplicação pelos magistrados brasileiros; especialmente, por aqueles que se encontram vinculados por precedente emanado de Corte de superior instância.

Finalmente, uma situação que demanda alguma atenção, relaciona-se a saber o que, efetivamente, em um precedente, pode ser considerado, vinculante (a ementa, a fundamentação, o dispositivo, ou a própria súmula).

Tomando em consideração o que já foi dito anteriormente, sobre as possíveis diferenças conceituais entre as várias acepções da categoria "jurisprudência", como vem tratada no Código de Processo Civil vigente, há que se acrescentar que, aparentemente, houve intenção do legislador em diferenciar, também o sentido das

[218] Ver Enunciado 320 do FPPC, já acima transcrito.

[219] Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (215, p. 507-508): "É necessário distinguir o *overruling* do *overriding*. Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial. Para que se compreenda o instituto, é preciso perceber que o entendimento novo não tem por objeto a exata questão de direito de que trata o posicionamento núcleo do precedente judicial, mas nela influencia, pois reduz as hipóteses fáticas de sua incidência. No *overruling*, por outro lado, a alteração é da própria *ratiodecidendi*, que é superada, construindo-se uma nova norma jurisprudencial, para substituí-la. O *overriding* não implica a substituição da norma contida no precedente, entretanto, um novo posicionamento restringe sua incidência. Marinoni sugere, inicialmente, uma aproximação com a revogação parcial, mas logo afirma não se tratar exatamente de uma revogação, pois o precedente continua vigente, em que pese o resultado da decisão não ser compatível com a totalidade do precedente. Em seguida, sustenta que, em verdade, sua aproximação maior é com a técnica do *distinguishing*. Há aproximação, porém não identidade; trata-se de técnicas distintas. Verifica-se que, ao passo que no, *distinguishing* uma questão de fato impede a incidência da norma, no *overriding* é uma questão de direito (no caso, um novo posicionamento) que restringe o suporte fático. Ou seja, no primeiro são os fatos materialmente relevantes do novo caso concreto que afastam o precedente, por não terem sido considerados quando da sua formação, enquanto que, no segundo, o afastamento é decorrente de um novo entendimento; portanto, de um elemento externo à relação jurídica discutida".

categorias “súmula” (que possui ao menos duas conotações diferentes), e “casos repetitivos”.

No que diz respeito à categoria “súmula”, encontramo-la com as seguintes conotações: (a) no sentido tradicional que possuía antes mesmo da promulgação do novo Código de Processo Civil, representando o entendimento dominante em determinado Tribunal, sobre certa questão jurídica; (b) como “vinculante”, assim entendidas aquelas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da EC 45/2004; e (c) como aquela que agora será elaborada a partir de jurisprudência pacificada ou de “tese” adotada em julgamento de casos repetitivos (que neste caso, corresponde aos “temas” que estão proliferando e encontram, inclusive, sistema de pesquisa próprio, conforme determinado pelo § 5º do artigo 927, que prescreve: “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”; neste sentido, então, a “súmula” se confunde com a “tese”).

Veja-se que no § 11 do artigo 1.035, o Código de Processo Civil estabelece claramente que: “a súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão”.

Para os fins desta análise há que se retornar à previsão expressa do § 2º do artigo 926 do Código de Processo Civil, escrito nos seguintes termos: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Para Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 618):

> Afinal, o novo Código coloca a súmula, senão como fonte primária de direito, ao menos como fonte subsidiária ou complementar. Daí o rigor com que os tribunais deverão elaborá-la, de maneira que retrate, com adequação, a tese firmada no acórdão, evitando sempre incluir observações secundárias não integrantes do mérito do julgamento retratado no respectivo dispositivo e que não passaram de mero *obiterdicta*.

No que diz respeito aos “casos repetitivos”[220], o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 928, estabelece que a essa natureza pertencem as decisões proferidas: (a) em incidente de resolução de demandas repetitivas, e; (b) em recursos especial e extraordinário repetitivos.

[220] Observe-se que a categoria é tratada, sem aparente distinção de sentido tanto como “casos repetitivos”; “recursos repetitivos, “demandas repetitivas”. Analise-se a esse respeito, por exemplo, o artigo 12 do Código de Processo, que possui todas essas designações.

As decisões proferidas em casos repetitivos ganham especial relevância no novo sistema de precedentes brasileiro em vários momentos diferentes: (a)pela institucionalização da possibilidade do julgamento de processos em bloco, permitindo, inclusive, que em tais casos, seja quebrada a "preferencial" ordem cronológica de julgamentos, estabelecida no inciso II, do § 2º, do artigo 12 do Código de Processo Civil, bem como o próprio julgamento de caso repetitivo autoriza desrespeito à ordem cronológica (art. 12, § 2º, III); (b) pela possibilidade de concessão de tutela de evidência independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II); (c) a dispensa de caução, no cumprimento provisório quando "a sentença (...) estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos" (art. 521, IV); (d) na modulação dos efeitos da alteração de jurisprudência oriunda de casos repetitivos (art. 927, § 3º); (e) a dispensa de julgamento por colegiado de Tribunal quando o caso envolver tese firmada em julgamento de casos repetitivos (arts. 932, IV, 'b' e V, 'b'; 955, Parágrafo único, II); (f) pela criação de mais uma possibilidade de propositura de ação rescisória quando a decisão rescindenda não tenha que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento o julgamento proferido em caso repetitivo (art. 966, § 5º); (g) justificar a propositura de reclamação (art. 988, IV); justificar a interposição de embargos de declaração (art. 1.022, Parágrafo único, I); (h) cria também a dever do juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar a quem de direito, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva (art. 139, X); (i) leva à decretação liminar de improcedência de ação que contrariar entendimento neles firmado (art. 332, II e III); (j) é causa de suspensão de processos (art. 313, IV); (k) afasta a necessidade de confirmação de sentença, via remessa obrigatória (art. 496, § 4º, II e III); entre outras disposições.

Também é digno de nota que o novo Código de Processo Civil criou um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976-987) e um Incidente de Assunção de Competência (art. 947), além de ter instituído a possibilidade de Recurso Extraordinário Repetitivo (o Recurso Especial Repetitivo já existia na versão

anterior do Código – art. 1.036), aparentemente com o objetivo de reduzir o número de ações e de recursos em andamento.

Somente por aí já se pode observar a relevância que a matéria relacionada às demandas e recursos repetitivos possui no novo sistema de precedentes.

Feitas essas breves considerações, como já se mencionou anteriormente quando se tratava da técnica da distinção, no sentido de que esta somente pode ser realizada a partir da análise da *ratiodecidendi* de um determinado julgado [Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 327)]; para se analisar o que efetivamente "vincula" em um precedente, não se passa muito longe daquelas conclusões.

Não será analisada, aqui, a questão da possibilidade de interpretação de um precedente ou súmula, e nem a diferença intrínseca entre ambos[221], mas apenas tenta-se trazer um pouco mais de clareza sobre as exigências formuladas pelos incisos V e VI do § 1º do artigo 489, em sua combinação com o artigo 927, todos do Código de Processo Civil.

Pois bem, segundo afirma Humberto Theodoro Junior (2015, item 610, p. 611):

> Mantém-se, no novo Código brasileiro, a tradição do regime de súmulas, com o qual o direito positivo nacional, inclusive no plano constitucional, já se acha familiarizado, e que, à evidência, não é o mesmo do direito anglo-saxônico.
> Nesse sentido, está determinado por nosso novo CPC que, uma vez verificado o estabelecimento de jurisprudência qualificada como dominante, entre seus julgamentos, os tribunais brasileiros "editarão enunciados de súmula", com observância dos pressupostos fixados no regimento interno (art. 926, § 1º).
> Esses enunciados procuram reproduzir a tese que serviu de fundamento ao entendimento dominante no tribunal acerca de determinado problema jurídico.
> Não é o caso em sua inteireza e complexidade que o enunciado sumulado reproduz, mas apenas a *ratiodecidendi* em que os precedentes se fundamentaram.

E, um pouco mais adiante, o mesmo autor (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 612) complementa:

> É preciso considerar que dentro de um julgado se desenvolvem vários tipos de raciocínio e argumento.
> Não são todavia, todos eles que se revestem da qualidade de precedente jurisprudencial passível de figurar em enunciado de súmula ou de assumir a

[221] Para tal desiderato ver STRECK, Lenio Luiz e ABOUD, Georges. **O que é isto? O precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

> categoria de jurisprudência dominante. Apenas a tese nuclear que conduziu à conclusão do decisório de acolhimento ou rejeição da pretensão deduzida em juízo, é que merece o tratamento de fundamento da decisão judicial. Os argumentos laterais que esclarecem e ilustram o raciocínio do julgador não se inserem no terreno da *ratiodecidendi*. Configuraram apenas *obiterdicta*, e, nessa categoria, não merecem o tratamento de fundamento jurídico do julgado.
> Figuram apenas como motivo e não como causa de decisão. É nesse sentido que a lei dispõe não fazerem coisa julgada "os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença" (art. 504, I).

Por tais lições se pode perceber que (e isso chega a ser intuitivo), um julgamento contempla não apenas questões de direito, mas também questões de fato. O artigo 926 do Código de Processo Civil, exige que "ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação"; assim, em tese, uma súmula deveria conter além da *ratiodecidendi*, também os elementos de fato sobre os quais o Tribunal se debruçou, para chegar à determinada conclusão jurídica.

A súmula, em que pese não se possa negar seu caráter vinculante, há que ser compreendida apenas como um "subproduto" do julgamento, já que somente nos votos proferidos é que se encontrará a real intenção do julgador ao resolver determinada demanda posta à sua apreciação.

Apenas admitindo, para argumentar, que o conteúdo de uma determinada súmula se mostre incompatível com a *ratiodecidendi* (conforme definida acima) do julgado que lhe deu origem; o que deveria vincular o intérprete (e com mais razão o juiz de instância inferior)? Evidente que deveria ser abandonado o enunciado da súmula e buscada a aplicação da real intenção do juízo vinculante, manifestada nas razões de decidir que consubstancia a "tese nuclear" do caso paradigma.

Isso parece autorizar a conclusão (ou ao menos a expectativa) segundo a qual, a vinculação não se encontra apenas no enunciado de veículo que transporta a tese jurídica adotada em súmula ou em julgamento de casos repetitivos, mas nas razões que fundamentam o julgado.

Da afirmação anterior deflui que a função do intérprete e do aplicador é a de buscar em todo o julgado, os elementos que possam retratar a efetiva intenção do Tribunal ao estabelecer o precedente. Afinal de contas a *ratiodecidendi* pode estar em qualquer momento da fundamentação.

A tentativa de simplificação, procurando transformar uma atividade complicada em uma simples tarefa de subsunção realizada em "julgamentos em

bloco" mostra-se incompatível com a real intenção do sistema de precedentes brasileiro.

A Lei 13.256/2006, em pelo menos dois momentos, atentou contra essa intenção original do legislador do Código de Processo Civil, diminuindo as exigências feitas aos juízes, para fundamentar suas decisões: (a) a primeira, ao revogar o § 2º do art. 1.029, que previa textualmente: "quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção"; (b) e a segunda ao revogar o § 5º do artigo 1.043, que estabelecia: "é vedado ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção". A referida lei acabou desconfigurando parcialmente o "espírito" do sistema de precedentes, ao que parece, com a intenção de diminuir as possibilidades de recursos ascenderem às Cortes superiores.

De se observar, finalmente, que, segundo as regras do artigo 927 do Código de Processo Civil, nem sempre há exigência de que existam as súmulas (em que pese possam elas ter sido elaboradas), para que a decisão de casos repetitivos possa tornar-se vinculante. Verifique-se, em complemento, que o inciso IV, do artigo 988 do Código de Processo Civil (inserido pela lei 13.256/2006), prevê que cabe Reclamação para "garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência". Não há aqui qualquer menção à súmula.

Isso apenas reforça a tese de que é a *ratiodecidendi* do acórdão do caso que deu origem à súmula que, realmente, vincula e não apenas o enunciado desta, principalmente quando for incompleto ou não refletir exatamente a tese central daquele.

CONCLUSÃO

Em função de tudo quanto posto acima, a conclusão a que se pode chegar é a de que a articulação de um sistema de precedentes, passa a exigir do magistrado vinculado a adoção de novas metodologias para que suas decisões possam ser consideradas fundamentadas.

Seja para aplicação de um precedente, seja para deixar de aplicá-lo, deverá o julgador aferir se as eventuais diferenças nas circunstâncias fáticas do caso sob julgamento são ou não juridicamente relevantes.

Finalmente, a vinculação dos magistrados de instâncias inferiores se dá pela análise da *ratiodecidendi* do precedente invocado e não apenas pelo enunciado da súmula (tese ou tema) que tenha sido editada para sistematizar a sua aplicação aos casos futuros.

De qualquer maneira é o próprio Código de Processo Civil, que prevê ausência de fundamentação para qualquer decisão judicial que "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos" (inciso V, do § 1º do artigo 489), ou que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (inciso VI, do § 1º do artigo 489).

A ausência de fundamentação deriva de omissão, conforme prescreve Parágrafo único do artigo 1.022, também do Código de Processo Civil.

Parece ser, efetivamente, a intenção do legislador diminuir os espaços para que se criem decisões contrárias às teses que foram firmadas nos casos paradigmas, dotando o microssistema dos precedentes de integridade, estabilidade e coerência, nos exatos termos do artigo 926 do Código de Processo Civil.

A mudança, então, não é apenas de caráter metodológico com a inserção de novas exigências para que uma decisão judicial possa ser considerada fundamentada, ela passa necessariamente pela adoção de novas formas de pensar o Processo Civil brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art489§1. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. **Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016.** Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras

providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm#art2. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 10/2017**. Acrescenta § 1º ao art. 105 da Constituição Federal e renumera o atual parágrafo único.Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128403. Acesso em 14 jul. 2017.

BRASÍLIA. Escola Nacional de **Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados** (ENFAM). Disponível em http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf. Acesso em 27 jul. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIL. **Enunciados interpretativos sobre o Novo CPC do FPPC – 2017**. Disponível em: http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/. Acesso em 20 jul. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de processo civil: baseado no novo código de processo civil**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502635500/pageid/541. Acesso em 27 jul. 2017.

CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Forense, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Temas atuais de processo civil**. v. 1. n. 6. Dezembro/2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em 28 jul. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAXIMILIANO, Caros. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal, conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Ato Regimental TJ N. 143, de 5 de outubro de 2016. Institui a Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e dá outras providências. Disponível em http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=163206&cdCategoria=3&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc= Acesso em 15 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz e ABOUD, Georges. **O que é isto? O precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.