

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 885

(Ano X)

(22/12/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



21/12/2018 Valdinei Cordeiro Coimbra

» [Inovação legislativa no tocante na persecução penal nos casos de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência \(Lei n. 13.769 de 19 de dezembro de 2018\)](#)

ARTIGOS

21/12/2018 Vicente Férrer de Albuquerque Júnior

» [Controle de Constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas: Controle Difuso e Concreto; Cláusula de Reserva de Plenário e a Teoria dos Poderes Implícitos](#)

21/12/2018 Pedro Guilherme Müller Kurban

» [O efeito Lava Jato e o admirável Brasil novo](#)

21/12/2018 Marina Oliveira Andrade

» [Uma nova ótica para a ressocialização do adolescente em conflito com a lei: o apadrinhamento socioeducativo](#)

20/12/2018 Paulo Eduardo Furtunato Jacobs

» [O esgotamento da instância ordinária nos casos de embargos de declaração, contra decisão monocrática, julgados pelo órgão colegiado](#)

20/12/2018 Marina Oliveira Andrade

» [Uma breve análise do ato infracional e suas consequências jurídicas](#)

20/12/2018 Rebeca Peixoto Leão Almeida González

» [Da execução invertida no âmbito dos Juizados Especiais Federais](#)

19/12/2018 Fábio Souza da Silva

» [Contornos civis-constitucionais da responsabilidade civil do médico pela teoria da perda de uma oportunidade](#)

19/12/2018 Paulo Guilherme Amorim Teles

» [A interpretação constitucional e a aplicação das normas eleitorais](#)

19/12/2018 Fabiana Mendes Caldeira Brandão

» [A aplicabilidade da maioria penal no ordenamento jurídico brasileiro seria a solução?](#)

18/12/2018 Vicente Férrer de Albuquerque Júnior

» [Aspectos da Execução fiscal: Petição Inicial, Citação, Defesa do Executado, Reexame necessário, Prescrição Intercorrente e Extinção do Processo.](#)

18/12/2018 Thais Cardoso Pangrácio

» [Testamento Cerrado: características e aplicabilidade na atualidade](#)

18/12/2018 Fábio Souza da Silva

» [A taxatividade do agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil frente ao princípio do duplo grau de jurisdição](#)

17/12/2018 Vicente Férrer de Albuquerque Júnior

» [Segurança jurídica nas decisões judiciais: Estabilização, preclusão e coisa julgada](#)

17/12/2018 Talles Leandro Ramos Nascimento

» [Crimes Cibernéticos](#)

17/12/2018 Paulo Eduardo Furtunato Jacobs

» [Da correta compreensão do termo "agente público" para fins de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa](#)

INOVAÇÃO LEGISLATIVA NO TOCANTE NA PERSECUÇÃO PENAL NOS CASOS DE MULHER GESTANTE OU QUE FOR MÃE OU RESPONSÁVEL POR CRIANÇAS OU PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (LEI N. 13.769 DE 19 DE DEZEMBRO DE 2018)

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:

Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

No encerramento do ano judiciário (19/12/2018), em que todos os tribunais ingressam no recesso forense, funcionando apenas em regime de plantão, foi publicada a Lei n. 13,769/2018, alterando o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41), a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.2010/84) e a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o

1 Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.

Neste contexto, a prisão preventiva regulada pelo Código de Processo Penal passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 318-A e 318-B:

“Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.”

“Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.”

Em uma análise preliminar, tem-se a impressão que a lei é benéfica, no entanto, ela restringe a possibilidade já constante no art. 318, do CPP que já contemplava a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para a mulher gestante ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, pois antes do novel diploma legal, não havia a restrição indicadas nos incs. I e II, do art. 318-A. Portanto, neste aspecto, trata-se de *vatio legis in pejus*.

No tocante à alteração na Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.2010/84), a Lei dispõe de alterações de natureza administrativa, acrescentando atribuições ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em especial no art. 721^[1], dispondo, sobre a atribuição de “ ***acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112 desta Lei, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de***

avaliações periódicas e de estatísticas criminais" (inc. VII, art. 72) e ainda estabelecendo que" ***Os resultados obtidos por meio do monitoramento e das avaliações periódicas previstas no inciso VII do caput deste artigo serão utilizados para, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização das mulheres de que trata o § 3º do art. 112 desta Lei, avaliar eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena para essas mulheres nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça***" (§2º, do art. 72).

Essas mesmas alterações também foram expressamente contempladas para os Departamento Penitenciário local, na medida em que fora criado um parágrafo único ao art. 74 da Lei n. 7.210/84, com a dicção que "*Os órgãos referidos no caput deste artigo realizarão o acompanhamento de que trata o inciso VII do caput do art. 72 desta Lei e encaminharão ao Departamento Penitenciário Nacional os resultados obtidos*".

Já em relação a alteração relativa à esfera da execução penal, em especial as regras de cumprimento de regime prisional, o novel diploma legal acrescentou o §3º e §4º ao art. 112 da Lei 7.2010/84, cuja redação ficou o seguinte:

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.”

Sendo assim, faz-se necessário trazer a redação do art. 112 da Lei n.7210/84, para analisar se o exposto no parágrafo 3º deva ser aplicado isolado do art. 112 ou não, senão vejamos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

A leitura dos referidos dispositivos deve ser feita de forma isolada, de tal modo que no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos são os do §3º, somente se aplicando as regras do art. 112, quando não preenchido os requisitos do novel diploma legal, ou seja, os requisitos do § 3º são especiais em relação aos requisitos genéricos do caput do art. 112.

Entendimento contrário no sentido de cumular os requisitos do art. 112 com os requisitos do novel §3º seria tratar de forma mais grave as condenadas gestantes ou mãe responsável por crianças ou pessoas com deficiência, em relação aos demais condenados.

Não foi atoa que o legislador também alterou o §2º, do art. 2º da Lei dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), no tocante ao regime prisional de 2/5 ou 3/5, quando se tratar de condenado primário ou reincidente

respectivamente, fazendo a ressalva de aplicação do § 3º e 4º acrescentado ao art. 112 da Lei n. 7.2010/84, ficando assim a redação do paragrafo 2º do art. 2º da Lei n. 8.082/90:

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Neste sentido, é possível concluir que o legislador criou um tratamento diferenciado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, quando se tratar de condenadas gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, de forma que o tempo de cumprimento de pena em cada regime, deverá ser de ao menos 1/8, preenchendo-se os demais requisitos legais do §3º, do art. 112 da Lei n. 7.210/90, independente de se tratar de crime hediondo ou não, o que na prática não terá muito efeito, uma vez que as mulheres presas no país raramente praticaram crimes sem violência ou grave ameaça às pessoas, ressaltando apenas aquelas condenadas por tráfico de drogas, delito este que na sua essência não é violento.

NOTA:

1[1] Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional:

I - acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o Território Nacional;

II - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais;

III - assistir tecnicamente as Unidades Federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta Lei;

IV - colaborar com as Unidades Federativas mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais;

V - colaborar com as Unidades Federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado.

VI – estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CONTROLE DIFUSO E CONCRETO; CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR:

Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: Diante da relevante função constitucional desempenhada pelos Tribunais de Contas, o controle de constitucionalidade passou a ser instrumento essencial ao seu mister. O controle externo dos Poderes da República exige mecanismos para defender o erário da depredação. O controle de constitucionalidade frente à CRFB/88 na via concentrada, analisada em abstrato, é reservado ao Supremo Tribunal Federal. As Cortes de Contas foi reservado o controle difuso, exercido no caso concreto, como exceção, pressuposto lógico antes da análise do mérito. Em que pese alguma divergência, a possibilidade de controle pelos Tribunais de Contas é reconhecida a bastante tempo pelo STF, culminando na edição da Súmula 347. Ademais, deve ser respeitada a cláusula de reserva de plenário e a teoria dos poderes implícitos para possibilitar a eficácia do art. 71 da CRFB/88.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Contas. Controle de Constitucionalidade. Via difusa e concreta. Reserva de Plenário. Princípio dos Poderes Implícitos.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 – TEORIA DA CONSTITUIÇÃO 2 – 1. Jurisdição Constitucional e o Fenômeno da Inconstitucionalidade. 2 – 2. A Supremacia Hierárquica das Normas e a Jurisdição Constitucional. 3 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. 3 – 1. Controle Difuso, Concreto, por via de exceção. 3 – 2. SÚMULA 347/STF. Cláusula de Reserva de Plenário e Teoria dos Poderes Implícitos. 4 – CONCLUSÃO. 5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por função precípua analisar o controle de constitucionalidade exercido no âmbito dos Tribunais de Contas, no exercício da nobre função estabelecida no advento da Constituição da República de 1988.

Insta destacar que, para o exercício deste mister, é fundamental um procedimento diferenciado para possibilitar a eficácia das decisões oriundas das Cortes de Contas, naquilo que toca a adequação dos atos analisados a Carta Maior do país, como forma de garantir a manutenção do patrimônio público.

Nesse sentido enfatiza a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade, de maneira difusa, em caráter incidental, quando da análise dos atos praticados com relação a verbas públicas, cuja competência de análise cabe ao Tribunal de Contas. Por seu caráter excepcional, deve ser analisado preliminarmente, antes do exame de mérito, respeitando um procedimento próprio e a cláusula de reserva de plenário, inserida o art. 97 da CRFB/88.

Apesar de não exercer jurisdição no seu sentido puro, restrito ao Poder Judiciário, os Tribunais de Contas exercem uma importante atuação no controle externo dos Poderes da República, em sintonia com o sistema de freios e contrapesos adotado no sistema republicano, onde a coisa pública ganha protagonismo.

No tocante ao procedimento, o CPC/15 inovou ao trazer regras expressas e claras sobre o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Ainda aqui, as Cortes de Contas devem oportunizar as partes envolvidas nos atos em que se analisa a possível inconstitucionalidade, a defesa prévia, alegando a forma como aquele ato estaria adequado ao Texto Constitucional.

Lado outro, para entender o papel das Cortes de Contas no controle da adequação dos atos administrativos a Constituição da República, é fundamental inteirar-se das formas, procedimentos e consequências dos diferentes modelos de verificação de constitucionalidade.

Como utilizamos o sistema da legalidade estrita para a atuação da administração pública, os atos administrativos ou normativos infralegais devem respeitar tanto a legislação ordinária quanto a Constitucional.

Em arremate, destaco que a própria Constituição da República de 1988, em seu art. 71, estabeleceu uma gama de competência aos Tribunais de Contas, dentre as quais, adotar as providencias necessárias ao cumprimento da Lei, constitucional e infra.

2 – TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

2 – 1. Jurisdição Constitucional e o Fenômeno da Inconstitucionalidade.

A jurisdição, palavra advinda do latim, *'jurisdictio'*, dizer o direito é o meio pelo qual o Estado cumpre sua função de prestar a *justiça* aos que solicitarem sua intervenção, sendo esta uma forma de exercício da soberania estatal[1]. Passa a ser, desse modo, uma função do Estado, na medida em que proibiu a defesa individual e privada, feita pelos próprios cidadãos, por afrontar a paz social, reconhecendo-se que: *"nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por ele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida."*[2].

Adentrando, de fato, nesta seara especializada, da Jurisdição **Constitucional**, é necessário definir, de início, o conceito de Constituição, que, nos ensinamentos de Hans Kelsen[3], quer significar:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um **princípio supremo** determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o **fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender.** (grifo do autor)

Dessa forma, a Constituição, por sua rigidez e supremacia em relação a legislação ordinária, que lhe é posterior e subordinada, serve de parâmetro para a verificação da validade destas últimas, sendo inconstitucionais quando estiverem em *“desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela lei maior.”*^[4] materializada estará o Controle de Constitucionalidade das Leis, através da Jurisdição Constitucional.

Assim, para se efetivar o controle de constitucionalidade da legislação infra se faz essencial observar a existência de rigidez do Texto Constitucional, ou seja, sua maior estabilidade jurídica, sendo assim, hierarquicamente superior a legislação ordinária, sendo sua fonte de validade e legitimidade. Nessa toada, pela relação intrínseca entre a rigidez e a supremacia constitucional, se posiciona Adolfo Mamoru NISHIYAMA^[5]:

A idéia de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos está ligada a dois aspectos: a) *a supremacia da Constituição* sobre as demais normas do ordenamento jurídico e b) *a rigidez constitucional*. Em relação ao *primeiro aspecto*, há Estados em que o ordenamento jurídico está baseado em um sistema piramidal, a produção de uma norma depende de outra que lhe é superior hierarquicamente. (...) Podemos dizer que a CF/88 é norma superior em relação às demais normas infraconstitucionais e, portanto, a interpretação do sistema jurídico-normativo vigente deve ser feita de cima para baixo, visto que a CF/88 é norma-origem, não existindo outra acima dela. O *segundo aspecto* está ligado diretamente ao primeiro. As Constituições rígidas são aquelas que prevêm para a sua alteração um procedimento especial, qualificado e mais dificultoso do que a elaboração de uma lei ordinária. Se a legislação ordinária pudesse alterar o texto constitucional estaríamos diante de uma Constituição flexível, não havendo hierarquia entre as normas. Desta forma, a rigidez constitucional cria uma relação

piramidal entre a Carta Magna e as outras normas do mesmo ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade da lei, nestes termos, tem por finalidade a manutenção da força normativa da Constituição, em observância ao princípio da supremacia constitucional, seja a norma formal ou materialmente constitucional, mesmo integrante do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias. Para tal finalidade, exige-se que a norma seja interpretada, trazendo-se os dois métodos prevalentes, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, previstos expressamente no art. 28, da Lei Federal nº 9.868/99, que dispõe sobre o julgamento da ADI e ADC perante o STF.

De toda a sorte, as normas jurídicas possuem hierarquia entre si, tendo a legislação inferior de buscar legitimidade na norma que lhe é hierarquicamente superior, no feito de se retirar do sistema jurídico à norma que não se encontre respaldada na legislação de hierarquia superior, que deverá ser sua fonte de validade, sem a qual será inválida e, por fim, inconstitucional, conforme entende KELSEN^[6]:

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 relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, 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.

Na teoria da inconstitucionalidade, três são as ideias prevalentes, quanto à legislação ordinária colidente com a Constituição, que poderia ser: nula, anulável ou, até mesmo, inexistente, como será adiante explanado.

Para se ater ao objeto do presente trabalho, irá analisar-se a inconstitucionalidade, formal (vício de forma, pela inobservância de uma regra de competência legislativa) ou material (incompatibilidade de conteúdo, entre a lei municipal e o Texto Constitucional Estadual), por via de exceção (restringindo, aqui, aos atos sujeitos ao controle de legalidade realizado pelos Tribunais de Contas, em sua função típica de defesa do erário), no Controle Difuso de Constitucionalidade.

Nessa toada, tem-se a supremacia das Normas Constitucionais frente a Legislação Ordinária, que encontra nessa primeira sua fonte de legitimidade, aplicação e eficácia jurídica, reclamando controle de seus textos para que não seja colidente com a Carta Maior, que lhe é anterior, e a qual está subordinada.

2 – 2. A Supremacia Hierárquica das Normas e a Jurisdição Constitucional.

Importante, nesta seara, trazermos a diferença entre a Constituição, como norma superior, que garante à validade e dá legitimidade as normas ordinárias que lhe sucedem, com os Atos Administrativos ou as Leis Ordinárias, que lhes são posteriores e hierarquicamente inferiores, bem como lhes devem observar a continência temática, sob pena de serem expurgadas do ordenamento jurídico, pelo fenômeno da inconstitucionalidade, conforme ensina Ferdinand Lassale^[7]:

Esta diferença é tão inegável, que existem, até constituições que dispõem taxativamente que a Constituição não poderá ser alterada de modo algum; noutras, consta que para reformá-la não é bastante que uma simples maioria assim o deseje, mas que será necessária obter dois terços dos votos do Parlamento; existem ainda algumas onde se declara que não é da competência dos corpos legislativos sua modificação, nem mesmo unidos ao Poder Executivo, senão que para reformá-la deverá ser nomeada uma nova Assembleia Legislativa, ad hoc, criada expressa e exclusivamente para esse fim, para que a mesma se

manifeste acerca da oportunidade ou conveniência de ser a Constituição modificada.

É nesse aspecto que o Texto Constitucional passa a ser parâmetro balizador para a Atuação Administrativa e a Legislação Infraconstitucional, não só nos aspectos da legitimidade ou da aplicação, mas, também, quanto a interpretação dispensada para a sua utilização de acordo com a “*vontade da constituição*”^[8] que passa a balizar a hermenêutica na antinomia entre preceito constitucional e norma infraconstitucional federal, estadual ou municipal. Nesses termos, a garantia Jurisdicional dada a Constituição é assim definida por Kelsen^[9]:

A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o **exercício regular das funções estatais**. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, **ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas**. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito considerado como simples reprodução. (grifos nossos)

Pelo exposto, é perceptível que a Jurisdição faz parte do rol das funções típicas estatais. E que, na sua expansão especializada, para atingir e possibilitar a utilização da Constituição como forma de parâmetro para o expurgo ou legitimação da legislação ordinária no ordenamento jurídico pátrio, utiliza-se a Lei maior como fundamento de validade para as normas infraconstitucionais subsequentes.

Partindo dessa concepção, a Jurisdição em matéria Constitucional possui o viés de mantenedora dos Preceitos e Normas Fundamentais do Estado, trazidos em sua Lei Maior, que devem ser respeitados pela legislação posterior, que lhe é subordinada e hierarquicamente inferior.

Doutra monta, não se vê aqui um **legislador negativo**, que retira atos normativos do ordenamento jurídico, por colidentes com a Constituição; tampouco poderíamos considera-lo como um simples **mantenedor de questões ético-culturais da sociedade**; mas verdadeiramente como uma **força cogente**, que visa a pacificação de conflitos através de princípios e normas, processuais e materiais, que estão garantidos no Texto Constitucional, garantindo-se a supremacia de seu Texto frente uma norma hierarquicamente inferior que lhe seja colidente.

Com isso, além da hierarquia normativa, existente entre a norma infra e a formalmente constitucional, é necessário haver a rigidez desta, como forma de ser passível de controle, até para a manutenção do sistema jurídico hierarquizado e definido de acordo com a norma legitimadora, a Constituição, conforme ensina Luiz Roberto BARROSO^[10]:

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infra constitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.

A rigidez constitucional trás, com isso, uma imutabilidade relativa de seu Texto, que prevalece sobre a legislação que lhe é hierarquicamente inferior, além de ter um procedimento de alteração mais complexo que o da legislação ordinária, possuindo, como na Constituição da República de 1988, partes imutáveis, que não poderão ser violadas por lei ordinária ou atos administrativos. Da mesma forma, também o magistério de José Afonso da SILVA^[11]:

O conceito de rigidez, consubstanciado na imutabilidade relativa da constituição, é de fundamental importância na teoria do direito constitucional contemporâneo. Funciona como pressuposto: a) da distinção do próprio conceito de constituição em sentido formal; b) da distinção entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias; c) da supremacia formal das normas constitucionais. Constitui, também, suporte da própria eficácia jurídica das normas constitucionais. Se estas pudessem ser modificadas pela legislação ordinária, sua eficácia ficaria irremediavelmente comprometida.

Nessa toada, percebe-se que as normas são hierarquicamente superiores entre si, distinguindo, basicamente, a norma Constitucional das demais normas infraconstitucionais. Somente o Texto Constitucional, incluindo o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e excluindo o Preâmbulo, poderá servir de base paradigma para a declaração da inconstitucionalidade de uma norma colidente com suas prescrições, devendo expurgá-la do ordenamento jurídico.

Esse entendimento, lastreado no Princípio da Superioridade Hierárquica das Normas Constitucionais, há muito foi pensado e exposto na Teoria Pura do Direito, do austríaco Hans Kelsen, ensinando que:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a **validade** de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como **norma superior**, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.^[12] (grifos)

Não há de se falar, portanto, em colisão de normas de hierarquia distintas, até porque, a norma inferior busca seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, ou seja, a legislação infraconstitucional busca sua validade na Constituição, tida como superior

hierarquicamente e fonte de legitimidade para a legislação que lhe é subsequente. A esse respeito, quanto a inexistência de colisão entre normas de hierarquias distintas, já que a antinomia é resolvida pelo critério hierárquico, continua Kelsen:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, **entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito**, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior.^[13] (grifos nossos)

Não obstante, é de bom alvitre advertir que a supremacia constitucional apenas poderá ser identificada, do ponto de vista jurídico-formal, com a constatação da rigidez constitucional, de se destacar, nas lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que há: *"imutabilidade da constituição por processos ordinários de elaboração legislativa. Sob este aspecto, trata-se de problema de natureza puramente formal, jurídica: só as constituições escritas entram neste conceito"*.^[14] Assim, a Constituição deve ser de natureza rígida, quanto a mudança de seu Texto, tendo um modo de alteração e construção diferenciados em relação a legislação infraconstitucional, o que consiste admitir, até mesmo, núcleos constitucionais imutáveis, nas Constituições superrígidas, como a Carta Democrática de 1988, em seu **art. 60, § 4º**, proibindo a alteração daquelas normas, mesmo que se utilizasse procedimento diferenciado.

De se concluir que, a partir do *Princípio da Supremacia da Constituição* emerge-se a rigidez constitucional, significando um processo mais complexo e com maior grau de dificuldade para a alteração do Texto Constitucional em comparação com as normas infraconstitucionais, servindo de parâmetro para a retirada de normas que contrariem suas disposições, sendo, por óbvio, a Constituição obrigatoriamente escrita. A esse respeito, o magistério de Luís Roberto BARROSO:

A dicotomia entre Constituição rígida e Constituição flexível, por sua vez, não se confunde, mas se superpõe em larga medida, com a distinção entre Constituição escrita e não escrita. Diz-se flexível a Constituição cujo processo de reforma coincide com o modo de produção da legislação ordinária, inexistindo diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional (...).

Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem quórum e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais.^[15]

Ressalte-se, ainda, as limitações circunstanciais, de momento, para emendar a Constituição Federal de 1988, como a proibição de proposta de emendada “na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio” (art. 60, § 1º), bem como a proposta rejeitada ou prejudicada não poderá ser levada novamente na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5º).

Desse modo, verifica-se a rigidez constitucional como uma condição *sine qua non* para a aplicabilidade, legitimação e eficácia do *princípio da supremacia da constituição*, principal fundamento para do Controle de Constitucionalidade das Leis e atos normativos. Nessa toada, afirma KELSEN, que *o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma*, que em último grau hierárquico é denominada *norma fundamental hipotética*, a Constituição Federal, completando seu pensamento:

Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do

Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, **a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição em sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido lógico-positivo.**^[16] (grifo do autor)

Não obstante, o fundamento de validade dos atos normativos/administrativos que são objetos de controle pelos Tribunais de Contas devem respeito a Constituição da República, por ser a Lei Maior, detentora de um modelo de alteração qualificado por quórum diferenciado, representando a rigidez de seu Texto, bem como advêm do Poder Constituinte Originário, ilimitado juridicamente, que inaugura uma nova ordem jurídica no país. Em análise do tema, Gilmar MENDES^[17], portando-se a Ernst Friesenhahn, discorre sobre a temática da seguinte forma:

Constitui tarefa da jurisdição constitucional garantir, nos diferentes processos, uma defesa institucional autônoma da Constituição. A jurisdição constitucional distingue-se de outros tipos de jurisdição mediante uma peculiar relação com o texto constitucional. E, por isso, ocupa lugar de destaque na organização estatal concebida pela Constituição. Os Tribunais constitucionais são considerados entre os

chamados 'órgãos constitucionais' (*Verfassungsorgane*).

No estado federal, somente pode existir jurisdição constitucional no âmbito do Estado-membro se a Constituição Federal assegura às unidades federadas não só a liberdade para criar, por sua própria deliberação, constituições autônomas, mas também o poder para regular, especificamente, a defesa judicial de sua Constituição.

Dessa maneira, a Constituição da República apenas obriga o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou do seu Órgão Especial, para se reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo do poder público (**art. 97, CRFB/88**), em atenção ao princípio da reserva de plenário, excepcionado caso o próprio Tribunal de Contas ou o STF tenham entendimento consolidado pela inconstitucionalidade daquele ato normativo.

Assim, a jurisdição constitucional, como forma de possibilitar a otimização do Texto Constitucional, no intuito de traçar um parâmetro para a retirada do ordenamento jurídico de atos normativos, submetidos ao controle das Cortes de Contas, que afrontem sua fonte legitimadora, que é a própria Constituição, não havendo de se falar em conflito, já que se encontra em patamares hierárquicos distintos, mas sim, em Controle da Constitucionalidade da legislação inferior. Para isso, a Constituição necessita ser, no mínimo, rígida, possuir uma forma diferente, mais complexa, de alteração, em atenção ao Princípio da Supremacia hierárquica das Normas Constitucionais.

3 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

3 – 1. Controle Difuso, Concreto, por via de exceção.

Perpassada esta fase introdutória de explicação e contextualização do controle de constitucionalidade difuso e concreto, feito por via de

exceção, passa-se a análise da função desempenhada pelos Tribunais de Contas.

Por tratar-se da aplicação de normas jurídicas, a hermenêutica deve ser utilizada sempre como uma técnica de decisão, para resolver os possíveis conflitos entre a Constituição e a legislação infra, que lhe é posterior e nela busca sua fonte de legitimidade, utilizando-se da interpretação como um modo de manter os atos normativos compatíveis com sua fonte legitimadora, prevalecendo a presunção de constitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Público, bem como o expurgo do ordenamento jurídico como última medida.

*Pelos pressupostos iniciais, delinea-se uma teoria da inconstitucionalidade, decorrente da supremacia da Constituição, por certo, de normas rígidas, que se encontra em patamar hierárquico superior em relação a legislação ordinária, que nela busca seu fundamento de validade, além de ter sua produção por ela orientada. Em suma, quer se entender por inconstitucional a norma que está em conflito, material ou formal, por ação ou omissão, com a Constituição, ou seja, um ato infraconstitucional inferior contrariando seu pressuposto de validade, pelo que a norma inconstitucional já nasce **inválida**, apesar de existente e de produzir efeitos enquanto não reconhecido seu vício.*

Assim, uma norma que surgiu em colisão material com o Texto Constitucional é inválida por violação aos preceitos balizadores de determinado Estado. Em síntese didática, entende Luiz Roberto BARROSO^[18] que a:

Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a vigência de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade.

De toda a sorte, a ideia da colisão entre espécies normativas advêm, inexoravelmente, da diferença hierárquica entre os atos infralegais e a Ordem Constitucional, que baliza toda atuação da Administração Pública, devendo ser observada e garantida sua eficácia pelos Órgão de Controle, incumbidos da defesa do patrimônio comum.

Com esse viés, o controle de constitucionalidade, em relação a sua forma de inconstitucionalidade, poderá ser classificado em formal (quando o vício está no procedimento de formação da lei ou ato normativo) ou material (quando o texto infra é colidente com o Texto Constitucional); podendo ser arguida pela via principal (por via de ação) ou incidental (via de exceção, feita no âmbito dos Tribunais de Contas); quanto à forma de controle, poderá ser repressivo (depois de publicado o ato administrativo) ou preventivo (tendo por objeto o projeto de lei); quanto ao órgão responsável divide-se em político (veto ou sanção do chefe do poder executivo) ou judicial (qualquer órgão componente do Poder Judiciário); e em relação aos critérios de controle será difuso ou concentrado. Estas são, portanto, as principais formas de classificação do controle de constitucionalidade, enfoque necessário para o entendimento do instituto e sua aplicabilidade na esfera dos Tribunais de Contas. Também, a inconstitucionalidade poderá ser perpetrada de duas formas, por ação ou por omissão.

No modo difuso de controle constitucional, tem-se o seu exercício no processo em curso, que trás a alegada inconstitucionalidade com mero fundamento processual, não como o cerne da lide posta em juízo, incidindo num processo inter partes, em vias de incidente, como ensina o Professor Walber de Moura AGRA[19]:

Esse tipo de controle é exercido em um processo inter partes, com o objetivo de dirimir uma controvérsia jurídica exposta em uma lide, em defesa de direitos subjetivos pertencentes às partes interessadas. Ele se configura como uma prejudicial de mérito, determinada matéria que desempenha a função de pressuposto para se discutir o mérito, sendo concretizada de forma incidental, o que significa que a questão meritória apenas pode ser decidida se for ultrapassada a apreciação da prejudicial; ou como fundamento ou causa de pedir, sendo o pedido almejado diverso da solicitação de declaração da inconstitucionalidade. Pode ainda ser efetivado através de recurso extraordinário, recurso ordinário, mandado de segurança ou habeas corpus.

Diz-se concentrado o controle feito a partir das ações específicas que visam o expurgo do ordenamento jurídico de normas que, por si, afrontam, material ou formalmente, a Constituição, como ordenamento jurídico superior, com regras rígidas de mutabilidade e hierarquia normativa, fazendo valer suas prescrições quando em confronto com a legislação infraconstitucional, com legitimados restritos, e importância para a efetivação democrática, pelos ensinamentos do já citado Professor Walber AGRA[20]

Em uma releitura do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, o elemento essencial é a democratização do processo de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo maior intervenção dos setores organizados da sociedade, dentro da perspectiva de um relacionamento aberto com os setores da sociedade, um dos fatores densificadores da legitimação do controle de constitucionalidade.

Por fim, o controle incidental incide quando a questão constitucional se acha como uma prejudicial de mérito, como um verdadeiro itinerário lógico, do ponto de vista jurídico, para se chegar a pacificação do conflito, resolvendo a questão da inconstitucionalidade ou não da norma de início, antes de adentrar no mérito, como pressuposto lógico a ser observado no rito processual, conforme magistério de BARBOSA MOREIRA[21]:

O segundo critério (critério formal) permite distinguir: um sistema de controle por via incidental, em que a questão da constitucionalidade é apreciada no curso de processo relativo a caso concreto, como questão prejudicial, que se resolve para assentar uma das premissas lógicas da decisão da lide; e um sistema de controle por via principal, no qual essa questão vem a constituir o objeto autônomo e exclusivo da atividade cognitiva do órgão judicial, sem nexo de dependência para com outro litígio.

Já em relação o controle principal, ou por via de ação, é aquele que cuida da invalidade da norma em si, como colidente com o Texto

Constitucional, independe de haver lide em algum processo. Aqui, não há partes, simplesmente se questiona a invalidade da lei por ser colidente com a Carta Maior, nesse sentido expõe Luiz Roberto BARROSO[22]:

Ao contrário do controle incidental, que segue a tradição americana, o controle por via principal é decorrente do modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais. Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma nova disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídica, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

Neste trabalho, depois de uma visão rápida nas formas de inconstitucionalidade e de controle, foca-se o seu objeto, que é o controle de constitucionalidade realizado no âmbito dos Tribunais de Contas Estaduais e da União, como forma de expurgar os efeitos de ato ou contrato administrativo inconstitucional.

3 – 2. SÚMULA 347/STF. Cláusula de Reserva de Plenário e Teoria dos Poderes Implícitos.

Conforme restou delineado, o controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais de Contas é de natureza difusa, por via de exceção, não sendo atribuído a Corte um julgamento direto da inconstitucionalidade do ato em tese, sob pena de violar a própria competência atribuída ao STF de guardião-mor da Constituição.

O Supremo, há várias décadas, editou a Súmula de jurisprudência nº 347, estabelecendo que: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”. Aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, o entendimento restou consolidado no época em que o controle concentrado de constitucionalidade por parte do STF ainda não havia sido implementado, o que gera algumas controvérsias quanto a sua aplicação nos dias atuais. Levantando o debate, o Ministro Gilmar Mendes, na análise

do MS 25.888, de 22 de março de 2006, lembrou que o controle concentrado de constitucionalidade foi implementado no Brasil pela EC 16/65, ampliando os poderes e a vinculação da decisão proferida pela Suprema Corte.

Delineando melhor o tema, vejamos trecho da decisão monocrática:

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos nãojurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante

ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. (BRASIL, 2006)[23]

Não obstante, em entendimento vinculante, o STF já pacificou o tema, decidindo que os atos e decisão que declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou administrativo, deve ser analisada pelo Tribunal Pleno ou seu órgão Especial, por maioria absoluta, conforme estabelece a Súmula Vinculante nº 10:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Ademais, é garantido o respeito ao contraditório e a ampla defesa, no âmbito do Tribunal de Contas, sempre que sua decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, conforme Súmula Vinculante nº 3[24].

Nessa toada, o TCE/RO, em voto fundamentado pelo Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra, na análise do PROCESSO: 3883/2012 – TCE/RO[25], publicado no Diário Oficial de 17 de novembro de 2017, teve a oportunidade de se manifestar no seguinte sentido:

II.1.1.1. Da alegação de incompetência do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia para apreciar a inconstitucionalidade de ato normativo (...)

35. De fato, o Ministro Gilmar Mendes tem o entendimento pessoal de que o Tribunal de Contas não possui legitimidade para aferir a constitucionalidade de leis e atos normativos. 36. Nada obstante, esta Unidade Técnica entende que o melhor entendimento a ser dado ao caso sub examine é que **o Tribunal de Contas pode apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, desde que não seja de forma abstrata, ou seja, que a apreciação da constitucionalidade seja de forma incidental (no caso concreto) e que decisão gere efeitos inter partes.** (...)

39. Noutro ponto, a ementa da Medida Cautelar da ADI 221 dispôs que os Poderes Executivo e Legislativo podem determinar aos seus órgãos subordinados que **deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos que afrontem a Constituição Federal.** (...)

40. Essa determinação de não aplicação de lei ou ato normativo inconstitucional ontologicamente, na essência, **é uma espécie de controle difuso.** 41. Na sequência, destaca-se que o último intérprete da Constituição da República Federativa do Brasil é o Supremo Tribunal Federal, consoante previsão normativa contida na alínea "a" do inc. I do art. 102 da Constituição Federal. 42. Trata-se de densificação da Sociedade Fechada de Intérpretes. 43. Entretanto, **a Suprema Corte Constitucional não é a única que interpreta a Constituição Federal, vez que vige no ordenamento jurídico pátrio o controle de Constitucionalidade Difuso, porquanto todos os juízes podem fazer o mencionado controle de forma incidental nos julgamentos que realizar.** 44. **Os Tribunais de Contas fazem parte da Sociedade Aberta de Intérpretes,** eis que faz a apreciação da constitucionalidade de leis e atos

*normativos no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta e das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, na forma do inc. II do art. 71 da Constituição Federal. (...) 46. Em que pese à falta de norma constitucional expressa, **é cediço que os Magistrados possuem a competência para fazer o controle de constitucionalidade de forma difusa.** 47. Essa competência para apreciar a constitucionalidade de forma difusa tem sua raiz no direito norte-americano, no caso *Marbury v. Madison*, em que, entre outros pontos, a Suprema Corte dos Estados Unidos previu a possibilidade jurídica de **que qualquer juiz poderá fazer a apreciação da compatibilidade das leis em face da constituição.** 48. No Brasil, o mencionado mecanismo de controle foi introduzido por meio do art. 3º do Decreto n. 848 de 1890, ao assim preceituar: "Art. 3º Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte", bem como pela alínea "b" do § 1º do art. 59 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, in verbis: Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. 49. A partir de então se criou o*

*Constitucionalidade de forma difusa no Brasil. 51. Esse Costume Constitucional também se aplica aos Tribunais de Contas, senão vejamos: 52. O enunciado da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 347 prevê a possibilidade jurídica do Tribunal de Contas **fazer a apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público**, in litteris: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE das leis e dos atos do poder público. 53. Essa súmula foi aprovada em 1963, época em que somente existia no Brasil o controle difuso, vez que o controle abstrato de constitucionalidade somente foi instituído por meio da emenda constitucional n. 16/1965. 54. Assim é que **existe o Costume Constitucional consistente na possibilidade jurídica de que os Tribunais de Contas podem fazer a apreciação da compatibilidade das leis e atos normativos em face da Constituição Federal, desde que seja de forma difusa e incidental, não podendo fazer, portanto, o controle abstrato de constitucionalidade, o qual compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.** 55. Ademais, registre-se que o ato de julgar do juiz singular e dos Conselheiros do Tribunal de Contas são ontologicamente, na essência, iguais. 56. A única diferença, por decisão do Poder Constituinte Originário, é que **as decisões do Tribunal Contas tem natureza jurídica de ato administrativo e dos juízes de ato jurisdicional.** (...) 58. Salienta-se que o comando constitucional previsto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal estabeleceu que compete ao Tribunal de Contas **julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta e as contas***

daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. 59. Ressalta-se que se a Constituição Federal atribui de forma categórica e expressa a competência ao Tribunal de Contas para efetuar o mencionado julgamento, assim estaria igualmente atribuindo, **NA FORMA DE PODERES IMPLÍCITOS, a essa Corte de Contas, os meios necessários à integral densificação do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos da administração direta e indireta e das contas daqueles que derem causa a prejuízo ao erário público.** 60. Esses meios necessários à integral densificação do julgamento das contas, inclui a aplicação da Constituição Federal, o que inegavelmente consubstancia a concretização do controle difuso e incidental por parte desta Corte de Contas. 61. Relativamente a essa **teoria dos poderes implícitos**, o Supremo Tribunal Federal, por meio do MS 26.547/DF, **já teve a oportunidade de densificar a mencionada teoria quando reconheceu a possibilidade jurídica do Tribunal de Contas decretar cautelarmente a indisponibilidade de bens.** (...) 62. Veja-se o voto do Ministro Celso de Melo no mencionado MS 26.547/DF: "(...) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja

*doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCulloch v. Maryland (1819), **ênfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.** (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR." (MS 24.510, rel. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.) (...) 64. Deve-se sim superar a lógica formal para a lógica do razoável e considerar o contexto fático, jurídico, político e social para **dar a interpretação que os Tribunais de Contas façam o controle difuso e incidental de constitucionalidade, fazendo densificar os comandos Constitucionais. De mais a mais negar a legitimidade do Tribunal de Contas para fazer o controle difuso em tela é ferir de morte o Princípio da Proibição da Proteção de Deficiente, consectário do princípio da proporcionalidade.** (...)72. Dessa forma, é desarrazoado o entendimento que o Tribunal de Contas seja considerado "a boca da lei", como outrora a magistratura era considerada. 73. Assim o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas serem considerados "a boca da lei" é uma linha de pensamento retrogrado e ultrapassado, já que vige no ordenamento jurídico pátrio a Supremacia da Constituição e todas as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas normativos editados pelos poderes públicos é conferir*

*real efetividade as suas atribuições, que são vocacionadas a neutralizar situações lesivas ao erário público. (...) 93. Urge destacar que o Tribunal de Contas **não pode realizar o Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade**.94. Entrementes, a Corte de Contas somente pode realizar de forma difusa e incidental e com efeitos inter partes o Controle de Constitucionalidade, **respeitando-se a cláusula de Reserva de Plenário (Art. 97, caput, CF6 c/c Súmula Vinculante n. 10 do STF)**. (grifos)*

Assim, deve-se observar a cláusula de reserva de plenário que, como já se disse, nos termos da Súmula Vinculante nº 10 e art. 97 da CRFB/88, estabelece o quórum qualificado de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Tal regra é importante para a estabilidade do sistema jurídico, pois, mesmo no controle difuso de constitucionalidade, a lei só será declarada inconstitucional se for reconhecida pelo Tribunal Pleno ou Órgão Especial, por maioria absoluta.

Desse modo, atento a ideia dos poderes implícitos, nos ensinamentos perfilhados no caso no famoso caso McCulloch v. Maryland (1819), para o exercício de sua competência constitucional é inevitável que os Tribunais de Contas tenham de fazer a adequação dos atos apreciados ao Texto da Lei Maior.

Concluindo, o controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas será exercido na via difusa e concreta, analisando a aplicação de determinada lei para o caso posto em análise, sendo a hermenêutica constitucional essencial para a atuação da corte de Contas.

4 – CONCLUSÃO

A ideia de constitucionalidade advém da tentativa de regar o poder absoluto concentrado nas mãos de um superior que não possuía limites ao respeito a regras pré-estabelecidas.

Nesse sentido, a constituição funciona como uma lei rígida por ter um procedimento de alteração mais complexa, e hierarquicamente superior, por ser a fonte legitimadora das demais leis do ordenamento infra legal.

Daí não falarmos em antinomia de normas, mas sim em inconstitucionalidade, quando há colisão entre uma norma constitucional e uma infra. Os métodos para assegurar a rigidez e hierarquia da Lei Maior é o controle exercido sobre o caso concreto ou sobre uma lei em abstrato, função esta exercida pelo STF. Ainda poderá ser de maneira difusa ou concentrada, quando caberia a um órgão específico executar o julgamento.

No âmbito dos Tribunais de Contas o controle é realizado de forma difusa, no caso concreto, por via de exceção, em atenção a Súmula 347/STF e a teoria dos poderes implícitos, já que a hermenêutica constitucional é fundamental para que o exercício de suas funções constitucionais.

Além do mais, considerando a sociedade aberta de interpretes da Constituição, temos que quanto mais analistas capacitados vocacionados em interpretar o texto da Magna Carta, melhores resultados teremos em direção a uma constituição normativa.

Pelo que foi dito, o exercício do controle difuso, analisando a constitucionalidade aplicável ao caso concreto é uma função constitucional dos Tribunais de Contas, derivada das atribuições estabelecidas no art. 71 da CRFB/88, não sendo uma faculdade, mas um dever-fazer dos seus membros no bom desempenho de suas funções.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podium Edições, 2008.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4º ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 4º ed. Forense: 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução, Revisão e Técnica de Sergio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Informações proferidas numa Conferência, em 1863, pelo autor, para os intelectuais e operários da antiga Prússia. Em: LASSALE, Ferdinand; **A Essência da Constituição**; traduzido por: Walter Stöner. 6º Ed.. Editora Lumen Juris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988**. Vol. I. Brasília: Revista Jurídica Virtual, 1999.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Aspectos Básicos do Controle de Constitucionalidade de Leis e de Atos Normativos e Breve Análise da Lei n.º 9868, de 10.11.1999, e da Lei n.º 9882/99, de 03.12.1999**. RT/fasc. Civ. v. 788, n.º 90, jun. 2001. Acesso em: 16/03/2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NOTAS:

[1] BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 4º ed. Forense: 2006.

[2] AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

[3] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução, Revisão e Técnica de Sergio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

[4] BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4º ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

[5] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Aspectos Básicos do Controle de Constitucionalidade de Leis e de Atos Normativos e Breve Análise da Lei n.º 9868, de 10.11.1999, e da Lei n.º 9882/99, de 03.12.1999**. RT/fasc. Civ. v. 788, n.º 90, jun. 2001.

[6] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246.

[7] Informações proferidas numa Conferência, em 1863, pelo autor, para os intelectuais e operários da antiga Prússia. Em: LASSALE, Ferdinand; **A Essência da Constituição**; traduzido por: Walter Stöner. 6º Ed.. Editora Lumen Juris, 2001. p. 8.

[8] Citado por Gilmar Ferreira Mendes em: Apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, **A força normativa da Constituição**, que serviu de base para a aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959.

[9] KELSEN, Hans; **Jurisdição Constitucional**; Introdução, Revisão e Técnica de Sergio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

[10] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 65.

[11] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 40.

[12] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 215.

[13] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217.

[14] SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.

[15] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 152.

[16] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 221/222.

[17] MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988**. Vol. I. Brasília: Revista Jurídica Virtual, 1999.

[18] BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, 4º Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

[19] AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podium Edições, 2008. p. 52.

[20] AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podium Edições, 2008. p. 77.

[21] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[22] BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4º ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

[23] *Decisão monocrática disponível em: . Acesso em: 20.mar.2018*

[24] *Súmula Vinculante 3: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que*

beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

[25] Disponível

em: http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_01515_2017-11-17-12-45-47.pdf. Acesso em: 21/03/2018.

O EFEITO LAVA JATO E O ADMIRÁVEL BRASIL NOVO

PEDRO GUILHERME MÜLLER KURBAN:

Advogado. Bacharel em Direito pela PUC/RS. Tesoureiro do Instituto Lia Pires (ILP).

Resumo: O presente artigo se propõe a uma reflexão acerca dos efeitos provenientes da operação lava jato tanto no âmbito judicial quanto no social, notadamente em razão da intensa cobertura midiática.

Palavras-chave: Operação lava jato. Mídia. Ativismo judicial. Medidas anticorrupção.

Résumé: Cet article propose une réflexion sur les effets de l'opération lava jato à réaction dans les sphères judiciaire et sociale, notamment en raison de l'intense couverture médiatique.

Mots-Clés: Opération lava jato. Média. Activisme judiciaire. Mesures anti-corruption.

Sumário: Introdução. 1. O ativismo judicial e a mídia legislando com o aplauso do homem-massa. 2. Novos papéis para o Judiciário e o Legislativo: a lição do caixa dois. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Passar o Brasil a limpo, moralizar o país, entre outros, esses têm sido os chavões do falatório nacional, repetidos mimeticamente pela mídia ao celebrar a operação lava jato e elevá-la à condição de redentora da pátria. Indiscutivelmente, a sua repercussão trouxe um novo paradigma institucional - legal e criminal - não só para a sociedade, mas também para o direito como um todo. Muito propalado e exaltado é o chamado *efeito lava jato*, termo genérico e abrangente, quiçá superdimensionado, ao qual se credita o condão de solucionar mazelas históricas do país. Agora, resta saber qual é o real impacto desse novo paradigma. É possível definir quais são todos os efeitos da lava jato? Estão computados nele determinados

precedentes e interpretações legais que levaram inegavelmente ao fortalecimento do Estado perante o indivíduo? Com efeito, até alguns profissionais tarimbados se deixaram seduzir pela retórica e pela obstinação obtusa em se cegar perante distorções e abusos gerados.

1. O ATIVISMO JUDICIAL E A MÍDIA LEGISLANDO COM O APLAUSO DO HOMEM-MASSA

Percebe-se, nessa onda, um crescimento do ativismo judicial, na mesma medida em que é festejado pela imprensa e pela população, o que acaba retroalimentando-o, já que os magistrados se veem na obrigação constante de se mostrarem à sociedade ladeando a luta contra a corrupção, ainda que ao custo de, por vezes, passar por cima de cristalinas prescrições legais e constitucionais, permitindo-se a deturpação não só hermenêutica, mas propriamente semântica de conceitos jurídicos. Arrisca-se, desse modo, a se ficar refém dos humores da opinião em voga, a qual não poderia definitivamente ser balizadora judicial, até porque se observa sucessivamente a indignação popular frente a termos basilarmente técnicos, neutros, comezinhos no dia a dia jurídico, que, respigados de uma determinada decisão judicial tida como polêmica, parecem ao leigo um exemplo de descaso ou de infâmia, pressionando o Judiciário a ceder às conveniências e à grita. Da mesma forma, constatam-se extremismos, seja no endeusamento, seja na demonização de juízes e ministros julgadores, a depender do pretense viés da decisão tomada, malgrado muitas dessas serem praxe na rotina forense, desconhecidas, contudo, do grande público, alheio ao direito. A farta cobertura jornalística, catalisada em uma realidade de mídias sociais facilitadoras da comunicação de massa, cria a impressão de que, assim como no futebol, a opinião de cada um, por mais leiga e despropositada que seja, é válida e merecedora de espaço em nome da pluralidade de ideias e da democracia, termos-coringa para o vale-tudo opinativo e para a consolidação da boçalidade como parâmetro. Esse é o proceder do homem médio, ou melhor, do homem-massa de Ortega Y Gasset:

Hoje, ao contrário, o homem médio tem as 'idéias' mais taxativas sobre tudo o que acontece e deve acontecer no universo. Por isso perdeu a

audição. Para que ouvir, se já tem tudo dentro de si? Já não é tempo de escutar, mas, ao contrário, de julgar, de sentenciar, de decidir. Não há questão de vida pública na qual não intervenha, cego e surdo como é, impondo suas 'opiniões'. (...) As 'idéias' desse homem médio não são autenticamente idéias, nem posse é cultura. A idéia é um xeque na verdade. Quem quiser ter idéias precisa antes se dispor a querer a verdade e aceitar as regras do jogo que ela impõe. (2016, p.144)

O direito não é, por outro lado, um muro intransponível, gnosticamente isolado e exclusivo apenas para os iniciados, até porque, quanto mais circunscrito e autofágico, acadêmica ou profissionalmente, mais desenraizado com a realidade ele se mostra. Todavia, deve haver um ponto intermediário entre a vulgarização do direito, com sua consecutória nivelção por baixo, e o direito insulado enquanto clube restrito a uma plêiade de iniciados. A atual profusão de opiniões acerca de cada ato e desdobramento processual invariavelmente vem influenciando nos julgamentos *per fas et nefas*, quebrando a ordem legal, por vezes servindo às conveniências políticas ou sociais do momento. Como é sabido, já se tornou regra, nesse país, legislar criminalmente a partir de casos de repercussão social explorados *ad nauseam* pela mídia, não sendo um fenômeno recente, bastando voltar um pouco no tempo, para se constatar que a legislação penal evolui, *pari passu*, à cobertura jornalística. Não se pode olvidar a tipificação do assédio sexual em decorrência de uma reportagem do Globo Repórter, como relembra Nilo Batista:

Em 30 de março de 2001, o programa Globo Repórter ocupou-se de assédio sexual. Um Sérgio Chapelin doutrinal indagava 'qual o limite entre a paquera e o assédio sexual', respondendo em seguida que 'o assédio causa constrangimento e muita dor', e convocando a participação da enorme audiência: 'Você já foi vítima? Ajude-nos com a sua informação'. A seguir, foram apresentados alguns casos. [...] De

fato, um mês e meio depois dessa matéria, a lei no 10.224, de 15.mai.01, viria a criminalizar o assédio sexual (art. 216-A CP). (2003, p.11)

Ou então a *sui generis* aprovação repentina das reformas no Código de Processo Penal através de diferentes projetos de lei no fervor do caso Nardoni (RIBEIRO; MACHADO; SILVA, 2012), reformas essas que já vinham se arrastando por um longo período. Nesse último caso, é interessante ressaltar que as mudanças em si não tinham necessariamente relação com o crime, mas trouxeram à luz o debate legislativo penal, ainda que por vias transversas.

2. NOVOS PAPÉIS PARA O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO: A LIÇÃO DO CAIXA DOIS

Outro efeito lava jato ironicamente paradoxal é que, na conjuntura atual, os papéis entre o legislativo e o judiciário parecem ter-se invertido; isso porque, tradicionalmente, o congresso acabava atendendo aos anseios populares, por mais toscos e dissociados empiricamente da realidade que fossem, atuando como o principal fiador do endurecimento penal. Argumenta-se, inclusive, que são jogadas populistas; e são; porém, não é o Poder Legislativo o legítimo representante da vontade do povo, a tradução em representantes da *vox populi*? Ao Judiciário, de outra banda, caberia o papel precípua de controle dessa atividade legislativa, fiscalizando e tolhendo os excessos, em conformidade com a lei e com a constituição. No ponto em que o país chegou, tem-se os parlamentares como limitadores do avanço da punibilidade e ocasionais entusiastas do garantismo penal, mesmo que em função de estarem advogando, casuisticamente, em causa própria, procurando precaver-se contra o tino persecutório estatal que chegou aos mais altos escalões do estamento burocrático, na assentada definição de Raymundo Faoro (2012). Na vertente oposta, alguns magistrados – de todas as instâncias – e membros do Ministério Público autoproclamaram-se, à Napoleão, perseguidores da efetividade penal desmedida, corretores de todo aparato legal e constitucional, em um claro e questionável ativismo que, às claras, confronta expressas disposições do ordenamento jurídico, arvorando-se,

pois, em paladinos da moral e redefinidores do direito, feitas as devidas ressalvas.

É oportuno citar um curioso episódio da crônica legislativa nacional. À época do draconiano pacote das "dez medidas anticorrupção", em que o Congresso foi pespegado pela imprensa enquanto traidor da pátria ao pretensamente desfigurar as proposições, vislumbrou-se a possibilidade da tipificação legal do caixa dois. Em suma, a prática teria uma efetiva, insofismável e expressa definição legal, tornando-se, dessa forma, crime autônomo. Ocorre, contudo, que, *a priori* paradoxalmente, os defensores e entusiastas de um novo e mais duro regramento penal se posicionaram veementemente contra. Mesmo que soe estranho aos leigos - os mesmos homens-massa palpiteiros diuturnos do direito -, isso tem uma explicação técnica, a qual não deixa de soar inusitada. Atualmente, o caixa dois vem sendo enquadrado como falsidade ideológica eleitoral, previsto no Artigo 350 do Código Eleitoral. Acaso se criminalizasse o caixa dois em si, enquanto crime autônomo, essa interpretação extensiva, por assim dizer, não teria mais lugar. Sabe-se precipuamente que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, e, nesse caso, não se aplicaria retroativamente à criminalização de uma conduta que, se foi criminalizada agora, é porque, por um silogismo lógico, não era crime anteriormente. Essa premissa do processo penal ganhou o apelido de *anistia* pela imprensa. A tipificação legal do caixa dois, dadas as circunstâncias atuais, encontra respaldo fático a justificar-se, no sentido de desestimular negociatas em período eleitoral que semeiam a corrupção durante o mandato; assim sendo, por essa ótica, a iniciativa do Congresso seria louvável. Não por ingenuidade dos parlamentares, essa escapatória jurídica, se assim podemos nomear, é de conhecimento dos congressistas. A crítica que se faz é acerca da incoerência entre defender um endurecimento penal, ao mesmo tempo em que se contrapõe a eventual legislação nesse sentido que possa, pelos princípios que regem o ordenamento, beneficiar o acusado. A justificativa de uma anistia geral aos corruptos é incoerente, pois, se a conduta não é claramente um delito, como anistiar o que não era crime? Esse é mais um exemplo do apego diletante ao ativismo, a um sistema acusatório enjambrado, circunstancial, pernicioso e manipulável. Renuncia-se a toda construção legislativa, com seus acertos e erros absorvidos pelo tempo na

busca da correção. Já ensinava o fulcral mantra do admirável mundo novo: *Mais vale dar fim que consertar. Quanto mais se remenda, menos se aproveita.* (HUXLEY, 2014, p.72)

Tudo isso em prol de uma operação policial, de uma limpeza geral que, ainda que idealizada como perene, revela-se superficial, por não adentrar à raiz do problema central da corrupção. Será deveras preferível isso que se quer, sendo esse o efeito lava jato que tanto se apregoa? Contra os possíveis disparates surgidos nessa sanha, impõe-se o princípio da legalidade; este é um escudo contra a retroatividade da lei penal mais maléfica, mas também vedador das incriminações vagas, decorrendo daí o chamado princípio da taxatividade, além coibir o emprego de analogia para criar crimes ou enquadrar o cidadão (*nullum crimen nulla poena*). Sustentando-se esse nobre objetivo maior e moralizador, talvez o grande efeito da lava jato acabe por ser relativizar o princípio da legalidade, suscetível casuisticamente.

CONCLUSÃO

Não parece auspicioso desmunicar o cidadão das garantias, que já são débeis no contexto presente, tendo em vista que o risco não se cingirá exclusivamente aos alvos da vez, o que é ledo engano dos incautos; o efeito é para todos. Longe de ser perfeito, o atual sistema já vinha ruindo gradativamente, atingindo o cume em função dos escândalos policiais devassados pela operação lava jato. Enfim, o efeito será escancarar o salve-se quem puder, com a ruína do arremedo de estado de direito, do fingimento de ordem legal e do epíteto das "instituições funcionado".

O ponto nevrálgico é não reduzir o debate a ser contra ou ser a favor de uma operação, mas, sim, de analisar, sob enfoque crítico, malgrado os benefícios, as consequências desse fenômeno jurídico-social, divisando, pois, as paixões provocadas, mesmo que sem desconsiderá-las do conjunto analítico, até porque dissociá-las é uma falha grave em prol de uma irreal observação neutra.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2018.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. Prefácio Gabriel Cohn. 5.ed. São Paulo: Globo, 2012.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. trad. Lino Vallandro. Vida Serrano. 22.ed. São Paulo: Globo, 2014.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. trad. Felipe Denardi. Campinas, SP: Vide Editorial, 2016.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. **A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado**. Rev. direito GV, São Paulo, v.8, n. 2, p. 677-702, Dec. 2012 Available from . Acesso em 17 ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000200012>.

UMA NOVA ÓTICA PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: O APADRINHAMENTO SOCIOEDUCATIVO

MARINA OLIVEIRA ANDRADE:

Advogada. Graduada em Direito pela UERJ (2016).

RESUMO: O presente trabalho busca analisar, de forma crítica, o panorama brasileiro do adolescente que esteja cumprindo medida socioeducativa e fornecer uma nova ótica ressocializadora. Uma vez realizado o corte epistemológico, qual seja, o Direito Penal Juvenil, passa-se ao diagnóstico crítico-descritivo da realidade brasileira, por meio da intertextualidade existente com a teoria da rotulação de Howard Becker. Assim, constata-se os inequívocos problemas sociais, anteriores ao cometimento do ato infracional, que caracterizam o chamado “desviante”. Diante desse contexto, é proposto um novo caminho à questão da ressocialização do adolescente em conflito com a lei: o binômio interdisciplinaridade/ Apadrinhamento Socioeducativo. Propõe-se não só uma forte e cada vez mais engajada atuação em conjunto da equipe técnica com os aplicadores do direito, mas a aplicação do projeto de Apadrinhamento a fim de que cada cidadão participe ativamente da reconstrução da juventude, possibilitando uma guinada em suas vidas.

Palavras-chave: Ato infracional. Teoria da Rotulação. Ressocialização. Adolescentes. CREAS. Interdisciplinariedade. Apadrinhamento Voluntário.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O ESTEREÓTIPO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI. 2.1 Teoria da rotulação – Howard S. Becker. 2.2 Realidade brasileira. 2.3 Características do adolescente em conflito com a lei. 2.3.1 Escolaridade e formação profissional. 2.3.2 Aspectos familiares. 2.3.3 Dimensão comunitária. 2.4 A judicialização dos problemas sociais. 3.

UMA NOVA ÓTICA PARA MUDANÇA. 3.1 O importante papel da interdisciplinaridade. 3.2 Projeto de Apadrinhamento Socioeducativo. 3.2.1 Conceito. 3.2.2 Fundamentos jurídicos. 3.2.3 Espécies. 3.2.4 Habilitação do padrinho socioeducativo. 3.2.5 Eficácia ressocializadora do projeto. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A intensificação de atos infracionais cometidos por jovens com idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos é uma preocupação alarmante em pleno século XXI. Trata-se de cidadãos que estão em fase de formação de sua personalidade e caráter, tendo o Estado, a sociedade e sua família o dever de auxiliá-lo nessa empreitada.

É interessante observar que um estudo das origens dos adolescentes infratores feito pela UNICEF no Estado de São Paulo constatou que a maioria dos socioeducandos pertence a famílias com renda inferior a três salários mínimos mensais, 67% estudaram até quatro anos e 61% estavam fora da escola quando foram internados. Demais disso, na maioria dos casos, esse quadro se completa com a desestruturação da família, vez que boa parte dos infratores são filhos de pais separados ou alcoólatras.

Destarte, as medidas socioeducativas não devem ser aplicadas isoladamente. É preciso enxergar o ato infracional como sintoma de um processo de exclusão a que estes jovens estão submetidos como: falta de acesso à escola, à oportunidade de lazer, à opção de vida, ao convívio familiar, à relação com a comunidade. Desde muito cedo esses ditos cidadãos são considerados pela sociedade aquilo que Howard Becker chama de marginais e desviantes. Assim, sua autoestima é enfraquecida, inexistindo força para adentrar em um modo de vida mais digno, sendo o crime a saída fácil e que lhe traz algum tipo de realização.

Em um universo de presídios em situações subumanas, sem a mínima tutela da dignidade da pessoa humana e sem qualquer conjectura de ressocialização dessas pessoas, o ponto nevrálgico é justamente tentar recuperar esses adolescentes antes que passem a um caminho com chances ínfimas de mudança.

Neste diapasão, urge a necessidade de problematizar questões que se tornaram rotineiras, mas nem por isso devem ser naturalizadas, quais sejam: (a) quais as falhas cometidas pelo Estado que prejudicam o ambiente de formação desses jovens? (b) qual a importância da presença familiar na vida desses adolescentes? (c) quais as consequências previstas por lei àqueles que cometem os atos infracionais? (d) quais medidas de reintegração social existem em nosso ordenamento?

Demais disso, mister se faz a aplicação de um programa voltado para o atendimento de adolescentes em conflito com a lei, os quais devem ser inseridos numa política mais ampla, que busque a reinserção destes jovens.

Assim, o presente trabalho, apresentará as muitas semelhanças existentes entre a atual situação dos adolescentes brasileiros em conflito com a lei e a tese do professor Howard Becker. Após, serão pontuadas as principais características desses jovens, desde aspectos familiares e comunitários, passando pela escolarização e profissionalização, seguidas pela análise crítica da judicialização dos problemas sociais.

Por fim, na conclusão, será feita uma breve reflexão sobre os obstáculos encontrados na Seara Penal Juvenil e sobre a eficácia ressocializadora do binômio que se propõe. Trata-se de novidade na seara infracional, uma vez que não foram encontradas aplicações práticas na jurisprudência pátria do Programa de Apadrinhamento Socioeducativo, mas que muito pode acrescentar ao processo de reinserção desses adolescentes, desde que haja uma renovação do tradicional pensamento social.

2 O ESTEREÓTIPO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

As preocupações relacionadas à regularidade do processo de apuração do ato infracional são, sem dúvida alguma, de suma importância. Nada obstante, a análise crítica se inicia muito antes, pois é no dia a dia da sociedade que os cidadãos pertencentes às classes dominantes estereotipam quem são os adolescentes em conflito com a lei e os abusos começam. Nessa linha de pensamento, mister se faz tecer alguns breves comentários acerca da teoria da rotulação de Howard Becker.

2.1 Teoria da rotulação- Howard S. Becker

Segundo a teoria da rotulação de Howard S. Becker², o desvio é um fenômeno mais comum do que se pensa, sendo os “desviantes” participantes de um sistema de relações e interações sociais que teriam se desviado das regras do grupo, ou seja, seriam indivíduos que estão em não-conformidade com as normas socialmente estipuladas.

Em seu texto “Uma teoria da ação coletiva”, o autor desvenda a noção de “desviante” na sociedade atual a partir de uma análise crítica de concepções comumente encontradas nos meios acadêmico e social. É interessante destacar algumas dessas perspectivas.

A primeira delas é feita em face da obra do italiano César Lombroso. Em seu livro “L'uomo delinquente”³ o médico parte da ideia básica da existência de um criminoso nato, acentuando as anomalias que o delinquente apresenta. Este seria um tipo antropológico específico, caracterizado pela presença de um desvio essencialmente patológico que se caracterizaria pelo atavismo, pela epilepsia e até mesmo pela loucura

2 BECKER, Howard. *Uma Teoria da Ação Coletiva*. Rio de Janeiro. Zahar Editores. P. 53.

3 LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. 2ª reimpressão 2003. Ed. Ícone. Prefácio.

moral. Nessa lógica, a presença de elementos biológicos viciaria a qualidade dos atos desses agentes. Becker critica tal perspectiva por considerá-la excessivamente simplista e por estar contaminada por um julgamento leigo acerca do que seja o “desviante”.

Em uma perspectiva semelhante e que se enquadra nas concepções criticadas por Becker, está a sociologia de Luhmann⁴. Este autor visualizava o Direito como realidade normativa e não cognitiva, ou seja, como instrumento punitivo cuja expectativa seria sanar as expectativas sociais acerca do cumprimento de comportamento sistematicamente descumpridos (“expectativas das expectativas”). Por meio do Direito seria possível a solução dos dois problemas básicos da sociedade: a complexidade (convivência de orientações contrapostas) e a consequente contingência (inocorrência do sentido esperado pela sociedade). Nessa perspectiva, jamais a lei poderia provar-se injusta, estando protegida de críticas; pois quem age contra a norma é considerado o “outro”, o “desviante” e, portanto, incapaz de alterá-la. Luhmann não percebe que inexistente o consenso social; que seu conceito de desviante é naturalizante e desconsidera a construção histórico-social do mesmo; e que a norma não pode ser blindada, estar acima de toda e qualquer crítica. Diante disso, Becker não aceita uma noção de desviante biologizante, estática, que não decorra do seu contexto histórico-social.

Para Becker⁵, o desvio não seria uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas sim uma consequência da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um transgressor.

⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro, 1983. P. 45 *et seq.*

⁵ BECKER, Howard. Op. Cit. P. 60.

Michel Foucault⁶, por sua vez, em seu livro “Vigiar e Punir”, pauta-se na mesma crítica de Becker, na medida em que defende que o punir existente é baseado em atos previamente proibidos, comuns a determinadas classes sociais. Nessa perspectiva, observa-se que a sociedade disciplinar utiliza seu aparato legal para criminalizar condutas típicas dos ociosos, colocando-os nos chamados panópticos e, com isso, forçando-os a se adequar à lógica do trabalho (pretendida pelo capitalismo).

Há, portanto, uma eminente expressão do poder, vez que o indivíduo é rotulado como desviante, não para que haja proteção de bens jurídicos, mas para que este se adapte ao sistema laboral existente. Com isso, o sistema acaba por legitimar a criminalização da pobreza, visto que, dentro da realidade capitalista, o grupo social mais propenso à prática dos crimes prescritos em lei é o ocioso, e não o burguês. Sendo assim, a mera prática do ato já qualifica o indivíduo como desviante, sem que haja a percepção de que essa é uma construção histórico social advinda do próprio sistema.

Em seu texto, Becker ainda questiona “Afim, quem pode forçar outras pessoas a aceitar suas regras?” Émile Durkheim⁷ responde que a responsável seria a própria sociedade, na medida em que os indivíduos seriam mera engrenagem. Becker concorda ao sustentar que “as regras são feitas para os jovens pelas pessoas mais velhas [...] mais ainda, os adolescentes descobrem-se cercados por regras acerca dessas questões que foram feitas por pessoas mais velhas e acomodadas”⁸.

⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – história da violência nas prisões*. 27ª edição. Editora Vorazes. P. 107 et seq

⁷ DURKHEIM, Émile. *A Divisão do Trabalho Social*. Lisboa. Presença, 1993. *Passim*.

⁸ BECKER, Howard. Op. Cit. P. 66.

A lógica tem um ponto compreensível na medida em que “as pessoas mais novas não são consideradas nem bastante sábias nem bastante responsáveis para elaborar regras adequadas para elas próprias”⁹. Todavia, deve-se criticar uma vez que a sociedade não é de todo homogênea, bem como as relações entre os indivíduos não são necessariamente harmônicas. Há, na sociedade atual, a coexistência de diversos grupos com valores e normas sociais próprias e conflitantes. Assim, o conceito de desviante torna-se relativizado, pois sua definição depende da perspectiva de cada grupo social. O desviante para uns pode ser o próprio empreendedor para outros.

Sendo o desviante um produto do grupo impositor e, fundamentalmente, dependente do contexto social, é nítida a presença do simbólico. Isso porque é exatamente nos momentos em que o conceito do “desviante” é relativizado, tendo em vista um interesse maior, que esse poder invisível aparece. O simbólico é a norma inefetiva, que não funciona na lógica preceito-sanção, atuando muito mais como um instrumento de pacificação social.

Assim, Becker, ao tratar do “desviante” não como um mero desrespeito a uma norma, mas como a repercussão daquela atitude frente à sociedade impositora de regras, revela que as normas e infrações sempre existirão, mas o “desviante” nasce gradativamente de acordo com os reflexos que aquela atitude gerou na vida social. Dessa forma, resta inequívoca a intertextualidade entre a tese de Becker e as particularidades da realidade social brasileira.

2.2 Realidade brasileira

⁹ BECKER, Howard. Op. Cit. P.67.

A realidade brasileira, no que diz respeito aos adolescentes em conflito com a lei, demonstra exatamente que o “desviante” é aquele que a sociedade, em especial os grupos dominantes, determina como tal.

Em primeiro lugar, observa-se que os atos infracionais para os quais efetivamente se busca uma punição são aqueles comumente cometidos pelas classes sociais mais baixas. Em contrapartida, os atos típicos das classes média/alta passam despercebidos pelo desejo punitivo da sociedade.

A Deliberação nº 1.099/2014 do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente informa que os tipos de ato infracional mais praticados pelos adolescentes acompanhados pelos CREAS são roubo e tráfico de drogas:



(Fonte: Subsecretaria de Proteção Social Especial – SMDS/PCRJ)

Observa-se, assim, que a lógica capitalista da sociedade cria e estimula desejos que não pode satisfazer. Os adolescentes de classe mais baixa possuem as mesmas vontades dos jovens de sua idade (querem comprar, sair com a namorada, usar roupas de grife, entre outros), mas não possuem condições financeiras para tal. O resultado é o elevado índice do ato infracional análogo ao crime de roubo.

O ato análogo ao tráfico vem logo atrás, sendo extremamente curioso observar que o consumo de drogas sequer aparece no rol dos atos infracionais cometidos. O gráfico ilustra perfeitamente a realidade brasileira: a tipicidade do ato não importa, o poder constituído somente sanciona as atitudes que vão de encontro à ordem jurídica imposta pelas classes dominantes. Assim, somente o tráfico é punido, ignorando-se que este somente existe porque há toda uma rede de consumo burguesa que o alimenta por trás.

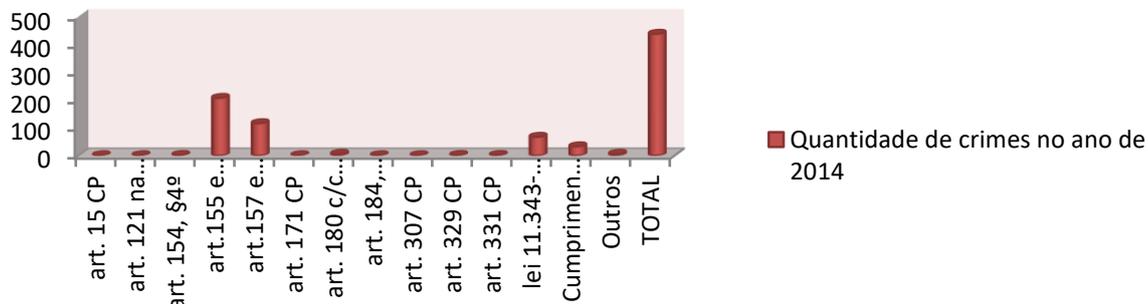
Nesse sentido, mister se faz destacar um trecho do livro da Professora Vera Malaguti¹⁰ que revela a rede existente por detrás do tráfico:

“Se a demanda cresceu tanto (“fizeram uma vaquinha e adquiriram uma “trouxinha” de maconha por Cr\$600,00 no Morro do Andaraí” – C.B.L, branco, 16 anos, morador de apartamento no Grajaú”, **a oferta vai recrutando nos morros do Rio de Janeiro os jovens que vêm na atividade possibilidades de ganhos fáceis e rápidos.**” – grifo nosso

Em estudo acadêmico feito junto à Prof^a Patrícia Glioche no ano de 2014, a partir de dados encaminhados pela DPCA da região da Zona Sul, foi constatado que a realidade pouco se alterou, o roubo e o tráfico permaneceram entre os atos infracionais mais praticados, apenas ficando atrás do furto. Vejamos:

¹⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis – Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Instituto Carioca de Criminologia: Renavan, 2003. P. 97.

Quantidade de crimes no ano de 2014



Outrossim, as tão conhecidas “atitudes suspeitas” não são caracterizadas pelo ato cometido em si, mas pelo estereótipo do suposto agente, em função do grupo social ao qual pertence. Não importa o que nem onde o ato está sendo praticado, mas sim quem o está cometendo. A professora Vera Malaguti¹¹ ilustra perfeitamente essa realidade:

“Esses casos, distribuídos entre 1968 e 1988, ilustram uma recorrência dos dezenove processos em que a expressão “atitude suspeita” aparece explicitamente. Analisando a fala dos policiais o que se vê é que a “atitude suspeita” não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo do “fazer algo suspeito”, mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas. Jovens pobres, partos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol.”

¹¹ BATISTA, Vera Malaguti. Op. Cit. P. 103.

Assim, observa-se que o julgamento do suposto desviante é feito antes mesmo do cometimento de qualquer ato. As regras sociais, impostas por grupos dominantes que apresentam a sociedade, enquadram determinado adolescente como infrator não pela qualidade do ato cometido, mas por suas características físicas e sua realidade econômica. A atitude suspeita carrega, de forma incontroversa, um forte conteúdo de seletividade e estigmatização.

Em que pese vivermos em um Estado Democrático de Direito, no qual, supostamente deveriam ser garantidos os mesmos direitos e deveres a todos os cidadãos na medida da sua (des)igualdade, fato é que o olhar lombrosiano e o darwinismo social ainda se fazem presentes nas instituições jurídico-penais.

Ademais, nos casos em que todos cometem os mesmos atos, constata-se que somente aqueles pertencentes a classes sociais mais humildes são considerados desviantes. As atitudes dos adolescentes com alto poder aquisitivo são sempre justificadas por questões médicas, sendo certo que estes agentes acabam sendo vistos como vítimas e não como transgressores.

A professora Vera Malaguti Batista¹² retrata o quão diferenciado é o tratamento feito pela sociedade em face de adolescentes que cometem os mesmos atos infracionais, mas que pertencem a classes sociais distintas. Senão vejamos:

“Como contrapartida à seletividade da atitude suspeita e à via crucis da autolesão criminalizada, **constata-se uma estratégia bem diferente se o jovem objeto do flagrante policial é branco e/ou**

¹² BATISTA, Vera Malaguti. Op. Cit. P. 105, 116, 111.

de classe média ou alta. [...] A esses jovens consumidores da zona sul é imediatamente aplicado o “estereótipo médico”, através da estratégia dos atestados médicos particulares que garantem a pena fora dos reformatórios.”

“As sentenças são dadas em função das circunstâncias, da análise de cada caso e, *ça va sans dire*, das condições socioeconômicas dos envolvidos.”

“Se compararmos com os casos de classe média ou alta em que até reincidentes são entregues imediatamente aos pais, poderemos concluir que o que determina a institucionalização não é a droga ou a infração em si, mas as condições materiais de existência e a etnia dos adolescentes envolvidos. Se alguma efetividade o sistema penal para menores apresenta aqui neste caso, ela se dá no campo simbólico,

Só para mostrar aos outros quase pretos
(e são quase todos pretos)

E aos quase brancos pobres como pretos

Como é que pretos, pobres e mulatos

E quase brancos quase pretos de tão pobres são
tratados

(Haiti – Gilberto Gil e Caetano Veloso)”

A psicóloga do DEGASE e da Secretaria Municipal de Assistência Social de Itaguaí, Thaís Vargas Menezes¹³ fez um corte social da realidade dos adolescentes em conflito com a lei: pouquíssimos são os casos de adolescentes de classes média/ alta que chegam ao Judiciário, sendo mais raro ainda o cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto e, principalmente, em meio fechado.

Neste diapasão, observa-se que a balança do Direito que deveria representar a luta da sociedade pela efetividade da justiça em verdade, na prática social, possui dois pesos e duas medidas. Só há a efetiva busca pela tão almejada justiça quando o ato cometido repercute na classe dominante social. Enquanto os agentes fazem parte do grupo impositor das regras, a tão famosa “vista grossa” se faz presente e as atitudes passam despercebidas e/ou impuníveis. Todavia, quando os supostos infratores pertencem às classes dominadas, não só os efetivos atos cometidos são vigiados e punidos, como o mero estereótipo daquele adolescente já o coloca em atitude suspeita, justificando qualquer incursão policial e/ou limitação de seus direitos.

2.3 Características do adolescente em conflito com a lei

Primeiramente, impende esclarecer que a presente análise foi embasada em 2 estudos práticos: entrevista com a coordenadora do CREAS

¹³ “Em Cine – Ciclo de Debates – O sol não é quadrado e Nova Casa: Documentário” – evento realizado no dia 04 de novembro de 2015 na Faculdade de Comunicação Social da UERJ (informação verbal).

Daniela Perez, Sr^a Roberta Araújo¹⁴ e palestra com a psicóloga do DEGASE e da Secretaria Municipal de Assistência Social, Sr^a Thais Vargas Menezes¹⁵.

Outrossim, mister faz-se ressaltar que as características que serão descritas não compreendem o universo total dos adolescentes em conflito com a lei. Aliás, nenhuma classificação é capaz de abranger um universo como um todo, pois para toda regra há uma exceção. Todavia, é imprescindível que se teça breves comentários a respeito, na medida em que: (a) se trata de uma esmagadora maioria; e (b) por meio dos sintomas, como ocorre na seara médica, é possível se chegar às verdadeiras causas do problema.

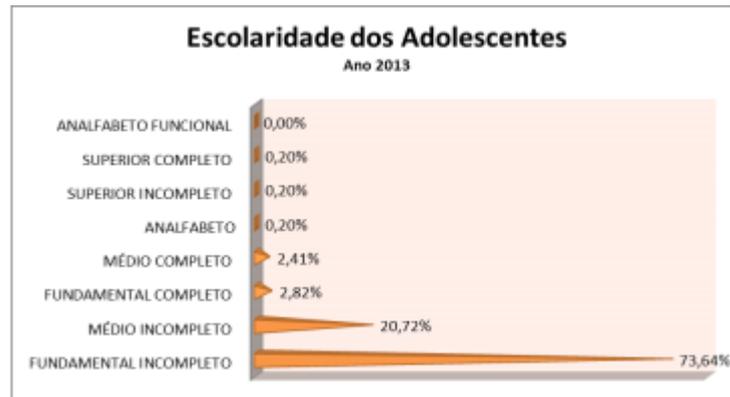
2.3.1 Escolaridade e formação profissional

O artigo 227 da Carta Magna c/c art. 4º e 53 do ECA dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação, dentre outros.

Todavia, a Deliberação nº 1.099/2014 do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente observou que os adolescentes em conflito com a lei possuem nível de escolaridade baixo (a esmagadora maioria possui ensino fundamental incompleto), demonstrando que os problemas do sistema existem muito antes do cumprimento das medidas socioeducativas. Vejamos:

14 Cf. Entrevista pessoalmente feita no CREAS Daniela Perez junto à coordenadora Roberta Araújo (informação verbal).

15 Cf. “Em Cine – Ciclo de Debates – O sol não é quadrado e Nova Casa: Documentário” – evento realizado no dia 04 de novembro de 2015 na Faculdade de Comunicação Social da UERJ (informação verbal).



(Fonte: Subsecretaria de Proteção Social Especial – SMDS/PCRJ)

É claro que o fato de os atos cometidos por adolescentes de classe média/alta sequer chegarem ao Judiciário influenciam a tabela acima. Somente se está analisando a escolaridade dos adolescentes que a sociedade busca punir. Todavia, não há como negar que o grau de escolaridade influencia, e muito, nas escolhas feitas por esses jovens, haja vista que o livre arbítrio e as oportunidades são limitados pela realidade vivenciada.

Diante de tal situação, observa-se que as escolas não têm despertado interesse a esses adolescentes e os motivos podem ser inúmeros: (a) falta de preparo dos profissionais; (b) falta de interesses dos jovens naquilo que é ensinado; (c) o futuro (situação social, profissional e financeira) proporcionado pela educação não é o mesmo que esses adolescentes almejam; (d) o tempo/ custo os estudos não possuem lugar diante da realidade vivida por esses jovens; e (e) não há direcionamento/ cobrança dos responsáveis, entre outros.

Tendo em vista que o direito à profissionalização depende, intrinsecamente, da frequência obrigatória ao ensino regular¹⁶, a realidade

¹⁶ Cf. Art. 63 do ECA. A formação técnico-profissional obedecerá aos seguintes princípios:

I - garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular;

desoladora é a mesma. Pouquíssimos são os casos de adolescente que (i) sabem da possibilidade de terem formação técnico-profissional; (ii) efetivamente se profissionalizam.

Enquanto o ensino profissionalizante deveria ser fonte de estímulo à frequência escolar, pois é natural aos jovens dessa idade quererem ter sua autonomia financeira, fato é que aquele é cada vez menos colocado em prática, pois a evasão escolar caracteriza a realidade dos adolescentes brasileiros.

Assim, observa-se que muito antes do cometimento do ato infracional esses adolescentes já se encontram em situação de extrema (des) socialização, sendo certo que as medidas socioeducativas não têm a função nem poderão ser capazes de solucionar um problema que já é alimentado pelo Poder Público e pela sociedade como um todo muito antes da prática do ato infracional.

2.3.2 Aspectos familiares

Paralelamente à situação educacional, constata-se que a imensa maioria dos adolescentes que cumpre medida socioeducativa está inserida em um contexto familiar muito desgastado e desestruturado. Três são as principais dinâmicas encontradas: (a) apenas um dos genitores (em geral a mãe) se faz presente na vida daquele jovem, mas o laço de respeito/ autoridade inexistente; (b) há a presença física de ambos os genitores ou de um apenas, mas sem qualquer apelo prático em função da própria situação de vulnerabilidade dos pais; e (c) não há sequer uma estrutura familiar.

II - atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente;

III - horário especial para o exercício das atividades.

Observa-se que o referencial até então existente para o adolescente é seu contexto familiar, com todos os empecilhos incluídos. Assim, se o objetivo é uma reviravolta na situação, é preciso não só tentar modificar a perspectiva abstrata desse jovem, mas também alterar a realidade fática vivenciada todos os dias.

Assim, observa-se que, pelo menos em um momento inicial, a família pouco tem a oferecer no que se refere à ajuda e orientação àquele adolescente. O CREAS, em geral, precisa fazer um acompanhamento não somente com o jovem que cumpre a medida socioeducativa em meio aberto, mas com sua família inteira a fim de que o ciclo vicioso existente há gerações seja rompido.

Impende esclarecer que a realidade educacional é diretamente influenciada pelos problemas familiares encontrados. A escola sozinha não possui o dever nem força de reverter sozinha a situação de um adolescente, é preciso que seja feito um trabalho com a família para que esta, uma vez reestruturada, possa auxiliar na ressocialização do jovem.

Diante da total falta de estrutura familiar, o jovem, com personalidade ainda em formação, terá suas condutas fortemente influenciadas pelo meio em que vive e, principalmente, pelas pessoas com quem convive. Dessa maneira, outro fator que atua como vilão nesse contexto é a realidade social existente na comunidade.

2.3.3 Dimensão comunitária

A imensa maioria desses jovens reside nas chamadas Comunidades, caracterizadas pela forte presença do poder paralelo e por questões culturais locais muito fortes. A visão da chamada “boa vida”, em geral, se restringe à sensação de poder local somada à aquisição de bens de marca, sendo certo que o enriquecimento cultural e intelectual ficam em um plano quase que esquecido.

Nesse contexto, o poder local estimula o jovem a aderir ao tráfico quando oferece altos valores como pagamento à função de “olheiro”, possibilita o contato desses jovens com armas e com o almejado poder. Diante dos inúmeros problemas financeiros e sociais enfrentados, a opção fornecida pelo tráfico parece a solução ideal e imediata.

Considerando que esses adolescentes estão inseridos no binômio necessidade/ poder paralelo desde muito pequenos, é incontroverso que essas soluções se tornam muitas mais atrativas do que a proposta do poder constituído envolvendo trabalho e educação. Assim, o primeiro desafio é exatamente romper com a barreira de perspectiva de vida que esses adolescentes possuem em função da realidade familiar e comunitária vivida.

2.4 A judicialização dos problemas sociais

A adolescência é marcada por fortes modificações, geradoras de muitas (in)compreensões que, por sua vez, podem desaguar nos Juizados da Infância e Juventude, mas sem ser muitas vezes questões atinentes aos tipos penais, mas, cada vez mais, a questões de assistência social e políticas públicas como, por exemplo, no âmbito da saúde no que diz respeito ao tratamento da drogadição. É a judicialização de problemas sociais¹⁷.

Considerando os dados acima apresentados, observa-se que, muitas vezes, o cometimento de um ato infracional é apenas a ponta do *iceberg*, o qual passa-se a enxergar porque se apresenta como um obstáculo à rotina da sociedade. Os atos infracionais são, então, simbólicos de algo que anteriormente já fracassou. Todavia, insistir na extirpação dessa repetição não conduz à solução do problema.

17 DA ROSA, Alexandre Moraes; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e Garantias Constitucionais. Ed. Lumen Juris. 2ª edição. P.360.

Enquanto os problemas sociais e assistenciais existentes permaneciam “invisíveis” ao interesse da sociedade, nada se fazia para alterar os rumos daquela situação, sempre em função do discurso de que aquilo é função do Poder Público. Todavia, quando os direitos daqueles que são efetivamente considerados passam a ser limitados pela atitude desses adolescentes, o discurso fervoroso de que a Justiça precisa resolver os problemas espalha-se por toda a cidade.

O presente trabalho não pretende defender nem sequer concordar com a chamada judicialização dos problemas sociais. A prevenção, por meio de direitos sociais efetivos, é sempre o melhor caminho. Todavia, não se pode sentenciar esses adolescentes, como pessoas em desenvolvimento que são, por toda eternidade.

É preciso que a oportunidade de reconstrução seja efetivamente tutelada pela sociedade a fim de evitar que a gravidade dos fatos piore e que amanhã esse jovem passe a fazer parte das estatísticas dos presidiários brasileiros.

3 UMA NOVA ÓTICA PARA MUDANÇA

Os atos infracionais cometidos por adolescentes crescem em progressão geométrica. Os órgãos e instituições carecem de recursos financeiros e humanos para uma atuação qualificada. Conseqüentemente, as medidas socioeducativas quase nunca são eficazes. Em verdade, o cenário brasileiro atual demonstra uma inequívoca realidade: a lógica do sistema, mormente na seara da Infância e Juventude, encontra-se falida.

É preciso que cada engrenagem do aparato estatal seja repensada a fim de que essas pessoas, em situação peculiar de desenvolvimento, possam, de forma fidedigna, ter seus direitos resguardados. A carnificina do punir, somente sob a ótica da justiça retributiva, nada acrescenta à

sociedade. Pelo contrário, torna o ambiente propício ao desenvolvimento de problemas cada vez mais sérios e com soluções complicadas.

É exatamente dentro da lógica de que a ressocialização dos adolescentes é operada pela engrenagem de todo o aparato estatal que se faz imprescindível dar, primeiramente, à interdisciplinaridade o valor que ela merece.

3.1 O importante papel da interdisciplinaridade

Diante da alarmante situação narrada acima, é imprescindível que haja investimento, organização própria e especializada em adolescentes, uma vez que há necessidade de um tratamento diferenciado a esses indivíduos.

A efetiva execução das medidas tem por pressuposto a existência de programas adequados para inserção do jovem, prevendo a ideia de um atendimento em rede¹⁸. Como ciência humana que é, o Direito impescinde do conhecimento técnico de outras áreas e, por isso, a eficácia das medidas socioeducativas depende de uma atuação conjunta, necessariamente interdisciplinar.

Especialmente no ramo da Infância e Juventude, a colaboração de profissionais das áreas de psicologia e assistência social assume especial relevo, em função da situação de peculiar desenvolvimento desses indivíduos e do princípio constitucional da proteção integral.

Sem a participação de psicólogos e assistentes sociais, a verdade real, por vezes, fica comprometida. Os profissionais jurídicos não possuem a expertise necessária para revelar os verdadeiros problemas que levam aqueles adolescentes a cometerem atos infracionais. Assim, se por um lado

¹⁸ SARAIVA, João Batista Costa. Op. Cit. P. 136.

o Direito sem a visão do Psicólogo, revelador da dinâmica familiar/social, fica desarticulado da realidade fática; por outro, a mera realização de estudos psicológicos, sem a imposição da normatividade ditada pela aplicação da lei ao caso concreto, resta ineficaz.

Neste diapasão, imprescindível se faz a atuação conjunta e articulada entre a rede de proteção ao adolescente (Conselheiros Tutelares, Assistentes Sociais, Psicólogos, Promotor de Justiça, Juiz, Defensor Público, Advogados) para a concretização do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes previsto em nossa Constituição da República.

Nas palavras da Promotora de Justiça Rosana Cipriano¹⁹:

“Os profissionais das áreas de Direito, Psicologia, Assistência Social e afins, devem dar-se as mãos e despojar-se de eventuais desconfianças, corporativismos ou vaidades rumo ao objetivo único de realização de justiça e busca do bem-estar das vidas que foram confiadas a sua tutela profissional.” (grifamos)

Nesse contexto, os agentes jurídicos e os das demais áreas precisam dar à interdisciplinaridade o valor que ela efetivamente possui, sendo necessário que cada um haja com clareza nos limites de sua responsabilidade, mas sem se esquecer da importância da união de esforços para evitar que trabalhos deixem de apresentar resultados por falhas de comunicação. O sistema em si deve ser provido de uma comunicação interna eficiente para cruzamento de dados, otimização e eficiência do trabalho.

¹⁹PAULO, Beatrice Marinho. *Psicologia na prática jurídica – a criança em foco*. Editora Saraiva. 2ª edição. Pág. 21 - A imprescindível atuação interdisciplinar para uma justiça de família mais efetiva.

É interessante mencionar umas das chamadas “boas práticas em programas de execução de medidas socioeducativas em meio aberto” apresentadas pelo Ministério Público do Estado do Paraná. O programa instituído pela Prefeitura de Campo Mourão²⁰ – PR mereceu destaque em função da atuação em rede – parceria com o Ministério Público, Juizado, Conselho Tutelar e Subdivisão Policial, além dos setores de pedagogia e assistência social.

Por meio da atuação interdisciplinar, tornou-se possível o oferecimento de grande variedade de cursos profissionalizantes e atividades direcionadas ao público adolescente: reforço escolar, *biscuit*, mosaico, garçom, culinária, violão, música, artesanato, jaratê, auxiliar de cabelereiro, auxiliar de cozinha, panificação, costura industrial, yoga, teatro, xadrez, entre outros.

3.2 Projeto de Apadrinhamento Socioeducativo

A comunicação não deve se restringir aos profissionais que lidam direta ou indiretamente com esses adolescentes. A engrenagem deve ser operacionalizada com a participação de toda sociedade.

Estudos realizados afirmam que os adolescentes que se encontram cumprindo medida socioeducativa com privação de liberdade, em razão do cometimento de crime mais graves como estupro, latrocínio, homicídio e roubo, não representam nem 5% dos processos que tramitam nas Varas da Infância e Juventude Infracional²¹.

Ressalte-se que, antes de responderem por crimes com violência ou grave ameaça, esses adolescentes cometeram infrações mais leves em 90%

²⁰ <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=422> – Acesso em: 12 de nov. 2015.

²¹ <https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id168.htm>.

dos casos²². Assim, resta incontroverso que a demasiada preocupação com as medidas socioeducativas privativas de liberdade não é a solução para os problemas relacionados aos adolescentes que cometem atos infracionais.

O país precisa voltar sua atenção para um maior investimento na rede de atendimento dos programas de liberdade assistida ou de proteção de serviços à comunidade, pois são as medidas com maior aptidão para desestimular o cometimento de atos infracionais. Isso porque: (i) estão relacionadas a adolescentes em início da “carreira criminosa”, o que permite uma maior influência na formação da personalidade dos mesmos, uma vez que ainda não estão completamente imersos na aparente boa vida que o ato infracional permite; (ii) não buscam privar o adolescente de seus direitos, principalmente de sua liberdade, mas sim ensiná-lo a refletir acerca de seus próprios atos e aprender a usar sua liberdade da melhor maneira possível, consagrando seus direitos ao mesmo tempo em que se respeita o dos outros.

Nessa linha de pensamento é que se propõe que o Programa de Apadrinhamento Socioeducativo seja aplicado aos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas em meio aberto, a fim de que a ressocialização se dê por diversos caminhos, não só pela mera orientação, mas pelo afeto, diálogo, efetivas oportunidade educacionais/ profissionais, dentro de um contexto no qual as necessidades básicas de qualquer cidadão são asseguradas/auxiliadas pela própria comunidade.

A presente monografia busca adaptar um programa social já existente na esfera da Infância e Juventude não infracional para as crianças/ adolescentes à seara do Direito na qual adolescentes ao mesmo tempo em que se encontram em situação de vulnerabilidade, estão em conflito com a

²² Ibid.

lei. A ideia é dar a esses jovens uma nova oportunidade para acertar, uma segunda chance e não perpetuar sua condenação. O Projeto de Apadrinhamento Sócio Afetivo busca ser a fada madrinha desses indivíduos tão esquecidos e martirizados pela nossa “pátria mãe gentil” que mais se comporta como “(má)drasta” para esse grupo estigmatizado de filhos.

Há, de forma incontroversa, um intenso desinteresse estatal na execução não só dessas medidas ressocializadoras, mas na seara da educação e da formação de cidadãos como um todo. A visão política sobre sociedade é aquela velha conhecida de manipulação das massas. Assim, é sempre mais fácil conduzir uma população com pouca escolaridade, ínfimas oportunidades do que uma que tenha o seu livre arbítrio executável. Enquanto esta pode fazer suas escolhas de acordo com suas convicções e caráter, aquela, infelizmente, muitas vezes é convencida em função das necessidades mais básicas que fazem parte de sua rotina.

Todavia, aqueles poucos que estão poder representam uma imensa sociedade, sendo certo que a vontade desta deve sempre prevalecer, e se o Poder Constituído não o faz, cabe à própria população colocar as mãos na massa.

Por meio do Apadrinhamento Socioeducativo, os cidadãos e pessoas jurídicas passam a ser agentes ativos nas mudanças que tanto almejam para a sociedade, deixando o discurso de que a culpa é do Estado para trás. O objetivo é que cada padrinho deixe de impor padrões socialmente aceitáveis, dialogue com esses adolescentes e construa soluções que engrandecem tanto a formação do jovem, respeitando suas individualidades, quanto a mentalidade da sociedade, passando a enxergar as diversas perspectivas da então verdade irrefutável.

É importante esclarecer que o projeto não defende a impunidade do adolescente que cometeu o ato infracional. A ideia é que o apadrinhamento seja realizado concomitantemente com a aplicação das medidas socioeducativas em meio aberto, sendo certo que por vezes poderá ocorrer de maneira gradativa em função da gravidade do ato praticado.

O programa busca exatamente reforçar o caráter ressocializador da medida socioeducativa, pois apesar de esta possuir natureza jurídica de sanção-educação, fato é que apenas seu caráter punitivo é efetivamente cumprido, sendo o lado educativo deixado muito aquém pelo sistema.

É fato notório que os adolescentes que cumprem medidas socioeducativas, em sua grande maioria, ficam à margem das atividades de lazer e de convivência social que os demais jovens da sua faixa etária, crescidos em ambiente familiar estável, têm acesso.

Assim, o objetivo do Apadrinhamento é atuar em conjunto com a liberdade assistida a fim de que efetivamente sejam oferecidas condições de acompanhamento, orientação e apoio ao adolescente inserido no programa. Ao mesmo tempo que o orientador judiciário não deve se limitar a receber formalmente o jovem, mas sim participar de sua vida, com visitas domiciliares e verificação de sua condição de escolaridade/ trabalho; o padrinho socioafetivo, de acordo com a sua modalidade, vai ter o papel de (i) oferecer àquele adolescente afeto/ diálogo; (ii) ensiná-lo algo dentro de sua esfera de conhecimento; (iii) financiar algum instrumento para capacitação daquele jovem.

3.2.1 Conceito

O Apadrinhamento Socioeducativo é o programa, por meio do qual, pessoas físicas e jurídicas contribuem para o desenvolvimento de adolescentes que estejam cumprindo medidas socioeducativas, seja por

meio do estabelecimento de vínculos afetivos, financeiros ou de colaboração com serviços²³.

Sua principal finalidade é desenvolver estratégias e ações que, em conjunto com as medidas socioeducativas, possibilitem e estimulem a reeducação/ ressocialização desses adolescentes. Tudo isso a partir da manutenção de vínculos afetivos, orientação, oferecimento de efetivas oportunidades à capacitação desse jovem ou estabelecimento de um canal direto de diálogo com os padrinhos/ madrinhas voluntários, previamente selecionados e preparados para lidar com a situação fática.

Importante esclarecer que da mesma forma que o Projeto, na esfera não-infracional, não se confunde com a adoção; na seara Infracional, o Apadrinhamento não busca “premiar” o adolescente que cometeu ato infracional, mas sim dar a ele efetiva oportunidade de modificar os rumos de sua vida.

Assim, os deveres oriundos do cometimento do ato infracional continuarão tendo que ser respeitados e cumpridos. Todavia, o padrinho/ madrinha atuará, dentre as possibilidades a seguir aduzidas, de forma a reforçar e possibilitar uma efetiva mudança na vida desses adolescentes.

3.2.2 Fundamentos jurídicos

O projeto encontra seu fundamento, mormente no princípio constitucional da proteção integral de crianças/ adolescentes previsto no art. 227 da Carta Magna e reproduzido pelos arts. 1º e 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importante ressaltar que, como corolário do princípio acima referido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 4º, ainda prevê ser:

²³ <http://2vriji.blogspot.com.br/p/projeto-de-apadrinhamento.html>.

“dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” (grifamos)

Nessa mesma linha de pensamento, o parágrafo único do artigo acima, de forma pragmática, determina que deve ser garantida prioridade nas questões relativas à execução das políticas sociais públicas e à destinação de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à Infância e à Juventude²⁴.

Ademais, toda criança e adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis, nos moldes do previsto no art.15 do ECA.

Reforçando tal tese, o plano nacional de convivência familiar e comunitária²⁵ dispôs:

“A participação ativa da família e da comunidade na experiência socioeducativa é, inclusive, uma das diretrizes pedagógicas do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

²⁴ Cf. Artigo 4^a, p.u do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁵ <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf> - Acesso em: 12 de nov. 2015

(SINASE), aprovado pelo CONANDA em junho de 2006. Segundo o próprio texto do SINASE, “...**as práticas sociais devem oferecer condições reais,** por meio de ações e atividades programáticas à participação ativa e qualitativa da família no processo socioeducativo, **possibilitando o fortalecimento dos vínculos e a inclusão dos adolescentes no ambiente familiar e comunitário.** As ações e atividades devem ser programadas **a partir da realidade familiar e comunitária dos adolescentes para que em conjunto – programa de atendimento, adolescentes e familiares – possam encontrar respostas e soluções mais aproximadas de suas reais necessidades.**” (grifamos)

Assim, observa-se que o todo o ordenamento jurídico busca dar plena eficácia ao princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente disposto no art. 227 da Carta Republicana.

Ao mesmo tempo, há que se considerar que existem pessoas que externam desejo de propiciar a esses adolescentes uma nova oportunidade de vida, oferecendo-os desde afeto, diálogo e orientação até apoio financeiro para realização de capacitações educacionais e profissionais.

Nesse diapasão, o Projeto de Apadrinhamento Voluntário na Infância e Juventude Infracional propõe ser um mecanismo pelo qual os direitos de adolescentes que tenham cometido atos infracionais sejam resguardados, nos moldes do previsto pela Magna Carta, em função da situação de peculiar desenvolvimento em que se encontram, por cidadãos que visam a participar ativamente no desenvolvimento de sua sociedade.

3.2.3 Espécies

O projeto de Apadrinhamento é bastante versátil, sendo certo que o único requisito para participar, de uma forma geral, é querer efetivamente colaborar para o desenvolvimento, no presente caso, de adolescentes que tenham praticado atos infracionais.

Qualquer ajuda é considerada bem-vinda, uma vez que a pessoa, de forma solidária, estará doando parte do seu tempo com o objetivo de fazer a diferença para aquele adolescente.

São três as principais espécies de padrinhos/ madrinhas, em função do modo pelo o qual a colaboração irá se efetivar: (a) prestador de serviço; (b) provedor; e (c) afetivo²⁶. Todavia, é importante ressaltar que a escolha de uma das espécies não exclui as demais, sendo certo que um padrinho pode aderir a quantas modalidades pretender, desde que previamente habilitado pela equipe técnica.

Na espécie padrinho prestador de serviços, o padrinho irá colaborar com a prestação de algum serviço do qual tenha expertise. Assim, o padrinho será direcionado ao adolescente que esteja precisando, especificamente daquele serviço²⁷.

A *ratio* desse tipo de apadrinhamento é, principalmente, mostrar ao adolescente que ele é um cidadão, titular de deveres e também de direitos. Logo, se por exemplo o jovem "A" encontra-se com algum tipo de problema dentário, dificuldades escolares ou sua casa está com problemas elétricos, ele será direcionado a um padrinho dentista, professor ou eletricitista, respectivamente.

²⁶ <http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/boaspraticas/docs/programa-apadrinhamento.pdf>

²⁷ <http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/jij-de-goiania/projetos-e-acoes/programa-anjo-da-guarda/seja-um-padrinho>

Ademais, o apadrinhamento também poderá ser muito útil na orientação desses adolescentes no que se refere à escolha da carreira profissional, uma vez que se trata de realidade comum a todos os jovens a constante dúvida sobre o que escolher para seu futuro.

Nesse caso, o padrinho poderá tanto promover palestras sobre a sua profissão/ especialização, quanto oferecer visitas práticas ao seu local de trabalho.

Ademais, o padrinho prestador de serviço poderá atuar, diretamente, na capacitação desses adolescentes, ensinando-os técnicas relacionadas à sua área de atuação profissional. Trata-se de excelente oportunidade, mormente para ensinamentos atinentes à formação técnica. De acordo com a capacidade física do CREAS ou de alguma ONG associada, serão estabelecidos o local, horário e requisitos para que os cursos sejam ministrados.

Trata-se de uma ótima opção para cidadãos de qualquer classe social que almejam propiciar uma nova realidade social aos adolescentes, na medida em que se estará "ensinando aquele jovem a pescar", fornecendo-o ferramentas para que possa alcançar sua autonomia financeira.

O padrinho provedor, por sua vez, é praticado, em geral, por pessoas que não possuem tempo ou estrutura física/ psicológica para uma maior envolvimento com os adolescentes.

Assim, o padrinho provedor oferece suporte material ou financeiro²⁸, para atender as necessidades dos adolescentes que estejam cumprindo medida socioeducativa em meio aberto, sendo certo que as

²⁸ <http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/jij-de-goiania/projetos-e-aco-es/programa-anjo-da-guarda/seja-um-padrinho>

doações serão direcionadas em conformidade com uma ordem de prioridade a ser estabelecida pelo CREAS daquela região.

Ressalte-se que essa modalidade pode ser executada tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas, sendo inequívoco que eventuais isenções fiscais deferidas pelo poder constituído em muito estimulariam a prática dessa colaboração voluntária.

Por fim, é válido de destacar que inexistente um limite mínimo ou máximo para os valores das doações, e estas poderão ser feitas por meio da entrega de bens, financiamento de cursos, entre outras formas. Todavia, visando a evitar qualquer tipo de obscuridade quanto à efetiva destinação do valor, não é possível que a doação seja efetivada em espécie.

Neste diapasão, o CREAS terá a responsabilidade de organizar uma lista com as necessidades/ prioridades de cada adolescente e o padrinho provedor, após analisá-la, realizará a doação diretamente com o fornecimento do curso ou entrega dos bens.

Trata-se de medida que não só contribuiria para as necessidades básicas e capacitação dos adolescentes, mas, principalmente, possibilitaria a efetiva execução da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade.

Tal medida, como anteriormente fora exposto, por vezes não possui qualquer eficácia, uma vez que os locais para prestação do serviço são restritíssimos, em virtude do inequívoco preconceito social ainda existente.

O padrinho provedor, mormente quando se tratasse de pessoa jurídica, poderia dispor vagas em sua empresa para que o serviço fosse efetivamente prestado. Assim, o jovem passaria a ser parte de uma outra realidade social, a sensação de pertencimento a uma Multinacional ou a uma Empresa de Televisão fomentaria nesse adolescente a vontade de mudança.

Neste diapasão, com um único apadrinhamento seria possível não só efetivar o viés punitivo da medida, mas também cumprir, de forma eficaz, a perspectiva ressocializadora tão carente na dinâmica social atual.

Por fim, a modalidade padrinho afetivo é ideal para pessoas que estejam interessadas em estabelecer vínculo afetivo²⁹ com os adolescentes que estejam cumprindo medida socioeducativa em meio aberto.

Conforme será exposto no item a seguir, a habilitação para essa espécie de apadrinhamento é um pouco mais criteriosa, haja vista que os padrinhos atuarão direta e constantemente com os adolescentes. Todavia, a equipe do CREAS buscará atuar sempre de forma a otimizar o processo, em virtude do princípio constitucional de prioridade absoluta/ proteção integral às crianças e adolescentes.

Uma vez habilitado pelo Juízo, após o Ministério Público ter se manifestado a respeito, inicia-se o convívio com o adolescente. Nos primeiros encontros, a equipe técnica participará ativamente auxiliando na construção dos vínculos entre o adolescente e o padrinho. Aos poucos, o cordão umbilical técnico vai sendo desligado, até que as visitas passam a ser realizadas entre o adolescente (e sua família) e o padrinho, sempre com avisos prévios ao CREAS, órgão responsável por fiscalizar o apadrinhamento.

Por meio do Apadrinhamento Afetivo, serão possibilitada a convivência, o diálogo e o estabelecimento de laços afetivos entre o adolescente e o padrinho. Apesar de o objetivo não ser questões patrimoniais, nada impede que o padrinho custeie a ida do adolescente a

²⁹<http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/jij-de-goiania/projetos-e-aco-es/programa-anjo-da-guarda/seja-um-padrinho>

eventos culturais, passeios, viagens, entre outros de forma a realizar sonhos inerentes a todo e qualquer jovem.

Todavia, o enfoque dessa modalidade é possibilitar que o adolescente repense os caminhos que está trilhando por meio do contato com alguém que vivencia uma outra realidade. A ideia do projeto é possibilitar a abertura do campo para o diálogo, uma vez que nem sempre isso é possível dentro da própria família do adolescente, seja por questões de falta estrutura ou por mera falta de identidade entre os interlocutores.

O apadrinhamento afetivo é a oportunidade de resgatar o direito da convivência familiar e comunitária desses adolescentes, ampliando as suas referências, oferecendo a eles a oportunidade de se relacionar dentro de outro ambiente, com novos exemplos de participação familiar e de cidadania dentro da sociedade.

3.2.4 Habilitação do padrinho socioeducativo

Primeiramente, faz-se necessário informar que os requisitos a seguir dispostos foram estabelecidos após pesquisa jurisprudencial³⁰ relacionada a Projetos de Apadrinhamento já existentes, mormente na seara não-infracional.

Tendo em vista o princípio constitucional de proteção integral aos adolescentes consagrado do art. 227 da Carta Magna, mister se faz o controle preciso da habilitação dos interessados no projeto de Apadrinhamento Socioeducativo.

Dentre os documentos comuns a todo e qualquer padrinho estão: (a) ficha de cadastro indicando a espécie de apadrinhamento; e (b) cópia dos documentos pessoais, incluindo endereço e profissão.

³⁰ <http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/jij-de-goiania/projetos-e-aco-es/programa-anjo-da-guarda/seja-um-padrinho> / <http://2vriji.blogspot.com.br/p/necessidades.html> - Acesso em: 12 de nov. 2015

Assim, o interessado deve peticionar ao Juízo, por intermédio do CREAS, esclarecendo e comprovando, ainda, os seguintes itens: (a) qualificação completa; (b) motivos pelos quais há o desejo de apadrinhar um adolescente que esteja cumprindo medida socioeducativa; (c) qual espécie de apadrinhamento pretende; e (d) quais atividades pretende realizar.

No caso de padrinho prestador que queira oferecer cursos/ palestras fora do CREAS, é necessário, ainda, o agendamento de uma visita da equipe técnica no local.

Para espécie “padrinho afetivo” mister se faz uma habilitação um pouco mais pormenorizada e profunda, em função da peculiar situação de desenvolvimento desses indivíduos. Assim, o ideal é que haja uma regulamentação do projeto por meio de resolução conjunta entre o Promotor de Justiça e o Juízo da Infância e Juventude.

Nada obstante, é imprescindível que o apadrinhamento seja feito por pessoas idôneas, comprometidas com o bem estar físico, emocional e psicológico desses adolescentes. Ademais, além dos requisitos básicos acima citados, é preciso que o padrinho seja capaz civilmente e possua uma diferença de idade para o apadrinhado de pelo menos 16 anos. O apadrinhamento independe do estado civil do candidato, mas é de fundamental importância que o/a padrinho/madrinha cumpra regras estabelecidas.

Além disso, são necessários os seguintes documentos específicos: certidões negativas cíveis e criminais, folha de antecedentes criminais, atestado de saúde física e mental. Por fim, o interessado deve participar do curso de preparação para Apadrinhamento Afetivo.

Tal preparação é essencial, na medida em que não se pode viabilizar que esses jovens tenham contato direto com pessoas não preparadas ou que possam influenciá-los de forma negativa, piorando ainda mais a realidade vivenciada.

Dessa forma, uma vez tendo sido o interessado habilitado pelo Juízo, a equipe técnica direcionará esse padrinho, de acordo com o perfil de cada um, a um adolescente que tenha previamente concordado, com anuência do responsável, em participar do projeto.

3.2.5 Eficácia ressocializadora do projeto

Conforme anteriormente mencionado, o presente trabalho busca aplicar o Instituto do Apadrinhamento ao Direito Penal Juvenil. Em que pese o projeto em si já exista na seara não infracional e seja um sucesso, fato é que não foi possível encontrar sequer uma experiência prática efetivada junto a adolescentes que cumpram medidas socioeducativas em meio aberto.

É válido citar algumas das experiências vivenciadas pelas Varas de Infância e Juventude da Capital do Rio de Janeiro com a aplicação do Projeto de Apadrinhamento.

A 1ª VIJI, por meio do Projeto "Afeta que Afeta"³¹, busca sensibilizar a sociedade para o abandono de crianças e adolescentes que se encontram privados de uma relação afetiva junto à sua família, atravessando sua infância e, muitas das vezes, adolescência, no interior das instituições de acolhimento.

Com o mesmo objetivo, o juiz Sérgio Luiz Ribeiro de Souza, em parceria com o setor de assistência social, criou o Projeto de

³¹ <http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/boaspraticas/docs/projeto-apadrinhamento-afetivo.pdf>

Apadrinhamento da 4ª VIJI com objetivo de interligar os interessados em ajudar com as Instituições de Acolhimento, na medida de sua necessidade. Visando divulgar o projeto e listar as prioridades existente, a Vara criou, inclusive, um blog³². No endereço, é possível ver quais Instituições são beneficiadas, qual público elas atendem e as necessidades existentes.

Observa-se, assim, que o Projeto busca dar a efetiva sensação de acolhimento a esses infantes, não se limitando ao mero abrigamento. Tal proposta, de forma incontroversa, torna efetiva a garantia dos direitos dessas crianças/ adolescentes, sendo certo que o projeto em muito contribui para o decréscimo do número de adolescentes que cometem ato infracional.

O programa possibilita que o papel da família, muitas vezes inexistente ou desestruturado, seja realizado por pessoas da sociedade que se propõem a dar carinho, afeto, diálogo e oportunidades a essa criança.

Nessa mesma linha de raciocínio, qual seja, a proteção integral dos adolescente, é que se acredita no verdadeiro e eficaz papel ressocializador do Apadrinhamento Socioeducativo não só na vida de infantes institucionalizados, mas também na de adolescentes já desacreditados pela sociedade. Trata-se de infantes que, apesar de terem cometido um erro, também se encontram em situação de vulnerabilidade.

O Projeto de Apadrinhamento na esfera infracional vai além, seu objetivo é reinserir não só o adolescente, mas toda a sua família novamente na sociedade. Por meio de auxílios materiais, afetivos e de prestação de serviço reestrutura-se toda uma entidade familiar, até então sem forçar para romper com o tão intenso ciclo vicioso.

³² <http://2vriji.blogspot.com.br/p/necessidades.html> Acesso em: 12de nov. de 2015.

Diante desse ambiente novo e ainda não explorado, não se pode afirmar o quão eficaz seria a aplicação da medida que se propõe. Todavia, considerando que a realidade socioeducativa encontra-se falida e que, de forma incontroversa, direitos e garantias desses adolescentes estão sendo cabalmente desrespeitados, de forma totalmente contrária à tutela constitucional, resta imprescindível a inovação do sistema por meio do Apadrinhamento Socioeducativo.

Por fim, é válido destacar que o programa de apadrinhamento engrandece não só os adolescentes, mas o padrinho que, de forma voluntária, buscou fazer a diferença para a sociedade. Neste diapasão, mister se faz transcrever o depoimento³³ de uma madrinha ao apadrinhar uma adolescente a fim que o medo do desconhecimento ceda lugar à magia da solidariedade e da renovação:

“Mãe de três filhos já adultos, um deles com autismo, a artista plástica Dulce Couto tomou a decisão de apadrinhar B., de 15, também com deficiência. “Trabalhava no abrigo como voluntária, quando a conheci. Fiquei pensando se deveria apadrinhá-la, e que poderia ser um trabalho a mais. **Na realidade não é trabalho, é um prazer, um aprendizado a mais. Uma coisa fortalece a outra**”, afirma Dulce. Experiente no trabalho com adolescentes – Dulce é também arteterapeuta – e de inclusão social, a luta da artista, agora como madrinha,

33

http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/02/interna_gerais,585896/voluntarios-falam-do-aprendizado-com-o-apadrinhamento-de-criancas-e-adolescentes.shtml Acesso em: 12de nov. de 2015.

é de conseguir a integração de B. à família biológica. “E mesmo depois, nunca deixarei de ser a madrinha dela. **Deus colocou na minha vida a grande oportunidade de fazer alguma coisa pelos outros**”, completa.” - grifamos

4. CONCLUSÃO

Considerando a hipossuficiência e a peculiar situação de desenvolvimento dos adolescentes, o presente trabalho buscou analisar um tema atual perante à realidade/ mídia brasileiras, mas que, infelizmente, é abordado por meio de um discurso com viés carregado de ódio e desejo de punição.

De forma alguma se pretende fomentar a impunidade, mas, diante da especial proteção tutelada pela Constituição Federal, não se pode corroborar uma tese que, além de retirar mais direitos de cidadãos, não resolve o problema, pelo contrário, só o agrava.

Por meio de uma análise intertextual com a teoria da rotulação, observou-se tamanha semelhança existente entre o desviante de Howard Becker e os adolescentes em conflito com a lei, fortemente caracterizados pelos problemas sociais.

Diante de dados estatísticos, foi possível chegar à conclusão de que aquelas executadas em meio aberto merecem uma maior atenção do legislador, em função do maior poder ressocializador que possuem. Todavia, foram constatados inúmeros empecilhos em sede de execução das medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, razão pela qual a monografia em epígrafe trouxe à baila um projeto já existente na seara não infracional.

Além da atuação interdisciplinar da equipe técnica junto aos aplicadores do direito, o Projeto de Apadrinhamento Socioeducativo propõe introduzir a participação ativa da sociedade na perspectiva de mudança da realidade social desses jovens. Diversas são as modalidades de apadrinhamento (prestador de serviço, provedor ou afetivo), mas o objetivo é um só: reinserir esses jovens em uma sociedade que efetivamente acredita em um recomeço.

Espera-se ter instigado o leitor a repensar a realidade da sociedade brasileira, mormente no que se refere aos problemas sociais existentes e à atuação de cada um dos cidadãos. De fato, não se pode garantir que o projeto proposto solucionará todos os casos relacionados ao cometimento de atos infracionais, mas, de forma incontroversa, possibilitará a esses jovens o real exercício do seu livre arbítrio.

Não basta que o menino se adapte à sociedade, é preciso que a lógica seja repensada. Afinal, o chamado “desviante” é uma questão de perspectiva social, o “marginal” de hoje pode ser a classe dominante de amanhã.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte geral 1. Ed. Saraiva. 16ª edição.

BECKER, Howard. Uma Teoria da Ação Coletiva. Rio de Janeiro. Zahar Editores.

LOMBROSO, Cesare. O homem delinquente. Tradução Sebastião José Roque. 2ª reimpressão 2003. Ed. Ícone.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro, 1983.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir– história da violência nas prisões.. 27ª edição. Editora Vorazes.

- DURKHEIM, Émile. A Divisão do Trabalho Social. Lisboa. Presença, 1993.
- SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e ato infracional. Ed. Livraria do advogado. 4ª edição.
- SOUSA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Curso de Direito Penal 1. Ed. Campus Jurídico. 1ª edição.
- In: Reciprocidade e o Jovem Infrator. Revista do Ilanud nº 3. Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente: São Paulo, 1997.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Ed. Atlas. 22ª edição.
- FILHO, Tourinho. Processo Penal. Ed. São Paulo. 8ª edição.
- BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis – Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Instituto Carioca de Criminologia: Renavan, 2003.
- DA ROSA, Alexandre Moraes; LOPES, Ana Christina Brito. Introdução crítica ao ato infracional. Princípios e Garantias Constitucionais. Ed. Lumen Juris. 2ª edição.
- DALCIN, Wagner. Direito Penal juvenil: A prescrição dos atos infracionais. Porto Alegre, abril de 2007.
- SPOSATO, Karyna Batista. O Direito Penal Juvenil. 2006.
- MENDEZ, Emílio Garcia. Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latinoamericano. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.
- PIMETEL, Manoel Pedro. O Crime e a Pena na Atualidade. Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- FILHO, José. Do ato infracional. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001.
- Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

PAULO, Beatrice Marinho. Psicologia na prática jurídica – a criança em foco. Editora Saraiva. 2ª edição

BELTRAME, José Mariano. Todo dia é segunda-feira. Ed. Primeira Pessoa.

SANTOS, Evandro Edi; SILVEIRA, Carine Araújo. O adolescente no Brasil e o ato infracional. (www.ambito-

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2832)

BORGES, Éverton; André, Luçardo. Adolescente infrator e políticas públicas para ressocialização. (http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13694&revista_caderno=12)

VOLPI, Mário. O adolescente e o ato infracional.

Ramidoff, Mario Luiz. Lições de direito da criança e do adolescente: Ato infracional e medidas socioeducativas. 3ª Edição - Revista e Atualizada.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e Ato Infracional - Medida Socioeducativa é Pena? - 2ª Ed. 2012.

As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação - (Revista da ESMESC. n. 26, v. 20, 2013. p. 151-202).

Responsabilidade penal dos adolescentes e medidas socioeducativas (Revista da EMERJ. 40NE, v. 10, 2007. 210-242).

Fatores sociojurídicos que influenciam a aplicação da medida socioeducativa ao adolescente autor de ato infracional: uma análise empírica no Poder Judiciário (Revista de Direito Administrativo. n. 249, 2008. 95-117).

O ECA e as medidas socio-educativas - Jurisprudência, aplicação e execução (Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. n. 60, 2004. 131-162).

DAMICO, José Geraldo Soares. Juventudes Governadas: Dispositivos de Segurança e Participação no Guajuviras (Canoas/RS) em Grigny Centre (França). Porto Alegre, 2011.

ESPÍNDULA, Daniel Henrique Pereira; SANTOS, Maria de Fátima de Souza. Representações sobre a adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei. *Psicol. estud.* v.9 n.3 Maringá set./dez. 2004.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. *Rev. Bras. Educ.* vol.15 no. 45 Rio de Janeiro set./dez. 2010.

PRIULI, Roseana Mara Aredes; MORAES, Maria Silvia de. Adolescentes em conflito com a lei. *Ciênc. saúde coletiva* v.12 n.5 Rio de Janeiro set./out. 2007.

SALLA, Fernando Afonso. A retomada do encarceramento: as masmorras high tech e a atualidade do pensamento de Michel Foucault. *Cadernos da F.F.C. Marília*, v. 9, n.1, p. 35-58, 2001.

<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=422> – Acesso em: 12 de nov. 2015.

www.degase.rj.gov.br/ - Acesso em: 12 de out. 2015

http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf - Acesso em 27 de out. 2015.

<https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/sinase.pdf> - Acesso em 10. Nov. 2015.

<http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000004.pdf> - Acesso em: 12 de out. 2015

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2470>- Acesso em: 12 de out. 2015

[http://www.cmdcario.com.br/downloads/206Del%201099%20plano%20soci
oeducativo%20c%20anexo.pdf](http://www.cmdcario.com.br/downloads/206Del%201099%20plano%20soci%20educativo%20c%20anexo.pdf) - Acesso em 10. Nov. 2015.

[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-
retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf) - Acesso em: 12 de out. 2015

[http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-
adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf](http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf)-
Acesso em: 12 de nov. 2015.

[http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/jij-de-goiania/projetos-e-
aco-es/programa-anjo-da-guarda/seja-um-padrinho](http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/jij-de-goiania/projetos-e-aco-es/programa-anjo-da-guarda/seja-um-padrinho)- Acesso em: 12 de nov.
2015.

[http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/boaspraticas/docs/programa-
apadrinhamento.pdf](http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/boaspraticas/docs/programa-apadrinhamento.pdf) - Acesso em: 12 de nov. 2015.

<http://2vriji.blogspot.com.br/p/necessidades.html>- Acesso em: 12 de nov.
2015.

[http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/02/interna_gerais,58589
6/voluntarios-falam-do-aprendizado-com-o-apadrinhamento-de-criancas-
e-adolescentes.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/02/interna_gerais,585896/voluntarios-falam-do-aprendizado-com-o-apadrinhamento-de-criancas-e-adolescentes.shtml)- Acesso em: 12 de nov. 2015.

O ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA NOS CASOS DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA, JULGADOS PELO ÓRGÃO COLEGIADO

PAULO EDUARDO FURTUNATO JACOBS:
Graduado pela Faculdade de Ciências Jurídicas,
Gerenciais e Educação de Sinop - Campus
Industrial. Pós-graduando em Direito Público
pela Faculdade Damásio. Membro da Advocacia-
Geral da União.

RESUMO: Trata-se de artigo científico cujo objetivo é analisar a existência de esgotamento da instância ordinária nos casos de embargos de declaração, contra decisão monocrática, apreciados pelo órgão colegiado. Para tanto, faz-se uma breve exposição sobre o cabimento do agravo interno e dos aclaratórios contra decisão monocrática e sobre a

possibilidade de conversão dos embargos declaratórios em agravo interno. Por fim analisa-se a questão cerne do artigo, levando-se em consideração a apreciação meritória ou não nos embargos declaratórios pelo colegiado.

PALAVRAS-CHAVE: Esgotamento das instâncias ordinárias, decisão monocrática, embargos de declaração, colegiado, mérito.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Cabimento dos embargos declaratórios ou do agravo interno contra decisão monocrática. 3 Possibilidade de conversão dos embargos declaratórios em agravo interno. 4 O esgotamento da instância ordinária no caso de embargos de declaração, contra decisão monocrática, julgados pelo órgão colegiado. 5 Conclusão. Referências bibliográficas.

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo o estudo acerca da existência do esgotamento da instância ordinária nos casos de embargos de declaração, contra decisão monocrática, julgados pelo órgão colegiado. Trata-se de tema relevante, visto que o acesso às instâncias extraordinárias está condicionado ao esgotamento da instância ordinária.

2 Cabimento dos embargos declaratórios ou do agravo interno contra decisão monocrática

As decisões monocráticas, nos tribunais, são tipicamente recorríveis por meio do agravo interno. Por meio de tal recurso, devolve-se ao colegiado a matéria apreciada singularmente pelo relator ou pelo presidente/vice-presidente do tribunal. Neste sentido:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

Referido recurso é um meio de impugnação de decisão monocrática apta a garantir a observância do princípio da colegialidade, isto é, a

manifestação natural do tribunal através de uma decisão resultante de uma pluralidade de opiniões.

Ocorre que, além do agravo interno, presentes as hipóteses de cabimento, é possível a oposição dos embargos declaratórios contra a decisão monocrática. Isso porque o Código de Processo Civil vigente prevê expressamente o cabimento dos embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão e/ou corrigir erro material. São seus termos:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Verifica-se, portanto, que da decisão monocrática abrem-se pelo menos duas possibilidades recursais: os embargos de declaração e o agravo interno.

Ocorre que os embargos declaratórios têm suas hipóteses cabimento restritas aos casos de obscuridade, contradição, omissão e erro material. No entanto, é comum a utilização deste meio de impugnação com manifesto intuito de rediscussão do acerto da decisão.

A última afirmação é tão verdadeira que o próprio legislador previu a possibilidade de conversão dos aclaratórios em agravo interno, caso o julgador entenda ser este o recurso cabível.

3 Possibilidade de conversão dos embargos declaratórios em agravo interno

O Código de Processo Civil, previsto na Lei 13.105/2015, expressamente previu a possibilidade de conversão dos embargos declaratórios, contra decisão monocrática, em agravo interno, desde que

possibilitado ao recorrente a complementação das razões recursais. Esses são os termos do art. 1.024, § 3º, do Código de Processo:

Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.

[...]

§ 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do [art. 1.021, § 1º](#).

[...]

Isso se dá, pois, diferentemente dos Embargos de Declaração, o agravo interno possui pressuposto recursal específico, qual seja, a necessidade de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada. Neste sentido:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

§ 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

[...]

Optando-se pelos embargos declaratórios, a depender da argumentação utilizada nas razões recursais, pode o tribunal entender que o recurso, na verdade, não detinha a intenção de integrar a decisão, mas nítido intuito de rediscutir seu acerto. É justamente para estes casos que se previu a possibilidade de conversão do recurso integrador em agravo interno.

Ocorre que, pode acontecer de os embargos declaratórios, opostos contra decisão monocrática, não serem convertidos em agravo interno e, ainda, serem apreciados pelo colegiado.

Em tais casos, há de se questionar sobre se a apreciação dos aclaratórios pelo colegiado tem o condão de esgotar a instância ordinária ou se, mesmo assim, faz-se necessário a interposição do agravo interno para atingir tal desiderato.

4 O esgotamento da instância ordinária nos casos de embargos de declaração, contra decisão monocrática, julgados pelo órgão colegiado

O acesso às instâncias extraordinárias pressupõe o esgotamento da instância ordinária. Isso significa que a parte recorrente precisa lançar mão de todos os recursos disponíveis para a reforma/anulação da decisão antes de buscá-la nos tribunais superiores.

Ao tratar do tema Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha ensinam que o

recurso especial e o recurso extraordinário são cabíveis de decisões que tenham julgado a causa em última ou única instância. Logo, enquanto houver recurso na instância de origem, ainda não houve decisão de última ou única instância. É necessário, como se percebe, o prévio esgotamento das instâncias ordinárias para que se possa intentar os recursos extraordinário e especial.

O tema consolidou-se no enunciado n. 281 da súmula do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada". Desse modo, proferida, por exemplo, uma decisão isolada pelo relator, não é possível interpor, desde logo, o recurso especial ou extraordinário, pois ainda não se esgotou a instância ordinária, já que cabe o agravo interno (2016, p. 313).

Conforme demonstrado acima, as decisões singulares no âmbito do tribunal, em regra, são passíveis de questionamento através do agravo interno. Interposto o agravo interno, a apreciação pelo colegiado

esgota a instância ordinária, deixando desimpedida a via para a instância extraordinária.

No entanto, diante da decisão monocrática no âmbito do tribunal, a parte recorrente pode optar ainda, presentes as hipóteses de cabimento, pela oposição dos embargos declaratórios. Optando pela via recursal integradora, a decisão acerca dos embargos declaratórios deveria se dar também monocraticamente, nos termos do art. 1.024, § 2º, do Código de Processo Civil. Neste sentido:

Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.

[...]

§ 2º Quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal, o órgão prolator da decisão embargada decidirá-os monocraticamente.

Ainda que em hipóteses raras, em juízo de abstração ou em decorrência do momento de transição para o Novo Código de Processo Civil, é possível que os embargos declaratórios opostos contra decisão monocrática sejam analisados pelo colegiado. Neste caso, faz-se o seguinte questionamento: a apreciação dos aclaratórios pelo colegiado, opostos em face de decisão monocrática, exaure a instância ordinária?

Aparentemente o requisito estaria cumprido. Ora, a razão jurídica da necessidade de esgotamento da instância ordinária é justamente evitar o acesso à instância extraordinária "per saltum" e a apreciação dos embargos de declaração pelo colegiado, da mesma forma que o agravo interno, supriria referida necessidade.

Não obstante, é cediço que o objetivo dos aclaratórios é integrar a decisão, no sentido de se corrigir omissão, obscuridade, contradição e erro material. Nessa perspectiva, o colegiado apreciaria apenas a existência e a necessidade de correção de tais vícios, sem analisar

propriamente a questão de fundo discutida. Diante disso, faltaria, de fato, uma manifestação final do tribunal acerca do mérito recursal.

Recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça dão a entender que a análise dos embargos de declaração pelo colegiado não tem o condão de suprir a necessidade de interposição do agravo interno. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. NÃO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO CABIMENTO. I - O agravo interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. II - No caso em exame, o recurso ordinário em mandado de segurança aviado ataca decisão monocrática contra a qual caberia agravo interno na origem, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC/73, não tendo, por conseguinte, sido exaurida a instância ordinária, a despeito do julgamento dos embargos de declaração perante o Colegiado. Confira-se: AgInt no RMS 32272/RS, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 17/05/2017; AgInt no Ag 1433554/RR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.º Turma, DJe de 08/03/2017. III - Ausente, portanto, a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal. IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS 56.419/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 17/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APELO NOBRE INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA. SÚMULA 281/STF. 1. A ausência de agravo interno acarreta o não esgotamento das vias recursais ordinárias, fato que obsta o conhecimento do recurso especial. Incide, na espécie, o teor da Súmula 281/STF. 2. Conforme a jurisprudência desta Corte, "mesmo que tenham sido opostos embargos de declaração à decisão monocrática, e que estes tenham sido julgados pelo colegiado, ainda assim, cabe recurso de agravo interno para o esgotamento da instância" (EDcl no AgRg no AREsp 540.238/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/10/2014). Precedentes: AgRg no AREsp 622.390/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 28/6/2017; AgRg no Ag 849.811/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJU 20/9/2007. 3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1418365/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 281/STF. NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DO ART. 1.021, § 2º, do CPC. 1. Não se pode conhecer do recurso especial interposto contra decisão monocrática, tendo em vista que não houve o necessário esgotamento das instâncias ordinárias. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 281/STF. Precedentes. 2. A existência de decisão colegiada em sede de embargos de declaração não tem o condão

de afastar a necessidade de interposição do agravo interno, porquanto este é o recurso apto a levar ao órgão coletivo a apreciação da questão debatida nos autos nos termos do artigo 1.021, § 2º, do CPC. 3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 940.272/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

Entretanto, há que se defender que a necessidade ou não de interpor o agravo interno deve ser analisado diante de cada caso concreto. Isso porque, embora os aclaratórios tenham por finalidade melhorar formalmente a decisão impugnada,

por vezes os embargos de declaração extrapolam essa função, gerando a reforma ou a anulação da decisão impugnada.

Nesses casos, os embargos de declaração assumem uma função distinta daquela para a qual foram originariamente programados, sendo correto apontá-los como embargos de declaração atípicos, situação que, segundo o § 2º do art. 1.023, do Novo CPC, veio a consagrar entendimento doutrinário e jurisprudencial (NEVES, 2016, *Ebook*)

Diante disso, se, porventura, ao apreciar os embargos declaratórios contra decisão monocrática, o colegiado adentrar o mérito da demanda, não há que se falar em inexistência de esgotamento das instâncias ordinárias, sendo, portanto, prescindível a interposição do agravo interno. É o que se conclui das seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR, INTEGRADA POR DECISÃO COLEGIADA, PROFERIDA EM SEDE DE

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 281/STF (POR ANALOGIA). PRECEDENTES. 1. Conforme orientação desta Corte, "quando o órgão colegiado aprecia embargos de declaração opostos contra decisão monocrática, em verdade, não examina a controvérsia, mas apenas afere a presença, ou não, de um dos vícios indicados no art. 535, I e II, do CPC. Por conseguinte, o fato de existir decisão colegiada não impede nem inibe a subsequente interposição de agravo regimental, este sim, apto a levar ao órgão coletivo o exame da questão controvertida. Precedentes de todas as Turmas da Corte" (AgRg no REsp 1231070/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2012, DJe 10/10/2012). 2. É inadmissível o recurso especial interposto sem que haja o exaurimento das vias recursais na instância ordinária (Súmula 281/STF, por analogia). 3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 891.323/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 14/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS POR DECISÃO COLEGIADA. NÃO EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 281/STF. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. É inviável o recurso especial interposto contra decisão singular passível de recurso nas instâncias de origem. Aplicação da Súmula n. 281 do STF. 2. Quando a Corte de origem analisa os declaratórios, não examina o mérito da controvérsia em si, mas apenas afere a presença ou não dos vícios previstos no art. 535 do CPC. 3. O esgotamento das

instâncias ordinárias é pressuposto indispensável à admissibilidade do recurso especial. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no AREsp 673.037/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 15/09/2015)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO ORIUNDO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 281/STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS PELO COLEGIADO. INEXISTÊNCIA DE ABORDAGEM DO MÉRITO DA QUESTÃO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA NÃO EXAURIDA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, mesmo que tenham sido opostos embargos declaratórios à decisão monocrática, e que estes, por sua vez, tenham sido julgados pelo órgão colegiado do Tribunal de origem, ainda assim, cabe recurso para o esgotamento da instância a quo quando os aclaratórios nada falam a respeito do mérito da questão. 2. É entendimento pacificado nesta Corte que o esgotamento das vias ordinárias é pressuposto de admissibilidade do recurso especial, conforme o teor da Súmula 281 do STF, in verbis: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada". 3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 373.185/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 17/09/2014)

5 Conclusão

De tudo que foi exposto, conclui-se, portanto, que, via de regra, a apreciação dos embargos declaratórios, contra decisão monocrática, pelo colegiado não tem o condão de esgotar a instância ordinária, motivo pelo qual faz-se necessário a interposição do agravo interno para atingir tal desiderato. No entanto, deve-se analisar detidamente o caso concreto, pois, caso o colegiado tenha apreciado a questão de fundo discutida nos autos, a decisão esgotará a instância comum e liberará o acesso às vias extraordinárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

UMA BREVE ANÁLISE DO ATO INFRACIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

MARINA OLIVEIRA ANDRADE:
Advogada. Graduada em Direito
pela UERJ (2016).

RESUMO: O presente artigo busca analisar a situação jurídica dos adolescentes em conflito com a lei. Primeiramente, conceitua-se o ato infracional, analisando-se sua carga normativa e política, e discrimina-se, pormenorizadamente, as características do devido processo legal na Infância e Juventude Infracional. Após, passa-se à análise crítica das medidas socioeducativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, constata-se que, em que pese se sustente a *ratio* ressocializadora de tais medidas, fato é que são constatados inúmeros obstáculos durante a execução que acabam por anular qualquer possível eficácia de ressocialização.

Palavras-chave: Ato infracional. Devido Processo Legal. Medidas socioeducativas. Falhas. Ressocialização.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. ATO INFRACIONAL NO ECA. 2.1 Conceito 2.2 Inimputabilidade 2.2.1 Conceito 2.2.2 Menoridade penal 2.3 Procedimento para apuração de ato infracional cometido por adolescente 2.3.1 Dos direitos individuais 2.3.2 Das garantias processuais 3. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. 3.1 Natureza jurídica 3.2 Espécies 3.2.1 Advertência 3.2.2 Obrigação de reparar o dano 3.2.3 Prestação de serviços à comunidade 3.2.4 Liberdade assistida 3.2.5 Inserção em regime de semiliberdade 3.2.6 Internação em estabelecimento educacional 3.2.7 Medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA 3.3 A execução das medidas socioeducativas 3.3.1 Medidas socioeducativas em meio aberto 3.3.2 A ineficiência na execução das medidas socioeducativas 4. CONCLUSÃO 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Como todo e qualquer cidadão, os adolescentes possuem seus direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988. Contudo, em virtude da sua vulnerabilidade e hipossuficiência, juntamente às crianças, têm um *status* de prioridade, nos moldes do art. 227 da Constituição:

“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”.

Nesse contexto, o art. 230 da Carta Magna prevê serem penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Nesta mesma linha, o ECA, em seu art. 104, confirma a inimputabilidade do menor de 18 anos, mas prevê a plena capacidade do cometimento do chamado ato infracional. Trata-se de infração análoga aos crimes e contravenções penais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, mas com o único diferencial de ser cometido por menores de idade.

Tendo em vista a situação peculiar da pessoa em formação e em desenvolvimento, a resposta do Estado ao juízo de reprovação social deve ser exercida com moderação e equilíbrio, sem, no entanto, minimizar as consequências decorrentes do ato infracional, de molde a não incutir no adolescente infrator a ideia da impunidade.

Assim, não há que se falar em aplicação de pena, mas sim de medidas socioeducativas quais sejam: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços a comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional e, por fim, qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI, conforme o art. 105 do ECA.

O presente trabalho conceituará o instituto do ato infracional, abordando a política criminal brasileira, assim como os princípios e garantias que caracterizam o devido processo legal na esfera do Direito Penal Juvenil.

Em seguida, será realizada uma análise crítica das medidas socioeducativas e dos entraves existentes que em muito dificultam sua eficácia ressocializadora.

Por fim, na conclusão, será feita uma breve reflexão sobre os principais obstáculos encontrados na Seara Penal Juvenil.

2 ATO INFRACIONAL NO ECA

1.1 Conceito

O ato infracional é o ato condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos demais cidadãos ou ao patrimônio, cometido por crianças ou adolescentes^[1]. Trata-se de conduta contrária ao ordenamento jurídico perpetrada por aqueles considerados inimputáveis frente à legislação brasileira.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 103, considera ato infracional “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Dessa forma, observa-se que se trata de infração análoga aos crimes e contravenções penais previstos no Código Penal e legislações esparsas, com o único diferencial de ser praticado por menores de idade.

Dessa maneira, constata-se que o ato infracional assemelha-se ao crime objetivamente, mas difere do mesmo subjetivamente. Explica-se: aquele para assim ser caracterizado tem que se referir ao cometimento de uma infração prevista EXPRESSAMENTE em lei, respeitando-se o princípio da legalidade e tipicidade. Adotou-se, portanto, técnica de tipificação delegada, pois tudo o que é considerado crime para o adulto também é em igual medida considerado para o adolescente. Todavia, a infração deixa de ser chamada de crime/ contravenção penal e passa a ser denominada ato infracional quando o agente é inimputável em razão da idade (menor de 18 anos).

Napoleão X. do Amarante, na obra de Munir Cury, delimita a incidência das infrações penais:

“A infração penal, como gênero, no sistema jurídico nacional, das espécies crime ou delito e contravenção, só pode ser atribuída, para efeito da respectiva pena, às pessoas imputáveis, que são, em regra, no Brasil, os maiores de 18 anos. A estes, quando incidirem em determinado preceito criminal ou contravençional, tem cabimento a respectiva sanção. **Abaixo daquela idade, a conduta descrita como crime ou contravenção constitui ato infracional. Significa dizer que o fato atribuído à criança ou ao adolescente, embora enquadrável como crime ou contravenção, só pela circunstância de sua idade, não constitui crime ou contravenção, mas, na linguagem do legislador, simples ato infracional.**[...] (2008, p. 361)” (grifamos)

Impende salientar que os princípios delimitadores da ação Estatal também incidem na seara do Direito Penal Juvenil. Nessa esteira, o princípio da intervenção mínima, também chamado de “ultima ratio”, impõe que o Direito Penal Juvenil somente deva ser aplicado em último caso, quando não for possível aplicar nenhum outro ramo social ou do próprio Direito.

Nesse mesmo sentido, a chamada fragmentariedade, corolário do princípio acima mencionado, norteia que o Direito Penal Juvenil somente deva atuar nos comportamentos reprováveis mais graves, quais sejam, os tipificados pelo ordenamento, a fim de que esteja configurado o injusto penal.

Dessa forma, o princípio da legalidade e da tipicidade atuam, juntos, como limitadores da intervenção penal sobre adolescentes. O ato infracional só existe se: (a) há, previamente, sua previsão em lei (“nullum crimen nula poena sine lege”), sendo certo que a lei deve ser escrita, anterior, estrita e clara; e (b) o fato cometido é típico, ou seja, se há exata

correspondência entre o agir do adolescente e a descrição contida na lei penal incriminadora.

Assim, a relevância penal decorre da previsão típica do ato infracional, que autoriza a imposição de uma medida socioeducativa como resposta, onde haveria a pena criminal para o adulto.

1.2 Inimputabilidade

Conforme anteriormente exposto, o adolescente não comete crime e a ele não pode ser imposta pena. Isso porque uma conduta somente poderá caracterizar um crime ou contravenção penal se for típica, ilícita e culpável. O injusto penal (fato típico e antijurídico) perpetrado pelo adolescente continua sendo reprovável e punível, mas o elemento culpabilidade, no Direito Penal Juvenil, possui suas peculiaridades em função da idade do infrator, pessoa com condição peculiar de desenvolvimento.

Importante esclarecer, desde já, que não há que se falar que no ato infracional o elemento culpabilidade não existe. A culpabilidade deve também ser considerada, porque, evidentemente, pode o adolescente cometer qualquer ato infracional em razão de erro sobre a ilicitude do fato, mediante coação irresistível, em obediência a ordem não manifestamente ilegal, porque apresentava doença mental geradora de incapacidades volitiva e intelectual, ou mesmo quando tenha origem em embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. O Direito Penal Juvenil somente excluiu o elemento relativo à menoridade penal, haja vista ter o legislador previsto que, nesses casos, se aplicaria a legislação especial e não o Código Penal.

Assim, continuarão sendo analisados os 3 elementos da culpabilidade: (i) imputabilidade (excluindo-se aqui a maturidade, mas mantendo a análise da sanidade); (ii) potencial conhecimento de ilicitude; (iii) exigibilidade de conduta diversa.

Tendo em vista que o presente estudo busca analisar as infrações cometidas por adolescentes, far-se-á uma análise mais aprofundada do elemento (in)imputabilidade, mormente no que se refere à maturidade.

1.2.1 Conceito

A imputabilidade é a capacidade de livre autodeterminação, capacidade genérica de entender e querer. É o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a faculdade de atuar de modo distinto, permitindo, assim, que lhe seja atribuída juridicamente a responsabilidade pelo injusto típico.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt^[2]:

“Imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora, convém destacar, não se confunda com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações. [...] Assim, sem a imputabilidade entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, com o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável.”

Para tal, mister se faz a presença de dois elementos: maturidade e sanidade. A análise da maturidade é objetiva, pura e simplesmente em função da idade que a pessoa tinha na data do cometimento da infração, enquanto que a análise da sanidade, apesar de também ser verificada no momento em que a ação ocorreu, precisa ser feita por profissionais da área médica/ psicológica a fim de ser verificada alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto.

Dessa forma, a inimputabilidade estará, de forma incontroversa, presente toda vez que faltar ao agente um desses elementos. Passa-se à análise pormenorizada da maturidade mental, por ser a causa da menoridade penal, ponto nevrálgico deste trabalho.

1.2.2 Menoridade penal

O art. 230 da Carta Magna c/c art. 27 do Código Penal preveem que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Dessa forma, o legislador entendeu que

somente aqueles maiores de 18 anos estariam sujeitos ao Código Penal, enquanto os menores de idade seriam analisados de acordo com a legislação especial.

A legislação especial referida é o tão conhecido Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu art. 104, confirma a inimizabilidade do menor de 18 anos, mas prevê a plena capacidade para o cometimento do chamado ato infracional, acima conceituado, desde que configurado o injusto penal.

Observa-se, então, que o ordenamento jurídico delimitou a idade de 18 anos como momento a partir do qual o sujeito atinge maturidade suficiente para ser responsabilizado penalmente por seus atos, sob égide do Código Penal.

O sujeito que possui idade inferior a 18 anos é considerado imaturo para efeitos penais e, por isso, por presunção absoluta, não pode ser responsabilizado por seus atos, segundo as normas do Código Penal.

Todavia, não há que se falar em impunidade, mas apenas em inimizabilidade. A lei estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento destes agentes^[3].

Dessa forma, uma vez comprovado que o sujeito possui menos de 18 anos, haja vista a presunção absoluta do ordenamento jurídico, será considerado inimputável e, conseqüentemente, caso tenha praticado um ilícito penal, será responsabilizado nos moldes previstos pela legislação especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Impende esclarecer que a opção do legislador foi a de utilizar o critério puramente biológico, qual seja, aquele que condiciona a responsabilidade à idade da pessoa. Assim, basta que se comprove que o agente é menor de 18 anos^[4] para estar caracterizada a inimizabilidade, independentemente de possuir a plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, ignorando-se a questão psicológica.

Dessa maneira, o indivíduo que ainda não completou aquela idade, não tem, segundo presunção absoluta do ordenamento jurídico, o grau de maturidade para fazer-se penalmente responsável. Pressupõe-se, por critérios políticos-criminais, seu desenvolvimento mental incompleto. No dia que completa essa idade – na data do seu aniversário de 18 anos –, cessa a inimputabilidade, passando o mesmo a ser considerado plenamente imputável, salvo, é claro, se for portador de enfermidade mental.^[5]

Dessa forma, o comum argumento “Mas o garoto de 17 anos sabe muito bem o que faz, a pessoa de 15 anos sabe o que é o certo e o errado” em nada importa, pois basta a comprovação da idade inferior a 18 anos para restar configurada a inimputabilidade. Trata-se de critério escolhido pelo legislador, foi a política criminal adotada pelo Brasil.

No Brasil, por questões de política criminal, optou-se por um critério rígido. Trata-se de presunção absoluta do ordenamento jurídico: uma vez comprovado que o agente possui menos que 18 anos, não há argumento que o torne penalmente imputável. Sendo assim, ficará sob a incidência da Lei nº 9.069/90 e somente lhe poderá ser imputada a prática do ato infracional e, conseqüentemente, medidas socioeducativas (desde que seja adolescente), nunca crime e pena como forma de sanção.

Neste diapasão, observa-se que o Brasil adotou a orientação mais comum entre os diversos países do mundo. Tanto assim, que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, no que se refere à responsabilidade penal, estabelece que esta principia aos 18 anos.

Dessa forma, constata-se que a menoridade penal é muito mais uma questão de política criminal do que médica ou psicológica. A ciência não comprovou, ainda, uma idade específica que, uma vez atingida pelo indivíduo, determine que o mesmo atingiu a maturidade necessária para considerá-lo apto a praticar crime.

1.3 Procedimento para apuração de ato infracional cometido por adolescente

Nessa linha de pensamento, é preciso que o Estado comece dando o exemplo. O erro cometido pelo adolescente em conflito com a lei não pode justificar uma conduta abusiva e sem limites do Estado. Se o objetivo da sociedade, apresentada pelo Estado, é realmente ressocializar o adolescente, é preciso que o procedimento para apuração do ato infracional seja feito respeitando os princípios e garantias processuais expressos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Carta Magna, de modo a inculcar, desde já, no adolescente o ideal de respeito às leis e aos direitos dos demais cidadãos.

Importante transcrever parte do texto de Oscar Vilhena Vieira, Secretário Executivo do Ianud, a respeito da “Reciprocidade e o jovem infrator”^[6]:

“Uma vez que as crianças e os adolescentes não participam na formação das leis que devem respeitar, o seu vínculo de respeito para com essas leis, e, para com as autoridades responsáveis por sua aplicação, só poderá se dar a partir da percepção de que os adultos e o Estado respeitam aquelas regras por eles mesmos impostas em relação às crianças e adolescentes. Ou seja, somente a partir do momento em que as crianças e adolescentes tenham confirmadas suas expectativas de que os adultos respeitam seus direitos, é que tenderão a também cumprir suas obrigações. A insinceridade dos adultos e do Estado no cumprimento de suas obrigações legais não permite ao jovem compreender qual o código de referência que deve reger as relações sociais; ou pior, ensina às crianças e aos adolescentes que tudo é válido, inclusive desrespeitar seus próprios compromissos quando isso parecer útil.” (grifo nosso)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, como norma programática que é, previu, em seus artigos 106 a 111, os direitos individuais e garantias processuais daqueles adolescentes em conflito com a lei. Todavia, mister faz-se esclarecer que as disposições são exemplificativas, sendo certo que

todas as demais garantias de um Estado Democrático de Direito, inclusive as previstas na Constituição Federal, aplicam-se ao Direito Penal Juvenil.

Tal postura demonstra a internalização de preceitos reconhecidos na Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e nas Regras de Beijing. Transcreve-se:

“7. Direitos dos jovens

7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.” (grifamos)

Em suma, há que se ter um processo justo e permeado pelo respeito dos direitos e garantias fundamentais. Apenas com um agir de acordo com as formalidades legais os indivíduos, mormente sujeitos em desenvolvimento, poderão ser punidos ou privados de seus bens.

2.3.1 Dos direitos individuais

O artigo 106 do ECA prevê que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. Observa-se que a legislação especial praticamente transcreveu o inciso LXI do art. 5º da Carta Magna, mas fez algumas alterações, em função da inimputabilidade do agente *in casu*, senão vejamos: (a) o artigo fala em “privado de sua liberdade” e não em prisão, haja vista que tal pena se trata de sanção aplicada aos imputáveis, conforme previsão do art. 32 do Código Penal; e (b) não há que falar em crime ou transgressão militar.

Assim, são resguardados os direitos dos adolescente, mormente no que se refere à privação da liberdade, tendo em vista a gravidade da

medida. O dispositivo busca evitar atitudes arbitrárias do poder de polícia estatal, sendo impossível a apreensão do adolescente para as chamadas “averiguações”. O artigo é claro, o adolescente somente poderá ser privado de sua liberdade em caso de flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente.

Considerando ser o adolescente também um sujeito de direitos (doutrina da proteção integral), o parágrafo único prevê o “direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos”. A norma busca resguardar direitos do adolescente, dentre eles o de permanecer calado e os de ser assistido por advogado, nos moldes do art. 5º, incisos LXIII e LXIV da Carta Magna.

O art. 107 do ECA, por sua vez, ao determinar a comunicação do ocorrido à autoridade competente e à família do apreendido busca exatamente tutelar a condição peculiar de desenvolvimento do adolescente. Assim, a *ratio* do legislador foi exatamente garantir que um adulto, responsável pelo infrator, ficasse a par do ocorrido, a fim de possibilitar o resguardo de todos os seus direitos.

A possibilidade de internação provisória do adolescente em conflito com lei é prevista como mecanismo que visa a assegurar a integridade física e moral do acusado, em função da doutrina da proteção integral. Todavia, o art. 108 do ECA estabeleceu o prazo máximo de 45 dias para tal medida provisória justamente com o fito de impedir abusos perpetrados pela autoridade competente, bem como para evitar que isso acabe sendo mais uma das causas para as delongas processuais.

Em conformidade com o princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, no Direito Penal Juvenil também as decisões, mormente aquelas que determinam a internação do adolescente, devem ser fundamentadas. Acrescente-se que a internação provisória somente poderá restar configurada quando estiverem presentes indícios fortes de autoria e materialidade do ato infracional.

O capítulo II do título III do ECA encerra a previsão dos direitos individuais em seu art. 109 com a previsão de que “o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos

policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”.

2.3.2 Das garantias processuais

Tendo em vista sua tamanha importância dentro de um Estado Democrático de Direito, o Estatuto da Criança e do Adolescente inicia seu capítulo sobre garantias processuais com o princípio do devido processo legal (art. 110 ECA), mandamento constitucional insculpido no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

O princípio prevê que somente poderá ser privada a liberdade de alguém se forem respeitadas todas as formalidades previstas em lei. Assim, é garantido a todos os cidadãos, inclusive adolescentes em conflito com a lei, por serem sujeitos de direito, a tramitação regular e legal do processo. É preciso sempre ter em mente que a liberdade é a regra, sendo a sua privação a exceção.

Outrossim, impende salientar que nem a norma infraconstitucional nem a constitucional especificou qual a liberdade somente poderá ser cerceada com o respeito ao devido processo legal. Tendo em vista se tratar de norma concessiva de direito, não cabe ao intérprete dar interpretação restritiva, delimitando somente alguns tipos de liberdade. Dessa forma, entende-se que QUALQUER liberdade somente poderá ser restringida se devidamente respeitado o devido processo legal.

Considerando a amplitude do princípio, por vezes pode parecer que seu conteúdo encontra-se esvaziado. Todavia, em verdade, todos os demais princípios como juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LII CF), contraditório, ampla defesa (art. 5º, LV CF), presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII CF), inadmissibilidade de provas lícitas,... são verdadeiros corolários do devido processo legal. O devido processo legal implica o exercício de todo o conjunto de garantias assecuratórias da cidadania. Como bem salientou o Professor Paulo Rangel^[7] “O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele.”

O artigo 111 do ECA, por sua vez, traz em seus incisos garantias processuais expressas decorrentes do devido processo legal, sendo segundo Péricles Frade, “as quatro primeiras de natureza entranhadamente constitucional e as demais constantes de textos extravagantes de expressão internacional e abrangidas pela Constituição de forma oblíqua.”

Trata-se, conforme acima explicado, de rol meramente exemplificativo, sendo certo que toda e qualquer garantia constitucional ou adotada por declarações, pactos, convenções ou tratados cujos textos tenham sido aprovados internamente pelo Brasil deve ser aplicada aos adolescentes em conflito com a lei.

A título ilustrativo, passa-se à correlação das garantias enumeradas no art. 111 ECA e aquelas previstas na Carta Magna: (a) pleno e formal conhecimento da acusação (art. 111, inciso I ECA c/c art. 5º, incisos LII e LIV CF); (b) igualdade na relação processual e defesa técnica por advogado (art. 111, incisos II e III CF c/c art. 5º, *caput*, incisos LIV, LV e art. 133 CF); e (c) assistência judiciária gratuita (art. 111, inciso IV ECA c/c art.5º, LXXIV e art. 134 CF).

Após essa breve introdução acerca das garantias processuais, passa-se à análise de sua aplicação prática desde o cometimento da infração até o pronunciamento da sentença com o encaminhamento do adolescente à medida socioeducativa aplicada.

Com o registro de ocorrência acerca de suposta infração cometida por adolescente, mister se faz que o delegado de polícia aplique, subsidiariamente, as normas gerais previstas no Código de Processo Penal, conforme previsão do art. 152 ECA.

O art. 172 do ECA dispõe que “o adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente”. No caso do Rio de Janeiro, trata-se do Delegado titular da repartição policial especializada, qual seja, a Delegacia de Proteção à Criança e Adolescente – DPCA.

Impende salientar que se houver dúvida sobre a verdadeira idade do infrator, que alega ser menor de idade e não possui documento, este

deverá ser tratado como se inimputável fosse, inclusive para fins de lavratura dos procedimentos, até que haja esclarecimento via documental ou por perícia médica.

Em meio a tamanha repercussão midiática no que diz respeito ao cometimento de atos infracionais por adolescente, mister faz-se esclarecer que o Delegado de Polícia deve repelir qualquer atitude que vise a expor a imagem e identidade do menor de idade. Tal proibição é expressamente disposta no art. 143 do ECA "é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescente a que se atribua autoria de ato infracional". O parágrafo único continua "qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome".

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Ementa: ADMINISTRATIVO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)-PICHAÇÃO - NOTÍCIA EM JORNAL ENVOLVENDO MENORES COMO AGENTES DE CONDUTAS ILÍCITAS - AUTORIZAÇÃO DO JUIZ DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE- INEXISTÊNCIA - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - LEI 8.069 /90, ART. 247 - PRECEDENTES STJ. - **É vedado aos órgãos de comunicação social a divulgação total, ou parcial, de atos ou fatos denominados infracionais atribuídos a criança ou adolescente, sem a devida autorização do MM. Juiz da Infância e da Juventude.** - Sendo de conhecimento da imprensa a existência de representação da Curadora contra os menores, por danos ao patrimônio público, descabe a alegação de inoportunidade de ato infracional a justificar a condutividade recorrente. - **"A criança e o adolescente têm direito ao resguardo da imagem e intimidade. Vedado, por isso, aos órgãos de comunicação social narrar fatos, denominados infracionais, de**

modo a identificá-los"(REsp. 55.168/RJ, DJ de 9.10.1995). - Recurso especial não conhecido. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 130731 SP 1997/0031486-3 (STJ) Data de publicação: 28/06/2004" (grifamos)

Se não for caso de flagrante, mas houver indícios de participação do adolescente na infração, a autoridade deverá fazer o registro do fato por meio de boletim de ocorrência, seguido pela oitiva dos presentes sobre os fatos narrados e, após, o adolescente deve ser liberado mediante termo de entrega aos pais/ responsáveis ou ao Conselho Tutelar, na ausência daqueles. O delegado então instaurará procedimento investigatório denominado Auto de Investigação de Ato Infracional e, ao final, caso fique constatado indícios de autoria e materialidade, encaminhará à Promotoria da Infância e Juventude Infracional relatório das investigações e os documentos pertinentes ao caso.

Todavia, em caso de estado de flagrância, a autoridade policial deve determinar a lavratura do boletim de ocorrência e iniciar o procedimento nos termos disposto no art. 173 ECA:

"Art. 173. Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único, e 107, deverá:

I - lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;

II - apreender o produto e os instrumentos da infração;

III - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.

Parágrafo único. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada."

Assim, se o ato infracional tiver sido cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, o procedimento é o auto de apreensão em flagrante. Todavia, se não tiver existido violência ou grave ameaça à pessoa, será lavrado boletim de ocorrência circunstanciado, mais simples que o auto de apreensão.

Outrossim, independentemente do procedimento, fato é que a elaboração do documento deve ser sempre cautelosa, aprofundada, clara e específica, uma vez que será a base para uma possível representação do Ministério Público.

Após, o Delegado de Polícia, em conformidade com o art. 174 ECA, passará à análise da manutenção ou não da apreensão do adolescente. A leitura do artigo é clara, a regra deve ser a liberação do adolescente, sendo certo que somente em função da gravidade do ato e de sua repercussão social deverá o adolescente permanecer internado para garantia de sua segurança social ou manutenção da ordem pública.

Contudo, os termos segurança social e manutenção da ordem pública trazem verdadeiros problemas ao cotidiano dos atos infracionais. A uma porque possuem conteúdo amplamente vago, sendo difícil sua limitação, permitindo, por vezes, a prática de abusos que justificam a manutenção da apreensão do adolescente nos termos mencionados. A outra porque o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente não delimitou parâmetros para tais justificativas. Assim, verdadeiros abusos e injustiças são amparados pelo próprio ECA que foi criado justamente para resguardar os interesses e direitos de crianças e adolescentes.

Uma vez liberado o adolescente, é imprescindível que seja emitido termo de compromisso e responsabilidade de apresentação do adolescente infrator ao membro do Ministério Público com atribuição e, após, os pais ou responsável do adolescente deverão assiná-lo. A doutrina enfatiza que responsável é aquele que possui o dever legal de guarda, não sendo adequada liberação do adolescente a qualquer pessoa, como um vizinho. Assim, caso não haja pais/ responsáveis legais, o órgão a ser acionado é o Conselho Tutelar ou até mesmo o Juiz.

Por outro lado, caso o adolescente não seja liberado, deverá ser encaminhado, imediatamente, ao representante do Ministério Público junto com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência. Após sua oitiva e das demais testemunhas, o *Parquet* poderá, conforme disposto no art. 180 do ECA: (a) promover o arquivamento dos autos; (b) conceder a remissão (próprio Promotor de Justiça concede a liberação do adolescente); e (c) representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa, podendo requerer a internação provisória como cautelar.

Observa-se, então, que enquanto a questão estiver na órbita pré-processual e não houver decisão judicial, é de competência do Ministério Público a possibilidade de liberação do jovem mantido sob custódia policial até a apresentação ao órgão do *parquet*, salvo se, neste interregno, houver decisão judicial pelo internamento provisório^[8]. Martha de Toledo Machado^[9] conclui:

“Visando, ainda, assegurar concreta observância aos princípios de excepcionalidade e brevidade da privação da liberdade do adolescente autor de ato infracional, a lei criou verdadeira e inovadora garantia processual consubstanciada nos artigos 175 e 179. [...] estabelece o artigo 175 que a autoridade policial, desde logo, deverá apresentar o adolescente ao Promotor de Justiça, sendo certo que na impossibilidade de apresentação imediata deve fazê-lo no prazo improrrogável de 24 horas, expressamente reconhecido como tal por disposição do parágrafo segundo do referido artigo.

E esta apresentação se realiza não apenas para que o titular exclusivo da ação socioeducativa pública forme sua convicção a respeito de como proceder, mas também para que exerça outra forma de controle de observância das garantias concedidas ao adolescente autor de ato infracional, entre elas a ampla defesa, a brevidade e a excepcionalidade da privação de liberdade e do respeito a sua condição de

pessoa em desenvolvimento, ainda na esfera administrativa. [...]

Note-se, outrossim, que se trata de efetiva sobreposição de instâncias de controle na esfera administrativa da prática dos atos de instrução, posto que, na gritante maioria dos casos em que subsiste a constrição da liberdade do adolescente apreendido em flagrante pela autoridade policial, esses atos de instrução já foram praticados pelo delegado de polícia. E esta repetição de atos, a toda evidência, funda-se na necessidade de criar mecanismo que favoreçam, concretamente, a observância do regime de proteção especial estabelecido na Constituição, configurando garantia outorgada ao adolescente.”

Assim, observa-se que a Constituição, em seu art. 227, *caput* e §3º criou ambiente de proteção especial à liberdade do adolescente, em função de sua condição especial de desenvolvimento. O ECA, nesse mesmo sentido, como norma programática que é, pormenorizou essas garantias e inovou contemplando outras garantias processuais, tais como esse duplo controle para privação provisória da liberdade do adolescente em conflito com a lei.

Após elaborar relatórios a respeito do ocorrido, o delegado de polícia os encaminhará ao Promotor de Justiça com atribuição. Em nome do princípio do promotor natural (art. 5º incisos XXXVII e LIII CF), há prévia disposição em lei de existência de um órgão de execução do Ministério Público para atuar em determinado caso concreto. Em se tratando de adolescentes em conflito com a lei, a promotoria será a da Infância e Juventude – infracional.

Assim, o promotor de justiça analisará os fatos e provas no exercício de sua independência funcional e, uma vez constatado o cometimento do ato infracional, representará à autoridade judiciária para imposição de medidas socioeducativas ao adolescente em conflito com a lei.

Na forma do art. 182, §1º do ECA c/c art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deverá conter a descrição de todas as elementares do injusto penal cuja autoria se representa, qualificação do acusado e classificação do ato infracional, sob pena de ser inepta a inicial.

Via de regra a representação será escrita e formal. Todavia, em nome do princípio da celeridade processual, é possível que o Promotor de Justiça represente oral e diretamente ao Juízo, em audiência, após apresentação do adolescente em conflito com a lei.

O princípio do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, assegura que o réu de uma ação judicial: (a) tenha notório e efetivo conhecimento da existência de uma demanda contra si; e (b) possa exercer seu direito de defesa em face de todas imputações feitas em seu desfavor.

O mecanismo pelo qual o sujeito é informado de que existe uma ação judicial interposta pelo Ministério Público cujo objetivo é aplicação de medidas sócio educativas em face de si é a citação. Trata-se não só de garantia processual, mas verdadeira garantia constitucional, sendo certo que suas formas de efetivação são as mesmas previstas pelo Código de Processo Penal (arts. 351 a 359). Ressalte-se que, pelo fato de o acusado ser menor de idade, seu responsável também deve ser citado sobre todo teor do processo e notificado a comparecer à audiência junto com o adolescente, ambos acompanhados de advogado ou de defensor público.

A esse respeito, leciona Tourinho Filho^[10]:

“[...] em todo o processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora tal princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa contra quem se propõe ação penal, goza de direito ‘primário e absoluto’ da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, que possa ser condenado sem ser ouvido. Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia: *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve também ser ouvida.

Assim, de acordo com tal princípio, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão sutadas no mesmo plano, em igualdade de condições, e, acima delas, o órgão jurisdicional, como órgão 'superpartes', para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, 'dar a cada um o que é seu'."

Assim, o que se pretende é estabelecer, ao máximo possível, a igualdade das partes no processo. É preciso que haja paridade das armas no processo, dando sempre à parte direito de desdizer aquilo que foi dito pela outra no processo a fim de que ambas tenham a oportunidade de influenciar, legitimamente, o convencimento do Juízo, terceiro imparcial.

Para tal, mister se faz a concretização do princípio da ampla defesa, disposto no art. 5^a, inciso LV da Carta Magna. Na seara penal, a ampla defesa assume contornos ainda mais fortes, pois há possibilidade de: (a) autodefesa (assegura-se ao adolescente o direito de ser ouvido pelo Juízo da Infância e Juventude, Ministério Público e pela Defensoria Pública – arts. 124, inciso I, 141, 179 e 186 do ECA); e (b) defesa técnica, sendo dever do Juízo assegurar que o acusado tenha efetiva defesa técnica, para além de uma auto defesa, sob pena de a sentença proferida contra um réu indefeso ser nula.

Neste diapasão, para que a defesa técnica reste configurada, é preciso que o defensor seja enérgico e contrarie todos os pontos levantados pelo *Parquet*, lutando, ao máximo, para o afastamento de qualquer medida socioeducativa, mormente aquelas privativas de liberdade.

O ECA, em seu art. 207, impõe a defesa do adolescente por advogado sempre que lhe for atribuída a autoria de ato infracional em procedimento judicial. Dessa forma, durante a audiência de apresentação que se instala com o recebimento da representação, não há possibilidade de o adolescente ser ouvido em juízo, pois não estará acompanhado de um defensor. Assim, caso seja realizada sua oitiva, haverá nulidade do ato, em função do desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A Constituição Federal, expressamente em seu art. 227, garante prioridade absoluta às crianças e adolescentes, em função de sua especial condição de desenvolvimento e pelo fato de que a delonga temporal constitui verdadeiro óbice à recuperação/ ressocialização de um adolescente em conflito com a lei, sendo certo que como bem asseverou Rui Barbosa “a justiça tardia tende sempre a produzir injustiça”.

Nessa linha de pensamento, o Estatuto da Criança e Adolescente estabelece que a internação provisória, de forma alguma, poderá ser superior a 45 dias (art. 108 ECA). Sendo assim, conclui-se que a sentença final deve ser proferida dentro desse prazo e o adolescente liberado após o esgotamento do mesmo.

O descumprimento de tal prazo é tão fortemente condenável que o Estatuto, em seu art. 235, comina pena de seis meses a dois anos para quem descumpra, injustificadamente, o prazo nele fixado em favor de adolescente privado de liberdade.

Tamanha a importância da garantia de prioridade absoluta que também se aplica aos Tribunais, nos quais os recursos interpostos terão preferência no julgamento e são dispensados revisores (art. 198, inciso III do ECA).

Busca-se, assim, que a sentença ao final proferida tenha real eficácia para ressocializar aquele adolescente, evitando a movimentação de toda a máquina pública por nada. O adolescente, como sujeito em transformação que é, precisa de respostas imediatas para suas dúvidas e problemas e, eventual prolongamento excessivo do processo o tornará inócuo, pois as convicções e personalidade já estarão plenamente formadas, ainda que com cicatrizes deixadas pelo sistema. Nas lições de Mauro Campello:

“A celeridade do julgamento é direito do adolescente e a negação deste direito é uma forma perversa de lhe negar justiça, negando a vigência ao princípio constitucional da prioridade absoluta. Constitui-se, assim, em uma primazia na prestação jurisdicional, tanto na fase do processo de

conhecimento, inclusive no segundo grau, tanto na fase de execução da medida socioeducativa. [...]

A celeridade do processo se constitui em um direito subjetivo público do adolescente, porém não pode se prestar à prática da injustiça rápida, com atropelo de garantias e produção de ampla dilação probatória, devendo prevalecer a máxima *in dubio pro reo*."

3 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas constituem a resposta estatal, aplicada pela autoridade judiciária (Súmula 108 do STJ), ao adolescente que cometeu ato infracional. Uma vez configurada a prática do ato infracional, o adolescente será submetido ao processo de apuração, respeitando-se seus direitos e garantias processuais, conforme explicitado no capítulo 2 deste trabalho.

No fim, o Juiz competente, qual seja, da 2ª Vara da Infância e Juventude, no caso do Rio de Janeiro, proferirá uma sentença na qual, uma vez comprovada a prática do ato infracional, serão impostas as medidas socioeducativas dispostas no art. 112 do ECA: (a) advertência; (b) obrigação de reparar o dano; (c) prestação de serviços à comunidade; (d) liberdade assistida; (e) semiliberdade; (f) internação; e (g) medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA.

Ressalte-se que, conforme previsão do art. 113 do ECA, tais medidas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, podendo haver substituição a qualquer tempo, de acordo com as características do ato infracional cometido (circunstâncias e gravidade), as peculiaridades do adolescente que o cometeu (inclusive a sua capacidade de compreender e de cumprir as medidas que lhe serão impostas) e suas necessidades pedagógicas.

Outrossim, ainda que na data da sentença o agente já tenha atingido a maioridade, será cabível a aplicação das medidas socioeducativas se, na data do fato, o adolescente possuía entre 12 e 18 anos.

3.1 Natureza Jurídica

A definição da natureza jurídica de um instituto é de suma importância, na medida em que sua classificação indicará as regras e normas aplicáveis, evitando debates por vezes prejudiciais aos próprios objetivos daquela seara.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, criou a chamada doutrina da proteção integral, segundo a qual os direitos de crianças e adolescentes devem ser assegurados, pelo ordenamento jurídico, com absoluta prioridade. É válido transcrever o dispositivo:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.” (grifo nosso)

Nesta mesma linha de raciocínio, com forte teor programático, o Estatuto da Criança e do Adolescente reforçou o ideal da etapa garantista - penal juvenil - caracterizada pela proteção integral das crianças e dos adolescentes, reconhecidos como sujeitos de direito, mas diferenciados pela condição peculiar de desenvolvimento.

Esse novo modelo, respeitando a condição de crianças e adolescentes, superou o paradigma menorista, segundo o qual a população infanto-juvenil era tratada como simples objeto de tutela^[11].

O conteúdo e a abrangência da mudança de paradigma introduzida pela Doutrina da Proteção Integral, no ordenamento jurídico brasileiro, são de alta complexidade, mas podem ser ilustrados por seis aspectos

principais[12]: a) reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; b) institucionalização da participação comunitária por intermédio dos Conselhos de Direitos, com participação paritária e deliberativa para traçar as diretrizes das políticas de atenção direta à infância e juventude; c) hierarquização da função judicial, com a transferência de competência aos Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal; d) municipalização da política de atendimento; e) eliminação de internações não vinculadas ao cometimento – devidamente comprovado – de delitos ou contravenções; e f) incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a presença obrigatória de advogado e a função do Ministério Público como de controle e contrapeso.

Sobre a questão da responsabilização juvenil regulamentada pelo ECA, ensina Emilio Garcia Mendez[13]:

“A construção jurídica da **responsabilidade penal dos adolescentes no ECA** (de modo que foram eventualmente **sancionados somente os atos típicos, antijurídicos e culpáveis** e não os atos ‘anti-sociais’ definidos casuisticamente pelo Juiz de Menores), **inspirada nos princípios de Direito Penal Mínimo constitui uma conquista e um avanço extraordinário normativamente consagrados no ECA**. Sustentar a existência de uma suposta responsabilidade social em contraposição à responsabilidade penal não só contradiz a letra do ECA (art.103) como também constitui - pelo menos objetivamente – uma posição funcional a políticas repressivas, demagógicas e irracionais. No contexto do sistema de administração da justiça juvenil proposta pelo ECA, que prevê expressamente a privação de liberdade para delitos de natureza grave, impugnar a existência de um Direito Penal Juvenil é tão absurda como impugnar a Lei da Gravidade. Se em uma definição realista do Direito Penal se

caracteriza pela capacidade efetiva – Legal e legítima – de produzir sofrimentos reais, sua impugnação ali onde a sanção de privação de liberdade existe e se aplica constitui uma manifestação intolerável de ingenuidade ou o regresso sem dissimulação ao festival de eufemismos que era o Direito de ‘Menores’”. (grifo nosso)

Tendo em vista o conceito de medidas socioeducativas, a doutrina da proteção integral e as peculiaridades dos agentes, por serem pessoas em situação de desenvolvimento, constata-se que a sua natureza jurídica é de **sanção-educação**, uma vez que pretende não só a retribuição pelo mal praticado, mas, principalmente, a ressocialização e reinserção do adolescente no convívio social, evitando-se a formação de um ciclo vicioso que por certo acarretaria em futuros problemas prisionais.

Isso porque os adolescentes em conflito com a lei precisam, como sujeitos que estão construindo seu caráter/ personalidade, de mais educação, orientação, formação e não simplesmente do encarceramento, principalmente daquele presente na realidade brasileira que permite não só a ociosidade dos detentos, mas uma realidade subumana, dentro da qual ninguém sairá melhor do que entrou.

Ressalte-se, por outro lado, que a resposta do Estado ao juízo de reprovação social não pode ignorar e minimizar as consequências decorrentes do ato infracional, de modo a não incutir no adolescente infrator a ideia de impunidade.

Assim, as medidas socioeducativas impostas em função do ato infracional devem ser equilibradas, buscando não só punir o ato praticado, mas, principalmente, mostrar a essa pessoa em desenvolvimento o porquê de aquilo ser errado e ajudá-lo a se reinserir na sociedade.

3.2 Espécies de medidas socioeducativas

3.2.1 Advertência

Trata-se da medida socioeducativa mais branda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e, por isso, poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade da infração e indícios suficientes de autoria.

Em sede de audiência especialmente designada com tal finalidade, o juiz irá repreender o adolescente, alertando-o, juntamente com seu responsável, para as possíveis consequências de uma eventual reincidência na prática do ato infracional. A admoestação verbal deverá ser reduzida a termo e assinada, haja vista se tratar de ato solene.

3.2.2 Obrigação de reparar o dano

Aos atos infracionais com reflexos intrinsecamente patrimoniais é recomendável que a autoridade judiciária aplique a medida de obrigação de reparar o dano prevista no art. 116 do ECA. Há 03 formas tradicionais para tal: (a) restituição da coisa; (b) ressarcimento do dano; e (c) outra forma de compensação do prejuízo da vítima.

Todavia, haja vista a natureza jurídica das medidas socioeducativas, qual seja, sanção-educação, é preciso que o ônus financeiro recaia no adolescente. Caso fique constatado que essa espécie de medida somente acarretará ônus aos responsáveis, resta inequívoco que a finalidade da medida não estará sendo atendida, razão pela qual, nos moldes do p.u do art. 116 do ECA, a medida deverá ser substituída por outra mais adequada.

3.2.3 Prestação de serviços à comunidade – PSC

Tal medida consiste na prestação de serviços comunitários, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como programas comunitários ou governamentais e não governamentais.

Explicita regra que institui o SINASE que incumbe à direção do programa de atendimento da medida de prestação de serviços à comunidade (CREAS) selecionar e credenciar entidades assistenciais, hospitais, escolas ou outros estabelecimentos congêneres, e os programas comunitários ou governamentais nos quais os adolescentes deverão

cumprir a medida socioeducativa, de acordo com o perfil do socioeducando e o ambiente no qual a medida será cumprida.^[14]

Trata-se de uma das medidas que, uma vez executada de forma eficiente, melhor poderá alcançar os fins reeducativos e ressocializadores almejados pela aplicação das medidas socioeducativas, haja vista que o adolescente irá colaborar para o desenvolvimento de sua comunidade, ao mesmo tempo em que refletirá sobre os atos infracionais cometidos. É o que dispõe o Prof. José Barroso Filho^[15]:

“O sucesso dessa inovação dependerá muito do apoio que a própria comunidade der à autoridade judiciária, ensejando oportunidade de trabalho ao sentenciado. Sabemos que é acentuado o preconceito social contra os convictos, tornando-se necessária uma ampla campanha de conscientização das empresas e de outras entidades para que esse tipo de pena possa vingar. Inicialmente, será prudente contar apenas com órgãos e estabelecimentos públicos, tornando obrigatória a sua adesão a essa forma de punir. E quanto aos particulares seria recomendável, pensar-se em alguma maneira de estimular o interesse pela colaboração, como seriam os incentivos fiscais ou preferência em concorrências públicas”.

Nada obstante, o doutrinador João Batista Costa Saraiva^[16] alerta:

“As disposições do Estatuto no art. 117 como locais de prestação de serviço são meramente ilustrativas (hospitais, entidades assistenciais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais). O adequado é que o trabalho a ser realizado seja promotor da condição de cidadania do jovem e não o exponha a condições vexatórias ou humilhantes. Daí porque as entidades que recebem os prestadores de

serviço devam estar comprometidas com a propostas socioeducativa a ser executada, não apenas se locupletando do trabalho do adolescente como uma mão de obra graciosa. **Tão importante quanto preparar o adolescente para este tipo de atividade, será a preparação e a qualificação do órgão onde o serviço será prestado, de modo que tal tarefa redunde em um processo de crescimento e aprendizado, significando um lugar de reconhecimento.**” – grifamos.

3.2.4 Liberdade assistida

A ideia desta medida é manter o adolescente em conflito com a lei no seio familiar de forma que fique integrado na sociedade e com apoio de seus entes queridos, mas sob a supervisão da autoridade judiciária, a quem cabe determinar o cumprimento e cessação da medida. Assim, a liberdade assistida busca acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

Trata-se de medida que delimita o estilo de vida do adolescente, restringindo de alguma forma a sua liberdade, mas possibilita que o sujeito em situação especial de desenvolvimento permaneça em seu convívio familiar. Assim, a medida busca reeducar e ressocializar o adolescente através de um modelo assistencial, evitando-se processos traumáticos de afastamento familiar. A rotina do adolescente é alterada, mas a sua essência permanece, na medida em que ele continua residindo no mesmo local, frequentando estabelecimento de ensino e tendo contato com amigos/parentes.

Juntamente com a medida de prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida é uma das medidas socioeducativas com maior tendência ao sucesso, na medida em que o ponto nevrálgico de ambas é a ideia da reflexão, reeducação, ressocialização do adolescente, as duas procuram reestruturar a rotina dos adolescentes, de forma que eles próprios se conscientizem acerca do que fizeram e, por vontade própria, queiram retomar as rédeas de sua vida e modificar os caminhos até então escolhidos.

O professor José Barroso Filho^[17] alerta:

“em nosso contexto social, não basta vigiar o menor, como se faz em outros países, sendo necessário, sobretudo, dar-lhe assistência sob vários aspectos, incluindo psicoterapia de suporte e orientação pedagógica, encaminhando ao trabalho, profissionalização, saúde, lazer, segurança social do adolescente e promoção social de sua família. Em resumo, é um programa de vida, que a equipe técnica do Juizado prepara para o adolescente autor do ato infracional, depois de computados os dados do processo judiciário e feito o levantamento social do caso junto à família e à comunidade”.

Contudo, é preciso que os responsáveis pela orientação dos adolescentes sejam profissionais capacitados, fortemente apoiados pelo Estado e com elevado nível de auxílio material, sob pena de a medida ser totalmente ineficaz e ainda incutir nesses adolescente a ideia de impunidade pelos atos praticados, estimulando-os a permanecer no caminho até então escolhido.

3.2.5 Inserção em regime de semiliberdade

É uma das medidas mais restritivas de liberdade, só perdendo para internação, implicando em institucionalização. Determina que o adolescente se sujeite às regras de uma casa de permanência; exerça, obrigatoriamente, atividades externas de profissionalização e escolarização e retorne, obrigatoriamente, ao estabelecimento. Todavia, o jovem poderá permanecer com a família aos finais de semana, desde que autorizado pela coordenação da Unidade de Semiliberdade.

Pode ser imposta como início de cumprimento de medida socioeducativa ou como forma de transição do regime da internação para o da liberdade assistida. Apesar de não comportar prazo determinado, mister se faz sua revisão a cada 06 (seis) meses.

3.2.6 Internação em estabelecimento educacional

Trata-se da medida socioeducativa mais grave, determinando a privação da liberdade, desde que respeitados os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Tendo em vista a gravidade da medida, somente poderá ser aplicada nos casos previstos no art. 122 do ECA (interpretação estrita): I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (máximo de 03 meses).

Em conformidade com o princípio da brevidade e de acordo com os §2º, 3º e 5º do art. 122 do ECA, a medida não comporta prazo, mas deve ser revista a cada 06 (seis) meses, não poderá exceder jamais o prazo de 03 (três) anos (adolescente deverá ser transferido para o regime de semiliberdade ou liberdade assistida) e a liberação será compulsória quando o indivíduo completar 21 (vinte e um) anos.

Em nome do princípio da excepcionalidade, a internação somente deverá ser aplicada nos casos em que a gravidade do ato infracional cometido e a ausência de estrutura do adolescente indicar que a possibilidade de reincidência em meio livre é muito grande.

Nesse sentido, os ensinamentos do professor João Batista Costa Saraiva^[18]:

"A privação de liberdade é um mal. Mal que até poderá ser necessário diante da incapacidade humana de desenvolver outra alternativa. Mas sempre um mal, cabendo aqui revisitar Foucault. A opção pela privação da liberdade resulta muito mais da inexistência de outra alternativa do que da indicação de ser esta a melhor dentre as alternativas disponíveis. Somente se justifica enquanto mecanismo de defesa social, pois não há nada mais falacioso do que o imaginário de que a privação de liberdade poderá representar em si

mesma um bem para o adolescente a que se atribui a prática de uma ação delituosa".

Nessa mesma linha de pensamento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONALANÁLOGO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS ORIGINÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA CONTRA PESSOA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERNAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I. Hipótese na qual o adolescente praticou ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas, tendo sido imposta a medida protetiva de internação. II. Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada no mandamus, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo. III. **Medida extrema de internação que só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente no art. 122 do ECA, pois a segregação de menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade – em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual visa à reintegração do menor à sociedade.** IV. Conduta praticada pelo adolescente que é desprovida de violência ou grave ameaça à pessoa, não se admitindo

a aplicação de medida mais gravosa em razão da gravidade genérica do ato infracional. V. Devem ser reformados o acórdão recorrido e a sentença de 1º grau, a fim de que outra decisão seja prolatada, afastando-se a aplicação de medida socioeducativa de internação, e permitindo que o adolescente aguarde tal desfecho em liberdade assistida. VIII. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício, nos termos do voto do Relator. STJ - HABEAS CORPUS HC 205661 SP 2011/0100489-0 (STJ) Data de publicação: 05/03/2012" (grifamos)

No que se refere ao princípio de respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, os Profs. Eduardo Roberto de Alcântara Del-Campo e Thales César de Oliveira alertam sobre a necessidade de se respeitar esses indivíduos "em razão do agudo processo de transformação física e psíquica por que passa o ser humano na adolescência e que reclama atenção redobrada das entidades de atendimento para que possa ocorrer uma efetiva ressocialização".

Nessa linha de pensamento, mister se faz que o Estado, na hora de aplicar a medida socioeducativa, haja dentro dos estritos limites impostos pela lei, evitando-se qualquer espécie de abuso, pois a medida visa à reeducação e ressocialização o adolescente e não inculir ainda mais em sua mente a ideia de desrespeito a direitos e garantias dos demais cidadãos.

É importante ressaltar que a internação deve ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, conforme previsão do art. 123 do ECA.

3.2.7 Medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA

Primeiramente, é importante frisar que, tendo em vista o princípio da proteção integral das crianças e adolescentes, o rol das medidas de proteção é meramente exemplificativo, sendo certo que outras medidas

semelhantes poderão ser tomadas com o fito de tutelar os direitos desses indivíduos em situação peculiar de desenvolvimento.

No que se refere aos adolescentes em conflito com a lei, em geral, as medidas de proteção serão aplicadas cumulativamente às medidas socioeducativas em espécie, sempre visando não a mera sanção do adolescente, mas a sua reflexão, reeducação e consequente ressocialização.

Excetuando-se as medidas de acolhimento institucional, inclusão em programa de acolhimento familiar e colocação em família substituta, são aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei:

I – Encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade: em geral é cumulativa às medidas não restritivas de liberdade, como a reparação do dano. Dependendo das circunstâncias, caso seja constatado que houve alguma espécie de negligência por parte do responsável, é recomendável a imposição de uma das medidas do art. 129 do ECA aos mesmos. Ressalte-se que a entrega do adolescente ao responsável não é feita no Juizado e sim na Instituição na qual o adolescente esteja.

II – Orientação, apoio e acompanhamento temporários: é a medida executada por uma equipe multidisciplinar do Juízo. Assistentes sociais, psicólogos, entre outros profissionais atuarão, de forma conjunta, com o objetivo de avaliar, orientar e realizar o tratamento de eventuais traumas/problemas familiares existentes.

III – Matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental: é o encaminhamento do adolescente à Instituição de Ensino. Trata-se de medida de proteção aplicada na maioria dos casos, vez que todos os adolescente encontram-se em idade escolar.

IV – Inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente: trata-se de medida que visa orientar a família, mormente no que se refere à relação/ diálogo entre genitores e filhos. No Rio de Janeiro, há a chamada Escola de Pais.

V – Requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial: nada mais é que o encaminhamento à rede oficial de saúde quando verificado algum problema de saúde.

VI – Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos: aplicável quando o adolescente apresenta quadro de dependência química, sendo certo que a necessidade deve ser comprovada por meio de exame médico e psicológico.

3.3 'A execução das medidas socioeducativas

Para fins de melhor compreensão do presente trabalho, impende destacar que o presente tópico pretende dar um maior enfoque à execução das medidas socioeducativas em meio aberto e os entraves existentes. Assim, neste item serão tecidos brevíssimos comentários quanto às disposições comuns a todas as medidas.

No que se refere à competência do Juízo da Execução, mister faz-se esclarecer que será firmado pelo local da execução da medida socioeducativa. Assim, é possível que o processo de conhecimento seja julgado diante do Juízo do local do ato infracional (art. 147, §1º do ECA) e a execução seja feita perante outro.

A Resolução 119/2006 aprovou o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e a Lei 12.594/2012 instituiu o SINASE, regulamentando a execução das medidas destinadas a adolescente que tenha praticado ato infracional e determinando a elaboração de Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo (art. 3º, inciso II) com diretrizes, objetivos, metas, prioridades e formas de financiamento e gestão das ações de atendimento para os 10 (dez) anos seguintes, sem sintonia com o disposto no ECA.

Em seu art. 8º a Lei do SINASE determinou que “Os Planos de Atendimento Socioeducativo deverão, obrigatoriamente, prever ações articuladas nas áreas de educação, saúde, assistência social, cultura, capacitação para o trabalho e esporte, para os adolescentes atendidos, em

conformidade com os princípios elencados na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)”.

Assim, a Resolução 160/2013 feita pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA aprovou o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, prevendo ações articuladas, para 10 (dez) anos seguintes, nas áreas de educação, saúde, assistência social, cultura, capacitação para o trabalho e esporte para os adolescentes que encontram-se em cumprimento de medidas socioeducativas, e apresentando as diretrizes e o modelo de gestão do atendimento socioeducativo.

Em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 1º da Resolução 160/2013[19], o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, por meio da Deliberação nº 1.099/2014, aprovou o Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo da Cidade do Rio de Janeiro que visa direcionar o atendimento ao adolescente no cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto, devendo ser a referência para a execução dessas medidas no município do Rio de Janeiro.

Visando ao cumprimento do disposto no art. 100 do ECA, qual seja, atribuir convivência familiar e comunitária no processo de reintegração social do adolescente autor de ato infracional, houve a municipalização do atendimento socioeducativo[20](art. 88, inciso I do ECA).

Na cidade do Rio de Janeiro, a partir de 2008, as medidas socioeducativas em meio aberto (liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade) passaram da gestão da Secretaria de Estado de Educação – SEEDUC/ Departamento Geral de Ações Socioeducativas – DEGASE para a Secretaria de Desenvolvimento Social – SMDS, sendo executadas nos Centros de referência Especializado de Assistência Social – CREAS[21].

Assim, o DEGASE, órgão vinculado à Secretaria de Estado de Educação, passou a ser somente responsável pela execução das medidas socioeducativas em meio fechado aplicadas aos jovens em conflito com a lei pelo Judiciário.

3.3.1 Medidas socioeducativas em meio aberto

Conforme acima exposto, passa-se à análise pormenorizada das medidas em meio aberto, quais sejam, a liberdade assistida e a prestação de serviços à comunidade. No caso da primeira, o acompanhamento ocorre mensalmente, ao passo que na PSC os relatórios são encaminhados ao Juízo de 2 em 2 meses.

Independentemente de qual seja a medida, os três primeiros atendimentos são voltados ao estabelecimento de um vínculo entre os profissionais e o adolescente. Assim, busca-se entender a realidade na qual o jovem encontra-se inserido, os problemas sociais existentes, seus interesses pessoais/profissionais e a dinâmica familiar.

Nesses encontros, é imprescindível a presença do responsável a fim de que seja elaborado o chamado plano individual de atendimento – PIA, onde será determinada, obrigatoriamente, a matrícula do adolescente da rede de ensino, convencionado com o adolescente as atividades que serão feitas, haverá o direcionamento a cursos profissionalizantes, tratamento à drogadição, setor de psicologia, entre outros, sendo certo que deverá haver a homologação pelo Juízo de execução, após ouvido o Ministério Público e a defensoria.

Deverá ainda constar do PIA: o histórico escolar do adolescente e as anotações sobre o seu aproveitamento, que deverão ser buscadas junto ao estabelecimento de ensino que porventura tenha o adolescente frequentado; os dados sobre o resultado da medida anteriormente aplicada e cumprida em outro programa de atendimento; e os resultados de acompanhamento especializado anterior^[22].

A partir da elaboração do PIA não se faz mais obrigatória a presença familiar para confecção dos relatórios seguintes a serem encaminhados à VIIJ. Todavia, sempre que houver o binômio possibilidade/ interesse familiar, a presença do responsável será sempre bem vinda. O adolescente passa então a ser acompanhado pela equipe técnica e os relatórios elaborados são encaminhados ao Judiciário.

Além do PIA, existe a chamada síntese informativa (basicamente é um relatório de acompanhamento do adolescente), o relatório de

impossibilidade (equipe técnica informa que o adolescente não poderá cumprir a medida em função de algum problema médico ou em caso de óbito) e o relatório de extinção (CREAS emite parecer pelo fim do cumprimento das medidas socioeducativas, embasando o pedido em documentos/ laudos).

Dessa forma, o CREAS é o órgão responsável pela fiscalização e orientação do cumprimento das medidas socioeducativas. Para a composição do quadro de pessoal do atendimento socioeducativo nas entidades e/ou programas deve-se considerar que a relação educativa pressupõe o estabelecimento de vínculo, que por sua vez depende do grau de conhecimento do adolescente. Portanto, é necessário que o profissional tenha tempo para prestar atenção no adolescente, que conheça pessoalmente o entorno que vive e que ele tenha um grupo reduzido destes sob sua responsabilidade. Sendo assim, o SINASE prevê a composição mínima do quadro de pessoal em cada modalidade de atendimento socioeducativo[23].

Na execução da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade a equipe mínima deve ser composta por: 01 (hum) técnico para cada vinte adolescentes e 01 (hum) referência socioeducativa para cada grupo de até dez adolescentes e 01 (hum) orientador socioeducativo para até dois adolescentes simultaneamente a fim de garantir a individualização do atendimento que a medida pressupõe. Tanto a referência quanto o orientador socioeducativo são pessoas próprias dos locais de prestação de serviço que estarão incumbidos de acompanhar qualitativamente o cumprimento da medida do adolescente[24].

Já na execução da medida socioeducativa de liberdade assistida a equipe mínima deve ser composta por técnicos de diferentes áreas do conhecimento, garantindo-se o atendimento psicossocial e jurídico pelo próprio programa ou pela rede de serviços existentes, sendo a relação quantitativa determinada pelo número de adolescentes atendidos[25].

Todavia, apesar da natureza jurídica de sanção-educação e das orientações do SINASE, fato é que a eficácia dessas medidas, por vezes, é comprometida em função dos empecilhos impostos pelo sistema.

3.3.2 A ineficiência na execução das medidas socioeducativas

A frequente sensação de impunidade alimenta um discurso cada vez mais fervoroso em favor da redução da maioria penal, em função da falsa ideia de que o sistema atual estimularia o cometimento de atos infracionais análogos a crimes graves por adolescentes, uma vez que não haveria punição[26]. Todavia, estudos e pesquisas demonstram que a realidade brasileira não é marcada pela impunidade[27], mas sim pela falta de eficiência na execução das medidas socioeducativas, o que acaba fomentando a reincidência de adolescentes no cometimento de atos infracionais.

Em verdade, a legislação brasileira prevê mecanismos vanguardistas capazes de ressocializar adolescentes. Todavia, o Estado e a sociedade brasileira demonstram uma total falta de comprometimento com a efetivação dos objetivos delineados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, a realidade da Infância e Juventude Infracional é marcada pela inexistência/ insuficiência de programas de execução de medidas em meio aberto; falta de recursos; carência do sistema de internamento e abusos cometidos pelo próprio poder Constituído e pelos cidadãos brasileiros.

É importante frisar que as falhas a seguir apresentadas foram constatadas após a realização da pesquisa de campo junto aos profissionais que atuam diretamente com os socioeducandos em meio aberto.

O primeiro empecilho encontrado é tutelado pela própria ordem jurídica quando a lei 12.594/12 estabelece em seu art. 43, §3º:

“Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.

§ 3º Admitido o processamento do pedido, **a autoridade judiciária, se necessário, designará audiência**, observando o princípio do § 1º do art. 42 desta Lei.”

Apesar de o SINASE estabelecer ser faculdade do Juízo de Execução promover audiência para avaliação do adolescente que esteja cumprimento medida socioeducativa, a doutrina e os profissionais das instituições responsáveis pela execução das medidas criticam a disposição normativa.

João Batista Costa Saraiva^[28] afirma:

“Convenço-me que **deveria ser obrigatória esta audiência**, e não facultativa, **comprometendo o Juízo com o processo socioeducativo** em curso por conta da oportuna imediação com o caso concreto” - grifamos

A psicóloga Thais Vargas da Secretaria Municipal de Assistência Social acrescenta que até 2014 as audiências de reavaliação não existiam e, com isso, o contato do adolescente com o juiz só ocorria no momento inicial, sendo certo que todo o acompanhamento se fazia por meio de relatórios. No exercício de 2015, o procedimento de avaliação começou, ainda que a passos pequenos, a efetivar as audiências até então facultativas. Todavia, observa-se que a mudança foi fruto da postura forte e ativa da nova Juíza e que esse acompanhamento ainda não é a realidade de grande parte dos adolescentes.

A psicóloga reforça que o contato dos adolescentes com os operadores de direito revela-se muito importante, pois é passada a ideia de autoridade, reforçando o que a equipe técnica sustenta em seus atendimentos. A adesão desses jovens às propostas oferecidas aumenta, de forma substancial, quando a figura do magistrado se faz presente e não meramente por meio de um carimbo nas decisões proferidas. A disponibilidade subjetiva dos agentes de direitos é medida de suma importância.

Assim, observa-se que o próprio sistema tutela a participação meramente formal do Judiciário, sendo necessária a dependência constante de uma postura ativa do Juiz no que se refere ao acompanhamento de cada adolescente. Nessa esteira, os profissionais responsáveis pela aplicação da sanção-educação por vezes conhecem a realidade das medidas socioeducativas por meio de relatórios, sem tenham um feedback real daquilo que estão defendendo/julgando no processo judicial.

Outro entrave à eficácia ressocializadora das medidas socioeducativas é a excessiva demanda frente a um quantitativo restrito de profissionais. Em que pese muitos achem que a realidade de superlotação se restringe somente às Instituições de Internação (como é o caso da Instituição João dos Alves que tem capacidade para 112 internos, mas possui 240), fato é que os CREAS (órgão responsável pelo acompanhamento das medidas em meio aberto) passam pela mesma dificuldade.

O CREAS Daniela Perez^[29] possui uma equipe com 5 assistentes sociais, 2 psicólogos, 2 pedagogos, 1 advogado e 1 carro de abordagem para atender 118 adolescentes que cumprem medida em meio aberto; 54 adultos que cumprem pena alternativa; fazer abordagem social; encaminhar ofícios para as Varas; atender idosos, deficientes e crianças em situação de vulnerabilidade^[30]. É notório que os funcionários encontram-se assoberbados, sendo quase que impossível o oferecimento de um acompanhamento efetivo a cada um dos adolescente socioeducandos.

Ademais, o desestímulo se torna frequente, na medida em que a equipe técnica só possui um feedback dos casos que deram errado, pois ou os adolescentes voltam ao CREAS/DEGASE para cumprir nova medida ou serão novamente encontrados já no SEAP. Os casos em que as medidas aplicadas foram eficazes tornam-se desconhecidos, pois inexistente um controle de informações.

Soma-se a isso o fato de que a criação de um vínculo de confiança entre a equipe técnica e os adolescentes é uma tarefa árdua. Ao mesmo tempo em que o orientador precisa cumprir seu dever formal e burocrático de prestar contas do acompanhamento à autoridade judicial, é imperiosa a

construção de uma relação paritária, com viés de auxílio e parceria. Contudo, a dificuldade se inicia com o oferecimento de oportunidades que não agradam nenhum pouco esses jovens, a começar pela obrigatoriedade de matrícula em Instituição de Ensino.

Nesse contexto, mais um problema surge: a falta de adesão dos socioeducandos aos programas propostos.

O Estatuto da criança e do Adolescente em seus artigos 18-A e 18-B prevê ser a educação direito dos adolescentes que estejam cumprindo medida socioeducativa, sendo certo que eventuais abusos devem ser sancionados de acordo com a gravidade do caso.

A escolarização e a profissionalização, assim, são direitos dos adolescentes independentemente de estarem cumprindo medida socioeducativa. Todavia, como a maioria deles quando chega no sistema socioeducativo já está fora da escola há muito tempo, a visão que esses jovens possuem da escola não é de um direito seu, mas sim uma obrigação/ punição imposta pelo sistema em função do ato infracional cometido. Isso sem falar que muitas das escolas se mostram resistentes a aceitar a matrícula de um jovem que esteja cumprindo medidas.

Ademais, os poucos projetos existentes por vezes não são nenhum pouco atrativos a esses adolescentes. O documentário “Nova Casa”^[31] explicita muito bem essa situação quando critica o objetivo do modelo tradicional de manter esses adolescentes ocupados, sob a justificativa de que “cabeça vazia dá espaço para ideias ruins”. Projetos que existem apenas formalmente, para preencher o tempo desses jovens, em nada contribuem para a efetiva ressocialização. Oficinas lúdicas e não técnico profissionais como ensinar a fazer boneca e origami vão atrair quais adolescentes?

Os cursos e programas oferecidos devem ser pensados de forma a despertar o interesse desses jovens. É preciso um “gap” mínimo para esses adolescentes se imaginarem realizando aquela atividade e terem a sensação de pertencimento àquele grupo social. O contato com uma realidade diversa do seu cotidiano e o diálogo com pessoas que possuem uma outra

visão da vida estimularão a mudança naquele adolescente, o rompimento com o ciclo vicioso existente há gerações na família.

Todavia, surge aí o maior entrave à política de ressocialização: a sociedade ainda é preconceituosa, o discurso é sempre mudar o adolescente para a sociedade, mas nunca adaptar a sociedade para o menino.

O discurso e o estímulo capitalistas permanecem, mas as oportunidades de um recomeço fomentadas pela própria sociedade são ínfimas perto do universo de empresas existentes. O poder público, via de regra, abre espaço para o recomeço desses adolescentes, todos os CREAS, CRAS e os abrigos, além do TJRJ, Vila Olímpica, entre outros já recebem socioeducandos, mas a política social excludente impossibilita a absorção de todos, por vezes até mesmo Instituições Religiosas não aceitam receber esses jovens.

Além, disso, muitas das vezes os serviços oferecidos são burocráticos (ex: atendimento ao telefone, recepcionamento de público, montagem de som, serviço de "posso ajudar" em estacionamento) e em locais de trabalho desestimulantes. Resultado: inúmeros são os casos de adolescentes que têm sua prestação de serviço à comunidade prolongada porque não há local para a medida ser cumprida ou que, apesar de cumprirem, a eficácia ressocializadora inexistente, uma vez que aquilo é feito por obrigação, não despertando qualquer interesse naquele jovem.

Neste diapasão, resta incontroverso que não existe uma (re), mas sim uma (des)socialização desses adolescentes após o cumprimento da medida. Se já existiam problemas sociais que fomentaram esse jovem a praticar o ato infracional, fato é que, diante desse contexto, a realidade só será ainda mais agravada pela raiva pós punição.

Assim, observa-se que, na prática, as medidas socioeducativas acabam só tendo o viés punitivo, sendo certo que a ressocialização é rara diante dos entraves acima apresentados, fomentando a quantidade e a gravidade dos atos infracionais cometidos.

4. CONCLUSÃO

Considerando a peculiar situação de desenvolvimento dos adolescentes, o presente trabalho buscou analisar um tema atual perante à realidade brasileira.

De início, buscou-se enquadrar os atos antijurídicos praticados pelo adolescente, diferenciando os atos infracionais dos crimes/ contravenções penais cometidos pelos civilmente capazes e esclarecer os direitos e garantias presentes dentro do devido processo legal estabelecido pelo legislador.

Após, passou-se à descrição das medidas socioeducativas existentes e, diante de dados estatísticos, foi possível chegar à conclusão de que aquelas executadas em meio aberto merecem uma maior atenção do legislador, em função do maior poder ressocializador que possuem. Todavia, foram constatados inúmeros empecilhos em sede de execução das medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade.

Diante do exposto, o presente artigo busca gerar no leitor uma reflexão sobre o atual sistema brasileiro, a fim de que as estruturas existentes sejam repensadas e recriadas, permitindo uma atuação mais eficiente do Estado e da sociedade brasileira.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte geral 1. Ed. Saraiva. 16ª edição.

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e ato infracional. Ed. Livraria do advogado. 4ª edição.

SOUSA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Curso de Direito Penal 1. Ed. Campus Jurídico. 1ª edição.

In: Reciprocidade e o Jovem Infrator. Revista do Ilanud nº 3. Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente: São Paulo, 1997.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Ed. Atlas. 22ª edição.

FILHO, Tourinho. Processo Penal. Ed. São Paulo. 8ª edição.

DA ROSA, Alexandre Morais; LOPES, Ana Christina Brito. Introdução crítica ao ato infracional. Princípios e Garantias Constitucionais. Ed. Lumen Juris. 2ª edição.

DALCIN, Wagner. Direito Penal juvenil: A prescrição dos atos infracionais. Porto Alegre, abril de 2007.

SPOSATO, Karyna Batista. O Direito Penal Juvenil. 2006.

FILHO, José. Do ato infracional. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

PAULO, Beatrice Marinho. Psicologia na prática jurídica – a criança em foco. Editora Saraiva. 2ª edição

BELTRAME, José Mariano. Todo dia é segunda-feira. Ed. Primeira Pessoa.

SANTOS, Evandro Edi; SILVEIRA, Carine Araújo. O adolescente no Brasil e o ato infracional. (www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2832)

BORGES, Éverton; André, Luçardo. Adolescente infrator e políticas públicas para ressocialização. (http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13694&revista_caderno=12)

VOLPI, Mário. O adolescente e o ato infracional.

Ramidoff, Mario Luiz. Lições de direito da criança e do adolescente: Ato infracional e medidas socioeducativas. 3ª Edição - Revista e Atualizada.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e Ato Infracional - Medida Socioeducativa é Pena? - 2ª Ed. 2012.

As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação - (Revista da ESMESC. n. 26, v. 20, 2013. p. 151-202).

Responsabilidade penal dos adolescentes e medidas socioeducativas (Revista da EMERJ. 40NE, v. 10, 2007. 210-242).

Fatores sociojurídicos que influenciam a aplicação da medida socioeducativa ao adolescente autor de ato infracional: uma análise empírica no Poder Judiciário (Revista de Direito Administrativo. n. 249, 2008. 95-117).

O ECA e as medidas socio-educativas - Jurisprudência, aplicação e execução (Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. n. 60, 2004. 131-162).

DAMICO, José Geraldo Soares. Juventudes Governadas: Dispositivos de Segurança e Participação no Guajuviras (Canoas/RS) em Grigny Centre (França). Porto Alegre, 2011.

ESPÍNDULA, Daniel Henrique Pereira; SANTOS, Maria de Fátima de Souza. Representações sobre a adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei. *Psicol. estud.* v.9 n.3 Maringá set./dez. 2004.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. *Rev. Bras. Educ.* vol.15 no. 45 Rio de Janeiro set./dez. 2010.

PRIULI, Roseana Mara Aredes; MORAES, Maria Silvia de. Adolescentes em conflito com a lei. *Ciênc. saúde coletiva* v.12 n.5 Rio de Janeiro set./out. 2007.

SALLA, Fernando Afonso. A retomada do encarceramento: as masmorras high tech e a atualidade do pensamento de Michel Foucault. Cadernos da F.F.C. Marília, v. 9, n.1, p. 35-58, 2001.

<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=422> – Acesso em: 12 de nov. 2015.

www.degase.rj.gov.br/ - Acesso em: 12 de out. 2015

http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf - Acesso em 27 de out. 2015.

<https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/sinase.pdf> - Acesso em 10. Nov. 2015.

<http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000004.pdf> - Acesso em: 12 de out. 2015

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2470>- Acesso em: 12 de out. 2015

<http://www.cmdcario.com.br/downloads/206Del%201099%20plano%20socioeducativo%20c%20anexo.pdf> - Acesso em 10. Nov. 2015.

http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf - Acesso em: 12 de out. 2015

[1] Cf. Revista Jurídica Consulex, n° 193, p. 40, 31 de Janeiro/2005.

[2] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral 1. Ed. Saraiva. 16ª edição. P. 408.

[3] SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e ato infracional*. Ed. Livraria do advogado. 4ª edição. P. 48.

- [4] A prova se faz pela certidão de nascimento ou outro documento que mostre a data de nascimento. Somente caso inexista qualquer documento que o agente deve ser submetido ao exame de idade óssea.
- [5] SOUSA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. *Curso de Direito Penal 1*. Ed. Campus Jurídico. 1ª edição. P.243.
- [6] Cf. In: Reciprocidade e o Jovem Infrator. Revista do Ilanud nº 3, Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente: São Paulo, 1997. P.28.
- [7] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Ed. Atlas. 22ª edição. P. 04.
- [8] SARAIVA, João Batista Costa. Op. Cit.. P. 119.
- [9] Cf. texto "Algumas ponderações sobre o regime especial de proteção da liberdade do adolescente autor de ato infracional".
- [10] FILHO, Tourinho. *Processo Penal*. Ed. São Paulo. 8ª edição. P. 47.
- [11] DALCIN, Wagner. *Direito Penal juvenil: A prescrição dos atos infracionais*. Porto Alegre, abril de 2007. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000004.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.
- [12] SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. 2006. P.61.
- [13] MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latinoamericano*. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000. P. 16.
- [14] SARAIVA, João Batista Costa. Op. Cit. P. 163.
- [15] PIMETEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. Editora Revista dos Tribunais, 1983. P. 170/171.
- [16] SARAIVA, João Batista Costa. Op. Cit. P. 164.
- [17] FILHO, José. *Do ato infracional*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2470>>. Acesso em: 22 mai. 2006.

[18] SARAIVA, João Batista Costa. Op. Cit. P. 172.

[19] Cf. Art 1º, Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme disposto no parágrafo 2º do art. 7º da Lei 12.594/2012 deverão, com base no Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, elaborar seus planos decenais correspondentes em até 360 (trezentos e sessenta) dias a partir da publicação desta Resolução que aprova o Plano Nacional e assegura sua publicidade, disponibilizando-o, a partir desta data em: www.direitoshumanos.gov.br.

[20] <https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/sinase.pdf> - ""12. MUNICIPALIZAÇÃO DO ATENDIMENTO – artigo 88, inciso I do ECA O significado da municipalização do atendimento no âmbito do sistema socioeducativo é que tanto as medidas socioeducativas quanto o atendimento inicial ao adolescente em conflito com a lei devem ser executados no limite geográfico do município, de modo a fortalecer o contato e o protagonismo da comunidade e da família dos adolescentes atendidos. Não se deve confundir municipalização do atendimento com descentralização político administrativa já que se a municipalização fosse uma espécie de descentralização estaria inserida no inciso que trata desta temática (inciso III do artigo 88 do ECA) e não como diretriz autônoma disposta no inciso I do artigo 88 do mesmo Estatuto. Esclarece-se ainda que o conceito de atendimento na diretriz da municipalização não tem o mesmo significado do disposto no § 7º do artigo 227 da Constituição, já que o primeiro visa determinar que as práticas de atendimento à criança e ao adolescente ocorram no âmbito municipal, enquanto o segundo refere-se a toda política destinada à criança e ao adolescente. Nesse sentido, a municipalização do atendimento é um mandamento de referência para as práticas de atendimento, exigindo que sejam prestadas dentro ou próximas dos limites geográficos dos municípios. Portanto, a municipalização do atendimento preconizada pelo ECA não tem a mesma significação do conceito de municipalização adotado pela doutrina do Direito Administrativo, que o assume como uma modalidade de descentralização política ou administrativa. 20 A municipalização do atendimento tem conteúdo programático, sendo uma orientação para os atores na área da infância e da adolescência, funcionando como objetivo a ser perseguido e realizado sempre que houver recursos materiais para tanto e não se configurarem conflitos com outros princípios da doutrina da Proteção Integral considerados de maior relevância no caso concreto. Além disso, a municipalização do atendimento não deve ser instrumento para o fortalecimento das práticas de internação e proliferação de

Unidades. Dentro desse contexto, a municipalização das medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade é ainda mais premente, uma vez que elas têm como lócus privilegiado o espaço e os equipamentos sociais do Município. Nelas há maior efetividade de inserção social, na medida em que possibilitam uma maior participação do adolescente na comunidade, e, ao contrário das mais gravosas, não implicam em segregação.” – Acesso em 10 de nov. 2015

[21] <http://www.cmdcario.com.br/downloads/206Del%201099%20plano%20socioeducativo%20c%20anexo.pdf> – Acesso em: 10 de nov. 2015.

[22] SARAIVA, João Batista Costa. Op. Cit. P. 144.

[23] Cf. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006. P 43.

[24] Ibid.

[25] Ibid. P 44.

[26] 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2_015-retificado.pdf Acesso em 27 de out. 2015:

<<De qualquer forma, o estudo permite estabelecer uma estimativa do percentual de homicídios praticados por adolescentes sobre os homicídios totais nos anos de 2013 e 2014. Neste sentido, percebe-se que a taxa é de 10,4% do total de 16.553 homicídios esclarecidos em 2013, e de 10,7% do total de 17.854 homicídios esclarecidos em 2014. Se por um lado percebe-se que o percentual não é irrelevante, por outro **fica demonstrado que a contribuição de adolescentes para a taxa total de homicídios no Brasil é pequena**, e que boa parte deles acaba submetida de forma célere a medida socioeducativa de internação de até 3 anos.>>

[27] Com relação ao argumento da impunidade, o Anuário apresenta os dados sobre a evolução do número de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa no período de 1996 a 2013, incluindo as medidas de internação, internação provisória e semiliberdade. Em números absolutos, passamos de um total de 4.245 adolescentes submetidos a estas medidas em 1996 a um total de 23.066 adolescentes em 2013, crescimento da ordem de 443,36%, que demonstra o aumento da

utilização pelo sistema de justiça juvenil dos mecanismos de controle socioeducativo com restrição à liberdade previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao longo deste período.-
http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf

[28] SARAIVA, João Batista Costa. Op. Cit. P. 139.

[29] Possui atribuição nos bairros: Anil, Barra da Tijuca, Camorim, Cidade de Deus, Curicica, Freguesia, Jacarepaguá, Gardênia Azul, Guamari, Itanhangá, Joá, Pechincha, Praça Seca, Recreio dos Bandeirantes, Tanque, Taquara, Vargem Grande, Vargem Pequena e Vila Valqueire.

[30] Informação obtida em sede de entrevista pessoalmente feita no CREAS Daniela Perez junto à coordenadora Roberta Araújo (informação verbal).

[31] Cf. Exibido no evento “Em Cine – Ciclo de Debates – O sol não é quadrado e Nova Casa: Documentário” realizado no dia 04 de novembro de 2015 na Faculdade de Comunicação Social da UERJ.

DA EXECUÇÃO INVERTIDA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

REBECA PEIXOTO LEÃO ALMEIDA GONZÁLEZ:

Advogada da União, lotada na Procuradoria Regional da União da 1ª Região, pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual Trabalhista.

RESUMO: A execução invertida caracteriza-se pela instauração da fase executória pelo devedor por meio da apresentação de planilha de liquidação do julgado com objetivo de garantir a célere satisfação do crédito. A inversão do ônus de apresentar planilha de cálculos subverte a lógica processual e fere o princípio da legalidade, da separação dos poderes, do devido processo legal e da isonomia. Trata-se de procedimento facultativo e que, portanto, os entes públicos devedores poderão resistir à determinação judicial para apresentar os cálculos sem que seja aplicada multa por descumprimento.

Palavras-chave: Fazenda Pública. Juizados especiais federais. Execução invertida.

INTRODUÇÃO

A execução invertida nada mais é do que a instauração da fase executória pelo devedor por meio da apresentação de planilha de liquidação do julgado. Assim, o devedor, antecipando-se ao credor, espontaneamente ou após intimação do juízo, apresenta os cálculos dos valores atrasados que entende devidos em decorrência de decisão condenatória transitada em julgado.

Tal procedimento virou praxe nas ações que tramitam nos juizados especiais federais, nas quais a Fazenda Pública é condenada a pagar quantia certa. Os principais fundamentos utilizados pelas decisões judiciais que determinam a apresentação de cálculos pelo ente público são a celeridade processual e a efetividade da prestação jurisdicional por meio da rápida satisfação do crédito. Outrossim, fundamenta-se que o Poder Público já detém todos os elementos necessários para a elaboração dos

cálculos devidos, precipuamente nas ações que envolvem servidores públicos federais.

Ademais, não se pode negar que o fluxo decorrente da execução invertida traz benefícios também aos entes públicos, uma vez que poderão apresentar os valores que entendem devidos com base nos critérios de atualização que entendem corretos e que, na maioria das vezes, é obtida a concordância da parte adversa. Assim, estagna-se a fluência de juros moratórios e evita-se a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios referentes à fase executiva.

Inobstante as vantagens da execução invertida, a Fazenda Pública muitas vezes em decorrência da ausência de estrutura e da grande demanda a que é submetida não é capaz de promover a apresentação da liquidação do julgado de forma espontânea. O descumprimento de tal rito muitas vezes enseja a fixação de astreintes pelos juízes, o que faz com que seja necessário esclarecer a natureza facultativa da execução invertida a fim de verificar a possibilidade de incidência de multa em caso de descumprimento de tal determinação.

I. DA EXECUÇÃO INVERTIDA COMO FACULDADE DO ENTE PÚBLICO CONDENADO

De início, impende observar que a Lei n. 10.259/2001, que regulamenta os juizados especiais federais, ao dispor acerca do o cumprimento espontâneo pelo devedor limitou-se às obrigações de fazer e não fazer:

Art. 16. O cumprimento do acordo ou da sentença, com trânsito em julgado, que imponham **obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa**, será efetuado mediante ofício do Juiz à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo.

Assim, a execução de título judicial que contém obrigação de pagar quantia certa deve observar o procedimento disposto no art. 17 da Lei n. 10.259/2001, e não o do artigo anterior da mesma lei que se refere

ao cumprimento apenas de título judicial que estabelece obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa. O mencionado dispositivo 17 nada dispõe acerca da obrigação da Fazenda Pública em apresentar cálculos:

Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

Por outro lado, o novo Código de Processo Civil preconiza que a obrigação de apresentar os cálculos de liquidação do julgado é do exequente:

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o **exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:**

I – o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;

II – o índice de correção monetária adotado;

III – os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI – a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados. (grifo nosso)

Depreende-se, assim, que o cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública que pretende o pagamento de quantia certa deve

ser requerido pelo exequente, a quem incumbe apresentar memória de cálculo contendo os elementos relacionados no artigo supramencionado (CUNHA, 2016).

Desse modo, a execução invertida deve ser considerada como uma exceção à regra, uma faculdade do executado que pode ou não ser adotada, a depender de cada caso concreto, pois a obrigação é do exequente.

A natureza de faculdade da execução invertida já era clara mesmo quando era expressamente prevista no antigo Código de Processo Civil:

Art. 570. O devedor pode requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo judicial; neste caso, o devedor assume, no processo, posição idêntica à do exequente. (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)

Assim, a legislação deixa claro caber à parte exequente indicar o valor a ser executado no cumprimento da obrigação de pagar quantia certa, motivo pelo qual não poderia ser imputada multa por descumprimento à Fazenda Pública quando não puder fazê-lo.

A questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário 729884 interposto pelo INSS. Contudo, a Corte Superior, por maioria, não conheceu do recurso, ao entendimento de que a pretensão deduzida repousa apenas na esfera da legalidade, concluindo pela inexistência de questão constitucional e, por conseguinte, de repercussão geral.

Nesse ensejo, visando o fim da controvérsia e o reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação que impõe à parte ré a obrigação de apresentar os cálculos necessários à execução de decisões judiciais condenatórias produzidas no âmbito dos Juizados Especiais, a Advocacia Geral da União ajuizou no ano de 2013 arguição de descumprimento de preceito fundamental, articulando com a inobservância, pelos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, dos

artigos 2º, 5º, cabeça e incisos II, LIV e LV, 22, inciso I, e 37, cabeça, da Carta Federal.

Em suma, na referida ação, ainda pendente de julgamento, defende-se que as decisões que obrigam a apresentação de cálculo pela União nas ações contra ela movidas importam em violação aos princípios do devido processo legal, da isonomia, bem como dos preceitos da legalidade e da separação dos Poderes, uma vez que inovam ao estabelecer obrigação que somente poderia ser criada mediante lei, emanada pelo Poder Legislativo.

Conforme apontado na exordial, verificou-se que apenas no âmbito de atuação da Procuradoria Regional da União da 2ª Região haviam sido proferidas, aproximadamente, oito mil decisões judiciais determinando que a União apresentasse cálculo de liquidação em ações que figurava como executada.

Logo, resta evidente que impor à União, enquanto executada, o dever de apresentar cálculos de liquidação gera, além de uma indevida inversão de um ônus processual legalmente previsto, uma sobrecarga de trabalho à Contadoria da Advocacia Geral da União capaz de comprometer sua atuação.

Deve-se pontuar ainda, conforme bem apontado pela Advocacia Geral da União na ADPF 219, que, face à grande demanda de trabalho, é prioridade da União a utilização de sua contadoria para elaboração de cálculos para defesa em processos cujo prazo de defesa seja peremptório e, ainda, de cálculos referentes às execuções promovidas pela União e que visam o ingresso de valores nos cofres público. Portanto, a adoção indiscriminada do rito da execução invertida pode acarretar, em última instância, prejuízos financeiros à União.

Dessa forma, uma vez demonstrado que se trata de faculdade do ente público e ônus da parte exequente, mostra-se inconstitucional e ilegal a decisão judicial que impõe à parte executada a obrigação de apresentar planilha de cálculos de liquidação do julgado e, portanto, não poderá ser aplicada multa por descumprimento como forma de compelir a Fazenda Pública a cumprir obrigação que não lhe incumbe.

II. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA EXECUÇÃO INVERTIDA

Outro ponto referente à presente temática e que merece destaque é a impossibilidade de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorário advocatícios em caso de execução invertida.

Isso porque quando a Fazenda Pública, de forma proativa, exerce a faculdade de apresentar planilha de liquidação dos valores por ela devido, tem-se o cumprimento espontâneo da obrigação, não se falando sequer em instauração da fase executiva do julgado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem orientação pacífica quanto ao descabimento de fixação de honorários advocatícios na hipótese em que o devedor apresenta os cálculos para expedição da correspondente requisição de pequeno valor, caso o credor concorde integralmente com o valor apresentado. Confira-se alguns julgados:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. EXECUÇÃO INVERTIDA. VERBA HONORÁRIA INDEVIDA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

1. É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual não cabe a fixação de honorários advocatícios na hipótese em que o devedor apresenta os cálculos para expedição da correspondente requisição de pequeno valor, caso o credor concorde com o valor apresentado, o que se denomina execução invertida.

2. O acórdão recorrido não está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual merece prosperar a irresignação. 3. Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero

desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1742645/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 26/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. EXECUÇÃO INVERTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO.

I - Na origem, trata-se de agravo de instrumento, objetivando obstar os efeitos de decisão proferida em ação executiva em que busca o recebimento de valores os quais entendem devidos.

II - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que o cumprimento espontâneo da obrigação de pequeno valor, pelo ente público devedor, na chamada execução invertida, afasta a condenação em honorários de advogado. Precedentes: REsp 1675990/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 09/10/2017; AgInt no REsp 1473684/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017; AgInt no AREsp 876.956/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 08/09/2016.

III - Agravo interno provido.

(AgInt no REsp 1604229/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 21/03/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. EXECUÇÃO INVERTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. PAGAMENTO VOLUNTÁRIO. INÍCIO DO PRAZO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE DO DEVEDOR.

1. Na hipótese de cumprimento espontâneo da obrigação de pequeno valor pelo ente público, descabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Precedentes.

2. Conforme a orientação firmada por esta Corte Superior, o cumprimento de sentença não ocorre de forma automática, sendo necessária a intimação do devedor, na pessoa do seu representante, para o pagamento da dívida.

3. "No caso em exame, após o trânsito em julgado e o retorno dos autos à instância de origem, foi determinada a intimação do INSS para implantação no prazo de 45 dias. Intimado o INSS em 10/02/2012, uma sexta-feira (fl. 384), protocolou em 27/03/2012 (fl. 385) petição informando que o benefício já havia sido implantado e que em anexo juntava os cálculos das parcelas em atraso, portanto dentro do prazo estabelecido pelo Juízo."

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1473684/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)

Desse modo, caso a Fazenda Pública opte por adotar o rito da execução invertida apenas poderão ser arbitrados honorários em caso de impugnação pelo exequente que seja julgada procedente.

CONCLUSÃO

A execução invertida deve ser considerada uma boa prática processual pelas vantagens que apresenta a ambas as partes e, portanto, ser incentivada a sua adoção no âmbito das ações de execução em face da Fazenda Pública.

Inobstante, a inversão impositiva do ônus de apresentar planilha de cálculos pelo juízo de execução subverte a lógica processual e fere o princípio da legalidade, da separação dos poderes, do devido processo legal e da isonomia.

Desse modo, deve ser considerada como procedimento de adoção facultativa pelo ente público condenado e que, portanto, poderá resistir em apresentar os cálculos de liquidação do julgado sem que seja aplicada multa por descumprimento de eventual decisão judicial que de ofício assim tenha determinado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **REsp 1742645/RS**. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 26/11/2018. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em 14/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **AgInt no REsp 1604229/RS**. Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 21/03/2018. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em 14/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **AgInt no REsp 1473684/SC**. Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em 14/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 219. Movimentação processual. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3974029>. Acesso em: 14/12/2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016.

CONTORNOS CIVIS-CONSTITUCIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA OPORTUNIDADE

FÁBIO SOUZA DA SILVA: Bacharelado em Direito pela UNIFG - Centro Universitário Faculdade Guanambi. Estagiário Ministério Público Federal.

RESUMO: A responsabilidade civil perda de uma oportunidade no campo médico tem aplicação recente e consiste na frustração de uma possibilidade de cura, sendo que, há uma presunção de causalidade que decorre da incerteza da contribuição do médico do dano final, motivo pelo qual indeniza-se pelo percentual de chance que possuía a paciente. O presente trabalho teve como objetivo a análise da teoria da perda da oportunidade diante do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre os aspectos civis e constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Foram realizadas pesquisas em obras bibliográficas e na jurisprudência brasileira, examinando o entendimento apresentado e os critérios utilizados para a existência do dano e a quantificação da indenização devida na perda da oportunidade.

Palavras-chave: Conduta. Dano. Expectativa. Obrigação. Reparação.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A responsabilidade civil: noções gerais; 2.1 A teoria da perda de uma chance; 2.2 A responsabilidade civil na ótica civil-constitucional e a teoria da perda de uma oportunidade; 3 A aplicação da teoria da perda de uma oportunidade na responsabilidade civil do médico; 4 A responsabilidade civil do médico pela perda de uma oportunidade sob a perspectiva do stj; 5 considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil no âmbito da perda da oportunidade tem como fundamento uma possibilidade frustrada. Na qual, essa frustração pode ser pela perda da chance de obter vantagem ou evitar o prejuízo. Na seara médica, o erro no atuar médico resulta na perda da oportunidade de evitar um prejuízo, que é o agravamento da doença ou a morte, e que representa o dano final. Essa possibilidade é definida pela

doutrina como um bem jurídico autônomo e independente, motivo pelo qual deve-se indenizar a chance perdida com base na probabilidade de cura da doença.

Objetivou-se nesse trabalho compreender os aspectos civis e constitucionais da perda de uma chance na seara médica, analisando o entendimento apresentado pela doutrina e a aplicação pela jurisprudência brasileira. Apresentado a chance como um dano autônomo e observando os critérios de quantificação dessa teoria na prática, como a probabilidade e o percentual de chance de obter o resultado esperado. Levando em conta uma possibilidade real, concreta e plausível para a existência da indenização.

A metodologia foi trabalhada com base na leitura de obras bibliográficas, na análise de normas do Direito Civil e da Constituição Federal, além da pesquisa de julgados que analise a responsabilidade civil pela perda da oportunidade no campo médico. Procurando demonstrar que tal teoria tem aplicação recente e que limita a indenização a oportunidade perdida.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES GERAIS

As ações humanas surgem em decorrência da manifestação de vontade a estes inerente pela racionalidade, tendo o homem de responder pelas consequências de seus atos em nome da harmonia social, como doutrinou Kant (1964). As condutas humanas constituem o mundo dos fatos sociais, dentro, encontra-se aqueles relevantes a ordem jurídica, os quais são denominados de fatos jurídicos. Fatos estes, regulamentados pelo ordenamento normativo de uma sociedade.

Os atos humanos que constitui os fatos jurídicos encontram-se envoltos por um dever de obediência às normas existentes. Quando as normas ou os direitos são violados, advém ao causador do dano a obrigação de responder pelas consequências de suas ações, entrando em cena a responsabilidade.

A origem da palavra responsabilidade de acordo com Gonçalves (2013) está na raiz latina *spondeo* onde vinculava o devedor nos contratos no direito romano, tendo este de cumprir os deveres pactuados vinculando-o a responsabilidade.

No que diz respeito ao sentido do termo responsabilidade afirma Venosa (2013) que este aduz ao dever de uma pessoa de direito em arcar com as consequências de seus atos, restabelecendo o equilíbrio violado pelos mesmos. Desta forma, a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparação ou compensação de danos causados a direitos alheios.

A responsabilidade civil de acordo com Cavalieri Filho (2014, p.14) encontra-se no plano do dever jurídico secundário, sendo que este surge quando se viola um dever primário constituído pela ordem jurídica ou manifestação de vontade. Neste sentido afirma o autor que:

A essência da responsabilidade está ligada a noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Desta forma tem-se a origem da reponsabilidade em duas vias, no descumprimento de um dever anteriormente pactuada, ou na violação de um dever determinado pelo ordenamento jurídico, na abstenção de não violação de direitos alheios. No primeiro incide a responsabilidade na vertente contratual, na segunda a responsabilidade extracontratual.

Em uma análise sucinta da transformação histórica da responsabilidade civil, é visível que inicialmente esta tinha forma de vingança ou de punição, e não de reparação a vítima do dano, como descreve Farias, Rosenvald e Netto (2015), isso no modelo hebraico e romano (primeira arcaico). A responsabilidade nesta fase atingia o próprio

autor, seu corpo e seus familiares. No período clássico do direito romano a pena pelos danos atingia a esfera patrimonial, contudo sem reparação, sendo que esta começa a ocorrer no período medieval.

Na idade moderna a responsabilidade apresenta-se fundada na conduta culposa, conforme leciona Tartuce (2015, p.320) “a culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as codificações privadas modernas, como o Código Civil Francês, de 1804”. Isso é verificável no Código Civil brasileiro de 1916, onde no artigo 159, encontrava-se positivada a cláusula geral de responsabilidade na modalidade culposa (BRASIL, 2016).

O atual sistema de responsabilidade civil encontra-se envolto em todo ordenamento jurídico, tendo um alargamento da responsabilidade civil, sendo esta verificável na Constituição Federal, nos microsistemas como Código de Defesa do Consumidor, entre outros. Verifica-se também o alargamento no conteúdo da responsabilidade civil, tendo positivada tanto por culpa como no artigo 927 do Código Civil, quanto a objetiva no parágrafo único deste artigo (BRASIL, 2016).

A constitucionalização do Direito Civil é uma das causas da ampliação da disciplinada responsabilidade civil no nosso sistema, desta forma ensina Schreiber (2013) que tal fenômeno deu margem a indenização de danos que outrora sequer eram protegidos. Dentre esta interpretação do Códex a luz da Constituição, temos a dignidade da pessoa humana como vertente que possibilita novas configurações do dano, adentrando a esfera extrapatrimonial.

2.1. A teoria da perda de uma chance

A perda de uma chance é uma teoria jurídica que tem a sua origem na doutrina e na jurisprudência francesa, sendo também aplicada, atualmente, no direito brasileiro. Conforme Tartuce (2015) essa teoria consiste na frustração de uma expectativa ou uma oportunidade futura, que pelo transcurso normal dos eventos resultaria em algo benéfico.

Gonçalves (2015, p. 340) esclarece que a perda de uma chance constitui “interrupção, por determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída”. Na qual, a própria perda da possibilidade é considerada um dano, e desse modo, passível de indenização.

Dessa maneira, na análise dessa teoria é necessário observar os critérios da razoabilidade e da possibilidade, isso porque, o prejuízo decorrente da perda da oportunidade não pode ser hipotético. Contudo, “não se deve, [...] olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99). Desse modo, a indenização limitará a perda da chance, sendo que a indenização é pela perda da possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, e não pelo resultado perdido ou do prejuízo não evitado.

Isso porque, se fosse possível provar que a frustração de uma oportunidade provocou a perda de um resultado certo, a indenização não seria quantificada pela análise da perda da oportunidade, mas pelos lucros cessantes, já que seria possível determinar o que razoavelmente deixou de ganhar em decorrência de uma conduta antijurídica, e desse modo, indenizar o dano final, e não a chance perdida. Da mesma forma, pode-se concluir que se fosse possível determinar que o dano final não existiria, mesmo com a existência da oportunidade, o suposto agressor estaria liberado do ônus de indenizar.

Assim, conclui-se que o benefício que decorre da perda da oportunidade é incerto, já que não se pode afirmar com devida certeza que tal vantagem ocorreria se não houvesse a perda da oportunidade. Contudo, o dano é certo, posto que a possibilidade de obter a vantagem foi frustrada.

O dano é uma lesão a um interesse jurídico tutelado. Contudo, deve analisar se o dano é real, atual e certo. Sendo que na aplicação da teoria da perda da oportunidade, essa análise é feita com base na probabilidade, e não na mera possibilidade. Assim o dano potencial ou

incerto não é indenizável. Nesse sentido, o grau da perda da chance define o valor da indenização (VENOSA, 2013).

Savi (2009) salienta que a perda na oportunidade dar origem a um dano emergente, porque o dano está situado na própria oportunidade perdida. Além disso, destaca a possibilidade de cumular o dano material (dano emergente) com o dano moral. Contudo tal doutrinador não admite a consideração da perda da chance como sendo um dano exclusivamente moral.

Conforme citado autor, há doutrina no Brasil que trata a perda de uma chance como lucros cessantes. Contudo, se considerar a perda de uma chance como lucros cessantes esbarra-se no requisito da certeza do dano, quando da sua quantificação. Esse foi um dos problemas enfrentados pela primeira doutrina italiana sobre a perda da oportunidade. Atualmente, a maioria da doutrina brasileira classifica a perda da chance como sendo um dano patrimonial e extrapatrimonial.

Farias, Rosenvald e Netto (2015) destaca que a chance representa um bem imaterial que pertencia ao indivíduo no momento que houve o dano injusto. Assim, a chance representa o bem jurídico que foi efetivamente perdido, quando da frustração da possibilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

Tais doutrinadores afirmam que a perda da oportunidade pode ser analisada de duas formas: pela perda de uma chance de obtenção de futura vantagem ou pela perda de uma chance de evitar um prejuízo. Sendo que na primeira hipótese, a existência do dano decorre da perda de uma chance de obter um benefício, que em tese, apresentava grandes possibilidades de consegui-lo se não fosse a conduta do agente que causasse a perda oportunidade. Na segunda hipótese, o processo que leva ao resultado danoso já está em andamento, mas a conduta que poderia impedir o resultado dano não é realizada, perdendo, assim, a oportunidade de evitar o prejuízo.

“A primeira utilizando um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas, e a segunda embasada na causalidade parcial que a

conduta do réu representa em relação ao dano final” (PETEFFI DA SILVA apud SAVI, 2009, p. 5). A responsabilidade médica por perda da oportunidade se amolda à segunda hipótese, uma vez que a oportunidade de evitar o dano final foi frustrada.

Sendo que nesse caso, o dano surge justamente porque o processo que levaria ao agravamento da doença ou a morte, não foi interrompido quando poderia ter sido. O médico poderia ter impedido um dano final se atuasse em determinada etapa do tratamento, contudo, perdeu a oportunidade de evitar o agravamento da doença ou a morte, e desse modo, errou no seu atuar como médico.

2.2. A responsabilidade civil na ótica civil-constitucional e a teoria da perda de uma oportunidade

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil é uma das causas do alargamento da disciplina e do conteúdo da responsabilidade civil na atualidade. De acordo com Tepedino (2004) tal fenômeno consiste em uma profunda alteração da ordem jurídica, onde as normas civis passaram a serem vistas a luz dos direitos fundamentais, tendo o ser humano prioridade absoluta. Estabelecendo assim, um liame intrínseco entre o Direito Civil e o Constitucional.

A relação entre o Códex e a Constituição é conceituada como uma releitura do Código civil à luz das normas constitucionais, conforme ensina Schreiber (2013). Todavia, esta releitura como enfatiza o autor, não pode ser restritiva, devendo também aplicar as normas constitucionais nas relações civis, de forma direta ou indireta, sendo de maior importância a obtenção da efetividade dos valores descritos na Norma máxima.

Um dos princípios basilares da república do Brasil, é a dignidade da pessoa humana, positivada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988^[1](BRASIL, 2016). A respeito da dignidade afirma Bodin (2006, p. 234) que “a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em

que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais”.

A incorporação desses valores a responsabilidade civil, dentro a dignidade da pessoa humana, demonstra o processo de transformação de uma legislação civil que outrora era patrimonialista para uma maior preocupação com a sociabilidade. Desta forma ensina Tartuce (2015, p 328) que “a responsabilidade civil deve ser encarada do ponto de vista da personalização do direito privado, ou seja, da valorização da pessoa em detrimento da desvalorização do patrimônio (despatrimonialização)”.

Nestas circunstâncias tem-se a ampliação da tutela da responsabilidade civil, onde os valores humanos exigem uma maior amplitude de proteção, o que ocasionou uma maior adoção de novos critérios de delimitação do dano, assim como sua reparação. Para tanto, o ordenamento jurídico recepcionou novas teorias para proporcionar a operabilidade da responsabilidade na sua vastidão.

Dentro as teorias aplicadas no sistema jurídico brasileiro na atualidade no que diz respeito a seara da responsabilidade, destaca-se, a perda de uma chance. De acordo com Gonçalves (2014) tal teoria é aplicada quando ocorre uma frustração da realização de uma oportunidade que acarreta a impossibilidade de obtenção de algo favorável ou evitar algo desfavorável.

A perda da oportunidade de obter um resultado benéfico ou de evitar um prejuízo, gera um dano vítima, no que diz respeito a frustração de suas expectativas. Observa-se que este dano é em decorrência da perda da oportunidade e não de uma provável vantagem ou prejuízo, devendo a indenização incidir sobre a perda da chance. Conforme descreve Cavalieri Filho (2014, p. 99) “A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem”.

De acordo com Savi (2009) a Constituição Federal de 1988 ao elencar no seu Artigo 3º^[2], os objetivos de ter uma sociedade livre, justa e solidaria, normatizou, também, a reparação integral do dano. Desta forma,

se a reparação do dano compreender estes elementos, como ser justa, e eficiente, a lesão que é ocasionada pela frustração da perda de uma oportunidade não pode ficar sem atenção pela ordem jurídica, sem a devida reparação ou compensação.

A relação entre a dignidade da pessoa humana e a teoria da perda de uma chance é nítida, pois de acordo com Farias, Rosenthal e Netto (2015, p. 11) “o fundamento da dignidade reside na autonomia da vontade, à medida que esta é uma faculdade de autodeterminação que apenas pode ser exteriorizada em seres racionais [...]”. A perda da oportunidade surge justamente da não efetivação da vontade “real”, ou da produção de um resultado contrário à vontade, ocasionando uma lesão.

A perda de uma chance de obter um resultado desejado, seja como uma vantagem ou forma de evitar um prejuízo, impossibilitando a uma pessoa, mais uma opção, ou uma forma provável de tratamento de uma patologia, no caso da atividade médica, fere o valor elementar do ser humano, que é ser tratado como um fim em si mesmo.

Visualiza-se neste contexto que a perda de uma oportunidade dá margem à indenização, pois os danos por ela gerados fere diretamente a dignidade da pessoa humana, onde a perda da possibilidade de obter uma vantagem, ou de evitar um prejuízo, encarreta uma frustração como leciona Venosa (2013), gerando um pela perda da chance.

A análise da responsabilidade civil na ótica civil-constitucional possibilita a visão do dano ocasionado pela perda da oportunidade, pois a dúvida da ocorrência do benéfico é o que diferencia perda de uma chance de perda e danos, sendo que em outros tempos o ordenamento não permitia a reparação, onde se tinha dúvida da realização fática. Não se pode afirmar com certeza sobre a ocorrência do resultado não obtido, mas pode ter certeza do dano gerado pela perda da oportunidade.

3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA OPORTUNIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Na medicina, o tema é retratado como responsabilidade civil por perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, na qual a perda de uma chance de um resultado favorável no tratamento é o elemento que determina a indenização (GONÇALVES, 2015).

Por isso, a doutrina fala em uma presunção de causalidade ou causalidade parcial. Pois, a omissão médica não é a causa da doença ou da morte, mas apenas provoca a perda de uma possibilidade da cura ou do tratamento. Sendo que,

nas situações em que a perda de uma chance se vincula ao erro médico, a incerteza não mais se localiza no dano experimentado, especialmente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza reside na própria contribuição causal do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força do curso normal da doença em si, e não pela falha de tratamento. Por isso, esta espécie de perda de uma chance demandará um esforço doutrinário e jurisprudencial de flexibilização de nexos causal, pela via da admissão de uma presunção de causalidade (FARIAS, ROSENVALD E NETTO, 2015, p. 235-236)

Diante disso, Schreiber (2013) salienta que os tribunais têm utilizado da flexibilização do nexos causal para garantir a reparação dos danos. Conforme o autor, essa prática decorre muito mais de fatores morais, políticos e ideológicos do que técnicos, predominando na aferição da relação de causalidade, as regras comuns de experiência ou suposta normalidade dos fatos, motivo pelo qual provoca uma maior imprevisibilidade no resultado dessas demandas judiciais.

Essa busca de uma maior reparação dos danos, estabelece-se na atualidade uma maior aplicação da perda da oportunidade na seara médica. Isso porque, a dúvida na causa do dano final, faz com que o paciente que

perdeu a oportunidade por erro no atuar médico seja indenizado pela da perda da oportunidade de ser curado.

É o exemplo de uma paciente que falece em decorrência de um câncer de mama, e o médico responsável pelo tratamento não realiza exame ou tratamento no momento oportuno para impedir o agravamento da doença, e conseqüentemente impedir o resultado morte. Desse modo, percebe-se que erro no atuar médico causou a perda da oportunidade de que fosse evitada o agravamento da doença.

Assim, não é possível afirmar com toda a certeza que se o médico tivesse atuado no momento adequado, impediria o agravamento da doença. Contudo, como se tem dúvida quanto a contribuição do médico no dano final, aplica-se a indenização pela perda da oportunidade de conseguir a cura da doença.

Contudo, como foi salientado por Venosa (2013), a mera possibilidade não pode ser indenizável. Deve-se observar a luz do caso concreto, a real possibilidade de conseguir um resultado proveitoso, a partir do critério da razoabilidade.

Para Gonçalves (2014) não pode confundir o erro médico com o erro no atuar médico, sendo que no primeiro caso, existe uma conduta com ausência de boa medicina, e no segundo, ocorre uma má atuação do médico, uma vez que diz respeito a conduta comissiva ou omissiva que causa a perda da chance de não agravamento da doença ou a eliminação do sofrimento desnecessário do paciente. Salienta, ainda que a perda de uma chance, é um bem autônomo, contudo a indenização não pode ser semelhante a um erro médico que causou diretamente a morte ou o agravamento da doença.

Essa diferença é importante, porque na quantificação do dano a indenização por perda da oportunidade é inferior a indenização aferida no dano final por lucros cessantes ou danos emergentes. Assim, para a quantificação do dano em decorrência da perda da oportunidade, Savi (2009) utiliza como base o percentual de êxito da chance perdida multiplicada pelo benefício esperado (dano final), salientando que as possibilidades inferiores a 50% não podem ser indenizáveis.

Se por exemplo, determinado médico perdesse a oportunidade de cura de uma doença por erro em sua atuação em um caso que a maioria dos médicos apresentasse 70% de acerto na atuação. Na qual, o dano final, em tese, tem um valor equivalente a R\$ 100.000,000. A quantificação teria como base 70% do valor final, isto é, 100.000 multiplicado por 0,7, que equivaleria a valor de R\$ 70.000,000.

Contudo, como foi salientado, a teoria da perda chance utiliza da probabilidade, e por isso decorre da incerteza da obtenção benefício frustrado. Porém, "as chances somente se tornam ressarcíveis quando o processo que conduza a elas já se tenha deflagrado. Caso contrário, ficamos no campo dos danos hipotéticos" (FARIAS, ROSENVALD E NETTO, 2015, p. 232) e esperanças aleatórias não são indenizáveis.

A teoria da perda de uma chance somente pode ser utilizada na responsabilidade médica se a chance preexiste, sem que se possa ter certeza do resultado favorável, no caso, a cura, nem do resultado desfavorável, que seria a morte, decorrentes da errônea intervenção médica. [...] Suponha-se que um doente tem a possibilidade de sarar sob a condição de que o médico o trate corretamente e que reste provado que o erro médico fez com que o paciente perdesse aquela probabilidade. Neste caso, o erro médico é considerado causal. Contudo, tal erro não causa a doença, mas tão somente faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. (BOCCHIOLA apud SAVI, p. 24).

Dessa forma, se fosse possível provar que a conduta do médico cirurgião foi a causa da morte da paciente, aplicaria a indenização não pela perda da oportunidade, mas pela reparação integral danos materiais e morais em decorrência do resultado final, e dessa forma não seria necessário a análise da perda da oportunidade.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA PERDA DE UMA OPORTUNIDADE SOB A PERSPECTIVA DO STJ

A jurisprudência brasileira, dentro o STJ, tem-se utilizado da teoria da perda de uma chance na aplicação de indenizações referentes a fatos que geram danos pela perda de uma oportunidade. Nestas circunstâncias verifica-se a incidência da teoria clássica da perda de uma chance, que tem por essência a dúvida quanto a consumação do resultado. Todavia, o STJ tem aplicado também a perda de uma chance quanto a dúvida no nexo causal entre a conduta que promove a frustração e o resultado danoso, isso na seara da responsabilidade civil médica.

O Recurso Especial nº 1.254.141 de 2012, consagrou a aplicação da responsabilidade pela perda de uma chance na esfera médica, no que diz respeito a incerteza do nexo de causalidade. Desta forma tal julgado é paradigmático, firmando a aplicação da teoria da perda de uma chance na atividade médica, e estabelecendo o informativo 513 (STJ), sendo oportuno examiná-lo neste trabalho.

Esse Recurso Especial teve origem no Estado do Paraná, onde o erro no atuar médico inviabilizou a possibilidade cura de uma paciente com câncer de mama. Nesse caso, o juiz de primeiro grau julgou procedente a ação de indenização pelo dano causado por erro médico, no valor de R\$ 120.000,00. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou provimento ao recurso de apelação interposto pela parte ré e, assim, confirmou a sentença do juiz de primeiro com base na perda da oportunidade da vítima. O STJ ao manifestar nesse caso reduziu 20% do valor da indenização, pois tal montante deve corresponder com percentual de possibilidade de obter um resultado favorável, e não com a reparação integral pelo dano final.

O STJ pronunciou com maestria nesse julgado, pois a Ministra Relatora Nancy Andrigui apresentou os principais argumentos utilizados pela doutrina ao aplicar a perda da oportunidade. Assim, é possível identificar nesse caso, valoração da chance como um bem autônomo e independente do dano final.

Além disso, confirmou que é possível indenizar pelo erro no atuar médico, mesmo não havendo certeza quanto ao nexos de causal do médico na participação do dano final. Sendo que, o médico responde pela perda da oportunidade mesmo não sendo possível saber ao certo se oportunidade de cura não fosse frustrada a paciente teria sobrevivido, uma vez que a doença já existia antes da atuação médica. Contudo, salienta que esta oportunidade deve ser real e concreta. Além disso, a perda da possibilidade deve resultar direta e imediatamente da conduta médica.

Assim, a partir desse julgado, o STJ tem aplicado a perda de uma chance na responsabilidade civil dos médicos. Desse modo, é possível encontrar vários acórdãos que responsabilizam os médicos por erro de atuação, já que, essa conduta causa diretamente a perda da oportunidade de cura da vítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da teoria da perda de uma oportunidade no direito brasileiro está sendo possível em decorrência do alargamento da responsabilidade civil, tendo por uma de suas causas a análise do direito civil frente aos preceitos constitucionais. A visão civil-constitucional proporciona novas configurações do dano, dentre estas temos a lesão ocasionada em decorrência da frustração pela perda de uma chance.

Na atividade médica a aplicação da teoria da perda de uma chance dá-se pela frustração de não evitar a consumação de prejuízo, o que ocasiona um dano certo quanto a perda da oportunidade. Verifica-se que não se aplica perdas e danos em decorrência da dúvida que é o elemento essencial da teoria em estudo, pois esta incide sobre o nexos causal.

O alargamento da reponsabilidade civil proporciona a aplicação de novas teorias no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, faz-se necessário uma delimitação de aplicabilidade de tais teorias, como a da perda de uma chance, pois o nosso sistema exige coerência na aplicação do direito, é visível que tal teoria ainda não encontra definida quanto a sua natureza a aplicabilidade, cabendo a doutrina e a jurisprudência assim fazer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em: . Acesso em: 01 de novembro de 2016.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 de novembro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 01 de novembro de 2016.

BODIN, Maria Celina de Moraes. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade Programa de pós-graduação em direito da PUC Rio, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, Vol.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Método, 2015, Vol. 2.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil.** In: Temas de Direito Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, Vol.4.

NOTAS:

[1] "Art. 1º. A república federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel de Estados e municípios e o Distrito Federal constitui-se em um estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] Inciso III: A dignidade da pessoa humana".

[2] "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária".

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A APLICAÇÃO DAS NORMAS ELEITORAIS

PAULO GUILHERME AMORIM TELES:

Bacharel em Direito. Aluno-Residente da Escola Superior da Defensoria Pública do Amazonas.

Resumo: O Direito, atualmente, não encontra na doutrina as mesmas ideologias sobre sua aplicação que outrora foram aceitas. Hoje, seguindo os avanços do neoconstitucionalismo, com a superação do positivismo e o destaque à interpretação como forma de criação do Direito, percebe-se que a aplicação das normas deve dar-se por meio de procedimento democrático, guiado por princípios hermenêuticos específicos. No Direito Eleitoral não poderia ser diferente. As normas eleitorais, constitucionais por essência, devem ser interpretadas sob o escopo dos princípios interpretativos constitucionais, observando-se a segurança jurídica quando de sua aplicação. O presente artigo resgatará o histórico avanço dos métodos de interpretação e aplicação do Direito, sob a ótica do (neo)constitucionalismo, para que então proceda à conclusão acerca da criação de uma interpretação constitucional eleitoral.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Normas eleitorais. Processo constitucional democrático.

Abstract: The law currently does not find in doctrine the same ideologies on its application that were once accepted. Today, following the progress of neoconstitutionalism with the overcoming of positivism and the emphasis on interpretation as a way of creating the law, it is clear that the application of the standards should be given through democratic procedure, guided by specific hermeneutic principles. The Electoral Law could not be different. Electoral rules, constitutional by essence, must be interpreted within the scope of constitutional interpretive principles, observing the legal certainty upon its application. This article redeem historic breakthrough methods of interpretation and application of law, from the perspective of (neo)constitutionalism, to then proceed to the conclusion on the creation of an electoral constitutional interpretation.

Keywords: Constitutional interpretation. Electoral norms. Democratic constitutional procedure.

1. PREFÁCIO

O homem, ao ceder parte de sua liberdade em prol da existência do Estado, firmando um verdadeiro contrato social, aspirou ver-se protegido por essa figura jurídica superior, a qual aplicaria a justiça por meio da coerção aos que conturbassem a ordem e a paz.

O Estado, então, no intuito de corresponder aos anseios dos indivíduos incluídos em um grupo social, passou a resguardar a segurança e a estabilidade sociais, utilizando-se, para tanto, da legislação em sentido amplo.

As leis, nesse panorama, confundiam-se como instrumentos de correção dos atos imorais e antiéticos, assegurando aos integrantes de uma comunidade organizada a possibilidade de terem seus conflitos resolvidos pelo Poder Judiciário.

Entretanto, as leis, como normas jurídicas, não são devem ser tomadas por sinônimos de normas de ética ou de moral: estas são cambiantes e alteráveis, residindo no imaginário social e se originando de costumes, cultura e demais fatores sociológicos; aquelas são perenes e se originam de procedimentos específicos previamente estabelecidos pelo poder constituinte originário.

Por outro lado, também é certo que a lei possui uma estreita relação com a moral e a ética, uma vez que encontra sua origem nas normas de conduta vigentes em determinada nação. Tentar segregar a lei da moral e da ética, no intuito de alcançar-se uma norma pura e indene de valores abstratos como liberdade e justiça, ensejaria a criação dos mais variados atentados aos direitos básicos do homem, a exemplo do que ocorreu com o fascismo e o nazismo durante a Segunda Grande Guerra Mundial.

Nesse desiderato, a doutrina constitucional vem se mostrando cada vez mais preocupada com a inserção de normas com alta carga valorativa em um documento solene, rígido e superior. É o que se pode chamar de proteção constitucional das normas éticas e morais de conduta, ou, acompanhando o estado de arte do assunto, de princípios constitucionais.

No que diz respeito ao Direito Eleitoral, é correto afirmar que, como qualquer dos ramos do direito, encontra-se guiado por determinados valores de base ética e moral. De tal forma, estes valores, ou melhor, princípios possuem extrema importância tanto para a criação de regras eleitorais quanto para a solução dos casos difíceis (*hard cases*) que são levados ao Judiciário Eleitoral.

Para que se tenha uma maior compreensão sobre o tema, é necessário que sejam delineadas as diferenças entre princípios e regras. Após, deve-se analisar o papel da interpretação como forma de aplicação do Direito ao caso concreto, sob o prisma dos princípios hermenêuticos constitucionais. Por fim, munido com informações suficientes, analisar-se-á a interpretação como chave para a solução de conflitos entre princípios eleitorais.

2. O AVANÇO DO DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO: UM RESUMO HISTÓRICO-TEÓRICO

Inicialmente, antes de adentrar-se no cerne do presente estudo, faz-se mister discorrer, resumidamente, sobre as nuances que envolvem o avanço do Direito, sob o prisma do constitucionalismo, a fim de revelar a sua influência no desenvolvimento de uma interpretação e aplicação constitucional das normas.

Para alcançar o estado científico atual, o Direito ultrapassou diversos marcos teóricos através dos tempos. Partindo da sua confusão com a Moral e a Ética, passando pela busca de um conceito indene de subjetivismos e chegando na sua reaproximação da Filosofia, o Direito sofreu diversas transformações ideológicas até alcançar o estado de arte contemporâneo.

Relevando-se apenas os registros mais importantes para o assunto aqui tratado, e com base no desenvolvimento de um novo constitucionalismo, tem-se o Direito sob a visão jusnaturalista. Para esta corrente, os direitos seriam decorrentes da própria natureza das coisas, inerentes ao homem pela simples razão de sê-lo.

Conforme Barroso (2015), o jusnaturalismo, desenvolvido no séc. XVI, era inspirado por princípios de justiça universalmente válidos, servindo como impulsionador para as revoluções liberais. Tais princípios tinham por base ideais éticos e morais, aproximando a lei da razão e dos costumes arraigados na sociedade.

Porém, o grau de abstração das normas jusnaturalistas era tamanho que, com o advento do iluminismo e conseqüente afastamento de tudo o que não possuía embasamento científico (derrocada da mitologia), acabaram por ser superadas.

Mais adiante, com a marginalização do jusnaturalismo, deu-se a ascensão do positivismo no final do século XIX. Com o positivismo jurídico, o Direito equiparou-se à lei, distanciando-se da filosofia e das preocupações com conceitos como justiça e legitimidade (BARROSO, 2015).

Inclusive, no âmbito do constitucionalismo — “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” conforme leciona Canotilho(2008 *apud* LENZA, 2009, p. 4) —, o positivismo exerceu grande influência na conceituação de Constituição como norma positiva suprema (LENZA, 2009).

Contudo, o positivismo encontrou seu fim nas atrocidades ocorridas durante a Segunda Grande Guerra Mundial. Sob a égide da legalidade, cometeram-se diversos atentados à dignidade física e moral dos seres humanos, a exemplo do ocorrido na vigência dos regimes nazista, na Alemanha, e fascista, na Itália.

Com isso, notou-se que o Direito não se resumia apenas à lei; entendê-lo dessa forma, separando-o dos princípios universais de justiça, mostrou-se inadequado e até mesmo perigoso. Foi então que adveio a

corrente teórica denominada pós-positivismo e a reaproximação entre Direito e Filosofia.

É importante frisar que a superação do positivismo ocorreu de maneira concomitante ao surgimento de um novo constitucionalismo, conforme menciona Barroso (2015). Como consequência, a Constituição passou a ser considerada não mais apenas a norma positiva suprema, mas igualmente o centro de todo o ordenamento jurídico moderno, servindo de filtro para a aplicação das demais normas.

Ressalve-se que a doutrina estrangeira, embora reconheça os avanços trazidos pelo neoconstitucionalismo aos paradigmas do positivismo, não ratifica a existência de um pós-positivismo, porquanto não se encontrariam os ideais positivistas superados, mas somente incrementados (BERNARDES e FERREIRA, 2016).

De qualquer modo, como decorrência dos avanços acima apontados, é de se afirmar que o Direito atualmente se pauta por um novo norte: a Constituição. A filtragem constitucional das normas deu ensejo ao desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional, com princípios próprios que se agregam aos tradicionais.

Para melhor se compreender a sistemática da interpretação constitucional, é necessário que se definam as diferenças entre princípios e regras, tanto intrinsecamente (o que são), quanto extrinsecamente (como se aplicam).

3. PRINCÍPIOS, REGRAS E SUAS DIFERENCIAÇÕES

Amudança do Direito, sob o prisma de um novo constitucionalismo, oportunizou a origem de uma forma de interpretar e aplicar normas até então inédita. Mas não é só; o neoconstitucionalismo também trouxe à tona a necessidade de se reinventar o próprio sistema normativo.

Antes da superação do positivismo, entendia-se que o Direito se cingia às leis. Estas se consubstanciavam em regras que previam fatos, com certa abstratividade e generalidade, no escopo de abarcarem o máximo de

situações possíveis, uma vez que seriam, dentro do ideal positivista, suficientes para a solução de qualquer conflito social.

Entretanto, com a derrocada do positivismo e a reaproximação entre Direito e Filosofia, a ideia de onipotência das leis não mais condizia com os anseios sociais. É que as normas, ainda que almejassem solucionar todas as mazelas da sociedade, por se apresentarem como puro dever-ser, não eram suficientes para uma justa solução de todos os conflitos.

Necessária era a reaplicação de postulados morais e éticos básicos na composição dos litígios, principalmente quando as regras deixavam lacunas a serem preenchidas pelo aplicador do Direito. E foi então que os princípios ganharam destaque.

Consagrando valores abstratos, tais como liberdade, igualdade e fraternidade, os princípios possuíam alta carga axiológica, aplicando-se como forma de solução de omissões legislativas, ou seja, como ferramentas de integração do Direito e, igualmente, como norte para a interpretação das normas.

Com avanço do constitucionalismo e de sua incessante busca pela limitação do poder, por meio de um documento formal dotado de normatividade (a Constituição), entendeu-se ser de suma importância a elevação dos princípios mais basilares ao nível de princípios constitucionais.

A partir desse panorama, verifica-se uma escalada dos princípios de meros instrumentos subjacentes à aplicação das leis (de integração, fontes ou mesmo norteadores do Direito, desmuniçados de normatividade) a verdadeiras normas.

Na tradicional acepção do contrato social, os cidadãos abriam mão de uma parcela de suas liberdades em prol da segurança social. Assim, embora o poder lhes pertencesse, era preciso um limite em sua manifestação, a fim de que o interesse supostamente coletivo não fulminasse direitos individuais básicos fundados em valores morais e éticos.

Então, para que se impusessem os limites perquiridos, as Constituições, as quais passaram a enunciar um rol de princípios carregados de valores voltados à proteção dos indivíduos contra o excesso estatal, teriam de conter força normativa e aplicabilidade imediata.

O texto constitucional, nesse compasso, adquire "(...) o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição." (LENZA, 2009, p. 10), não se podendo enxergar o Direito apartado das noções de justiça e de valores ético-morais.

Os princípios, então, ganharam força bastante para serem aplicados a casos concretos, tornando-se espécies, ao lado das regras, do gênero norma jurídica. As normas outrora tidas como meramente morais e éticas, as quais influíam nas decisões judiciais mas não as vinculavam, nesse momento passaram a ter aplicabilidade imediata.

Contudo, pelo seu alto grau de abstratividade e sua imensa carga axiológica, o princípio não poderia ser aplicado pelos métodos comuns de interpretação, ainda mais quando surgiam situações de tensão entre dois ou mais princípios de igual importância.

É dizer, os métodos hermenêuticos tradicionais (gramático, histórico, sistemático e teleológico) não ofereciam subsídios suficientes para que se concretizassem os princípios, e menos ainda as ferramentas clássicas de solução de conflitos de normas (critérios temporal, hierárquico e de especialidade) tinham funcionalidade quando valores constitucionais se chocavam.

Por esta razão, era necessária a criação de um novo método de aplicação de normas, não mais focado na subsunção de fatos aos tipos normativos, tomando por pressuposto uma nova definição dos conceitos de princípios e normas.

Assim, tem-se que os princípios atualmente são considerados normas jurídicas com aplicabilidade imediata. Não restam dúvidas acerca dessa força normativa, sobrando à doutrina delinear o modo de sua aplicação.

As regras são espécies de normas jurídicas as quais estipulam consequências a determinados atos praticados no mundo dos fatos. São dotadas, desse modo, de certo grau de generalidade e coercitividade. Aplicam-se pela subsunção, ou seja, pelo enquadramento do fato à norma. Em caso de colisão de regras, ou a norma é válida e plenamente aplicável aos fatos que prevê, ou é inválida e deve ser extirpada do ordenamento jurídico, ao estilo do “tudo ou nada” (BERNARDES e FERREIRA, 2016).

Os princípios, também integrantes do gênero norma jurídica, consistem em valores positivados em determinado documento solene dotado de normatividade e, por mais das vezes, de superioridade hierárquica. O grau de abstração destes é maior que o das regras, e não há previsão de uma consequência para sua violação.

A aplicação dos princípios e a solução das tensões entre dois ou mais deles são o que se extrai de mais importante neste estudo para a compreensão da nova interpretação constitucional. Isto porque, em razão das suas peculiaridades e diferenças em relação às regras, não se mostra adequado que sejam aplicados à maneira do “tudo ou nada”.

Devido à sua alta carga axiológica, os princípios possuem uma “dimensão de peso” e devem ser aplicados de modo que se garanta a sua máxima efetividade. Quando colidem, é necessário que se faça um juízo de ponderação concreta ou mesmo abstrata, para que todos sejam aplicados no grau máximo que os fatos permitam. Frise-se que a utilização de um princípio em determinado caso de tensão não invalida o outro que foi afastado, inexistindo falar em extirpação de princípios pelos critérios hierárquico e temporal de solução de conflitos normativos.

Dessa forma, nota-se que a aplicação dos princípios é subjetiva, porquanto se delega ao aplicador e intérprete da norma um alto poder de escolha, com base na situação apresentada, a fim de que se utilize de tal forma que nenhum seja afastado.

A interpretação, nesse quesito, é que norteará a correta utilização dos princípios e servirá como base para o controle das decisões judiciais. É dizer, embora caiba ao aplicador do direito a escolha, com base nos fatos,

do princípio que prevalecerá, é seu dever fazê-la dentro de certos parâmetros interpretativos que ofereçam estabilidade e segurança na solução de conflitos.

4. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

As normas principiológicas, em virtude de sua peculiaridade, passam por um processo de aplicação diferenciado. A interpretação, nesses casos, exerce papel primordial para uma decisão justa e fundamentada.

É patente que o ato de interpretar também é de extrema importância na aplicação das regras. Não existe aplicação do direito a casos concretos sem uma dose de interpretação. Nesse sentido, inclusive, a velha máxima *in claris non fit interpretatio* parece incongruente com a doutrina jurídica contemporânea (BERNARDES e FERREIRA, 2016).

Porém, tendo em vista que os princípios consagram valores subjetivos e de elevada abstratividade (liberdade, segurança, saúde, etc), a interpretação se torna ferramenta essencial à concretização destes, sob a luz dos fatos concretos ou hipotéticos.

Assim, considerando ainda que os métodos de interpretação tradicionais não se adequavam às normas principiológicas, solidificou-se na doutrina constitucional uma nova classificação de princípios hermenêuticos norteadores da aplicação das normas. São os denominados princípios da interpretação constitucional.

Para Barroso (2016, p. 8), esta "(...) circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos."

São princípios interpretativos tipicamente constitucionais: o princípio da unidade da constituição; o princípio da máxima eficácia; o princípio da concordância prática; o princípio da justeza; o princípio do efeito integrador; o princípio da interpretação conforme a constituição (BERNARDES e FERREIRA, 2016).

A Constituição, sob a ótica do princípio da unidade, é um documento indene de antinomias e incongruências. Todas as normas constitucionais, sejam regras ou princípios, existem harmonicamente em nome de um todo. Como consequência, atualmente é impossível falar-se em normas constitucionais inconstitucionais.

O princípio da máxima efetividade, por seu turno, informa que as normas constitucionais principiológicas devem ser aplicadas de forma que se garanta a otimização de sua eficácia, levando em consideração que possuem uma dimensão de peso e podem ser aplicadas em variáveis graus.

Como consequência dos princípios da unidade da constituição e da máxima efetividade, na ocorrência de tensão entre normas constitucionais principiológicas, deverá o aplicador se utilizar da ponderação a fim de aplicar ambas no máximo que as circunstâncias fáticas permitam, eliminando o conflito aparente sem afastar nenhum dos princípios.

Os princípios da justeza e do efeito integrador possuem o escopo de proteger o ordenamento jurídico estatal, estatuidando que o intérprete deve tanto abster-se de subverter as instituições constitucionais quanto promover a integração e a unidade política do Estado.

Pedra de toque da hermenêutica constitucional é o princípio da interpretação conforme a constituição. Tal postulado se aplica na existência de normas infraconstitucionais polissêmicas, ou seja, que possuam mais de uma interpretação possível, impondo que deve ser adotado o sentido que mais se aproxime das normas constitucionais.

Konrad Hesse, inspirador da criação dos postulados até então conceituados, afirma não ser o princípio em questão "(...) ligado à interpretação da constituição em si, mas dos atos normativos infraconstitucionais" (BERNARDES e FERREIRA, 2016, p. 255).

Porém, discordando-se dessa opinião, tem-se que a interpretação conforme diz respeito, em muito, à proteção do texto constitucional. Isso porque não se pode enxergar a interpretação de normas infraconstitucionais sem uma interpretação conjunta dos primados

constitucionais. Para aplicar-se uma norma infraconstitucional, é importante que se interprete e se aplique em conjunto uma norma constitucional.

A título de ilustração, utilizando-se do Direito Eleitoral, pode-se usar a colisão hipotética entre os princípios da lisura nas eleições, como desdobramento do princípio da cidadania, e da liberdade de expressão.

A solução desse caso envolve não apenas estes princípios, mas outros como devido processo legal, direito de resposta, proteção à imagem e outros. Faz-se uma análise profunda de todos os princípios inerentes à colisão, interpretando-se tanto normas infraconstitucionais quanto constitucionais, no intuito de saber o que e em que medida prevalecerá: a idoneidade do procedimento eleitoral ou a liberdade de manifestação das informações.

Desse modo, nota-se que a aplicação do direito se confunde com a própria aplicação das normas constitucionais. A técnica de interpretação guiada pelos princípios até então apresentados, acompanhada dos tradicionais métodos gramático, histórico, sistemático e teleológico, mostra-se como a mais indicada para a solução dos conflitos normativos hodiernos.

Resta, portanto, delinear o modo como deve realizar-se a interpretação, começando com a definição do que seria o ato de interpretar para, depois, traçar algumas considerações sobre sua limitação sob o escopo constitucional.

5. LIMITES À INTERPRETAÇÃO COMO MÉTODO DE CRIAÇÃO DO DIREITO

Como visto, a interpretação exerce uma enorme importância na aplicação das normas jurídicas, com maior destaque quando se tratam de princípios. Por isto, urge tecer considerações acerca do papel da interpretação no cenário jurídico atual.

Tradicionalmente, a interpretação da norma se construía sobre dois fundamentos: a norma, por meio de sua previsão dos fatos, era a fonte de solução dos problemas jurídicos; o intérprete apenas se encarregava de

revelar a vontade da norma, trazendo à tona a solução nela contida (BARROSO, 2015).

Com base no que já fora discorrido, é perceptível que essa corrente interpretativa foi fortemente influenciada por ideais positivistas. O direito resumido à lei, sem oportunidade de subjetivismos ou moldagem às nuances fáticas, transformava o juiz em mera “boca da lei”, consolidando-se o brocardo *dura lex, sed lex*.

No entanto, ultrapassado o paradigma teórico clássico, com a construção e solidificação do neoconstitucionalismo, deixou-se de considerar a lei como norma onipotente. Não poderia ela prever todos os acontecimentos futuros, porquanto estes são incertos e criativos; nem poderia o juiz, intérprete da lei, agir sem uma dose de inventividade, a depender dos fatos levados a sua apreciação.

De tal modo, a norma não mais era aplicada de maneira pura aos casos, já que não poderia um texto escrito acompanhar a liquidez das mudanças sociais. O intérprete, por sua vez, era agora coparticipante do processo de criação do Direito (BARROSO, 2015). Mas então, como se daria o processo de interpretação sob este prisma?

Aos intérpretes cabe aplicar as normas com certa dose de liberdade, não havendo confundir essa discricção com arbitrariedade. É que, embora os aplicadores do Direito tenham uma margem criativa, não podem usá-la para subverter o sistema jurídico-constitucional, muito menos criar normas que sublimem

Caso o Poder Judiciário, no exercício de sua atividade, passe a interpretar arbitrariamente as normas, tanto ferirá o princípio da separação de funções do poder, por criar normas em confronto com o texto da lei, quanto da segurança jurídica, uma vez que as decisões se tornariam voláteis.

De acordo com Gadamer (1991 *apud* OLIVEIRA, 2016, p. 46), “Toda interpretação, é preciso aprender com a Hermenêutica Filosófica, assim

como toda a atividade humana, dá-se num contexto histórico, sob o pano de fundo de tradições.”

Portanto, para que proceda à interpretação da norma, o aplicador deve estar atento ao contexto em que se encontra inserto, tanto social, pelas movimentações das massas pensantes, quanto jurídico, pelos julgamentos que o precederam.

O intérprete, nesse compasso, encontra-se vinculado ao passado, não podendo renegá-lo no ato de decisão. Por outro lado, não se pode dizer que o aplicador do direito adotará sempre o entendimento dos intérpretes pretéritos. Ter-se-ia, neste caso, o engessamento do direito.

É interessante utilizar as lições de Dworkin (2000 *apud* OLIVEIRA, 2016, p. 70), no intuito de ilustrar a aplicação do direito ligada ao passado, mencionado a sua versão da metáfora do “romance em cadeia” de Chueiri, assim apresentada:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está escrevendo um capítulo a esse romance, não começando outro e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. (...)

Assim, deve o aplicador do direito estar atento ao que fora produzido anteriormente, com o duplo trabalho de conhecer o desenvolvimento jurisprudencial até o momento da decisão e de interpretá-

lo a fim de amoldá-lo ao caso concreto. Sem observar essas especificidades, o intérprete arrisca transformar a jurisprudência em um romance sem coesão.

Adiante, é cediço que se desvincular do passado requer cautela. Modelar as normas, por meio da interpretação, a cada novo caso apresentado em juízo, ao alvedrio de qualquer limitação, criaria um cenário permeado pela insegurança jurídica.

Para que o intérprete inove, então, com a aplicação da norma, deve declinar os motivos que o levaram a dar novo rumo ao entendimento até então em voga. É necessária, portanto, que a decisão seja devidamente fundamentada.

A fundamentação servirá de controle da viabilidade das escolhas adotadas pelo intérprete, dando oportunidade à comunidade para que participe e entenda as razões que influíram na mudança do norte interpretativo.

6. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A APLICAÇÃO DAS NORMAS ELEITORAIS

Toda a exposição até aqui feita servirá de base para a análise de uma interpretação constitucional em matéria eleitoral, considerando esse ramo do Direito como um desdobramento direto da Constituição.

O poder, em uma república democrática, é um bem jurídico/político pertencente ao povo. Contudo, por questões de ordem prática (quantidade de cidadãos em determinada nação, extensão de território e outros), não se mostra conveniente a sua manifestação pelos próprios integrantes do Estado. É necessária, portanto, a efetivação de uma democracia representativa.

A escolha dos representantes do povo, os quais exercerão as funções do poder, é matéria de extrema importância relacionada à própria organização do Estado, uma vez que é o ato em que o povo manifesta sua vontade, em um exercício claro de democracia. Desse modo, é

imprescindível sua regulação por meio de normas, no intuito de se evitar que esse processo de escolha sofra com maculações que subvertam a vontade popular.

Assim, é inegável que, por se tratarem de assuntos afetos à organização política de um território, as supracitadas normas eleitorais possuem caráter materialmente constitucional, devendo ser positivadas no bojo da própria Constituição como matérias de ordem pública.

Por essa razão, todo o paradigma acima sobre aplicação de regras e princípios por meio de uma interpretação constitucional é plenamente aplicável ao Direito Eleitoral, apenas merecendo retoques para melhor adequação às peculiaridades deste ramo.

O cenário normativo eleitoral hodierno encontra previsão na Constituição, não havendo maior margem para as normas infraconstitucionais (PEREIRA, 2010), isto é, o legislador ordinário encontra-se vinculado às normas constitucionais.

Portanto, deve sempre o aplicador de normas eleitorais guiar-se pelo que informa a Constituição. É de se ver que tal premissa em muito se assemelha com o que preleciona o princípio hermenêutico da interpretação conforme.

Não se pode enxergar, nos tempos atuais, um ordenamento jurídico desvencilhado de uma Constituição como norma suprema, ao redor da qual gravita o restante das espécies normativas que lhe têm como fundamento de existência.

Nesse passo, nota-se que o papel do intérprete eleitoral não é apenas o de informar a vontade da norma, mas de dá-la um sentido prático com base nas circunstâncias que lhe são apresentadas.

A título de exemplo, toma-se a colisão entre a liberdade de expressão e o direito de resposta em matéria eleitoral. Chocam-se, na questão, dois princípios de índole constitucional. Não há como, pois, resolver o conflito por meio dos métodos básicos de interpretação, frente à abstratividade dos valores colidentes.

O aplicador das normas eleitorais deve guiar-se pelos preceitos interpretativos constitucionais historicamente construídos, utilizando-se da ponderação para que, com base nos fatos concretos, chegue a uma decisão inventiva, é dizer, criadora do Direito.

Em outra mão, como já discorrido, necessita-se que as decisões judiciais sigam uma linha histórico-teórica lógica, ou seja, devem ter coesão com as que foram exaradas no passado, buscando escrever um romance com certa dose de coesão.

Na seara eleitoral, tal questão toma contornos específicos. É porque a Justiça Eleitoral tem seus membros renovados de maneira periódica, o que, a uma primeira vista, dificultaria a criação de uma jurisprudência consistente.

No entanto, não se pode utilizar a temporariedade de exercício da magistratura como égide para decisões cambiantes e sem elo com o passado. Os juízes eleitorais, como intérpretes e aplicadores do Direito, devem ter consciência de que fazem parte de um projeto maior que suas decisões individuais.

É certo afirmar que os aplicadores das normas eleitorais expressam, de maneira marcante, a metáfora do "romance em cadeia". Isto pois necessitam (mais do que em relação a outros ramos do Direito) ter um conhecimento acerca da história das decisões até então tomadas, para interpretá-las e escrever seu próprio capítulo do romance.

Desta sorte, a interpretação constitucional é de grande importância para a construção de uma Justiça Eleitoral estável, no que tange às suas decisões, estabelecendo-se como dever dos intérpretes eleitorais observarem o passado, quando da concretização normativa, formando uma linha coesa de decisões jurisprudenciais.

Ressalte-se, por fim, que não se fala em estagnação das decisões judiciais. O instrumento fundamental, no entanto, para que uma decisão destoe do restante dos capítulos da construção jurisprudencial pátria, é a fundamentação, a qual deverá demonstrar a lógica por detrás do decisório.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do Direito encontra força, atualmente, na interpretação constitucional. O Direito Eleitoral, especificamente, sendo matéria essencialmente constitucional, deve se guiar pelos princípios hermenêuticos próprios decorrentes do novo constitucionalismo.

A temporariedade que identifica o exercício do cargo de magistratura eleitoral não pode servir como égide para a criação de jurisprudência desorientada e divergente. A hermenêutica constitucional, guiada pelos princípios interpretativos até aqui delineados, mostra-se como a chave para a solução dessa problemática.

Dessa forma, o Direito Eleitoral atual se encontra norteado pela Constituição, e a aplicação das normas de matéria eleitoral, criadoras de direito, não pode ocorrer de maneira arbitrária, sob pena de descredibilização da instituição judiciária eleitoral.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: . Acesso em: 25 Out. 2016.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional (TOMO I – Teoria da constituição)**. Coleção Sinopses para Concursos. Vol. 16. 6. ed. rev. e atual. Bahia: Juspodivm, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito Eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

A APLICABILIDADE DA MAIORIDADE PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SERIA A SOLUÇÃO?

FABIANA MENDES CALDEIRA BRANDÃO:
Graduanda do Curso de Direito da Uninorte
Laureate International Universities - UNINORTE.

Msc. LUIZ ANDRÉ MARTINS PEREIRA^[1]

RESUMO: A maioridade penal é o tema mais discutido nos últimos anos e tem como justificativa o aumento da incidência da criminalidade cometido por menores de idade onde muitos os consideram com discernimento suficiente para saber que seus atos são ilícitos bem como a impunidade desses mesmos atos que geram mais violência. Utilizou-se como ponto de partida a conceituação, a fundamentação legal acerca da maioridade penal. Usou-se como tópicos para melhor entendimento: conceito, abordagem com a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente bem como o entendimento dos Tribunais Superiores. As medidas sócio-educativas aplicadas aos menores infratores tem por objetivo responsabilizá-los por seus atos anti-sociais. Mas a realidade é outra e o que a Lei fala, não se aplica e essa situação cria um conflito social em que divide a população entre a favor e contra e redução da maioridade penal. Outro fator de preocupação é que o Estado não tem capacidade tampouco estrutura para acolher tantos jovens infratores bem como as condições socioeducativas que o Estado proporciona são precárias.

PALAVRAS-CHAVE: (IN)Constitucionalidade. Maioridade Penal. Polêmica. Possibilidade de Aplicabilidade. Redução.

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal Colonial Brasileiro de 1830 visou punir com muito rigor quem quer que praticasse delitos no ordenamento jurídico brasileiro, mas não foi observada a possibilidade de se punir os menores de idade.

Com as diversas mudanças e ajustes nas leis, chegou-se a criação da Constituição de 1988, onde considerou-se um critério de segurança o marco de 18 anos completos para definir a imputabilidade penal dos

jovens, atribuindo a esse agente a falta de discernimento e de capacidade para que os menores de 18 anos completos pudessem serem considerados maduros o suficiente para responderem por seus atos. Tal fator foi relacionado a condições de capacidade psíquica, afirmando-se que esses menores de dezoito anos não têm conhecimento da ilicitude de seu ato para que seja determinado o seu entendimento.

Assim sendo, de acordo com o texto legal ficam evidentes que os menores de 18 anos, são considerados inimputáveis estando sujeitos às normas da legislação especial, que estão estabelecidas ECA.

Conforme a Constituição Federal de 1988 reza em seu artigo 228 (Brasil, 1988):

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Todavia, ainda que pudesse ser admitida a modificação da norma do artigo 228 da Constituição Federal 1988, e ainda sim, diminuísse a idade mínima de responsabilização penal de 18 anos para 16 anos de idade, não haveria como afirmar se iria acontecer a diminuição ou não das infrações penais praticadas.

É utópico, debater-se acerca da possibilidade da redução da maioria penal, sem fazer comentários sobre o a legislação específica. O estatuto que disciplina as condutas das crianças e dos adolescentes no Brasil foi criada em 1990 através da Lei nº 8.063, com o intuito de substituir a legislação anterior chamada de Código de Menores. O jovem que vier a cometer um ato de infração, não deixará de ser punido por não ser inimputável, sendo responsabilizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, substituindo as penas por medidas socioeducativas podendo ter até a sua liberdade privada como é estabelecida pelo artigo 122 do citado estatuto.

A redução da maioria penal, para que os jovens com menos de 18 (dezoito anos) sejam julgados como adultos e com discernimento de seus atos é um assunto que muito polemico no país, onde se tem uma aprovação em massa pela própria sociedade, cansada de se esconder

dentro de casa com medo desses infratores e devido as punições atuais serem muito brandas e muitas vezes nem existirem. E devido a falta de locais para o cumprimento das medidas sócio-educativas propostas pelo ECA bem como o Estado não ter um controle adequado da quantidade desses infratores, essas sanções caem por terra.

Com data vênua, nota-se que o assunto que trata a imputabilidade penal tem amparo constitucional, o que, a priori, só poderia sofrer alterações em seu texto mediante uma PEC (Projeto de Emenda Constitucional), conforme prediz a Constituição Federal.

Sendo polemico o assunto em questão tendo em vista ferir artigo constitucional considerado clausula pétrea de direitos e garantias individuais e por outro lado achar que possa ser a solução para a sociedade com esperança acerca da diminuição de violência cometida por menores, conforme Projeto de Emenda Constitucional 33/2012, o art. 129 inciso I acrescentou funções ao Ministério Público para que este tenha capacidade de promover ação penal pública bem como o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito anos e maiores de dezesseis. Ao artigo 228 da Constituição Federal teria que ser acrescentado um parágrafo único que trata sobre uma lei complementar que visa estabelecer os assuntos de competência do Ministério Público, podendo este propor em seus procedimentos uma averiguação acerca dos atos infracionais cometidos por jovens entre 16 e 18 anos, sendo conhecidos como "incidente de desconsideração da sua inimputabilidade", conforme estabelece os casos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, assim dizendo: "[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;". (CRFB/1988). Verifica-se que existe uma reincidência absurda na pratica de crimes por esses menores, estando dentre esses crimes a lesão corporal grave e o roubo qualificado, apurado pelos órgãos especializados em causas relativas à infância e adolescência. A justificativa para a mudança no texto constitucional seria a de que o agente que pratica tais atos infracionais tem completo discernimento e compreensão de suas condutas

criminosas, não deixando de analisar também que muitos deles crescem em ambientes sem a mínima estrutura familiar, social, cultural ou econômica, tendo exemplos dentro de casa que o crime é a única saída para sobreviverem.

2 OS DEBATES ACERCA DA REDUCAO DA MAIORIDADE PENAL PARA O CÓDIGO PENAL, PARA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PARA O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 A maioria Penal no Código Penal e na Constituição

O Código Penal brasileiro data de 1940, o que para muitos juristas resta configurado que está ultrapassado e não condiz com a realidade brasileira atual, mantem estabelecido que a pessoa que não tenha 18 (dezoito) anos completos, não há que se falar em responsabilidade penal ou punição estatal. Essa limitação decorre do disposto no art. 27 que reza: "os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial".

Ficando assim, especificado no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 104, caput, que "são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei".

Dessa forma, o doutrinador Mirabete (2005, p. 272) discorre que:

Trata-se de um caso de presunção absoluta de inimputabilidade, e, embora não se possa negar que um jovem de menor idade tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos, não se admite a prova de que era ele, ao tempo da ação ou da omissão, capaz de entendimento e determinação.

Acerca da imputabilidade, discorre Capez (2005, p.306):

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa

capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável não é apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.

Entretanto, após atingir os dezoito anos estará sujeito às normas do Código Penal, salvo as exceções trazidas no art. 26 do mesmo diploma penal.

O Jurista Dalmo Dallari citado por Oliveira (2008, p. 45) faz parte do time de pessoas, diga-se de passagem, da minoria que é contra a redução da maioria penal devido à ideia de que os menores de 18 anos não têm discernimento psicológico para entender a ilicitude de seus atos, ressaltando o artigo 228 da Constituição Federal, considerando a redução um dispositivo que versa sobre cláusula pétrea, impetrando assim um mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal, conforme se noticia O Estado de São Paulo:

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) entrará com mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal (STF) para tentar bloquear a tramitação no Congresso da Proposta de Emenda Constitucional que reduz a maioria penal de 18 para 16 anos, aprovada nesta quinta-feira pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado. O instrumento será utilizado com base no entendimento de que a medida é inconstitucional, sob o argumento de que a maioria penal é uma cláusula pétrea da Constituição. A ação tem o apoio da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude e será redigida pelo jurista Dalmo Dallari. "Segundo a Constituição, não pode ser objeto de deliberação emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. E não responder

criminalmente é direito individual do menor." Para o jurista, a solução para a criminalidade é conhecida: Acesso dos jovens à educação e trabalho.

Sendo assim, o artigo 228 da Constituição Federal deve ser respaldado pela proteção de imutabilidade por se tratar de cláusula pétrea, sendo insuscetível de alteração por emenda constitucional.

Dispõe a Carta Magna em seu artigo 60, parágrafo 4º item IV, alguns itens do ordenamento jurídico brasileiro que são consideradas imutáveis por Emenda Constitucional, estando dentre eles as que referem aos direitos e garantias individuais.

Art. 60 - A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4 - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

V - Os direitos e garantias individuais.

A doutrina e a jurisprudência discorrem que há diversos artigos na Constituição Brasileira que são cláusulas pétreas, ou seja, cláusulas que não podem ser mudadas nem que haja uma nova Constituição em vigor no país. Abaixo, alguns outros exemplos de cláusula pétrea, além do artigo 5º (direitos e garantias fundamentais):

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:

2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Comenta o artigo citado Márcia MilhomensSirotheau Corrêa (2001, p.144):

Prevê, assim, a Constituição, uma espécie de janela, pela qual outros direitos fundamentais que não integram o título II, dispersos pelo texto e até mesmo fora dele, podem, por intermédio de um esforço hermenêutico, beneficiar-se do tratamento conferido aos demais direitos expressamente reconhecidos e enumerados. Trata-se da chamada cláusula aberta ou princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, ou se preferirem, de norma como **fattispecie aberta**.

Vale ressaltar que mesmo que o menor seja emancipado, ainda não responde por crimes praticados antes da sua maioridade, não permitindo exceção à regra, ainda que civilmente capaz com a emancipação.

2.2 O ECA E A MAIORIDADE PENAL

De acordo com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, é considerado adolescente a pessoa de até doze anos incompletos e adolescente entre doze e dezoito anos, frise-se que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais, conforme discorre os artigos abaixo da referida lei:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Vejamos mais:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente representa uma garantia que está ancorada na proteção integral de todas as crianças e adolescentes, com absoluta prioridade. A partir dele, passam a ser tratados como sujeitos de direito e não mais objetos, opondo-se aos antigos Códigos de Menores, de 1927 e 1979, assentados na chamada situação irregular^[2].

Abrindo um leque com a corresponsabilidade de todos para com a infância e a juventude brasileira, num tríplex sistema de garantias: políticas públicas, vistas por prioritárias, medidas de proteção e medidas sancionatórias, denominadas socioeducativas, inclusive, com privação da liberdade (semiliberdade e internação, a mais gravosa delas).

2.2.1 O ato infracional e as medidas socioeducativas

Como se sabe, o menor não comete crime e sim ato infracional, não deixando é claro de ser punido por seus atos muito embora acreditem que o menor sai impune de suas ações. No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos), deve ser aplicada as medidas de proteção, sendo o Conselho Tutelar o órgão responsável pelo atendimento dessas denúncias. Já os atos cometidos por adolescentes são apurados Delegacia Especializada da Criança e do Adolescente.

O ECA trata do ato infracional, e o conceitua em seu artigo 103 conforme discorre:

“Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Segundo o Estatuto em seu artigo 103 o ato infracional é a conduta da criança e do adolescente que pode ser descrita como crime ou contravenção penal. Se o infrator for pessoa com mais de 18 anos, o termo adotado é crime, delito ou contravenção penal.

O Estatuto prevê, em seu art. 104, que o menor de 18 anos (dezoito) anos é inimputável porém capaz, inclusive a criança, de cometer ato infracional, passíveis então de aplicação de medidas sócio-educativas quais sejam: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços a comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional e, por fim, qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI, conforme o art. 105 do ECA[3].

Para Ivanéa Maria Pastorelli (2001, p.135):

“Medida sócio-educativa é uma medida jurídica aplicada aos adolescentes autores de ato infracional. Tendo o objetivo não só de punir o infrator, mas também de reintegrá-lo a sociedade”.

É fácil notar que colocar um menor infrator junto dos adultos em cadeias não fará com que o mesmo seja ressocializado e tampouco reeducado, e reduzir a maioria no Brasil não vai diminuir a criminalidade e fazer com que os menores tenham mais contato com criminosos podendo destacar também que muitas vezes ocorre dentro de casa uma desestrutura familiar como é muito comum o uso de drogas, álcool, desemprego, não tendo dentro da própria casa uma estrutura psicossocial, tendo também nosso sistema prisional totalmente desfavorável a qualquer tipo de recuperação muitas vezes também ocorre o despreparo de funcionários para com os jovens infratores seguindo muitas vezes um caminho contrário do que ela foi criada.

3 A POSSIBILIDADE DA APLICABILIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: SOLUÇÃO OU ILUSÃO?

3.1 A Responsabilidade do Menor Infrator

Os crimes cometidos por jovens menores de 18 anos estão crescendo cada vez mais no país e devido a sua brutalidade e muitos deles ganham repercussão nacional, os acusados são postos em locais até completarem a maioridade e posteriormente postos em liberdade novamente.

Sobre o tema, esclarece Rocha (2013):

Alguns dos crimes cometidos por esses adolescentes ganham ênfase nos meios de comunicação em massa, casos como do menino João Hélio de seis anos, arrastado durante um assalto brutalmente em sua cadeirinha por mais de 7 km na Rua Oswaldo Cruz – Zona Norte do Rio de Janeiro em 2007, o caso ganhou repercussão nacional e os acusados encontrados. Porém Ezequiel Toledo de Lima - acusado na época era menor de idade tão logo “posto em liberdade”.

Outro exemplo é o caso Eliza Samudio, julgado pelo Tribunal do Júri de Minas Gerais, onde Jorge Luiz Rosa, primo do então goleiro Bruno, foi liberado da medida socioeducativa que cumpria por participar de atos infracionais análogos a homicídio triplamente qualificado e sequestro em cárcere privado. O mesmo posto em liberdade em setembro de 2012, pois em agosto de 2010 o adolescente tinha completado 17 anos de idade.

Tanto a Constituição Brasileira quanto o ECA se valem do direito conservador da Lei em não “poder” aplicar sanções mais severas aos jovens devido as cláusulas pétreas dispostas na Carta Magna. O que se aplica a esses jovens infratores são prestações de serviços comunitários onde muitos não são cumpridos por falta de fiscalização do próprio Estado devido a alta demanda.

Muito se tem debatido sobre o tema e as opiniões são unânimes em dizer que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto são ineficazes e não combatem as ilicitudes cometidas por esses menores. Mas

a grande dúvida gerada pela polêmica da redução da maioria é: essa redução seria a solução ou é uma ilusão?

Alguns opositores da redução da maioria afirmam que a punição pura e simples adotando-se as penas sem a distinção da idade dos infratores ocasionará um aumento da violência proporcionado por um sistema socioeconômico historicamente desigual. Desde o nascimento com vida, todos os indivíduos já garantem constitucionalmente, direitos e deveres garantidos pelo Estado e pelos Direitos Humanos. Ainda de acordo com esses mesmos opositores, a redução pode ocasionar um retrocesso no processo civilizatório de desenvolvimento intelectual. O que se tenta majorar e afirmar é que os atos infracionais cometidos pelos jovens não representam uma proporção maior do que os atos ilícitos cometidos pelos adultos que capaz de justificar a redução.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A Carta Magna menciona no seu artigo 228, que os menores de dezoito anos, os quais são considerados inimputáveis ficam expostos as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme o artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal: "A constituição poderá ser emendada mediante proposta: ... Conforme prediz a própria CF, CURIA, CESPEDES e NICOLETTI (2013, p.32) ainda afirmam que "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - Os direitos e garantias individuais."

Sabemos que a idade mínima do imputável é dezoito anos conforme texto legal e que para que haja a responsabilização penal seria necessária a alteração no texto Constitucional através de Emenda, a priori, é necessária à aplicação do poder constituinte derivado reformador, que é o poder de alterar a Carta Magna através de Emenda Constitucional que vise alteração da idade da imputabilidade penal.

Alguns doutrinadores e jurisprudências compreendem que o princípio do artigo 228 da Constituição Federal, é uma cláusula pétrea, ou seja, estará protegida pelo caráter de imutabilidade, assim, não pode ser alterada por

meio de Emenda Constitucional exercida através do poder constituinte derivado reformador, tal alteração só poderia ser feita através do poder constituinte originário, tendo este legitimidade para a alteração da idade mínima da imputabilidade penal.

Podemos destacar que na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que as cláusulas pétreas, não são apenas as que se encontram no rol do artigo 5º, da Constituição Federal, há outras previstas no texto constitucional como preleciona o próprio artigo 5º, § 2º:

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:

2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Comenta o artigo citado Márcia Milhomens Sirotheau Corrêa (2001, p.143):

Prevê, assim, a Constituição, uma espécie de janela, pela qual outros direitos fundamentais que não integram o título II, dispersos pelo texto e até mesmo fora dele, podem, por intermédio de um esforço hermenêutico, beneficiar-se do tratamento conferido aos demais direitos expressamente reconhecidos e enumerados. Trata-se da chamada cláusula aberta ou princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, ou se preferirem, de norma como **fattispecie aberta**".

O Supremo Tribunal Federal reconhece em julgado que existem cláusulas pétreas fora do rol do artigo 5º da Constituição Federal, o qual podemos citar como exemplo, o artigo 150, III, alínea "b" da Ação Direita de Inconstitucionalidade 939-7 do Distrito Federal.

A comprovação da impossibilidade jurídica da redução da maioria penal, basta a análise do artigo 228 da Constituição da República como cláusula pétrea, insuscetível de alteração.

É entendimento do doutrinador Luiz Alberto David Araújo (2001, p.32) que:

A interpretação sistemática leva a inclusão da regra do artigo 228 nos direitos e garantias individuais, como forma de proteção. E, como há capítulo próprio da criança e do adolescente, nada mais correto do que a regra estar inserida no seu capítulo específico, embora se constitua em extensão das regras contidas no artigo quinto, objeto da imutabilidade. Não temos dúvida, portanto, que a regra do artigo 228 é extensão do artigo quinto. Entendemos que os direitos e garantias individuais fora do artigo quinto são petrificados porque são extensões interpretativas das matérias lá garantidas.

Pelo simples fato de estar fora do título que é destinado aos direitos e garantias individuais, não remove do artigo 228, a essência como um direito fundamental, de uma cláusula pétrea, ou seja, esta norma constitucional não poderá ser alterada, pelo menos enquanto viger nossa ordem constitucional instituída em 1988.

Há várias discussões com relação a violência praticada por estes adolescentes. É notável, através da mídia, conversas informais, e em redes sociais, mensagens de indignação a respeito dos atos infracionais que são cometidos por esses jovens.

Hoje em dia, as pessoas se reúnem para organizar “movimentos”, petições, e denúncias através dos meios de comunicação atual, para que a maioria penal seja reduzida para 16 anos.

A título de exemplo, a redução da maioria penal seria uma forma de intimidar os bandidos de utilizarem os adolescentes no cometimento de seus crimes.

A repercussão da mídia pressionou de tal forma, que o senado se viu a tomar uma posição, onde de um lado estariam os que defendem a redução da maioria penal e do outro os que defendem o aumento da internação dos infratores.

Por outro lado, ainda que fosse admitida a mudança da norma do artigo 228 da Carta Magna de 1988, diminuindo a idade mínima de responsabilização penal de dezoito anos para dezesseis anos de idade não teríamos como saber se de fato haveria a diminuição das infrações penais ou não praticadas por menores de idade.

Mesmo podendo reduzir para quinze anos, dezesseis anos ou qualquer outra idade, o crime iria continuar.

O que se afirma é que a redução da maioria não irá reduzir a criminalidade cometida por esses menores infratores, que tal medida só irá dificultar a reinserção dos jovens na sociedade, onde também, quem irá se prejudicar com essas medidas seriam os jovens em condições sociais vulneráveis. Estudos psicológicos e biopsicológicos afirmam que as crianças e adolescentes estão em um patamar de desenvolvimento psicológico diferente dos adultos, que a medida mais eficiente seria educar e não punir.

Conforme a análise do doutrinador Miguel Reale Junior (2003, p. 114):

No Brasil temos o mau hábito de imaginar que se muda a realidade mudando-se a lei. A lei não muda a realidade. A realidade é que precisa ser mudada para se adaptar a lei que ai existe.

Ou seja, o governo precisa investir na educação para que não haja a evasão escolar e as famílias tenham condições e estrutura para criar essas crianças com bons exemplos e a dignidade que a própria Constituição Brasileira prevê que todos têm esse direito, mas que no fundo, é utilizado por uma minoria que tem acesso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redução da maioria penal não propõe que jovens e adultos permaneçam no mesmo ambiente e sim que esses menores em conflito com a lei possam ter uma reeducação e uma ressocialização através de medidas socioeducativas e que possam reconhecer seus erros e não cometer mais atos que infrinjam a lei.

Todavia, durante o cumprimento das medidas ocorre avaliação psicossocial e vemos um alto índice de desestrutura familiar, muitas vezes se envolvem com o tráfico pra poder ajudar no sustento familiar, embora não seja o correto, mas se houvesse estrutura por parte do Estado em educação, saúde, moradia que são os direitos fundamentais talvez não estivesse aumentando.

Das várias leituras feitas para a realização do presente trabalho, foram constatadas reiterações acerca dos direitos dos adolescentes para a não redução da maioria penal, assim como o sistema brasileiro que temos hoje: precário, não ressocialização dos reclusos, não execução das medidas socioeducativas, etc. O Ministério Público não pode interferir no direito do adolescente a fim de responsabilizá-lo como adulto, não tendo estrutura suficiente para receber os adultos e muito menos menores em formação psicológicas.

A sociedade em geral é responsável pelo que se vê no País, são direitos desrespeitados, injustiças cometidas, falta de solidariedade, falta de carinho, falta de amor. Esses são itens essenciais para que seja diminuída a violência e a criminalidade. A paz não vem do medo, mas vem da justiça, do respeito, da responsabilidade que temos conosco e com o bem-estar em comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBITO JURÍDICO. **Artigo Jurídico**. Disponível em: . Acesso em 31 Jul 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A impossibilidade de alteração do artigo 288 da Constituição Federal: a busca dos ideais constituintes e**

de seus valores democráticos. In BRASIL, Ministério da Justiça. A razão da Idade: Mitos e verdade.2001, p.32.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil. 5 de outubro de 1988. **VadeMecum de Direito.** 2015.

BRSIL DE FATO. **Artigo Jurídico.** Disponível em: . Acesso em 30 Jul 2016.

CAPEZ, Fernando,**Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 2005, p.306.

CORRÊA, Márcia MilhomensSirotheau. **Caráter Fundamental da Inimputabilidade na Constituição.**2001, p.144

CURIA, Luiz Roberto; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana.**VadeMecumSaraiva,** 2013, p.32.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Comentado.**2005, p. 272.

OLIVEIRA, Maristela Cristina de; SÁ, Marlon Marques de. Monografia. 2008, p. 45.

PASTORELLI, Ivanéa Maria. **Manual de Imprensa e de Mídia do Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2001, p.135

REALE, Miguel.**Nova Fase Do Direito Moderno.** 2003, p. 114.

ROCHA, Sidnei Bonfim da. A redução da maioridade penal. In: **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: . Acesso em 01 ago. 2016

NOTAS:

[1] Professor orientador

[2] Disponível em: . Acesso em 30 Jul 2016.

[3] Disponível em: . Acesso em 31 Jul 2016.

ASPECTOS DA EXECUÇÃO FISCAL: PETIÇÃO INICIAL, CITAÇÃO, DEFESA DO EXECUTADO, REEXAME NECESSÁRIO, PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E EXTINÇÃO DO PROCESSO.

VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR:

Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: Diante da dificuldade fiscal pela qual atravessa o país, com déficit orçamentário alarmante, medidas que aprimorem a arrecadação devem ser incentivadas. A execução fiscal é o meio pelo qual a Fazenda poderá buscar do inadimplente o pagamento de seu crédito, fundado num título executivo. Esta, a Certidão de Dívida Ativa, é constituída pelo próprio Fisco Exequente, nos casos previstos em lei, mediante procedimento administrativo, garantida a ampla defesa. A defesa do executado dar-se após a citação, sendo delimitadas as matérias que podem ser alegadas. De procedimento especial, o exequente deve ser diligente para evitar a ocorrência da prescrição intercorrente. Adimplido o débito ou atingido o lapso prescricional, a execução fiscal será extinta.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Exceção de Pré-executividade. Prescrição Intercorrente. Lei 6.830/80.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1) Execução Fiscal. Conceito de crédito público e especificidades do procedimento. 2) Princípios da tutela executiva e aplicação subsidiária do NOVO CPC/2015. 3) Título Executivo Extrajudicial: CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. Créditos passíveis de inscrição, procedimento administrativo e controle de legalidade. 4) Defesa do executado: embargos à execução e necessidade de garantia do juízo. Procedimento específico da LEF. 5) Sentença e reexame necessário. Julgamento de procedência, no todo ou em parte, dos embargos a execução fiscal. Interpretação extensiva que abrange também a decisão que julgar procedente a exceção de pré-executividade. 6) Suspensão e Prescrição Intercorrente. Diferenças em relação a prescrição estabelecida no Código Civil de 2002. Art. 40 da Lei 6.830/80. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O aprimoramento da arrecadação de recursos públicos é uma busca constante, pois dos recursos públicos advém a verba necessária para garantir o bom funcionamento dos serviços e a melhoria da qualidade de vida da população.

Quando não há o adimplemento voluntário do crédito público, é necessário garantir meios eficazes para a procuradoria do Ente buscar estes valores.

Nesse sentido temos a Ação de Execução Fiscal, disciplinada principalmente pela Lei nº 6.830/80, com aplicação subsidiária do CPC/15, estabelecendo disciplina própria no rito da ação executiva, tendo em vista facilitar a arrecadação do crédito público inadimplido.

Sendo uma ação de execução, irresistivelmente, é necessário que esteja lastreada por um título executivo que, neste caso, é a Certidão de Dívida Ativa, documento constituído pelo Ente Exequente, nos créditos estabelecidos em lei, mediante procedimento administrativo de constituição. O instrumento da CDA trás valor líquido e certo apto a dar início a execução, tendo a presunção de legitimidade dos dados ali descritos, pelo procedimento submetido ao contraditório que antecede sua constituição.

No tocante a citação do executado, feita pelo despacho do juiz que receber a petição inicial, esta também implica ordem para penhora ou arresto, seus registros e a avaliação dos bens penhorados ou arrestados, conforme legisla o art. 7º da LEF.

Lado outro, falando das hipóteses de defesa do executado, temos que ela poderá ser realizada por meio de embargos a execução, nos termos do art. 16 da LEF, desde que esteja garantido o juízo e respeitado o prazo de 30 dias, podendo ser alegada toda matéria de defesa que a parte passiva entender cabível.

Como utilizamos o sistema da legalidade estrita para a atuação da administração pública, a ação executiva não foge a regra, e tem regramento próprio e específico para a questão em debate. Dentre elas, destaco o art. 40, §§ 2º e 4º da LEF que estabelece a prescrição intercorrente que incidirá na ação de execução fiscal, nos casos especificados pela sua legislação de regência.

De importância latente, a execução fiscal é um importante meio de arrecadação de recursos públicos, que auxiliam no implemento de políticas públicas que melhoram a qualidade de vida das pessoas, por isso a importância em aperfeiçoar e estudar este instituto.

1) Execução Fiscal. Conceito de crédito público e especificidades do procedimento.

Com o implemento do Estado Social de direito, as prestações positivas a serem prestadas pelo Estado passaram a exigir orçamentos cada vez mais especializados e maiores, investindo na priorização de investimentos e no contribuição a ser efetuada por todos que convivem em sociedade.

A execução fiscal está lastreada na Lei 6.830/80, aplicando-se subsidiariamente as disposições do CPC/15. Em que pese estar disciplinado por Lei, as partes é facultado a realização de negócios jurídicos processuais, nos termos do art. 190 do CPC/15^[1].

Quando se pensa em execução fiscal, muitas das vezes, achas que se restringe a créditos derivados de tributos. Porém, este pensamento labora em equívoco, pois o conceito de fiscal aí abrangem os créditos que podem ser cobrados pelo Ente na via administrativa, independentemente da via judicial. Como exemplo, multas eleitorais, criminais e créditos oriundos do FGTS são cobrados mediante execução fiscal, lastreada por CDA própria.

Explicando o tema com brilhantismo, Leonardo Cunha^[2] nos ensina que: *"A dívida ativa, tributária ou não tributária, compreende, além do principal, a atualização monetária, os juros, a multa de mora e os demais encargos previstos em lei ou contrato. Entre os encargos previstos em lei,*

estão os honorários dos advogados públicos, devidos em razão da propositura da execução fiscal”.

Seguindo a regra, a execução fiscal tem início com uma petição inicial, com todos os requisitos estabelecidos no art. 6º [3] da LEF, uma especificidade em relação ao procedimento exigido no CPC. Trata-se de uma adequação a realidade do processo executório fiscal, que é regido por lei específica, sendo a petição inicial uma simples peça, acompanhada sempre pela CDA, que é o título de crédito a legitimar a execução.

O sujeito passivo é citado, mas não para contestar, e sim para pagar a dívida. Ainda, conforme o art. 7º, o despacho do juiz que aceita a inicial vale como ordem para penhora, se a dívida não for paga nem garantida, seu registro e a avaliação dos bens, para verificar se condizem com o que se pleiteia arrecadar no executivo fiscal.

2) Princípios da tutela executiva e aplicação subsidiária do NOVO CPC/2015.

A execução em geral submete-se ao rito estabelecido no CPC/15 para o procedimento executivo (art. 771 *usque* art. 925) e para o cumprimento de sentença (art. 528 *usque* art. 538).

Tendo a execução fiscal um rito próprio, somente será aplicado o CPC/15 quando for observada lacunas, eventos não disciplinados na Lei 6.830/80, que estabelece o procedimento diferenciado de cobrança dos créditos públicos. Analisando o tema, restou consignado no C. STJ: *“II - Constatada uma **relação de complementaridade** entre ambos, e não de especialidade excludente, **autorizada está a aplicação das normas do Código de Processo Civil naquilo que não conflitem com a Lei n. 6.830/80, em caráter subsidiário.**”* (STJ – AgRg no REsp 1453745/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA).

Seguindo aquilo preceituado no direito moderno, a lei 6.830/80 estabelece alguns princípios norteadores de sua interpretação e aplicação, disponibilizando as diretrizes a serem seguidas no processo de início, desenvolvimento e conclusão da busca pelo crédito.

De início, o professor Fredie Didier^[4], debruçando-se no tema referente ao princípio da efetividade no âmbito da execução fiscal, entende que: *“garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste na **exigência de um sistema completo de tutela executiva**, no qual existam **meios executivos capazes** de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva.”*

Ainda na busca por dar efetividade ao processo executivo, destacamos o princípio da cooperação ou colaboração, que consiste no mútuo auxílio entre as partes para que seja alcançado a satisfação do bem da vida reconhecido por título executivo, ainda que extrajudicial, como a Certidão de Dívida Ativa. Neste sentido, Marinoni^[5] nos ensina que:

*“A ligação entre o modelo cooperativo e o princípio da cooperação é inequívoca. Os deveres inerentes à colaboração no processo respondem aos pressupostos que sustentam o modelo cooperativo. Os modelos de esclarecimento e de consulta respondem principalmente aos pressupostos lógicos e éticos do modelo cooperativo de processo, na medida em que decorrem do caráter problemático-argumentativo do Direito e da necessidade de proteção contra a surpresa. **Os deveres de prevenção e de auxílio descendem diretamente do pressuposto social do modelo, haja vista evidenciarem o fato de o sistema processual civil ser sistema orientado para tutela dos direitos**, tendo o juiz o dever de realizá-los a partir da relativização do binômio direito e processo e do **compartilhamento da responsabilidade pela atividade processual**”.*

Ressalto, por fim, o princípio da responsabilidade patrimonial, que possui íntima relação com o princípio da autonomia patrimonial^[6]. Evoluindo na ideia de adimplemento das obrigações, temos hoje o patrimônio do devedor respondendo pela dívida, superando o entendimento primitivo de que o devedor pagaria com seu próprio corpo, sua integridade física, pela dívida efetuada. O professor Alexandre Câmara^[7] define a responsabilidade patrimonial como a *“sujeitabilidade de bens à execução, de modo que os bens sobre os quais tal responsabilidade*

*incide **ficam sujeitos a suportar atos executivos**, podendo vir a ser usados para a satisfação do crédito exequendo”.*

Nesta breve exposição de princípios circundantes da execução fiscal não se pretendeu esgotá-los, mas, tão somente, apresentar um novo viés interpretativo advindo do Novo CPC/15, com o objetivo de possibilitar eficácia a recuperação do crédito público através de um mecanismo eficiente, cooperativo e da responsabilidade patrimonial.

3) Título Executivo Extrajudicial: CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. Créditos passíveis de inscrição, procedimento administrativo e controle de legalidade.

Por tratar-se de procedimento diferenciado de constituição e cobrança do débito, a inscrição em Dívida Ativa se restringe aqueles débitos que podem ser cobrados administrativamente, nos termos definidos em lei. É um instituto intimamente afeito ao direito processual, que terá como consequência a celeridade na arrecadação e a constituição do título executivo extrajudicial de maneira mais célere. A dívida ativa pode ter natureza tributária ou não, nos termos do § 2º do art. 2 da Lei 6.830/80: “§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a **tributária e a não tributária**, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.”

Tradicionalmente, o art. 2º, § 3º da LEF define a inscrição como **“ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição[8]**, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.”.

Em termos de suspensão da prescrição, por ser norma geral que disciplina crédito tributário, somente por lei complementar pode ser instituída, devendo ser feita a leitura do instituto fazendo a distinção entre tributários e não tributários, conforme defende Leonardo Cunha[9]: *“Tal dispositivo aplica-se apenas às execuções fiscais não tributárias, não se aplicando às tributárias, pois nestas a prescrição regula-se por lei complementar. A prescrição, no tocante às dívidas tributárias, está*

disciplinada no art. 174 do CTN, sendo certo que a interrupção da prescrição opera-se com o despacho que ordena a citação, retroagindo para a data da sua propositura”.

Em reforço, atente-se que são passíveis de inscrição em dívida ativa tanto débitos tributários, tais quais o inadimplemento ou adimplemento incompleto de tributos; como débitos não tributários, como multas administrativas aplicadas no exercício do Poder de Polícia, tendo em vista sua autoexecutoriedade.

A dívida ativa regularmente inscrita presume-se líquida e certa, podendo ser ilidida por prova em contrário, em reforço ao controle de legalidade a ser promovido no ato de sua inscrição, na forma do § 3º, art. 2 e art. 3º^[10], ambos da LEF

Os créditos passíveis de inscrição em dívida ativa restaram bem delineados no § 2º do art. 39, da Lei 4.320/64^[11], passando por uma interpretação sistemática da doutrina e jurisprudência, conforme sintetiza bem Leandro Paulsen^[12]:

*“Assim, nem todo o crédito da Fazenda Pública pode ser inscrito em dívida ativa. **Apenas aquele decorrente do poder de império, exercido na modalidade de poder de polícia ou de outra atividade legalmente conferida à autoridade de direito público, enquanto atividade típica e própria da entidade de direito público, ainda que outros créditos possam ser considerados no conceito amplo de receita pública.** Destarte a origem do crédito, se não decorrente do poder de império, deverá ser ato ou contrato administrativo típico, sendo que outros créditos regem-se pelas normas comuns de responsabilidade civil disciplinada pelo direito privado. Estão excluídos do conceito, por exemplo, os créditos decorrentes de dano ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público ou os créditos cedidos por outros entes que hajam sido originários de atos ou contratos privados.”*

Dessa forma, a certidão de dívida ativa, que vale como título executivo extrajudicial fundante da execução fiscal, em que pese produzido diretamente pela Fazenda Pública credora, submete-se a regras próprias estabelecidas em lei, para garantir a licitude, impessoalidade e eficiência deste regime diferenciado de cobrança.

4) Defesa do executado: embargos à execução e necessidade de garantia do juízo. Procedimento específico da LEF.

Por ser uma ação executiva, nos termos do art. 4º da LEF, tem legitimidade passiva para ingressar na execução fiscal não só o devedor, mas também o seu espólio, fiador, a massa falida, o responsável e sucessores a qualquer título.

O executado será citado no intuito de, em 5 dias, pagar a dívida, no valor constante da CDA, ou garantir a execução, nas formas estabelecidas pelo art. 9º^[13] da LEF. O procedimento é direcionado para garantir o máximo de efetividade na recuperação do crédito público inadimplido, sendo este o viés hermenêutico a ser dado.

Estando a Petição inicial de acordo com o exigido, em condições de dar prosseguimento à citação do executado, sua defesa será feita através de embargos a execução, desde que haja a garantia do juízo, vez que esta é uma especificidade do § 1º do art. 16^[14] da Lei 6.830/80, que prevalece sobre a regra do art. 914^[15] do CPC/15.

Corroborando esta posição, colaciono o entendimento de Daniel Amorim^[16], quanto a necessidade de garantir o juízo para embargar a execução fiscal:

*“Registre-se que na execução fiscal o Superior Tribunal de Justiça **continua a exigir a garantia do juízo como condição de admissibilidade dos embargos à execução**, nos termos do art. 16, § 1.º, da Lei 6.830/1980. A garantia plena do juízo abrange o valor de honorários advocatícios, tanto no caso de constarem da CDA, como no caso de terem sido fixados pelo juiz, ainda que a penhora parcial já seja o suficiente para a admissão dos embargos à*

execução. A exigência de garantia não é afastada pelo fato de ser o executado-embargante beneficiário da assistência judiciária.”

Por último, trago ao conhecimento outra que pode ser considerada uma modalidade de defesa, a exceção de pré-executividade, criação do jurista Pontes de Miranda, desenvolvida para a defesa de questões de ordem pública da qual não haja necessidade de produzir provas, por já ser comprovada a matéria pelos elementos constantes dos autos, não exigindo, neste caso, a garantia do juízo.

Como o principal objetivo da exceção de pré-executividade seria a defesa do executado independente de garantido o juízo, já chegou a ser defendido que não haveria mais utilidade para esta objeção, defesa atípica por excelência, tese combatida pelo professor Daniel Amorim^[17], que apresenta hipóteses de uteis a serem consideradas:

“Não se pode, entretanto, descartar a utilização dessa defesa atípica na tentativa de o executado evitar a realização da penhora, tentando convencer o juiz de que a execução não reúne as condições formais mínimas para prosseguir seu andamento. Nesse caso, inclusive, o executado fatalmente pedirá a concessão do efeito suspensivo à sua objeção, procurando demonstrar a relevância de sua fundamentação e o fundado perigo de dano que representaria a realização da constrição judicial. No processo de execução, após a citação, o executado tem três dias de prazo para pagar, enquanto no cumprimento de sentença, esse prazo é de 15 dias da intimação do executado. Somente após o transcurso desse prazo, e não tendo ocorrido o pagamento, permitem-se os atos de penhora e outras constrições judiciais a depender do caso concreto. É natural que o executado possa ter interesse em evitar a prática de tal ato, o que tentará obter com a concessão de um efeito suspensivo em sua exceção de pré-executividade. E nem se fale que nesse caso deveria apresentar sua defesa típica imediatamente porque a ausência de penhora impediria a obtenção do efeito suspensivo (arts 525, § 6º, e 919, §

1.º, ambos do Novo CPC), ou seja, mesmo com os embargos ou a impugnação, não se impediria a realização da penhora.”

Dessa forma, o entendimento majoritário, numa interpretação genuína da Lei 6.830/80, deixa claro que os embargos a execução fiscal continuam submetidos a garantia do juízo, sob pena de inadimplemento liminar, bem como constata-se a possibilidade de ser útil e necessário a interposição da objeção de pré-executividade na defesa do interesse do executado.

5) Sentença e reexame necessário. Julgamento de procedência, no todo ou em parte, dos embargos a execução fiscal. Interpretação extensiva que abrange também a decisão que julgar procedente a exceção de pré-executividade.

Por se referir a defesa do interesse público, quando a Fazenda estiver em juízo será necessário aplicar um procedimento diferenciado quanto a condução do processo, com prazos dobro, intimação pessoal, dentre outros.

Nas garantias da fazenda pública observa-se ainda o reexame necessário, definido por Alexandre Câmara^[18] como a sujeição necessária *“a um reexame promovido por um órgão jurisdicional superior, o mesmo que teria competência para apreciar eventual apelação que contra tal sentença se interpusesse.”*

Trata-se de uma condição de eficácia da sentença, sem a qual não haverá trânsito em jugado, visto que é necessária a análise do Órgão Jurisdicional superior, que teria competência para apreciar e julgar eventual recurso, para verificar o decidido na sentença de primeiro, nas hipóteses do art. 496^[19] do Novo CPC.

Outrossim, a remessa necessária é plenamente compatível com o rito estabelecido na lei 6.830/80, tanto é que o art. 496, inc. II do CPC/15 estabeleceu a sujeição ao duplo grau de jurisdição obrigatório sempre que for provido, no todo ou em parte, aos embargos a execução fiscal, que, como visto, é o principal meio de defesa do executado. Contudo, o C. STJ e a doutrina também possuem posicionamentos no sentido da aplicação no

juízo de exceção de pré-executividade, conforme ensina Leonardo Cunha^[20]:

*“Se a execução fiscal for extinta, por razões de mérito, em virtude do **acolhimento de exceção de pré-executividade**, a sentença sujeita-se à remessa necessária, **uma vez que a situação assemelha-se ao julgamento de procedência de Embargos do Devedor**’. Caso a Fazenda Pública, com fundamento no art. 26 da Lei 6.830/1980, cancele a Certidão de Dívida Ativa e requeira a extinção da execução fiscal, não haverá remessa necessária, ainda que tenha sido ajuizada exceção de pré-executividade.”*

No âmbito do STJ, consolidou-se o entendimento de aplicação do reexame necessário sempre que houver a extinção, com resolução de mérito, da execução fiscal, vejamos:

“ADMINISTRATIVO. DÍVIDA ATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INCIDÊNCIA. 1. O STJ firmou compreensão de que se aplica o Reexame Necessário em caso de extinção de processo, com resolução de mérito, de Execução Fiscal. A propósito: REsp 1.460.980/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3.3.2015; REsp 1.385.172/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.10.2013; AgRg no AgRg no AgRg no AREsp 338.583/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 3.2.2016; AgRg no AREsp 601.881/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24.9.2015.”(STJ – REsp 1646262/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 25/04/2017 - grifos)

“2. Na Execução Fiscal, havendo sentença de mérito contra a Fazenda Pública, é obrigatório o duplo grau de jurisdição, uma vez que a situação assemelha-se ao julgamento de procedência de Embargos do Devedor,

nos termos do art. 475, II, do Código de Processo Civil. Precedentes da Segunda Turma desta Corte.” (STJ – REsp 1385172/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013 – grifos)

Pelo exposto, quando a Fazenda Pública restar condenada numa execução, situação na qual verá frustrada sua pretensão de reaver valores aos cofres públicos, é de proêmio o envio do processo para a instância superior, afim de que se proceda o reexame dos termos ali postos, em proteção ao interesse público, sendo esta uma condição especial impeditiva do trânsito em julgado da sentença de primeiro grau.

6) Suspensão e Prescrição Intercorrente. Diferenças em relação a prescrição estabelecida no Código Civil de 2002. Art. 40 da Lei 6.830/80.

Inicialmente, estabelece o art. 40 da LEF que, não encontrados bens passíveis de penhora ou se não houver possibilidade de realizar a citação do executado ou redirecionar a execução fiscal, o juiz promoverá o arquivamento provisório dos autos, com vistas a Fazenda Exequente no primeiro ano, para, nos termos do § 3º: *“Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.”*

Aqui, cabe uma observação importante, deve-se notar que, decorrido o prazo de 1 ano, sem que sejam localizados o devedor ou seus bens, teremos o arquivamento dos autos, vez que, se desta decisão houver ultrapassado o prazo prescricional, deve ser reconhecida e decretada de imediato a prescrição intercorrente, inteligência do art. 40 e §§ da Lei 6.830/80.

Nessa toada, importante lembrar que está pendente no STJ o julgamento do REsp 1.340.553/RS^[21], afetado como representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC) e que deverá apreciar diversos temas relacionados à sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei da Execução Fiscal, devendo sedimentar algumas controvérsias como:

“No caso concreto, torna-se relevante decidir à luz do art. 543-C, do CPC:

*a) Qual o pedido de suspensão por parte da Fazenda Pública que **inaugura** o prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, §2º, da LEF;*

*b) Se o prazo de 1 (um) ano de suspensão somado aos outros 5 (cinco) anos de arquivamento **pode ser contado em 6 (seis) anos por inteiro para fins de decretar a prescrição intercorrente;***

c) Quais são os obstáculos ao curso do prazo prescricional da prescrição prevista no art. 40, da LEF;

d) Se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, §1º), ou o arquivamento (art. 40, §2º), ou para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, §4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente.” (grifou-se)

De imediato, destaque-se que o julgamento do presente recurso repetitivo é de grande impacto e irá pacificar controvérsias em relação ao termo *a quo* e a forma de contagem do prazo para que seja reconhecida a prescrição intercorrente. De forma sucinta e bem delineada, o professor alagoano Roberto Teixeira^[22] sintetiza bem o tema e sua especificidade:

*“O art. 40 da lei de execuções fiscais chama atenção por esta peculiaridade. A **prescrição ali iniciada não precisa da inércia do credor, mas, apenas, a não localização de bens do devedor passíveis de constrição.** Em resumo, o legislador pátrio criou uma **prescrição sem desídia do credor**, uma prescrição em que este sofre um mal sem que tenha contribuído para sua ocorrência. Evidente aqui que o legislador colocou acima de tudo a **tranquilidade social e a redução dos números de processos (em sua maioria verdadeiramente inúteis)** que ocupam as prateleiras da justiça brasileira. Por sua*

importância merece ser destacado, o único fundamento da 'prescrição intercorrente do art. 40 da lei de execução fiscal' é a estabilidade das relações jurídicas."

Tem-se aí uma diferenciação importante em relação à prescrição estabelecida no Código Civil de 2002[23]. Em estudos sobre o tema, a súmula 314[24] do STJ é de uma clareza cristalina sobre o tema, complementada pelos ensinamentos da professora Fátima Souza[25]:

"A prescrição intercorrente é aquela cujo curso se inicia após a citação, se o processo de execução permanecer parado por desídia do credor. Assim, enquanto a prescrição comum corre antes do ajuizamento da ação, a intercorrência tem lugar durante o processo. O prazo é o mesmo que o legalmente estabelecido para a primeira."

Por fim, o STJ, no julgamento do REsp 1.034.191/RJ, foi preciso ao definir que: **"2. A intimação da Fazenda Pública, nos termos do § 4º do artigo 40 da Lei nº 6.830/80, incluído pela Lei nº 11.051/04, trata de hipótese diversa. Cuida-se de prescrição intercorrente e **pressupõe execução fiscal arquivada e suspensa por não ter sido localizado o devedor ou encontrado bens penhoráveis, nos termos dos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal.**"** (STJ – REsp 1034191/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008).

Dessa forma, a prescrição intercorrente vem como mecanismo apto a encerrar processos executivos improdutivos, que não surtiram o resultado esperado numa execução fiscal, o adimplemento do débito através da constrição dos bens do executado, atento que a prescrição intercorrente somente ocorrerá caso haja arquivamento da execução fiscal pelo art. 40 da LEF, que estabelece este caso apenas quando não for encontrado o devedor para citação ou bens para garantia do juízo.

CONCLUSÃO

Para custear os serviços públicos é necessário o aporte de recursos suficientes, tendo em vista o atendimento à prestação qualificada de

benefetorias a população. Para tanto, o dever fundamental de pagar tributos funciona como um modelo de participação e patrocínio coletivo das obras e equipamentos públicos, para uso de todos e melhoria da qualidade de vida em sociedade.

Contudo, mesmo advindo de uma obrigação legal, por vezes os tributos são inadimplidos pelo contribuinte, por isto se criou o mecanismo diferenciado de cobrança de débitos fiscais, a execução fiscal, posta na Lei 6.830/80.

O título executivo extrajudicial que serve para a execução fiscal é a certidão de dívida ativa, constituída pela própria Fazenda Exequente, nos créditos expressamente descritos em lei, sempre precedidos de controle de legalidade pelo órgão de representação judicial do Ente e mediante prévio procedimento administrativo, onde é dado ao contribuinte oportunidade de ampla defesa e contraditório.

Constituído o título executivo, poderá ser dado início ao processo judicial, mediante petição inicial simples, onde se pleiteie a citação do executado, traga o juiz competente e o pedido, instruído com o título executivo, a certidão de dívida ativa.

Oportunizada a defesa, diferentemente do CPC/15, o executado deve garantir o juízo antes de oferecer embargos a execução fiscal, como forma de assegurar o desenvolvimento útil do processo e evitar que o contribuinte dilapide seu patrimônio e frustre a execução.

Ainda, atendendo ao princípio da duração razoável do processo, tem-se o específico instituto da prescrição intercorrente, extinguindo a execução no seu curso, mesmo após a citação do executado, após arquivamento do processo por um lapso grande de tempo.

Pelo que foi dito, em que pese priorizar a localização, penhora e posterior adimplemento do débito, a LEF trás mecanismos de defesa do executado e mitigação do Poder Estatal, sendo uma forma justa de priorizar a busca dos créditos públicos sem abrir mão das garantias individuais do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- 2) BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**, Brasília, DF.
- 3) BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF.
- 4) BRASIL. Lei Federal n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. **Lei de Execução Fiscal**, Brasília, DF.
- 5) BRASIL. Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964. **Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro**, Brasília, DF.
- 6) CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017.
- 7) COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- 8) CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- 9) DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. Vol. 5, 2ª Edição, 2010. Editora JusPODIVM.
- 10) Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- 11) SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues. **Decadência e Prescrição, pesquisas tributárias**. Nova série 13, in Ives Gandra Martins 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- 12) STJ – Recurso Especial: REsp 1669907/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017.
- 13) STJ – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 217.042 - RS (2012/0169193-3), RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Decisão monocrática de afetação a sistemática dos recursos repetitivos, julgado em 31/08/2012.
- 14) STJ – AgRg no REsp 1453745/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA.

- 15) STJ – Recurso Especial: REsp 1646262/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 25/04/2017.
- 16) STJ – Recurso Especial: REsp 1385172/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013.
- 17) STJ – Recurso Especial: REsp 1034191/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008.
- 18) *TEXEIRA, José Roberto Fernandes. ASPECTOS DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL, 2013. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/textos/cientificos/arquivos/RPGE%20No%2003%20%20ASPECTOS%20DA%20PRESCRICAO%20INTERCORRENTE%20DA%20LEI%20DE%20EXECUCAO%20FISCAL.pdf>. Acesso em: 18/02/2018.*

NOTAS:

[1] Enunciado 9 do I Fórum Nacional do Poder Público - Brasília/DF: “A cláusula geral de negócio processual é aplicável à execução fiscal”. Enunciado 10 do I Fórum Nacional do Poder Público - Brasília/DF: “É possível a calendarização dos atos processuais em sede de execução fiscal e embargos”.

[2] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pag. 408.

[3] Art. 6º - A petição inicial indicará apenas: I - o Juiz a quem é dirigida; II - o pedido; e III - o requerimento para a citação.

[4] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. Vol. 5, 2ª Edição, 2010. Editora JusPODIVM. p. 47

[5] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.100.

[6] “Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em

regra, pelas obrigações da sociedade” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 15-16.)

[7] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 343.

[8] “1. Nos termos do EREsp 981.480/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2009, ‘nas execuções fiscais de **créditos não tributários**, aplicam-se as causas **suspensivas e interruptivas da prescrição preconizadas na Lei 6.830/80.**’ 2. No caso concreto, em se tratando de dívida não tributária, aplica-se a hipótese de suspensão da prescrição prevista no art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/1980. 3. Recurso Especial provido.” (STJ – REsp 1669907/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017 – grifos)

[9] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pag. 410.

[10] “Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

*Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é **relativa** e pode ser ilidida por **prova inequívoca**, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.”*

[11] “§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de **obrigação legal relativa a tributos** e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são **os demais créditos da Fazenda Pública**, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.”

[12] PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergman; SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito Processual Tributário – Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência**, 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 159.

[13] "Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária; II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia; III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública."

[14] "Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução."

[15] "Art. 914. O executado, **independentemente de penhora, depósito ou caução**, poderá se opor à execução por meio de embargos."

[16] Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

[17] Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

[18] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 301.

[19] "Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 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;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

[20] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pag. 190.

[21] *AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 217.042 - RS (2012/0169193-3), RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Decisão monocrática de afetação a sistemática dos recursos repetitivos, julgado em 31/08/2012.*

[22] TEXEIRA, José Roberto Fernandes. **ASPECTOS DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL**, 2013. Disponível em <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/textos/cientificos/arquivos/RPGE%20No%2003%20%20ASPECTOS%20DA%20PRESCRICAO%20INTERCORRENTE%20DA%20LEI%20DE%20EXECUCAO%20FISCAL.pdf>. Acesso em: 18/02/2018.

[23] *“Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.*

Art. 190. A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.

Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.

Art. 196. A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor."

[24] *Súmula 314/STJ: Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.*

[25] SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues. **Decadência e Prescrição, pesquisas tributárias.** Nova série 13, in Ives Gandra Martins 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TESTAMENTO CERRADO: CARACTERÍSTICAS E APLICABILIDADE NA ATUALIDADE

THAIS CARDOSO PANGRACIO:
Acadêmica: Estudante de Direito pela
UNAERP.

Resumo: Este trabalho objetiva o estudo do testamento cerrado, sendo uma modalidade testamentária que está tipificada no ramo do Direito das Sucessões. Essa forma de testamento é escolhida por aqueles que desejam manter sua última vontade em segredo, ou seja, de forma mística. Deste modo, o presente artigo tem como principal objetivo demonstrar as características e a aplicação deste tipo de testamento na atualidade.

Palavras-chave: Testamento. Testamento Cerrado. Direito Civil. Sucessão.

Abstract: *This work aims at the study of the closed testament being a testamentary modality, which is typified in the branch of the Law of Succession. This form of will is chosen by those who wish to keep their last will in secret, that is, mystically. In this way, the main purpose of this article is to demonstrate the features and the current application of this kind of testament.*

Keywords: Testament. Closed Testament. Civil Law. Succession.

Introdução

A sucessão testamentária pode ser definida como aquela que ocorre em obediência à vontade do falecido, prevalecendo, entretanto, as disposições legais no que constitua *ius cogens*, bem como no que for silente ou omissivo o instrumento. Portanto, verifica-se que quando existentes disposições de última vontade, o testamento sempre prevalecerá, e tanto assim é que a lei faculta ao testador, não somente dispor de seus bens, como também prever a hipótese de, ao instituir herdeiro ou legatário, que não queiram ou não possam aceitar a herança, declarar quem será o substituto, ou substitutos beneficiados nesse caso.

Para iniciar o estudo, Sílvio de Salvo Venosa descreve o que vem a ser testamento:

O testamento é ato solene. Juntamente com o instituto do casamento, forma um dos atos mais solenes de nosso direito privado. Portanto, para que o negócio jurídico valha e ganhe eficácia, há necessidade de que sejam obedecidas as formalidades descritas na Lei, para cada espécie de testamento. A solenidade existente nas formas, que se exteriorizam perante testemunhas, constitui a garantia extrínseca do ato (VENOSA, 2014, p. 223).

As principais características do testamento são:

Ser ato personalíssimo, feito pelo próprio testador, sem interferência de terceiro, nem mesmo com poderes especiais;

Constituir negócio jurídico unilateral, uma vez que o testador declara sua vontade para que seja cumprida após sua morte. Com efeito, a sua vontade, pessoalmente manifestada, é suficiente à formação do testamento. Não tem o beneficiário de intervir para a sua perfeição e validade. Posteriormente, depois da morte do testador, quando aberta a sucessão, é que se manifesta a aceitação deste;

Ser ato gratuito, sem obtenção de vantagem por parte do testador (cumpre ressaltar que o legado com encargo não retira o caráter de gratuito);

Ser ato solene, pois é ato que possui forma prescrita em lei. Tal instrumento somente terá validade se observadas todas as formalidades essenciais estabelecidas em lei (*ad solemnitatem*);

Ser ato revogável, visto que é manifestação de última vontade desde que não seja modificado, sendo inválida a cláusula que proíbe a sua revogação, pois o poder de revogar o testamento, no todo ou em parte, é irrenunciável (art. 1.858 do Código Civil). Contudo, há uma exceção ao princípio da revogabilidade do ato de última vontade, ou seja, por força do artigo 1.609, III do Código Civil, o testamento é irrevogável na parte em que, eventualmente, o testador tenha reconhecido um filho havido fora do matrimônio;

E, por fim, ser ato *causa mortis*, pois produz seus efeitos após a morte do testador.

O atual Código Civil admite três formas de testamentos ordinários: público, cerrado e particular, e três formas de testamentos especiais: marítimos, aeronáutico e militar.

No presente estudo, o enfoque ocorrerá em relação ao testamento cerrado.

O Testamento Cerrado

O testamento cerrado é originado do direito Romano, tendo sido criado por uma constituição dos Imperadores Teodósio e Valentiniano III no ano 439, e posteriormente regulamentado no código de Justiniano. Essa modalidade testamentária encontra-se prevista em quase todas as legislações, exceto na Alemanha e na Suíça.

Também chamado de secreto ou místico, este tipo de testamento é escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, tendo que ser aprovado por um tabelião ou por seu substituto legal.

Carlos Roberto Gonçalves ensina sobre esta modalidade da seguinte forma:

Testamento cerrado, secreto ou místico, outrora também chamado de nuncupação implícita, é o escrito pelo próprio testador, ou por alguém a seu rogo e por aquele assinado, com caráter sigiloso, completado pelo instrumento de aprovação ou autenticação lavrado pelo tabelião ou por seu substituto legal, em presença do disponente e de duas testemunhas idôneas. A vantagem que tal modalidade testamentária apresenta consiste no fato de manter em segredo a declaração de vontade do testador, pois em regra só este conhece o seu teor. Nem o oficial nem as testemunhas tomam conhecimento das disposições, que, em geral, só vêm a ser conhecidas quando o instrumento é aberto após o falecimento do testador. Se o testador permitir, o oficial público poderá lê-lo e verificar se está de acordo com as formalidades exigidas. Mas isso é a exceção. O testador tem direito a esse segredo, que não lhe pode ser negado por aquele, a pretexto de que, para o aprovar, precisa lê-lo. Pode ser, como pondera PONTES DE MIRANDA, "que o disponente só pelo segredo tenha escolhido tal forma testamentária, que evita ódios e discórdias entre herdeiros legítimos ou parentes e estranhos esperançosos de heranças e legados". (GONÇALVES, 2017, p.385).

As formalidades desta espécie de testamento estão estabelecidas no artigo 1868 do Código Civil:

Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;

II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;

III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as paginas.

Desse modo, analisando o que a lei prevê, infere-se que tal testamento pode ser confeccionado de forma mecânica ou manuscrita. Deve ser entregue ao oficial do cartório, na presença de duas testemunhas, devendo o testador dizer que aquele é seu testamento, e que deseja tê-lo registrado. Em seguida, o oficial procede à leitura silenciosa do testamento, para verificar se não existem falhas formais. Estando conforme, redige o auto e o lê em voz alta para o testador e as testemunhas. Em seguida, procede à lacração do testamento e seu registro.

O testamento cerrado não permanecerá em posse do cartório, mas sim do próprio testador. O tabelião não manterá sequer cópia do conteúdo do testamento, visto que a função do oficial do cartório é apenas aprová-lo e manter registro da nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue ao testador. Falecido o testador, o testamento será apresentado ao juiz para abertura pela pessoa que estiver em na

posse do documento. Cumpre ressaltar, ainda, que a abertura do testamento cerrado que não pelo juiz anula o testamento.

Venosa, de forma incontestável, faz referência às formalidades no ato de elaboração do testamento cerrado:

No testamento cerrado é importante, mas a lei não o diz que as formalidades sejam feitas em seqüência, sem intervalo na continuidade, uma vez que se trata de mera apresentação e aprovação. Se o ato for interrompido, será necessário recomeçá-lo, diferentemente do testamento público cuja redação pode levar honras e exigir interrupção para repouso. Pequeno intervalo, porém, no testamento cerrado, não induz nulidade (VENOSA, 2014, p. 239).

Além disso, os requisitos essenciais do testamento cerrado, constantes nos artigos 1.868 a 1875, do Código Civil, representam normas obrigatórias, e de ordem pública. A inobservância de qualquer norma descrita nos artigos supramencionados acarreta a nulidade do ato praticado.

Neste tipo de sucessão a vontade do testador será preservada até o dia de sua morte, tendo conteúdo desconhecido pelas testemunhas e pelo tabelião. Esta modalidade de testamento é composta por duas partes: a cédula ou a carta testamentária, com as disposições escritas pelo testador ou por pessoa a seu rogo; e o auto de aprovação redigido por tabelião ou seu substituto legal.

Poderá ser escrito em língua nacional ou estrangeira, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu rogo, conforme o artigo 1.871 do Código Civil. Por outro lado, o ato de aprovação, deverá ser redigido em língua portuguesa e a tradução do testamento apenas será necessária quando do seu cumprimento.

Ademais, poderá ser escrito por testador surdo-mudo, contanto este escreva integralmente seu testamento, e o assine de próprio punho, efetuando a entrega do testamento ao tabelião, perante as duas testemunhas, escrevendo ainda, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento e que requer sua aprovação (artigo 1.873 do Código Civil).

No entanto, de acordo com o artigo 1.872 do Código Civil, estão impedidos de testar por meio cerrado quem não saiba ou não possa ler, porque não poderão ver ou ler a transcrição, para se certificarem se o que foi ditado está registrado por aquele quem, a seu rogo, redigiu o documento.

No testamento cerrado, desde o momento em que o testador entrega ao tabelião a cédula testamentária, a solenidade não poderá ser suspensão ou interrompida, a não ser em casos excepcionais como na ocorrência de breves e momentâneas interrupções por falta de energia elétrica, ou para remediar necessidades físicas do testador, ou tabelião, ou de uma das testemunhas.

Outro ponto a ser ressaltado é que se o testamento não foi lavrado pelo testador, mas por alguém a seu rogo, essa pessoa não pode ser incluída como beneficiária, mesmo que por meio de interposta pessoa (ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro do mesmo).

Cumprir destacar, ainda, que o Código de Processo Civil, em seu artigo 735, regula a abertura, o registro e o cumprimento do testamento cerrado.

Vantagens e Desvantagens Do Testamento Cerrado

A principal vantagem do testamento cerrado é fato de manter sigilo a declaração de vontade do testador até o dia de sua morte. O tabelião e testemunhas que participaram da solenidade não conhecem necessariamente o conteúdo da cédula testamentária, muito menos as pessoas que não participaram da solenidade.

Por outro lado, a principal desvantagem deste testamento refere-se ao fato de poder ser facilmente extraviado, inutilizado ou lacerado, ficando sem eficácia as disposições de última vontade feitas pelo testador. O maior risco é a insegurança do local onde será guardado o testamento. Se o instrumento for perdido, ou destruído, a vontade do testador será perdida uma vez que não há como pedir uma certidão ou cópia do mesmo.

A vulnerabilidade fática é característica essencial e própria da natureza do testamento cerrado e se revela pela problemática da revogação

do testamento cerrado sem o consentimento do testador quanto ao âmbito probatório.

Orlando Gomes assim explica sobre tal vulnerabilidade:

Tem, entretanto, o inconveniente de poder ser facilmente extraviado, ou inutilizado, que poderia ser obviado, porém com a instituição de um arquivo testamentário. A intervenção por este modo do notário, ou de quem lhe exerça as funções, retira-lhe o caráter de testamento particular, inserindo-o entre as formas testamentárias públicas ou notariais. Não se lavra, todavia, no livro de notas, tal como o testamento público, intervindo o tabelião unicamente para lhe dar autenticidade exterior (GOMES, 2006, p. 115).

Para evitar tais situações, o testador pode redigir a cédula testamentária em mais de uma via e com o mesmo conteúdo, cumprindo todas as exigências legais em cada um dos exemplares, levando ao tabelião para que possam ser autenticadas e confirmadas por meio do auto de aprovação. Porém, se o instrumento estiver viciado ou possuir falsidade indiscutível, o juiz não pode fazer com que o testamento seja cumprido.

Destarte, vemos que depende de que alguém encontre e entregue esse testamento ao juiz, pois sem ele não será possível vislumbrar o desejo do falecido, em razão de seu conteúdo estar apenas nele. Desse modo, chegamos à constatação de que não há segurança jurídica quanto o cumprimento da última vontade do testador, pois e se o testamento não chegar às mãos do juiz não poderá ser cumprida a manifestação da vontade do testador.

O Testamento Cerrado na Atualidade

Nos tempos mais remotos, era de grande aplicabilidade esta forma de testar, posto que se manuseava tal artifício para que fossem revelados segredos entre famílias, como o reconhecimento de um filho fora do casamento.

Contudo, este ato, totalmente possível ainda nos dias de hoje, não se aproxima em nada com as características do mundo atual.

Com efeito, o Direito deve acompanhar e se adaptar às evoluções que surgem na sociedade de seu tempo. Hoje, vivemos a Era Tecnológica e da Informação, sendo que até o Poder Judiciário brasileiro vem passando por uma ampla reformulação de sua atuação.

Atualmente, a segurança e o sigilo desta espécie de testamento poderiam ocorrer de outras maneiras, tendo em vista que há tecnologia suficiente para criar um cerramento eletrônico e digital deste documento, por meio de criptografia e o uso de chaves públicas e particulares.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que no Brasil, com a edição da Medida Provisória 2.200/2, a partir do ano de 2002 os documentos eletrônicos passaram a ter a mesma validade e efetividade dos documentos físicos, e ainda maior segurança em razão das assinaturas digitais que possibilitam a esta espécie a presunção de veracidade e de idoneidade, uma vez que, com o sistema criptográfico, há como saber se houver qualquer alteração no conteúdo documento original.

Portanto, além de que este testamento fique armazenado em banco de dados próprio, é possível que utilizemos a mesma tecnologia que já estamos utilizando no Processo Judicial Eletrônico, através da criptografia, para que seu conteúdo fique secreto e codificado, sem que o tabelião ou as testemunhas saibam seu conteúdo.

Desse modo, é possível observar as grandes vantagens e, até mesmo, a necessidade de adaptar o testamento cerrado às novas tecnologias.

Conclusão

Por fim, é possível perceber que neste tipo de sucessão testamentária a vontade do testador será preservada até o dia de sua morte, tendo conteúdo desconhecido pelas testemunhas e pelo tabelião.

Suas vantagens são de poder ser escrito na língua do testador; não permitir o conhecimento público; poder ser feito pelo surdo-mudo, e suas desvantagens são de que corre o risco de erros; risco de ser revogado com acidentes como a quebra do lacre ou ruptura da costura; não pode ser feito por quem não saiba ou não possa ler.

Portanto, observa-se que não há uma garantia concreta de que a última vontade será respeitada nessa modalidade testamentária, visto que pode ser perdido ou destruído, e assim fará que este seja revogado, o que privará o testador de exercer sua última vontade, que será suprida através da aplicação da regra geral.

Assim, conclui-se que não há segurança jurídica quanto o cumprimento da última vontade do testador, pois e se o testamento não chegar às mãos do juiz não poderá ser cumprida a manifestação da vontade do testador.

Faz-se necessário, desta forma, que o direito de testar legalmente conferido e protegido pelo Estado, seja efetivo, e hoje, em razão das diversas tecnologias disponíveis é possível a readequação desta espécie testamentária.

Referências Bibliográficas

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões / Carlos Roberto Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017 BRASIL.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito Das Sucessões. 28ª ed. Saraiva, 2014. v.6.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. São Paulo: RHJ, 2014.

GOMES, Orlando. Sucessões. 13. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 115

<https://lvap.jusbrasil.com.br/artigos/155502874/do-testamento-cerrado>

<https://jus.com.br/artigos/33412/testamento-cerrado-breves-consideracoes-e-requisitos-para-sua-validade>

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101395/testamento_cerrado_regulamentacao_simao.pdf

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19946&revista_caderno=7

http://www.academia.edu/25859801/Testamento_Cerrado_repensando_refletido_e_redemocratizado_na_Era_Digital<acesso em 03 de novembro de 2018>

Vade mecum. 24° Ed. Saraiva, 2017.

A TAXATIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FRENTE AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

FÁBIO SOUZA DA SILVA: Bacharelado em Direito pela UNIFG - Centro Universitário Faculdade Guanambi. Estagiário Ministério Público Federal.

RESUMO: O recurso de agravo de instrumento é utilizado para impugnar decisões interlocutórias. Entretanto, o atual Código de Processo Civil, alterou profundamente o regime desse recurso, instituindo de forma taxativa as hipóteses de impugnação. Desse modo, surge a reflexão se tal restrição taxativa, violaria ou não o direito a duplo grau de jurisdição. Assim, objetivou-se analisar nesse trabalho o aspecto taxativo do agravo de instrumento no atual CPC a luz do princípio do duplo grau de jurisdição, verificando as mitigações desse princípio e a interpretação doutrinária a respeito dessa nova estrutura do agravo. Utilizou-se como metodologia a consulta a obras bibliográficas de renome do Direito Processual Civil e estudo das legislações pertinentes, a Constituição de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Decisão interlocutória. Recurso. Reexame.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Os recursos no novo Código de Processo Civil; 3 O agravo de instrumento no novo cpc; 4 O princípio do duplo grau de jurisdição; 5 A taxatividade do agravo de instrumento e o duplo grau de jurisdição; 6 Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O agravo de instrumento é um recurso cabível para impugnação decisões interlocutórias, sendo estas os pronunciamentos judiciais de conteúdo decisório ocorridos no curso do processo que não põe fim a uma fase do procedimento ou não extingue execução. Tal recurso decorre da contemplação do princípio do duplo grau de jurisdição, que nesse caso,

possibilita o reexame das decisões judiciais por órgãos jurisdicionais superiores e distintos.

Destaca-se que o Código de Processo Civil de 2015, restringiu sobremaneira a possibilidade de utilização do agravo de instrumento, estabelecendo um rol taxativo, além de outras hipóteses previstas em lei.

Objetivou-se nesse trabalho, o estudo do agravo de instrumento, analisando os seus novos aspectos e a apresentação das argumentações doutrinárias diante de tal recurso, verificando, a sua evolução e suas limitações diante do princípio do duplo grau de jurisdição, que é um direito ao reexame das decisões judiciais.

Utilizou-se como método para a análise do agravo de instrumento no Novo Código de Processo, o estudo de obras bibliográficas, no intuito de demonstrar os argumentos e as críticas da Doutrina a respeito das modificações no regime desse recurso. Além disso, fez-se um exame das normas que contemplam tal recurso e o princípio do duplo de jurisdição no âmbito do Direito Processual Civil com a finalidade de demonstrar as mitigações dessa nova estrutura.

2. OS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A atual ordem jurídica brasileira, confere as pessoas o direito de provocar o judiciário para obter a resolução de circunstâncias litigiosas, tendo este a competência para exercer a atividade jurisdicional, ou seja, dizer o Direito. Isso ocorre através da instalação de um processo, onde se encontra as decisões judiciais. Tais decisões, podem ser reexaminadas, através do sistema de recursos, presente no ordenamento jurídico vigente.

O vocábulo recurso em sentido etimológico, conforme os ensinamentos de Didier (2016), significa refazer, ou refluxo, onde verifica-se a possibilidade de retomar um percurso, podendo serem realizadas alterações, ou modificações.

No que diz respeito ao sentido jurídico do termo recurso, afirma Câmara (2015, p. 488) que este "é o meio voluntário de impugnação de

decisões judiciais capaz de produzir, no mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração do pronunciamento impugnado”. Desta forma, é verificável que o recurso em sentido jurídico é um direito conferido aos interessados, de obter uma reanálise, de decisões, desejando a sua modificação.

Em sentido jurídico mais estrito, conforme os ensinamentos de Nery Júnior e Nery (2015) o recurso é meio através do qual as partes, o Ministério Público, ou um terceiro que tenha interesse na lide, podem utilizar dentro do mesmo liame processual, para pleitear a modificação de uma decisão jurídica. Neste sentido o recurso tem por finalidade a obtenção de uma reforma, anulação ou esclarecimento de um ato judicial, sobre o qual o recai discordância ou obscuridade.

O recurso tem por objeto os atos processuais do juiz, todavia como acentua Theodoro Júnior (2014), somente os atos decisórios é que são recorríveis, e além disso, exige-se que sejam objeto de recorribilidade positivada em Lei, pois os recursos não são passíveis de criação pela livre manifestação da vontade.

No que refere a classificação dos recursos, é de grande relevância destacar a que diz respeito a sua finalidade, sendo esta de natureza ordinária ou extraordinária, onde a distinção é verificada no objeto ou na matéria da decisão, desta forma explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 505) que:

Os recursos ordinários visam à justiça da decisão e estão direcionados à interpretação e à aplicação do direito no caso concreto, ao passo que os recursos extraordinários visam à unidade do direito e estão vocacionados à interpretação do direito a partir do caso concreto. Essas diferentes funções determinam abrangências distintas do ponto de vista da matéria que pode ser tratada nos recursos ordinários e nos recursos extraordinários: enquanto nos primeiros a causa pode ser conhecida em todos os seus aspectos, nos segundos é vedada a reapreciação da prova.

A sistemática recursal de atual Código de Processo Civil (2015), encontra-se positivada do artigo 994 ao artigo 1044 de seu texto legal. Sendo que, no artigo 994[1], é verificável o rol de recursos cabíveis na esfera do direito processual civil.

O atual Código do direito Processual Civil, realizou consideráveis modificações na esfera dos recursos, seja restringido a sua matéria ou ampliando-a, ou até mesmo extinguido recursos que outrora existia no antigo sistema processual de 1973. Isso é visível na retirada da sistemática recursal, do agravo retido e dos embargos de infringentes, como acentuam Nery Júnior e Nery (2015), sendo o agravo na modalidade citada, substituído pela preliminar de apelação.

Com o Código vigente os efeitos dos recursos também sofreram modificações, como se visualiza, na sua eficácia, sendo que, o efeito em regra não é suspensivo, como encontra-se positivado no artigo 995, enquanto que no antigo Código de 1973, como constava no artigo 497, o efeito era, em regra, suspensivo.

Nas modificações quanto à matéria ou ao objeto, é visível que no novo regime processual, restringiu o objeto de determinados recursos e aumentou a esfera de outros, a exemplo, o agravo de instrumento e a apelação.

Desta forma, como doutrina Humberto Junior (2016) no antigo sistema de 1973 o agravo de instrumento era cabível contra qualquer decisão interlocutória, podendo o recorrente decidir sobre o agravo em estudo ou pelo retido, movido nestas circunstâncias pela cláusula geral de recorribilidade, enquanto que no atual modelo processual civil, o agravo passou a vigorar sobre o modelo da taxatividade.

3. O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CPC

O agravo de instrumento é um recurso utilizado como meio para impugnação das decisões interlocutórias previstas no rol taxativo do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, buscando a reforma ou invalidação dessa decisão proferida no curso do processo.

Trata-se de um recurso de fundamentação livre que teve origem nas ordenações portuguesas e persiste até hoje. E, assim como nos CPCs de 1939 e 1973, esse recurso sofreu profundas transformações no CPC 2015, como por exemplo, a *numerus clausus* nas hipóteses de cabimento (WAMBIER et al., 2015).

O CPC de 2015 versa sobre o agravo de instrumento no art.1.015, na qual, o define como um recurso cabível contra decisões interlocutórias. Ou seja, decisões que, na definição do artigo 203, §2º do CPC, o julgador não põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou não extingue uma execução.

A definição de decisão interlocutória é apresentada por exclusão, uma vez que o artigo 202, §2º prescreve como “todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º”. Sendo que o §1º define sentença como “pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. De modo que, conclui-se que as decisões que não extinguem uma fase do procedimento comum ou uma execução, tanto com fundamento no artigo 485 (sem resolução de mérito) como no artigo 487 (com resolução de mérito) são interlocutórias.

Sendo assim, verifica-se que o atual CPC viabiliza recorrer dos pronunciamentos judiciais de conteúdo decisório que não põe fim ao processo, imediatamente por meio de agravo de instrumento quando verificadas no rol taxativo, ou nos casos não contemplados por agravo de instrumento, após a sentença por preliminar de apelação ou nas contrarrazões.

Nesse sentido, Didier Jr. (2016) salienta que as decisões interlocutórias agraváveis são as contidas no rol taxativo, e as não agraváveis são as não enumeradas, mas que, conseqüentemente, podem ser eventualmente interpostas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões, assim como prescreve o §1º do artigo 1.009 CPC. Visualiza-se nesse aspecto, a restrição do agravo de instrumento e a ampliação da matéria da apelação.

Desse modo, o CPC de 2015 adotou, em algumas decisões interlocutórias, a recorribilidade diferida, visto que a situações não abarcadas pelo art. 1.015 não são recorríveis por agravo de instrumento. Contudo, Nery e Nery (2015, p. 2150) relata que

Se a interlocutória tiver potencialidade de causar imediato gravame de difícil ou impossível reparação, de tal sorte que não se possa esperar seja exercida a pretensão recursal como preliminar da apelação, pode ser, desde logo, submetida ao exame do tribunal competente para conhecer da apelação, pelo exercício do mandado de segurança e da correição parcial.

Tal doutrina, critica essa mudança no agravo de instrumento, uma vez que adotar esse regime, o Novo CPC retrocedeu em relação ao recurso de agravo de instrumento, adotando forma semelhante ao CPC de 1939, isto é, uma postura casuística do cabimento de desse recurso. Além disso, essa estrutura legalista deixou complexa a recorribilidade das decisões interlocutórias e poderá não trazer o efeito esperado quanto a celeridade processual.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) salientam que apesar de estarem enumeradas taxativamente as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, não impede que se possa utilizar da analogia para interpretar a aplicação do agravo de instrumento em hipóteses não descritas no artigo 1.015 do Novo Código de Processo Civil. Sendo que a equivocidade do dispositivo não elimina a possibilidade e a necessidade de interpretá-lo e adicionar novo sentido.

Entre a hipóteses de cabimento previstas no artigo 1.015 do Novo CPC, Didier Jr. (2016) ressalta a peculiaridade do inciso XIII, na qual permite outros casos referidos em lei. Pois em decorrência dessa previsão, verifica-se a possibilidade do agravo de instrumento nas decisões parciais do conteúdo dos artigos 485 e 487, conforme expressa o artigo 356. Assim, mesmo as decisões parciais que não resolvam o mérito pode ser objeto do recurso de agravo de instrumento.

A mudança nos prazos recursais também ocorreu no agravo de instrumento. De modo que, o sistema recursal buscou unificar os prazos de interposição de recursos para 15 dias, por exceção os embargos de declaração. Motivo pelo qual, o agravo de instrumento passou a ter o prazo de interposição de 15 dias, contados da data de intimação da decisão, e não 10 dias como era no CPC de 1973.

Sendo assim, passados os 15 dias da intimação da decisão interlocutória enumerada no artigo 1.015, e essa não for impugnada, ocorrerá o efeito da preclusão. Em razão disso, as decisões interlocutórias elencadas no dispositivo mencionado devem ser impugnadas até 15 dias após a intimação da decisão.

O agravo de instrumento, assim, como os demais recursos decorre da contemplação do princípio do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro. Possibilitando que os legitimados interessados, no caso do agravo de instrumento, recorram de decisões interlocutórias aos órgãos jurisdicionais superiores para reanálise do conteúdo em que se achem insatisfeitos.

4. O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

“O princípio do duplo grau consiste no direito de se obter um segundo exame, por outro órgão judicial, da questão já decidida por um primeiro órgão judicial” (WAMBIER E TALAMINI, 2016, p. 35). Busca propiciar um processo razoável, e é um corolário do princípio do devido processo legal.

O princípio do duplo de jurisdição propicia que a matéria discutida pelo juízo *a quo* seja reexaminada. Em regra, essa reanálise é feita por órgão jurisdicional diferente e de hierarquia superior. Assim, no reexame da matéria impugnada o órgão *ad quem* verifica as questões de fato e de direito, e conseqüentemente, confirma, modifica ou revoga a decisão.

Mas sua relevância está em reconhecer que os juízes, assim, como qualquer ser humano estão sujeitos ao erro e à arbitrariedade. Além disso, as partes, principalmente, o vencido, não pode ser prejudicado por esse

erro, motivo pelo qual, a insatisfação humana é mais uma razão para que se recorra de uma decisão judicial.

Assim, diante da importância deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, Agra (2014) fala dos motivos da existência do duplo grau de jurisdição, salientando que o reexame das decisões por tribunais viabiliza a correção de erros, o melhor julgamento por ser órgãos colegiados, o controle da atividade jurisdicional, uma maior chance para efetivação da justiça e minimiza a insatisfação do vencido, que acaba aceitando o resultado diante do efeito psicológico que a decisão traz.

Tavares (2014), verifica-se no duplo grau de jurisdição além da dupla cognição da lide, a transferência da matéria para o tribunal ou para órgão jurisdicional superior, exceto nos juizados especiais, que não há órgão de instância superior. Além disso, salienta que a apreciação dos conflitos de interesses por juízos diferentes tem um maior senso de justiça. Apesar que o desejo de uma justiça plena e perfeita é um ideal, que nem sempre poder ser concretizado.

A constituição federal de 1988 acolhe implicitamente o duplo de jurisdição ao prevê a existência de vários juízos, e os organizar, distribuindo em diferentes instâncias e grau de jurisdição, inclusive trazendo uma estrutura hierárquica própria. Bulos (2014) salienta que tal princípio decorre do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) e pode ser verificado implicitamente através de várias disposições, a exemplo do regime dos recursos constitucionais (CF, art. 102, II e III, e a art. 105, II e III).

Didier Jr. e Cunha (2016, p. 90) confirma que a Constituição federal de 1988 amparou o princípio do duplo grau de jurisdição ao denotar uma sistemática hierarquizada do Poder Judiciário.

Ora, os tribunais, na grande maioria dos casos, exercem a função de reexaminar as decisões proferidas pelos juízes inferiores. Em outras palavras, a maior parte da atividade dos tribunais é de segundo grau de jurisdição, daí resultando a evidência de que a Constituição Federal se refere, quando disciplina a estrutura do Poder Judiciário, ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Contudo, tal doutrinador destaca que nem todas circunstâncias pode ensejar o duplo de jurisdição. Uma vez que há limites no seu exercício, não sendo um direito absoluto à medida que pode haver princípios que contrapõe a esse. Motivo pelo qual a sua aplicabilidade pode ser modelada para que haja uma reciprocidade com demais princípios. Além disso, o duplo grau de jurisdição não é obrigatório se não existir previsão de recurso da decisão.

“Não se reconhece direito a uma contestação continuada e permanente, sob pena de se colocar em xeque um valor da própria ordem constitucional, o da segurança jurídica, que conta com especial proteção (coisa julgada) ” (MENDES, BRANCO, 2015, p. 402). Visto que nenhum direito ou princípio é absoluto.

O duplo grau de jurisdição por não ser uma garantia constitucional possibilita que o legislador infraconstitucional limite o direito de recurso. Além disso, mesmo que a Constituição prevê implicitamente tal princípio, não garante que todas as decisões sejam sempre passíveis de recurso, sendo que o reexame não institui um selo de veracidade da decisão (TAVARES, 2014).

Esse doutrinador expressa que são características do duplo grau de jurisdição, a possibilidade de nova análise da causa por outro juízo e que essas decisões sejam proferidas no mesmo processo. Além disso, sustenta que a reapreciação de apenas parcela da matéria controvertida por outro órgão jurisdicional não satisfaz o mandamento do duplo grau de jurisdição em sua plenitude.

Para Didier e Cunha (2016, p. 91) o “duplo grau assegura à parte ao menos um recurso, qualquer que seja a posição hierárquica do órgão jurisdicional no qual teve início o processo”. Sendo que o ordenamento jurídico brasileiro permite que a parte vencida provoque a reavaliação da sua pretensão.

No agravo de instrumento, o duplo de jurisdição resulta da devolução da matéria impugnada, que no Novo CPC, sempre é uma decisão interlocutória prevista no rol taxativo do artigo 1.015. Que será reapreciada

pelo tribunal, na qual, o provimento do recurso tem como consequência a reforma ou invalidação da decisão impugnada.

5. A TAXATIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Verifica-se que o novo sistema processual realizou significativas modificações quanto ao recurso do agravo de instrumento, ocasionando grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais. A principal delas encontra-se envolta na taxatividade, ou não, do agravo em estudo, como se observa nos ensinamentos de Notariano (2015).

O artigo 1015^[2] do Código de Processo Civil de 2015 estabelece um rol de hipóteses de cabimento do recurso do agravo de instrumento, sendo o mesmo objeto da celeuma, no que refere a taxatividade da norma legal. Conforme texto publicado no Conjur, Mazzola (2016) é categórico em afirmar que independente da nossa vontade o texto do artigo citado é taxativo, podendo discutir, sobre a extensividade interpretativa.

Neste sentido parte doutrina defende que o rol do artigo 1015 é taxativo, todavia isso não impede a realização de uma interpretação extensiva. Isso é verificável, por exemplo nos ensinamentos de Didier Jr (2016, p 209), onde leciona que “as hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos”.

Com a interpretação extensiva, o sentido da norma não se restringe apenas ao texto, como ocorre na interpretação literal, indo além desta, ampliando o sentido normativo, possibilitando uma aplicação além da literalmente exposta.

Existe, porém, quem defenda que o artigo 1015 é meramente exemplificativo, como Yarshell (2015), permitindo a aplicação em outras circunstâncias, mesmo que sejam contrário a interpretação legal ou extensiva.

Em sentido diverso das colocações feitas anteriormente descreve Notariano (2015, p. 124-125) que existe outro posicionamento que afirma que:

[...] o rol é taxativo, mas que não restringe o cabimento de outro meio de impugnação, ou seja, o mandado de segurança contra ato judicial, com o qual concordamos. [...] significa dizer que, ao menos em tese, sempre que a decisão for suscetível de causar a parte lesão grave e de difícil reparação e não estiver no rol exaustivo das hipótese de cabimento do agravo de instrumento, será cabível o mandado de segurança contra ato judicial.

Na defesa do posicionamento apresentado acima tem-se doutrinadores como Nery Júnior e Nery (2015), Theodoro Júnior (2014) e Medina (2015), argumentando que o rol do artigo é taxativo, não permitindo interpretação diversa. Entretanto, isso não impede no caso concreto que aquelas decisões que não são passíveis de agravo de instrumento serem objeto de outros recursos.

Desta forma, apresentou-se três posicionamentos no que refere a análise da interpretação do recurso do agravo de instrumento no novo CPC. A primeira afirma que o rol é taxativo, mas permite interpretação extensiva, a segunda que o rol é exemplificativo e a terceira que é taxativo, todavia que existe a possibilidade de aplicar outros recursos quando não for possível o agravo de instrumento.

Um problema seria uma interpretação em sentido estrito do agravo de instrumento, sem levar em consideração a possibilidade de interpor outro recurso, encarreta uma problemática principiológica. Pois, o sistema de recursos tem por um de seus princípios o duplo grau de jurisdição, que de acordo com Didier (2016) garante as partes litigantes pelo menos um recurso para cada decisão. Desta forma se uma decisão não for passível de agravo e nem de outro recurso, estaríamos diante de uma norma que viola um princípio do direito brasileiro.

No que diz respeito ao duplo grau de jurisdição, afirma Marinoni, Arehanrt e Mitidieiro (2015, p. 923) que “ter direito ao duplo grau de jurisdição significa ter direito ao um exame do mérito da controvérsia por dois juízes distintos”. Desta maneira, se um ato judicial com teor decisivo não for passível de recurso, tem-se a violação de um direito subjetivo de recorribilidade.

Entretanto, como afirma Nery Júnior e Nery (2015) as decisões que não são passíveis de agravo de instrumento, podem ser impugnadas por meio da preliminar de apelação, como aduz o artigo 1.009^{III}, § 1º, do CPC 2015 isso após o fim da fase cognitiva. Desse modo, as decisões que não versão sobre o rol de artigo 1.015 não deixam de serem passivas de recursos, tendo apenas um retardamento na possibilidade de sua interposição.

A possibilidade de recorrer de uma decisão não apreciada por agravo conjuntamente com o recurso de apelação materializa o duplo grau de jurisdição. Contudo, a impossibilidade de interpor o recurso no momento em que a decisão foi proferida, pode encarretar prejuízos de ordem processual, não possibilitando as partes a obtenção de uma reversão de um ato decisório em tempo que ele foi proferido.

Mesmo que não se aplica os efeitos da preclusão nas decisões que podem ser interpostas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões, o tempo é essencial para a ordem justa e obtenção de uma decisão justa em um processo. Mas, tendo base nos posicionamentos apresentados no que diz respeito a taxatividade, porém com a possibilidade de uma interpretação extensiva ou a interposição de outros recursos, tem-se se a concretização do duplo grau de jurisdição, e a possibilidade de recorrer de uma decisão ao tempo que ela é manifestada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A taxatividade do agravo de instrumento consiste em uma das principais modificações realizadas pelo novo Código de Processo Civil, no que diz respeito ao sistema recursal. Considerando que este no antigo

sistema processual de 1973 tinha grande amplitude, vigorando sob a égide do modelo da cláusula geral de recorribilidade. No atual CPC o agravo teve o seu objeto restringido a rol de decisões estipuladas no seu artigo 1.015.

O agravo de instrumento tem por objeto as decisões interlocutórias positivadas no Código de Processo Civil, que são passíveis de tal recurso, tendo por finalidade possibilitar as partes um reexame das decisões que não põe fim a fase cognitiva. A taxatividade impossibilita as partes de recorrer das decisões que não estão presentes no rol destinado ao agravo em estudo, violando *a priori* o princípio do duplo grau de jurisdição que possibilita uma reanálise da decisão. Neste sentido as partes tem o direito de recorrer de um ato judicial com teor decisivo.

Desta forma, uma das importantes discursões na atualidade é quanto a interpretação do artigo 1.015 do CPC 2015, tendo argumentos que o mesmo detém um rol exemplificativo, que é taxativo, mas permitindo aplicação extensiva e outros afirmam que é taxativo, porém não impede a interposição de outros recursos. O que se verifica como necessário atualmente é a obtenção de um consenso interpretativo, quanto a delimitação do tema, isso sobre a responsabilidade da Doutrina e da Jurisprudência, pois o Código de Processo Civil atual exige coerência e integridade nas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRASIL. **Código Processo Civil de 2015**. Disponível em: . Acesso em: 22 nov 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meio de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, Vol. 03.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, Vol. 02.

MAZZOLA, Marcelo: A verdadeira hipótese de agravo de instrumento escondida no novo CPC. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-21/marcelo-mazzola-verdadeira-hipotese-agravo-escondida-cpc>. Acesso em 27 de Novembro de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOTARIANO, Junior, Antonio. **Agravo contra as decisões de primeiro grau**, 2. ed. Rev., Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, André Tavares. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, Vol. 01.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. In: Wambier, Teresa Arruda Alvin; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Edurado; DANTAS, Bruni (Coords.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOTAS:

[1] Artigo 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.

[2] Art. 1015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

[3] Artigo 1.009 Da sentença cabe apelação: parágrafo primeiro. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão são a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitada em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a de cisão final, ou nas contrarrazões.

SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS: ESTABILIZAÇÃO, PRECLUSÃO E COISA JULGADA

VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR:

Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: A segurança jurídica é constantemente perseguida pelas decisões judiciais, que procuram pacificar conflitos através da jurisdição. Os principais institutos que garantem certa duração dos decisórios são a estabilização, a preclusão e a coisa julgada. Esta é o grau máximo de definitividade das decisões judiciais, sendo o fim perseguido pelo curso dos atos processuais até sentença final. A estabilização e a preclusão servem de meios garantidores de certa previsibilidade no desenrolar processual, possibilitando as partes e ao julgador uma perspectiva de atos coordenados para o fim comum de obter uma decisão final.

PALAVRAS-CHAVE: Estabilização das decisões judiciais. Tutela antecipada antecedente. Saneamento e organização do processo. Preclusão. Coisa julgada.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1) Estabilização das decisões judiciais. Decisão que concede tutela antecipada em caráter antecedente. Decisão de saneamento e organização do processo. 2) Preclusão: temporal, lógica e consumativa. Incidência da preclusão em decorrência da fase processual. 3) Coisa Julgada: Conceito. Classificação em formal e material. 3) 1. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. 3) 2. Coisa Julgada nas sentenças determinativas. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Um dos objetivos das ações judiciais é a pacificação social, resolvendo a lide existente entre as partes através de uma decisão judicial, considerada lei entre as partes assim que houver o trânsito em julgado.

Há níveis diferentes de consolidação das decisões, podendo citar as hipóteses de Estabilização, Preclusão e Coisa Julgada.

A estabilização ocorrerá basicamente em duas situações previstas no Código de Processo Civil de 2015. Primeiro, a decisão que saneia e organiza o processo, indicando a matéria controvertida, fatos relevantes e ônus probatório das partes, torna-se estável quando transcorrido o prazo de 5 dias para esclarecimentos, vinculando o juízo a análise de toda a matéria de fato e de direito controvertida. Em segundo, a decisão que concede a tutela de urgência em caráter antecedente, sem que a outra parte interponha o recurso cabível, permanecerá eficaz e só será afastada caso decisão posterior, em processo autônomo instaurado no prazo máximo de 2 anos da decisão que extinguiu o processo no qual houve a concessão da tutela de urgência, seja revista, reformada ou invalidada.

No tocante a preclusão em matéria processual civil, consistente na perda da possibilidade de praticar um ato processual, poderá ser temporal, lógica ou consumativa. Preclusão temporal ocorrerá quando estivermos diante da perda do prazo processual para a realização do ato; a lógica será sentida no caso de a parte perder a possibilidade de praticar outro ato processual por ser incompatível com o anterior; por fim, a preclusão é consumativa quando já houve a prática do ato, impossibilitando praticá-lo novamente.

Com caráter definitivo amplo, temos a coisa julgada (melhor seria dizer causa julgada), que soluciona o conflito posto em juízo por decisão judicial que é considerada lei entre as partes.

A definição e utilização adequada de cada um dos institutos de estabilização da decisão judicial contribuem para o conhecimento do sistema processual como um todo.

1) Estabilização das decisões judiciais. Decisão que concede tutela antecipada em caráter antecedente. Decisão de saneamento e organização do processo.

Nosso sistema processual tem por regra a recorribilidade das decisões. Medida que se impõe para atender ao reclamo das partes,

principalmente a que restou sucumbente, no todo ou em parte. Também ampara o sistema recursal brasileiro a presunção segundo a qual os julgadores de grau superior, que exercem suas atividades nos diversos Tribunais, seriam mais experientes, se comparados aos juízes de primeira instância, além de se valerem de Órgãos Colegiados de Julgamento.

Não obstante a permissão do acesso à via jurisdicional superior, é competência do juiz de primeiro grau coordenar o rito processual, adequando-o aos termos da lei, garantindo o contraditório e a participação das partes, agindo com boa-fé e probidade na condução e construção dos atos processuais.

Os atos jurídicos tendem a adquirir estabilidade, em graus e com requisitos diferentes, como corolário do princípio da segurança jurídica, que encontra amparo na Lei Maior de 1988 e no ordenamento processual civil, tanto em 1973 quanto no de 2015. A diferença fica por conta do grau de intensidade da estabilidade.

Para exemplificar e situar bem a temática demonstro os dois exemplos positivados no Novo CPC, estabilizando a decisão judicial nos casos de: a) deferimento de tutela antecipada antecedente (art. 304^[1]); e b) decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, § 1º^[2]).

O primeiro caso refere-se ao pedido de tutela antecipada antecedente, cabível quando a urgência for contemporânea a propositura da Inicial, sendo facultado ao autor limitar-se a pleitear a tutela antecipada e indicar o pedido de tutela final, expondo os fatos, o direito, o valor da causa e o perigo de dano ou risco ao resultado útil que a demora poderá causar, devendo indicar na exordial que requer os benefícios deste art. 303 do CPC/15. Deferida a tutela antecipada, caberá ao autor, sem incidência de novas custas processuais, aditar a petição inicial, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final, sob pena de extinção sem julgamento de mérito.

A tutela antecipada será considerada estável caso não haja recurso contra a sua concessão. Entende-se que este recurso seria o agravo de instrumento, conforme entende Daniel Assumpção^[3], ensinando que “a

tutela antecipada concedida anteriormente só não se estabiliza na hipótese de recurso pelo réu, que, embora não esteja indicado expressamente no dispositivo legal, é o agravo de instrumento, nos termos do art. 1015, I, do Novo CPC”.

A decisão concessiva da tutela antecipada não fará coisa julgada, embora a estabilização de seus efeitos só seja afastada por decisão posterior, advinda de nova demanda proposta por qualquer das partes, no prazo de 2 anos, a contar da decisão que extinguiu o processo, para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, sendo prevento o juízo responsável pela decisão estabilizada.

O professor Alexandre Câmara^[4], debruçando-se no tema, entende que houve uma verdadeira inversão do ônus de demandar “...já que caberá àquele contra quem a tutela antecipada estável produz efeitos o ônus de ajuizar demanda de revisão, reforma ou invalidação...”.

A segunda decisão a ser estudada é aquela que declara saneado o processo, preparando a instrução probatória e organização do rito processual, delimitando a matéria ainda controvertida, alvo da produção das provas. Será considerada estável, nos termos do art. 357, § 1º do CPC, com a transcorrência do prazo de 5 dias disponibilizados as partes para requerer esclarecimentos e solicitar ajustes. Desta decisão não caberá recurso de imediato, podendo ser discutida posteriormente no recurso de apelação ou nas contrarrazões.

Importante ressaltar que a decisão de saneamento põe fim a fase introdutória do processo de conhecimento, visando estabelecer o objeto da cognição, e dará início a fase principal, de instrução e julgamento da causa. Tornando-se estável a decisão, haverá uma vinculação absoluta do juiz ao seu conteúdo, não podendo ser modificados seus termos pelo juízo de primeiro grau. Aqui, a exceção fica por conta dos fatos supervenientes, que devem ser conhecidos por ser uma questão nova, não atingida pela estabilidade da decisão de saneamento e organização do processo.

A estabilidade concedida na decisão que concede a tutela antecipada antecedente e na de saneamento processual, apesar de gerar o grau de estabilidade da coisa julgada, representa um obstáculo ao reexame

do decidido pelo mesmo juízo, cabendo, porém a análise em outra demanda ou noutros órgãos julgadores.

2) Preclusão: temporal, lógica e consumativa. Incidência da preclusão em decorrência da fase processual.

Em termos práticos, a preclusão é a perda da faculdade de praticar um ato processual. É um instituto intimamente afeito ao direito processual, que terá como consequência a estabilidade processual.

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência classificam a preclusão em três vertentes, quais sejam: a temporal, a lógica e a consumativa.

Teremos a preclusão temporal quando houver decorrido o prazo dentro do qual o ato processual deveria ter sido praticado, mas não foi. Como exemplo podemos citar o prazo para interpor recurso contra uma decisão, deixando transcorrer *in albis* o prazo legal para recorrer contra a decisão judicial, estará consumada a preclusão temporal, estabilizando a decisão pela passagem do prazo legal sem que houvesse a interposição do recurso tempestivo.

O art. 223^[5] do CPC/15 esclarece que será extinto o direito de praticar ou emendar ato processual, independentemente de declaração judicial, assegurando a parte comprovar que não o fez por justa causa. O prazo, seja fixado em lei ou determinado pelo juiz, se decorrer sem que a parte tenha praticado o ato processual, importará na impossibilidade de fazê-lo posteriormente, por estar atingido pela preclusão temporal.

O professor Alexandre Câmara^[6] lembra, com propriedade, que a preclusão temporal, além de se direcionar as partes, também está vinculada ao juiz. Fundamentando, é citado o art. 235 do CPC/15, que trata da representação perante o Juiz Corregedor ou o CNJ contra juiz ou relator que exceder os prazos da lei, regulamento ou regimento interno. Distribuída a representação, sendo superado o prazo de resposta do juiz representado, inicia-se o prazo de 10 dias para que pratique o ato

processual, ultrapassando mais 10 dias sem a ser praticado, o juiz perderá esta disponibilidade, devendo encaminhar ao seu substituto legal.

Em segundo lugar, no que se refere à preclusão lógica, estaremos diante desta situação quando o sujeito do processo, em razão da prática de um ato específico, perde a faculdade de praticar outro ato que com ele seja compatível. Além de respeito a boa-fé objetiva e a impossibilidade de agir contra ato próprio, esta hipótese específica também atinge as partes e o julgador.

Não caberá um julgamento de improcedência da ação por ausência de prova testemunhal, por exemplo, se, quando requerida pelo autor, foi denegada pelo magistrado, por o fato já estar demonstrado, ser notório ou prescindível ao julgamento da lide. A boa-fé objetiva e a vedação ao comportamento contraditório vinculam as partes e o juiz.

Por último, trago ao conhecimento a preclusão consumativa, que ocorrerá quando o sujeito após praticar o ato processual não poderá repeti-lo, praticar mais uma vez. No CPC/15 a reconvenção virá como preliminar na contestação, um peça única. Neste caso, não é facultado a parte apresentar a contestação e dias depois, mesmo que dentro do prazo legal, trazer ao juízo a petição com a reconvenção, por já ter sido praticado o ato de defesa, em atenção até mesmo ao princípio da eventualidade, sendo vulnerado pela preclusão consumativa.

Pensemos na decisão de saneamento e organização do processo que, dentre outras funções, fixa o objeto de prova, os elementos que merecem atenção das partes para produzir o lastro probatório. Caso um fato seja tido por notório ou irrelevante para o julgamento da causa, não pode o juiz, na hora de proferir a sentença, julgar que aquele ato deveria ter sido comprovado ou era essencial à resolução da controvérsia. O juiz não poderá decidir novamente sobre aquilo que foi alvo de pronunciamento anterior, com exceção da distribuição do ônus da prova alterada em julgamento de agravo de instrumento, sendo retratável pelo juiz.

Há uma quarta hipótese, citada pelo professor Alexandre Câmara, trata-se da preclusão por fases do processo, quando determinado ato processual tornar-se impossível por já ter se alcançado uma fase processual

com ele incompatível. Depois de citado o réu, por exemplo, não cabe mais o julgamento por improcedência liminar do pedido, por já ter dado conhecimento ao réu da existência do processo.

A eficácia da preclusão é endoprocessual, produz efeitos restritos ao âmbito processual, impedindo a discussão, no mesmo processo, de matéria já atingida pela preclusão, em qualquer de suas modalidades.

3) Coisa Julgada: Conceito. Classificação em formal e material.

Inicialmente, numa interpretação autêntica, a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro diz que: *“Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”* (art. 6º, § 3º, LINDB). A imutabilidade aqui tratada faz referência ao dispositivo da decisão judicial, não ao relatório, fundamentos ou mesmo seus efeitos.

A coisa julgada produz a estabilidade máxima, tornando-se indiscutível naquele processo ou em qualquer outro, a depender do caso, o direito posto e decidido. A coisa julgada poderá ser alegada como preliminar de mérito na contestação, quando a ação repetir outra anteriormente ajuizada, quando esteja transitada em julgado, conforme art. 337, inc. VII, §§ 1º e 4º, do CPC/15. Reconhecendo a coisa julgada, o juiz extinguirá o processo posterior sem resolução de mérito, sendo ofendida a coisa julgada uma das causas que podem fundamentar uma ação rescisória (art. 966, inc. IV, CPC/15).

A estabilidade da decisão adquirida pela coisa julgada atinge o grau máximo se comparada com a da preclusão e da estabilização. Aqui, presenciaremos o fenômeno do trânsito em julgado, observado justamente quando a decisão originalmente recorrível passa a não ser mais passível de recurso, seja pela decurso do prazo legal sem interposição da via recursal ou pela especificidade da decisão não ser atacável por recursos. O professor Alexandre Câmara^[7] é sucinto ao dizer que o efeito do trânsito em julgado é a preclusão dos recursos.

De imediato, a coisa julgada produz um efeito negativo, condizente com a impossibilidade de ingressar em juízo com nova ação idêntica a

anterior decidida em sentença transitada em julgado. Ainda, há duas espécies de coisa julgada, a material e a formal, com diferentes efeitos produzidos.

Tem-se a coisa julgada formal quando decisão irrecurável, não podendo ter seu conteúdo alterado no âmbito daquele processo, possibilitando a propositura de nova demanda idêntica, que poderá ter seu mérito julgado, sendo comumente lembradas as sentenças terminativas, que extinguem sem julgar o mérito. Aqui, a exceção fica por conta da sentença terminativa que: *“indeferir a petição inicial”;* *“verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”;* *“verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”;* e *“acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”*. Nestas quatro hipóteses do art. 485, no CPC/15, a propositura da nova demanda depende da correção do vício, não cabendo apresentar nova ação idêntica, na medida em que é imperioso sanar o vício original.

De outro lado, com ainda mais estabilidade, a coisa julgada material será observada nas decisões irrecuráveis que tenham enfrentado o exame do mérito, tornando-as imutáveis e indiscutíveis, conforme art. 502 do CPC/15. Neste caso, estamos tratando de sentenças definitivas, ou seja, aquelas que decidem o mérito da ação, sendo imutável o conteúdo, presente no dispositivo da decisão de mérito irrecurável, não se admitindo que nova demanda idêntica seja proposta.

3) 1. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

A coisa julgada obtém limites objetivos e subjetivos, de acordo com as pessoas que serão atingidas por sua eficácia e em relação ao objeto atingido pela decisão irrecurável de mérito. Via de regra, somente será atingida pela coisa julgada a matéria principal de mérito, não abrangendo as questões prejudiciais de mérito.

Em relação aos limites objetivos, alguns requisitos deverão ser observados para que tenhamos a coisa nas questões prejudiciais de mérito. A coisa julgada material, nestes casos, será extensível a resolução da questão prejudicial desde que o juízo seja competente para a causa

principal e prejudicial, tenha havido contraditório prévio e no rito processual não houver restrições à produção de provas ou limitar a cognição.

Inicialmente, a resolução da questão prejudicial deverá ser fundamental para o julgamento da matéria de mérito, conforme o art. 503, § 1º, inc. I do Diploma Processual Civil.

Em segundo lugar, sendo um dos requisitos cumulativos, é que o processo deverá ter tido andamento respeitando o legítimo contraditório prévio e efetivo, sendo afastado caso tenha transcorrido a revelia, na forma do art. 503, § 1º, inc. II, CPC/15. Aqui, deve-se garantir as partes a possibilidade de produzir provas em relação a matéria de mérito e a questão prejudicial.

Por fim, o juízo que tenha exarado a decisão deve ser competente também para o julgamento da questão prejudicial, em razão da matéria e da pessoa, competência absoluta, para resolvê-la como questão principal, conforme dispõem o art. 503, § 1º, inc. III do CPC/15. Exemplificando, caso tramite na Vara da Fazenda Pública uma demanda contra a Fundação Previdenciária Estadual para requerer pensão por morte de ex-segurado alegando a convivência em união estável, não caberá este juízo decidir a questão prejudicial como causa principal, já que não é competente para tanto, sendo da alçada de uma das Varas de Família da Comarca. Atente-se que a decisão, na fundamentação, decidirá se há ou não união estável, não sendo abrangida pela imutabilidade da coisa julgada.

Ademais, há um requisito negativo, impedindo a formação da coisa julgada sobre questões prejudiciais *“se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”*, conforme § 2º do art. 503 do CPC/15. Como exemplo, o procedimento do Mandado de Segurança, que tem especificidades do ponto de vista probatório, somente possibilitando colocar as provas documentais pré-constituídas, não podendo fazer coisa julgada questão prejudicial na qual não tenha dado oportunidade as partes para convencer o julgador do direito alegado.

Quanto à limitação subjetiva, o art. 506 do CPC/15 estabelece que: “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.*”. Há uma grande inovação no novo diploma processual civil, ampliando o alcance subjetivo da coisa julgada para beneficiar terceiros, somente não podendo prejudicá-los, por não ter sido parte na lide.

A coisa julgada fica limitada as partes na demanda, não prejudicando, mas podendo beneficiar terceiros. Especificamente quanto aos casos de sucessão processual, a coisa julgada será estendida ao sucessor, que ocupa a mesma posição de parte que era ocupada pelo seu antecessor, sendo igualmente atingido pela coisa julgada.

No caso da substituição processual, ocorrida quando um legitimado extraordinário vai a juízo em nome próprio na defesa de interesse alheio, a coisa julgada abrange substituto e substituído, este por ser o verdadeiro titular do interesse jurídico, sendo aquele alcançado por ser parte na demanda.

Importa ressaltar que a coisa julgada não atingirá os fundamentos e motivos da decisão, somente se referindo ao que consta do dispositivo.

3) 2. Coisa Julgada nas sentenças determinativas.

A coisa julgada determinativa é aquela que abrange relações jurídicas de trato continuado, que não se extinguem pelo pagamento, renovando-se mês a mês, permanecendo imutável enquanto se mantiverem as relações de fatos e de direito.

As relações continuativas não se extinguem pelo pagamento, renovando-se periodicamente, podendo ser extinta por outras causas, como a morte de algumas das partes ou rescisão do contrato que originou a relação de trato sucessivo.

Muito se discute se haveria coisa julgada nestes casos, ao argumento de que pode ser alterado quando houver mudanças nas relações de fato ou de direito. Ressalto, de início, que este não é um entrave. A demanda de revisão é diferente da anterior, com causa de pedir e pedidos diferentes.

Para que se repita uma demanda é necessário que haja as mesmas partes, mesmo objeto e causa de pedir, sendo que a revisional possui somente as mesmas partes, sendo diversos os demais.

Não há que se falar em inexistência ou ofensa a coisa julgada determinativas, já que, enquanto se mantiver as razões de fato e de direito que foram consideradas na decisão irrecorrível transitada em julgado, permanecerá imutável a coisa julgada. A ação revisional possui causa de pedir e objeto distintos, configurando uma demanda que nunca foi julgada.

Conforme define o professor Alexandre Câmara^[8]: *“a coisa julgada que se forma sobre as sentenças determinativas é igual a qualquer outra coisa julgada.”* A única especificidade é em relação ao direito material objeto de julgamento, tendo em vista que as sentenças determinativas julgam relações de trato sucessivo, que podem ter suas circunstâncias de fato e de direito alteradas com o passar do tempo e pagamento das parcelas. Geraria uma situação de ilegalidade e desapego a realidade manter imutável uma sentença irrecorrível julgadora de relação prolongada no tempo, pagável em parcelas, de tempos em tempos.

CONCLUSÃO

Sob a vigência do novo Código de Processo Civil a boa-fé objetiva passou a amparar com mais ênfase as relações entre as partes e destas com o julgador e os auxiliares da Justiça. Para tanto, o respeito e certa constância nas decisões e entendimentos judiciais são imprescindíveis para a boa aplicação dos novos postulados.

Nesta seara vemos a importância da estabilização das decisões judiciais, do instituto processual da preclusão e da coisa julgada.

A estabilização da decisão de saneamento e organização do processo, essencial para o início da fase de produção probatória, e da decisão que concede a tutela em caráter antecedente são fundamentais para encaminhar o processo com um viés cada vez mais colaborativo, de múltiplas responsabilidades.

A preclusão vem como importante medida impeditiva para a celeridade processual, propondo um termo temporal, lógico ou consumativo pelos quais as partes ou o juiz perdem a prerrogativa de praticar determinado ato processual.

Em arremate, a coisa julgada dá eficácia máxima a decisão judicial, produzindo a pacificação social e a realização do direito entre as partes, consentâneo com a prestação jurisdicional célere, eficaz e eficiente.

Pelo que foi dito, a estabilização das decisões judiciais acaba por colaborar com a pacificação social e o implemento progressivo de um cultura jurídica que privilegie a segurança nas relações com o direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF.

2) CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017.

3) Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NOTAS:

[1] Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

[2] Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

[3] Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 489.

[4] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 307.

[5] Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.

[6] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 308.

[7] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 309.

[8] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 319.

CRIMES CIBERNÉTICOS

TALLES LEANDRO RAMOS NASCIMENTO:

Bacharelando do curso de Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE

DANILO DE FREITAS^[1]

(Orientador)

RESUMO: Com o surgimento da era digital o indivíduo buscou manter-se cada vez mais informado e atualizado para poder usufruir das tecnologias. A internet é uma ferramenta que proporciona as mais diversas formas de relações, as quais acontecem em questões de segundos. O número de usuários cresce a cada ano e conseqüentemente o número de crimes praticados no ambiente virtual, tendo em vista a facilidade e a disponibilidade de dados que se encontram cadastrados. A rede mundial de computadores tornou-se uma grande aliada do indivíduo, mas ao mesmo tempo trouxe consigo preocupações, tendo em vista que essa passou a ser utilizada também para a prática de crimes. Com o avanço tecnológico surgiram novas demandas e o direito precisou passar por transformações, de forma a resguardar as pessoas dos crimes no meio virtual, denominados crimes cibernéticos. Viu-se a necessidade da elaboração de um conjunto de normas que visam proteger, punir e coibir a prática desses crimes, a fim de resguardar os direitos da sociedade frente à ação desses indivíduos. Para a realização do referente estudo foi utilizada a pesquisa bibliográfica com a análise jurisprudencial e doutrinária que tratam sobre o tema. Assim, faz-se necessária a tutela do Estado para o combate e punição deste tipo de crime de forma efetiva.

Palavras-chaves: Ambiente virtual – direito penal brasileiro - evolução legislativa - crimes cibernéticos.

ABSTRACT: With the advent of the digital age, the individual sought to keep himself more informed and up-to-date in order to take advantage of the technologies. The internet is a tool that provides the most diverse forms

of relationships, which happen in seconds. The number of users grows each year and consequently the number of crimes committed in the virtual environment, given the ease and availability of data that are registered. The world-wide network of computers became a great ally of the individual, but at the same time brought with it preoccupations, considering that this one began to be used also for the practice of crimes. With the technological advance new demands arose and the right had to undergo transformations, in order to protect the people of the crimes in the virtual environment, denominated cybernetic crimes. There was a need for the elaboration of a set of norms aimed at protecting, punishing and curbing the practice of these crimes, in order to safeguard the rights of society to the action of these individuals. For the accomplishment of the referred study the bibliographical research with the jurisprudential and doctrinal analysis that deal with the subject was used. Thus, it is necessary to guard the State to combat and punish this type of crime effectively.

Keywords: Virtual environment - Brazilian criminal law - Legislative evolution - cyber crimes.

INTRODUÇÃO

Ante a globalização e as novas necessidades dos seres humanos, os avanços tecnológicos vêm diminuir as distâncias e facilitar os processos e as atividades. As relações entre as pessoas tornam-se mais fáceis com o uso da internet, unindo culturas e possibilitando o intercâmbio de informações.

A sociedade evoluiu, e com ela a disseminação do computador e da Internet. No entanto, ao mesmo tempo em que os avanços tecnológicos trouxeram muitos benefícios surgiram novas demandas e o Direito precisou passar por transformações, de forma a resguardar as pessoas dos crimes digitais. Os crimes até então tipificados no Código Penal passaram a também, ser praticados em meio virtual, surgindo os crimes cibernéticos.

A internet tem sido utilizada para os mais diversos fins, seja para buscar conhecimento, realizar negócios comerciais, conhecer pessoas, utilizar as redes sociais e de relacionamentos, entre outros. Contudo,

algumas pessoas utilizam para causar danos e até prejuízos financeiros para outras pessoas, aplicando golpes, tendo em vista o anonimato que a internet proporciona de certa maneira.

E o que se verifica no dia a dia não poderia ser mais alarmante, o indivíduo tem visto de forma espantosa e em alta escala a prática de crimes no ambiente virtual, de uma ousadia sem igual. Repercutindo de forma direta na vida da vítima bem como de terceiros. Percebe-se que com a evolução dos recursos tecnológicos e a vasta quantidade de modelos de dispositivos utilizados para acesso a internet, surgiram também novos meios para a difusão de ameaças.

Assim, frente à prática reiterada de crimes cibernéticos, o estado passou a ter a necessidade de desenvolver formas de punição, voltadas a coibir estas práticas. Juntamente com a nova era digital a legislação busca regradar as condutas praticadas neste ambiente, garantindo de forma eficiente o combate à criminalidade nesse meio.

Diante disso, este estudo busca desenvolver uma pesquisa a cerca dos crimes cibernéticos. Tendo como objetivo conhecer a evolução legislativa brasileira frente aos crimes cibernéticos. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica baseada na doutrina, artigos científicos, legislação e jurisprudência atinente ao tema.

1 HISTÓRICO E DESENVOLVIMENTO DO COMPUTADOR

As inovações tecnológicas surgem de uma evolução das necessidades humanas, buscando a facilitação de suas atividades rotineiras, visando uma melhoria de vida e a forma de comunicação entre os grupos de uma sociedade. Dessa forma, durante o século XX as formas de comunicação foram aprimoradas e esses avanços tecnológicos deram origem ao computador e a internet.

A evolução tecnológica, atrelada ao computador e á internet fez com que a vida das pessoas se tornasse mais descomplicada, seja nas formas de comunicação ou na facilidade para realizar suas atividades cotidianas, permitindo a realização de uma série de atividades sem sair da comodidade de sua casa, seja para realizar compras, pagar contas, estudar, entre outras.

2 ORIGEM DO COMPUTADOR

O homem vem buscando a cada dia desenvolver novas ferramentas que lhe auxiliem nas atividades de seu cotidiano. Uma dessas ferramentas foi o computador, o qual veio para auxiliar na realização de tarefas, o que antes demandava um grande período de tempo para sua realização passou ser realizada quase que de forma instantânea.

O primeiro protótipo criado foi a máquina analítica desenvolvida por Charles Babbage, em meados do ano de 1830. Entretanto, a história da computação começou muito antes, tendo em vista que o computador se trata de uma máquina capaz de realizar cálculos com uma grande quantidade de números, pode-se dizer que o ábaco foi o primeiro modelo a ser desenvolvido 2000 a.C., o qual era utilizado para realizar cálculos do dia a dia, principalmente nas atividades ligadas ao comércio.

No ano de 1638 d.C., o inglês William Oughtred, criou uma tabela para a realização de cálculos de multiplicação que envolvessem grandes números, conhecida como régua de cálculo. Já em 1642, o francês Blaise Pascal desenvolveu a primeira calculadora mecânica da história, chamada de Máquina de Pascal.

Assim, em 1822 foi apresentada para a sociedade a Máquina de diferenças desenvolvida por Charles Babbage, a mesma seria capaz de calcular funções de diversas naturezas de forma muito simples, e prometia revolucionar a maneira de se fazer cálculos. No ano de 1837, Babbage apresentou um novo modelo a Máquina Analítica, no entanto, por falta de condições técnicas e financeiras ambas só puderam ser implantadas quase cem anos depois. Vale destacar que algumas de suas técnicas são utilizadas ainda nos dias atuais.

O inglês Thomas Flowers, em 1942 desenvolveu o primeiro computador programável eletrônico, o qual foi chamado de Colossus. Já em 1945, Von Neumann desenvolveu a arquitetura do computador, a qual é utilizada até hoje.

O computador que conhecemos hoje passou por diversas transformações ao longo do tempo, sejam elas nas áreas da matemática, engenharia e eletrônica. Dessa forma, a criação do computador pode ser dividida em gerações que abrangem o período de 1951 até os dias atuais.

Os computadores de primeira geração (1946-1954) quando criados funcionavam através de circuitos e válvulas eletrônicas, tinham uso restrito, tinham um tamanho imenso e consumia muita energia, em torno 200 quilowatts, e o armazenamento dos dados era realizado em cartões perfurados, um dos representantes dessa geração é ENIAC (*Electronic Numerical Integrator and Computer*) (PINHEIRO, 2013, p. 61).

Por sua vez, os computadores de segunda geração (1955-1964) funcionavam por meio de transistores, gastavam menos energia, eram mais rápidos e confiáveis, contudo ainda possuíam dimensões muito grandes. Nessa época começou a comercialização dos primeiros computadores, o UNIVAC - UNIVersal Automatic Computer.

Os computadores de terceira geração (1964-1977) são marcados pela utilização dos circuitos integrados, o que possibilitou a construção de equipamentos menores e mais baratos, facilitando a produção em massa. O computador mais vendido na época era o IBM.

Por sua vez, os computadores de quarta geração (1977- 1991) são reconhecidos pelo surgimento dos processadores — unidade central de processamento. Os sistemas operacionais como MS-DOS, UNIX, Apple's Macintosh foram construídos. Os computadores eram mais confiáveis, mais rápidos, menores e com maior capacidade de armazenamento. A referida geração é marcada também pela venda dos primeiros computadores pessoais. Por fim, os computadores de quinta geração (1991-até os dias atuais), está sendo marcada pela inteligência artificial por sua conectividade.

Nos dias atuais, pode se definir o computador como “elemento físico que permite o tratamento de dados e o alcance de informação” (PINHEIRO, 2013, p. 59), constituído, basicamente, por dois componentes essenciais: o hardware e o software. O primeiro é a parte física da máquina, englobado pela suas unidades e circuitos e, o segundo, corresponde aos seus programas (PAESANI, 2014, p. 11-12).

De certo modo não seria correto associar a criação do computador apenas a um deles, desde então centenas de pesquisadores se envolveram para a sua concretização.

Portanto, trata-se de um aparelho que como o próprio nome já menção computa ou calcula, é um aparelho tecnológico que auxilia as atividades humanas. Devido à época em que este foi desenvolvido, e devido a complexidade para a sua criação, este era muito diferente dos que conhecemos hoje em dia, houveram diversas modificações para que este fosse aperfeiçoado. Contudo todas as etapas foram cruciais para que este fosse construído, sua criação teve a participação de diversos interventores, que foram o aperfeiçoando.

3 A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

A rede mundial de computadores, também denominada internet foi criada no período da guerra fria, e assim como o computador, possuía fins militares, era utilizada como uma forma de comunicação alternativa, caso não fosse possível utilizar os meios convencionais.

Criada inicialmente com fins exclusivamente militares, em 1969 foi criada a primeira rede nacional de computadores pelo departamento de defesa dos Estado Unidos da América, a ARPANET (Advanced Research Projects Administration –Administração de Projetos e Pesquisas Avançados), com intuito de compartilhar informações, pesquisas e estratégias militares conectando os computadores dos centros de pesquisas, universidades e instituições militares americanas. (ROSA, 2002, p. 29).

Em 1972 a internet foi apresentada à sociedade pelo governo americano. Com a ideia de implementação da internet nas universidades americanas. E no fim do mesmo ano, Ray Tomlinson desenvolveu o correio eletrônico, hoje popularmente conhecido como e-mail (BARROS, 2013).

Assim, em 1980 se começou a utilizar o protocolo aberto o qual possibilitava uma conexão de sistemas heterogêneos, denominado (TCP IP) Transmission Control Protocol – Internet Protocol, em português

Protocolo de Controle de Transmissão - Protocolo de Internet. Este novo protocolo permitiu o acesso de diferentes equipamentos.

O autor Gabriel César Zaccaria de Inellas (2009, p.02) explica o protocolo utilizado pela rede mundial de computadores: "Protocolo é a designação dada aos formatos de mensagens e suas regras, entre dois computadores, para que possa haver troca de mensagens. Cumpre salientar que o protocolo permite a comunicação entre os dois comunicadores".

Contudo, foi em 1983 que surgiu a definição internet. Assim, em 1991 foi lançada a World Wide Web (WWW), permitindo a transmissão de imagens, sons e vídeos pela rede, sendo que até então apenas poderiam ser transmitidos textos. A internet se disseminou, e então houve a criação de provedores concedendo o acesso à internet, para que os usuários pudessem dela utilizar (PAESANI, 2013, p. 11).

Com o passar do tempo, sua estrutura foi sendo ampliada e melhorada, tornando-se mundial, interligando países, e diminuindo as fronteiras geográficas. Nas palavras de Zanellato, "A Internet é um suporte (ou meio) que permite trocar correspondências, arquivos, ideias, comunicar em tempo real, fazer pesquisa documental ou utilizar serviços e comprar produtos" (ZANELLATO, 2002.p.173).

No Brasil, a internet começou a ser implantada de forma lenta e progressiva, houve uma série de ações governamentais para que se desse início ao desenvolvimento das telecomunicações. O setor de telecomunicações era dominado por empresas privadas e seu desempenho era de baixíssima qualidade. Em 1964 foi implantado o Código Brasileiro de Telecomunicações que implantou o Ministério das Comunicações, e mais tarde a EMBRATEL criada para implantar a rede nacional (DIAS, 2004).

No ano de 1994 a Internet se tornou comercial no país e, no ano seguinte, o Ministério de Ciência e Tecnologia e o Ministério das Comunicações, criou o Comitê Gestor da Internet (CGI), formado por representantes da academia, das empresas envolvidas nas conexões, provedores e usuários, com o fim de regulamentar o uso da rede e

fomentar o desenvolvimento dos serviços ligados à Internet (OLIVEIRA, 2011, p. 22).

Houve uma série de outros fatos que influenciaram diretamente a implantação do sistema de internet do Brasil. Contudo, foi apenas em 1996 que a Internet comercial chegou ao Brasil, ainda com uma infraestrutura insuficiente para atender às demandas de seus provedores e usuários. Houve um crescimento no número de usuários, mas também em transações por meio do comércio eletrônico. E assim, gradativamente houve a implantação de novas tecnologias até os dias atuais. Surgiram ainda, as tecnologias de banda larga, sendo que atualmente existe uma gama de opções de conexão, seja ela via satélite, telefonia celular ou via rádio.

Atualmente, segundo o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, mais de 63% dos domicílios brasileiros possuem acesso à internet em casa, o grande aumento deve-se ao acesso em outros dispositivos além do computador, como os smartphones, já que segundo dados 94,8% utilizam o celular para se conectar à rede (IBGE, 2015).

Dessa forma, o avanço tecnológico, e a implantação da internet possibilitou a comunicação direta entre pessoas de qualquer parte do planeta, encurtando fronteiras, sendo considerada como o principal meio de transmissão de informação.

4 CRIMES CIBERNÉTICOS

Os avanços tecnológicos e a universalização da internet vêm ocasionando efeitos negativos, sendo utilizada como meio para prática de delitos, muitas vezes na forma do anonimato. Utiliza-se a internet para a prática dos delitos cibernéticos, ou ainda para a prática dos mais diversos crimes.

Dessa forma, a internet proporciona a possibilidade de ocorrência de diversos crimes, dentre eles pode-se destacar: crime contra a segurança nacional, crime contra a propriedade industrial, interceptação de comunicações de informática, lavagem de dinheiro e pirataria de software, calúnia, difamação, injúria, ameaça, preconceito, discriminação de raça-cor

etnias, pedofilia, divulgação de segredo, furto, dano, apropriação indébita, estelionato, violação de direito autoral, escárnio por motivo de religião, favorecimento da prostituição, ato obsceno, incitação ao crime, apologia ao crime ou criminoso, falsa identidade, inserção de dados em sistema de informações, falsos testemunho, exercício arbitrário das próprias razões e jogo de azar (COLARES, 2002, p. 02).

4.1 CONCEITO DE CRIMES CIBERNÉTICOS

Não existe um consenso entre a doutrina quanto à denominação dos crimes praticados relacionados com o ambiente virtual, assim recebem as mais diferentes nomenclaturas. O crime corresponde de certa forma a todas as condutas tipificadas cometidas com o uso de tecnologia. Contudo, as acepções são amplas e variam de acordo com o ponto de vista de cada um.

Segundo Paulo Quintiliano (2007 *apud* KAMINSKI, 2003; PECK, 2002), existe uma diferença entre crimes de informática e crimes cibernéticos, os “crimes de informática são todas as ações típicas, antijurídicas e culpáveis praticados com utilização de computadores e/ou de outros recursos da informática.” Por sua vez, crimes cibernéticos são aqueles cometidos utilizando a Internet, ou seja, o crime cibernético é espécie do crime de informática, uma vez que se utiliza de computadores para acessar a Internet.

Já para o autor Sérgio Marcos Roque (2007, p. 25) o crime cibernético é “toda conduta, definida em lei como crime, em que o computador tiver sido utilizado como instrumento de sua perpetração ou consistir em seu objeto material”.

Para o doutrinador Augusto Rossini, o delito de informática pode ser definido da seguinte forma:

[...]“delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele,

e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade. (ROSSINI, 2004, p. 110.).

Carla Rodrigues Castro (2003, p.09), assevera que a maioria dos crimes é praticado por meio da internet, e o meio mais utilizado é o computador. Dessa forma, são considerados crimes de informática aqueles consumados e realizados através utilização de computadores.

Partindo de outro viés, a “Convenção sobre o Cibercrime de Budapeste”, realizada no ano de 2001, definiu os crimes de informática são aqueles perpetrados por meio dos computadores, contra eles ou através deles, de modo que a maioria dos crimes é praticada por meio do sistema de internet (SCHMIDT, 2014 apud CASTRO, 2003).

Assim, pode se dizer que os crimes cibernéticos são todas as condutas típicas, antijurídicas e culpáveis praticadas com a utilização do sistema de informática.

Tendo em vista, as constantes e mais variadas formas de condutas ilícitas realizadas na internet, este tipo de crime recebe as mais diversas nomenclaturas, sejam elas crimes virtuais, cibernéticos, digitais, informáticos, telemáticos, entre outros. Descreve o autor Terceiro (2009, p. 02):

Os crimes praticados nesse ambiente digital são caracterizados pela ausência física do agente ativo, por isso, tornaram-se usualmente definidos como crimes virtuais, ou seja, os delitos praticados através da internet são conhecidos como crimes virtuais, pela falta de seus autores e seus asseclas.

Existem duas classificações quanto aos crimes cibernéticos adotadas pela doutrina, as quais se dividem em crimes puros, mistos e comuns, e, crimes próprios e impróprios.

Os crimes cibernéticos puros levam em consideração toda e qualquer conduta ilícita que utilize de forma exclusiva o sistema de computador, englobando o atentado físico ou técnico deste, inclusive dados e sistemas. Já os crimes mistos são aqueles o uso da internet ou do sistema é condição primordial para a efetivação da conduta. Por fim, os crimes cibernéticos comuns são aqueles em que a internet é utilizada para como meio para a realização de um crime já tipificado em lei (PINHEIRO, 2002, p. 85-87).

Por sua vez, os crimes próprios são considerados aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas. Já os crimes impróprios seriam aqueles que atingem um bem jurídico comum, como por exemplo, o patrimônio do indivíduo através de um sistema informático (VIANNA; MACHADO, 2013, p. 30- 32).

Nas palavras de Damásio Evangelista de Jesus (apud CARNEIRO, 2012, [n.p.]):

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado.

Crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço "real", ameaçando ou lesando outros bens, não computacionais ou diversos da informática.

Portanto, os crimes virtuais próprios são aqueles em que o computador, como sistema tecnológico é usado como objeto e meio para execução do crime, já os crimes virtuais denominados impróprios são

aqueles realizados com a utilização do computador, onde este é utilizado como instrumento para realização de condutas ilícitas.

4.2 CRIMES PRATICADOS NAS REDES SOCIAIS

As redes sociais são ambientes onde internautas compartilham fotos, vídeos, textos e diversos outros conteúdos, os quais ficam acessíveis a uma grande quantidade de pessoas. Assim, passou a servir como refugio para a prática de atos criminosos, tendo em vista a forma do anonimato disfarçado. Assim, tem se tornado cada vez mais frequentes demandas judiciais que envolvam crimes praticados em redes sociais, em especial, no *facebook*, *instagram*, e aplicativos de troca de mensagens, como o *Whatssap*.

Atualmente, as redes sociais é o meio de comunicação mais utilizado entre os indivíduos. Dentre alguns dos crimes mais praticados podemos destacar os crimes contra a imagem, honra e intimidade, ou seja, os crimes de calúnia, difamação, injúria e racismo (ARAS, 2001). E tendo em vista, a velocidade de transmissão de informações e gama de sujeitos que terão acesso ao conteúdo ofensivo, os crimes têm seus efeitos potencializados.

A Constituição Federal de 1988 trata a honra como direito fundamental: 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: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Assim, além da natureza jurídica de direito fundamental, a honra também constitui um dos direitos da personalidade, isto é, "aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 160).

Os crimes de calúnia, difamação e injúria, estão previstos respectivamente nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro.

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. (BRASIL, 1940)

Contudo, para que haja configuração do crime contra a honra por meio das redes sociais, é preciso que estejam presentes todas elementares do tipo penal, bem como o elemento subjetivo do delito. No caso da calúnia, é necessária a imputação da prática de determinado fato, e que este seja qualificado como crime, sendo consumada quando a referida atribuição se torna conhecida por terceiro (BITENCOURT, 2011, p. 320-321).

Na difamação, é preciso imputação de um fato determinado, fato este ofensivo à reputação da vítima, podendo ser verdadeiro ou não, com a comunicação do fato a terceiros (BITENCOURT, 2011, p. 338- 340). Já a injúria, requer uma afirmativa que atribua uma característica depreciativa à vítima, contudo, não é necessário que a ofensa seja proferida de maneira pública, bastando apenas que chegue ao conhecimento da vítima para a sua consumação (BITENCOURT, 2011, p. 350).

Tais práticas delituosas podem ser perpetradas por meio de direct message (DM) no Twitter e Instagram ou pelo inbox do Facebook, pois são recursos que permitem o envio mensagens privadas à pessoa visada, ou ainda realizadas em publicações em modo público.

Assim no âmbito das redes sociais, os referidos crimes podem ser cometidos por meio de publicações na própria linha do tempo do usuário ou de terceiros, tweets, comentários nas postagens de outrem e quaisquer meios em que a ofensa seja repassada a terceiros, já que é imprescindível que alguém além da vítima dela tome conhecimento.

Apenas a título de conhecimento, o Facebook, dispõe de uma ferramenta onde é possível que usuário possa denunciar uma publicação, foto ou comentário, solicitando a remoção de conteúdo ou da conta que viole os Padrões da Comunidade, sendo assim consideradas as publicações contendo nudez, discurso de ódio, violência e conteúdo gráfico, que veiculem ameaças diretas, bullying ou assédio, que ameacem ou promovam exploração ou violência sexual, entre outros. (SOUZA, 2014, p. 811).

Tais crimes são compatíveis com o meio digital e podem ser facilmente praticados por meio da Internet, já que se trata de crimes de forma livre, que podem ser praticados por qualquer modo, sejam por meio do correio eletrônico, aplicativos de mensagens instantâneas, blogs e redes sociais a fim de disseminar a ofensa. Cabendo ao legislador criar normas a fim de proteger os usuários de ataques a sua honra, intimidade e vida privada.

4.3 CRIMES HEDIONDOS PRATICADOS NO ESPAÇO CIBERNÉTICO

Os crimes hediondos estão definidos no artigo 1º da Lei 8.072, de 1990, e são insuscetíveis de anistia, graça, indulto ou fiança. Ainda, existem os crimes previstos em lei que são equiparados aos hediondos, são eles: o tráfico ilícito de entorpecentes, a tortura e o terrorismo. Contudo, o que é objeto do presente estudo é o inciso VIII, do artigo 1º que trata da pornografia infantil:

Art. 1º: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), consumados ou tentados:

[...]

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (BRASIL, 1990)

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90 tipifica de forma clara e precisa este tipo de crime que também é praticado no mundo virtual.

Art. 240 – Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 241 – Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.
(BRASIL, 1990)

Seguindo nesse estudo, tem-se o art. 241-A do ECA, que tratou do crime de divulgação de pornografia infantil:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Ainda, o artigo 241 – B do mesmo dispositivo legal tipifica o ato de posse de pornografia infantil, ou seja, ter em poder, de qualquer forma, foto, vídeo ou em qualquer meio de registro, pornografia infantil, ou seja, aquele que guarda em seu computador ou aparelho celular fotos íntimas de menores de idade, cuja pena é de 1 a 4 anos de reclusão e multa. De certa forma a referida inclusão serviu ao propósito de responsabilizar penalmente o indivíduo que armazena conteúdo erótico envolvendo crianças e adolescentes (NOGUEIRA, 2009, p. 84 apud COUTINHO, 2011, p. 17).

O artigo 241- C trata dos crimes de produção de pornografia infantil simulada/montagem; e por fim o artigo 241-D elenca os crimes de aliciamento de criança.

Cumprindo ainda, fazer uma distinção entre a Pedofilia e a Pornografia Infantil, na primeira, há uma perversão sexual, a qual o adulto experimenta sentimentos eróticos com crianças e adolescentes, já na Pornografia Infantil não é necessário à ocorrência da relação sexual entre adultos e crianças, mas sim, a comercialização de fotografias eróticas ou pornográficas envolvendo crianças e adolescentes (INELLAS, 2004. p.46).

Assim, a internet tem sido o meio de comunicação preferido dos criminosos para a prática desse tipo de crime, tendo em vista a facilidade na transmissão de imagens e vídeos, bem com a sensação de anonimato que o meio digital proporciona, tendo em vista que existe maior dificuldade para sua identificação e posterior punição. Nesse sentido, destaca Christiane H. Kalb outros motivos para o aumento da pornografia infantil na internet:

Alguns dos motivos para que o abuso sexual e a publicação de fotos e vídeos pornográficos aumentassem significativamente foram a "confidencialidade de usuários de salas de bate-papo; hospedagem de *sites* nos mais variados países, dificultando a identificação e a prisão dos responsáveis; pouca legislação específica para crimes de informática, etc. [...]. (KALB, 2008, p. 121 apud COUTINHO, 2011, p. 15).

Dessa forma, a internet modificou o mercado da pornografia infantil, permitindo facilmente a sua distribuição, expandindo seu público alvo. As facilidades proporcionadas pela internet contribuíram de forma significativa para formas acessíveis á conteúdo pornográfico envolvendo crianças e adolescentes. Sendo possível obtê-los sem sair de casa, acessando apenas um site, ou recebendo por e-mail, ou ainda por meio de compartilhamento de arquivos, e até mesmo com envio de mensagens instantâneas (MITANI, 2012, p. 121).

Consequente, existe a grande dificuldade para que se chegar ao indivíduo que praticou as referidas condutas, sendo necessária na maioria das vezes a quebra de sigilo, para conseguir rastrear e localizar o culpado. Muitas vezes ainda é preciso que as provas eletrônicas passem por uma perícia tecnicamente rigorosa, para que sejam aceitas em processos (PINHEIRO, 2010.p.300 e 301).

Denota-se que se trata de uma realidade preocupante e assustadora, a disseminação de vídeos e imagens pornográficas que envolvem crianças e adolescentes pela internet é uma triste realidade, onde grande quantidade de material é distribuído diariamente na rede.

Assim, devido à internet ser um meio vulnerável para a prática de crimes, e pela facilidade em manter o anonimato, a pornografia infantil tem crescido significativamente, tendo em vista que sua prática nesse meio garante a dificuldade em se chegar à identidade de quem pratica esses crimes, e que esses indivíduos venham a ser penalizados.

5 ASPECTOS LEGISLATIVOS FRENTE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

O ordenamento jurídico brasileiro passou por significativas mudanças no que concerne a legislação aplicada aos crimes cibernéticos. Até o ano de 2012, não existia nenhuma lei específica para punir os crimes cibernéticos próprios, existindo apenas lei regulamentadora para os crimes impróprios.

No entanto, devido à ocorrência de alguns episódios, houve a publicação de duas leis que buscavam tratar da matéria, a Lei 12.735/201215, conhecida como “Lei Azeredo”, e a Lei 12.737/201216, também denominada “Lei Carolina Dieckmann”.

Destaca-se ainda, como Marco Civil da Internet brasileira a Lei nº 12.965/2014, sancionada em 23 de abril de 2014, esta trouxe diversos dispositivos que, apesar do seu cunho “civil”, também influenciam na investigação dos crimes virtuais.

5.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS LEIS 12.735/12 E 12.737/12

A promulgação das leis 12.735/12 e 12.737/12 envolveram a criação de tipos penais destinados à criminalização e punição de crimes virtuais, bem como mecanismos de investigação desses delitos. A lei 12.735/12

visou tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico (digital ou similar) que fossem praticadas contra sistemas informatizados e equivalentes. Por sua vez, a lei 12.737/12, trouxe a previsão de novos tipos penais, expandindo a legislação existente sobre crimes virtuais.

A lei 12.735/12 foi intitulada como Lei Azeredo, e sancionada em 30 de novembro de 2012, e passou a tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similar, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares.

O art. 1º e a ementa possuem o mesmo texto e preveem a tipificação de condutas. Por sua vez, os artigos 2º e 3º foram vetados quando da sanção da lei, e tratavam respectivamente, do delito de falsificação de cartão de crédito o qual já possuía previsão no Código Penal, e, do crime de delito em favor do inimigo já tipificado no Código Penal Militar.

Por seguinte, o artigo 4º tratou da criação de órgãos especializados para o combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado. Tendo em vista, que a maior parte das ações investigativas tem início com a localização dos computadores, onde os atos delituosos tiveram início, esses processos demandam técnica, justificando assim a criação dos referidos órgãos com um corpo técnico especializado (COLLI, 2010, p. 117).

Por fim, o artigo 5º resultou em modificações no §3º do Art. 20 da Lei que define crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, com a intenção de impedir que as novas tecnologias fossem utilizadas como meio de disseminação da intolerância racial. E o artigo 6º, e último, previu a *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias a contar da sua publicação oficial.

Por sua vez, a lei 12.737/12, também conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, dispôs sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, e vem englobar os crimes ciber-crimes, tendo em vista o termo informático ser compreendido pela doutrina como sinônimo de cibernético. Segundo Maciel Colli, tal ligação pode ser explicada:

A ligação entre cibernética, ciberespaço e crimes informáticos permite que se compreenda o instituto

do cibercrime como sendo aquele no qual um ou mais computador(es), equipamentos telemáticos ou dispositivos eletrônicos, interligados por meio de uma rede de comunicação, são utilizados por um ou mais indivíduos, no cometimento de uma ou mais, conduta(s), criminalizada(s), ou são alvo(s) desta(s). (COLLI, 2010, p. 44)

Consequente, o artigo 2º, caput pode ser considerado como o maior avanço proporcionado pela criação de normas que reprimem os delitos cibernéticos:

Art. 2º - O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, fica acrescido dos seguintes arts. 154-A e 154-B:

“Invasão de dispositivo informático”

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (BRASIL, 2012)

Pode se extrair do texto legal, que este tem como finalidade incriminar a conduta do agente que invade, adultera ou destrói a privacidade digital alheia, driblando os mecanismos de segurança. Contudo, a lei condiciona a prática do crime a necessidade da existência de mecanismo de segurança no sistema do aparelho.

Denota-se que o referido artigo veio combater a prática de crimes, com a intenção de combater a invasão de dispositivo informático alheio, criminalizando a invasão, ou seja, o acesso sem permissão, condicionando a invasão a uma violação de mecanismo de segurança.

O parágrafo 2º do artigo supracitado, prevê uma causa de aumento de pena, majorando a sanção estipulada na pena base em 1/6 a 1/3 se a invasão ao equipamento informático causar prejuízo econômico à vítima. Verifica-se a preocupação do legislador em punir de modo mais severo quando a invasão também atingir a esfera patrimonial do indivíduo. Por fim, o parágrafo 3º prevê a pena de reclusão para a prática do crime.

O artigo 154-B elenca que a ação penal será pública condicionada à representação, sendo assim necessária que a vítima apresente o pedido junto a autoridade pública, para que haja a persecução penal. Contudo, nos casos em que o delito for cometido contra a administração pública direta ou indireta a ação passa a ser pública incondicionada.

Ainda, o artigo 3º altera os delitos tipificados no Art. 266 e 298 do Código Penal incluindo na descrição do tipo o serviço informático, telemático ou de informação de utilidade pública, passando a ser caracterizado crime a sua interrupção. Por fim, foi realizada a inclusão do delito de falsificação de cartão de crédito no artigo 298, sendo que antes da mudança a falsificação só poderia ser punida com a utilização deste, na forma do delito de estelionato (BRASIL, 2012).

Assim, a criação dos referidos diplomas legais buscou preencher o vazio normativo existente para punir a prática desses ilícitos, buscando reprimir de forma efetiva os crimes realizados no ambiente virtual, trazendo tranquilidade aos usuários para realizarem suas ações, sem se preocupar com a segurança de seus dados.

5.2 MARCO CIVIL DA INTERNET - LEI 12.965/2014

A lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, e foi denominada como o marco civil da internet, dividida em cinco capítulos e trinta e dois artigos. Tratou de um conjunto de normas que regulamentasse o uso da internet, tendo como princípios a neutralidade da rede, a privacidade do usuário e a liberdade de expressão.

A proposta da edição da lei teve início em 2009, e resultou na apresentação de projeto de lei n.2.126/2011, convertido na Lei n.12.965, de 23 de abril de 2014. Seu texto foi submetido à consulta pública em diversas cidades do país, possibilitando que os indivíduos oferecessem sugestões a serem implantadas junto ao projeto, sendo que as principais sugestões foram incorporadas ao final do texto.

O caput do art. 2º tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, e no mesmo sentido o art. 19 declara o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura. Da mesma forma, o art.3º, I, prevê como princípios do uso da internet no Brasil nos termos da Constituição Federal e garante a liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento.

Ainda, atenção especial se deu quanto ao direito à privacidade, previstos nos incisos I, II, III, VII e VIII do art.7º, como direitos dos usuários, a inviolabilidade da intimidade e vida privada, preservação do sigilo de comunicações transmitidas ou armazenadas, não fornecimento de dados coletados pela internet sem prévio consentimento do usuário, bem como o dever de informar ao usuário acerca da coleta de dados sobre si, desde que haja justificativa para tal (BRASIL, 2014).

Do mesmo modo, o art.10 estabeleceu que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet devem ser realizadas com respeito a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas direta ou indiretamente envolvidas. Já o artigo 14 dispõe que o provedor de internet não pode guardar registros de acesso sem prévio consentimento do usuário.

Outro aspecto que recebeu grande atenção do legislador foi o combate às ilicitudes civil e criminal praticadas sob o manto da privacidade na internet. Assim, o artigo 13 prevê a obrigação de guardar os registros de acesso dos usuários por pelo menos um ano, já quando se trata de redes sociais esse período é de seis meses.

O legislador tratou da responsabilidade civil dos provedores de internet por ofensa aos direitos da personalidade das pessoas, como a honra, imagem, vida privada e intimidade das pessoas, ou seja, poderá ser

responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo postado caso não o remova após ordem judicial. (BRASIL, 2014).

Preveem também, algumas medidas preventivas como a possibilidade dos provedores que retire notícias do ar que possam causar danos a alguns usuários sem ordem que haja ordem judicial (vítimas de “vingança pornô”, por exemplo). Ainda existem, ações repressivas contra os crimes como pedofilia, racismo ou nudez não autorizada.

Por fim, o artigo 29 e seu parágrafo único, garantiu o direito do usuário de internet de instalar em seu computador pessoal programas destinados ao controle parental, ou seja, do conteúdo entendido como impróprio aos filhos menores.

Em suma, pode se dizer que o marco civil é uma espécie de Constituição da internet, que buscou regulamentar os direitos e deveres dos usuários da internet, dos portais e sites, bem como das prestadoras de serviço e do Estado.

Além das leis que foram tratadas, apenas cumpre fazer menção à algumas outras leis que tratam de alguns temas específicos: a Lei nº 11.829/2008, que combate a pornografia infantil na internet; a Lei nº 9.609/1998, que trata da proteção da propriedade intelectual do programa de computador; a Lei nº 9.983/2000, que tipificou os crimes relacionados ao acesso indevido a sistemas informatizados da Administração Pública; a Lei nº 9.296/1996 que disciplinou a interceptação de comunicação telemática ou informática; e a Lei nº 12.034/2009, que delimita os direitos e deveres dentro da rede mundial, durante as campanhas eleitorais.

Embora se verifique um avanço significativo quanto ao combate aos crimes praticados no meio virtual no Brasil, ainda há muito que melhorar em vários aspectos, a fim de coibir de forma efetiva a prática desses crimes que acontecem na forma do anonimato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se apresentar alguns crimes virtuais, os quais se caracterizam como uma ameaça real, pois se trata de crimes desafiadores às autoridades,

tendo em vista a dificuldade na punição destas práticas e o aumento em larga escala das mesmas nos últimos anos, em virtude do aumento do uso de tecnologias por parte da população.

Tendo em vista, que toda mudança tecnológica é também uma mudança cultural, o direito também é diretamente influenciado e cabe a este se adaptar à nova realidade, levando em consideração os riscos que as relações virtuais podem proporcionar, cabe ao legislador prever mecanismos que versem sobre a proteção desses indivíduos.

A internet se apresenta como ferramenta para a perpetração de delitos, potencializando seus efeitos, e com ela surgiu novos ilícitos, condutas voltadas para o próprio computador e informações nele armazenadas.

Tornou-se um ambiente atrativo para a prática de delitos, pois reúne uma série de características que impulsionam tal prática, dentre elas a sensação de anonimato, a aparente ausência de vigilância, a possibilidade de praticar o ilícito penal em qualquer lugar que se encontre a distância entre agente e vítima.

De certo modo, se tem o direito penal como o único meio de controle coercitivo contra a criminalidade no mundo virtual, punindo as condutas ilícitas, com as transformações trazidas pela globalização implicando assim, no aumento da criminalidade, especialmente, tendo em vista que a consumação de um crime praticado através da Internet se dá em todos os lugares de qualquer local do mundo.

A legislação atual possui uma série de mecanismos a fim de coibir tais práticas, no entanto, estas não se mostram totalmente eficazes para proteger aqueles que utilizam a internet e os demais meios tecnológicos, tendo em vista que o Estado não apresenta meios para punir todas as condutas criminosas, sendo ineficazes e não trazem medo para inibir os criminosos que praticam esses atos.

Assim, o uso da informática como forma de comunicação, indiscutivelmente é um fato social. Dessa forma, cabe ao ordenamento jurídico brasileiro acompanhar essa evolução, buscando regular, resguardar e proteger os bens jurídicos dos indivíduos de forma mais efetiva possível.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladmir. **Crimes de Informática: uma nova criminalidade**. Revista Eletrônica Jus Navigandi. Publicado em 01 out 2001. Disponível em: Acesso em: 09 nov 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em 01 nov 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em 01 nov 2018.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm > Acesso em 01 nov 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. **Crimes cibernéticos** / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília : MPF, 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em 01 nov 2018.

BRASIL. **LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em 01 nov 2018

BRASIL. **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990**. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm >. Acesso em 01 nov 2018.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 01 nov 2018.

CABETTE, Eduardo L. S. **O novo crime de Invasão de Dispositivo Informático**. Consultor Jurídico. Artigo publicado em 4 de fev 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico> . Acesso em: 09 nov 2018.

CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n.99, abr. 2012. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2018.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COLARES, Rodrigo Guimarães. **Cybercrimes: os crimes na era da informática**, 2002. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 06 nov 2018.

COLLI, Maciel. **Cibercrimes: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos**. Curitiba: Juruá, 2010

COSTA, Marco Aurélio Rodrigues. **Crimes de informática**. Disponível em: Revista Eletrônica Jus Navigandi. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/doutrina/crinfo.html>. > Acesso em 01 nov 2018.

DIAS, Lia Ribeiro, CORNILS, Patrícia, **Alencastro: o general das telecomunicações**. São Paulo, Plano Editorial. 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

HISTÓRIA e desenvolvimento do computador. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/historia-e-evolucao-dos-computadores/>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Crimes na Internet**. 2º ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009.

JUS BRASIL – **Crimes Cibernéticos**. Disponível em:
<<http://gschmidtadv.jusbrasil.com.br/artigos/149726370/crimes-ciberneticos>> Acesso em: 01 nov. 2018.

MACHADO, Radamés Comassetto. [Marco civil da internet - Análise dos pontos relevantes da Lei nº 12.965/2014](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4138, 30 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30162>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet**. São Paulo: 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Reginaldo César. **Os cybercrimes na esfera jurídica brasileira**. In: Revista Eletrônica Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1830/os-cybercrimes-na-esfera-juridica-brasileira>>. Acesso em: 01 nov 2018.

PINHEIRO, Reginaldo César. [Os cybercrimes na esfera jurídica brasileira](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 44, 1ago. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1830>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

ROQUE, Sérgio Marcos. **Criminalidade informática: crimes e criminosos do computador**. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007.

ROSA, Fabrício. **Crimes de Informática**. Campinas: Bookseller, 2002.

TECMUNDO - **A história dos computadores e da computação**. Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/tecnologia-da-informacao/1697-a-historia-dos-computadores-e-da-computacao.htm>> Acesso em 06 set. 2017.

TOMASEVICIUS, EDUARDO FILHO. **Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo.** Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v30n86/0103-4014-ea-30-86-00269.pdf> >. Acesso em: 06 nov 2018.

VIANA, Marco Túlio apud CARNEIRO, Adenele Garcia. **Fundamentos de direito penal informático. Do acesso não autorizado a sistemas computacionais.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. **Crimes informáticos.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

WENDT, Emerson e JORGE, Higor V. N. **Crimes Cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação.** Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

ZANELATO, Marco Antonio. **Condutas ilícitas na sociedade digital.** Direito e internet: Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 163-228, jul./2002. Disponível em . Acesso em: 06 nov. 2018.

CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n.99, abr. 2012. Disponível em: Acesso em: 01 nov. 2018.

[1] Professor Especialista – FACAPE – Petrolina – PE – danilofreitas.jus@@hotmail.com

DA CORRETA COMPREENSÃO DO TERMO "AGENTE PÚBLICO" PARA FINS DE APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

PAULO EDUARDO FURTUNATO JACOBS:

Graduado pela Faculdade de Ciências Jurídicas, Gerenciais e Educação de Sinop - Campus Industrial. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade Damásio. Membro da Advocacia-Geral da União.

RESUMO: Trata-se de artigo científico cujo objetivo é demonstrar a adequada amplitude do termo "agente público" para fins de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Para tanto, faz-se uma breve introdução sobre o tema, demonstra-se a diferença entre sujeito ativo do ato de improbidade e da ação de improbidade, expõe-se o que se julga ser a adequada amplitude do termo "agente público" e conclui-se com um conceito de agente público para fins de aplicação da Lei de Improbidade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Improbidade, sujeito ativo, agente público, terceiro equiparado.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sujeito ativo da ação de improbidade administrativo vs. sujeito ativo do ato de improbidade administrativa: uma distinção necessária. 3 Da correta compreensão do termo "agente público" para fins de aplicação da lei de improbidade. 4 Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo almeja demonstrar a adequada amplitude do termo "agente público" para fins de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Não obstante o tema seja tratado corriqueiramente, com o devido respeito, parece não ser muito bem compreendido pelos operadores do direito. Diante disso é que se faz pertinente a realização do presente estudo para auxiliar na correta compreensão da temática.

2. Sujeito ativo da ação de improbidade administrativa vs. sujeito ativo do ato de improbidade administrativa: uma distinção necessária.

Antes de adentrar de fato à questão da análise da amplitude do termo "agente público" para fins de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, há de se fazer uma pequena ressalva para evitar confusão entre os termos comumente utilizados quando se atua com a questão da improbidade.

O ato de improbidade administrativa, conforme se sabe, consiste na conduta do agente público (com ou sem auxílio de terceiros), que importe em enriquecimento ilícito, em dano ao erário, em concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e/ou ainda que cause ferimento aos princípios da Administração Pública.

A ação civil pública de improbidade administrativa, por sua vez, é o instrumento processual de que dispõe o Ministério Público, ou a pessoa jurídica interessada, para provocar o Poder Judiciário e buscar, através de um rito próprio, a aplicação das medidas cautelares e sanções previstas na lei de improbidade administrativa, no intuito de punir os agentes ímprobos e proteger o patrimônio público.

Conforme bem observado por Teori Zavaski, a ação de improbidade possui

caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades. Sob esse aspecto, ela é marcadamente diferente da ação civil pública e da ação popular. Todavia, há entre elas um ponto comum de identidade: as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior de tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta (2017, p. 101).

Ato de improbidade administrativa, obviamente, não se confunde com ação de improbidade administrativa, portanto.

Da análise sistemática de lei de improbidade é possível perceber que o sujeito ativo da ação de improbidade administrativa é o Ministério Público e a pessoa jurídica que teve o patrimônio lesado. Neste sentido:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

[...]

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, em continuidade, vem conceituado no art. 2º e no art. 3º, da Lei 8.429/92. O conceito de agente público (art. 2º) é demasiadamente amplo com evidente intuito de abarcar toda e qualquer pessoa que pratique uma das condutas qualificadas como ato de improbidade. A Lei prevê ainda como sujeito ativo a figura do "terceiro" (art. 3º), ou seja, aquela que induz, concorre ou se beneficia do ato ímprobo.

Dispõe a lei de improbidade que

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Ao tratar do tema, Carvalho Filho ensina que

Denomina-se de *sujeito ativo* aquele que pratica o ato de improbidade, concorre para sua prática ou dele extrai vantagens indevidas. É o autor ímprobo da conduta. Em alguns casos, não pratica o ato em si, mas oferece sua colaboração, ciente da desonestidade do comportamento. Em outros, obtém benefícios do ato de improbidade, muito embora sabedor de sua origem escusa.

No sistema adotado pela Lei de Improbidade, podem identificar-se dois grupos de sujeitos ativos: (1o) os agentes públicos; (2o) terceiros. (2017, *Ebook*).

Ao se compreender bem o ato de improbidade e a ação de improbidade, percebe-se uma certa inversão de polaridade, pois o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa passa a ocupar o polo passivo da ação de improbidade, enquanto que o sujeito passivo do ato de improbidade pode passar a ocupar o polo ativo da ação civil pública de improbidade.

3. Da correta compreensão do termo "agente público" para fins de aplicação da lei de improbidade.

Conforme visto, o polo ativo do ato de improbidade pode ser composto pelo agente público e pelo terceiro, desde que acompanhado de um agente público. Adstrito ao objetivo do presente artigo, o foco doravante será na figura do agente público.

A lei de improbidade traz o conceito legal de agente público. Trata-se de conceito extremamente amplo, visando evitar a impunidade de qualquer pessoa que praticar ato caracterizado como de improbidade administrativa.

Sem dúvida, o objetivo do legislador foi evitar qualquer discussão acerca da extensão do conceito de agente público que, como cediço, não é livre de divergências doutrinárias.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro ensina que

A lei de improbidade administrativa considera como sujeitos ativos o agente público (art. 1º) e o terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

O legislador teve o cuidado de definir o agente público, para os fins da lei, no art. 2º, como sendo "todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior". (2014, p. 911).

A doutrina especializada ressalta a necessidade de se interpretar o conceito legal de agente público em combinação com o conceito de sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, a fim de se extrair o verdadeiro sentido e alcance do significado de sujeito ativo do ato de improbidade administrativa.^[1]

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ensinam que

[...] a concepção de agente público não foi construída sob uma perspectiva meramente funcional, sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, havendo um nítido entrelaçamento entre as duas noções.

Além daqueles que desempenham alguma atividade junto à administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais são tradicionalmente sob a epígrafe dos agentes públicos em sentido lato, a parte final do art. 2º (*nas entidades mencionadas no artigo anterior*) torna incontroverso

que também poderão praticar atos de improbidade das pessoas físicas que possuam algum vínculo com as entidades que recebem qualquer montante do erário [...] (2017, p.332)

Hugo Nigro Mazzilli coaduna do mesmo entendimento quando afirma que a

[...] expressão *agente público* é tomada na Lei n. 8.429/92 em sentido amplo: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.” E quais são essas entidades? Di-lo a lei: a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual. (2016, p. 240).

Não há como discordar das sábias lições acima expostas. Realmente o conceito de agente público traçado pela lei de improbidade deve ser analisado em conjunto com as entidades elencadas no art. 1º e seu parágrafo único, haja vista que o próprio art. 2º faz a devida remissão ([...] nas entidades mencionadas no artigo anterior).

Neste sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves concluem que

Assim, coexistem lado a lado, estando sujeitos às sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, os agentes que exercem atividade junto à administração direta ou indireta (perspectiva funcional) e aquelas que não possuem vínculo com o Poder Público, exercendo atividade eminentemente privada junto a entidades que, de qualquer modo, recebam numerário de origem pública (perspectiva patrimonial). Como se vê, trata-se de conceito muito mais amplo que o utilizado pelo art. 327, do CP.

Nesta linha, para os fins da Lei de Improbidade, tanto será agente público o presidente de uma autarquia, como o proprietário de uma pequena empresa do ramo de laticínios que tenha recebido incentivos, fiscais ou creditícios, para desenvolver sua atividade. Como observou Fábio Medina Osório, “neste campo, ocorre aquilo que se denomina convergência entre os direitos público e privado, pois as entidades privadas são atingidas pela legislação, na medida em que estiverem em contato com o dinheiro público, pouco importando que suas atividades ficassem enquadradas nas normas privatísticas”.

Esse entendimento parece encontrar guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[2]. Nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARTICULAR EQUIPARADO A AGENTE PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE.** RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa, proposta pelo Ministério Público Federal, com assistência da União, contra Agroindustrial Uruará S/A e outros, imputando-lhes desvio de recursos do FINAM, mediante documentos

falsos e outros artifícios. 2. O Juiz de 1º Grau julgou extinto o processo sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva. 3. O Tribunal a quo negou provimento às Apelações do Parquet federal e da União. 4. Esclareça-se que concordamos com a jurisprudência do STJ no sentido de que o particular sozinho não pode ser réu na Ação de Improbidade. 5. Contudo, ressalva-se a hipótese dos autos, em que se assimila a "agente público" as pessoas referidas no artigo 1º, § único, da Lei 8.429/92. In casu, a AGROINDUSTRIAL URUARA S/A, ré, se equipara a agente público. 6. O parecer do Parquet Federal exarado pela Subprocuradora-Geral da República Gilda Pereira de Carvalho, bem analisou a questão: "26. De forma que, a empresa Agroindustrial Uaruará S/A, tendo recebido benefícios creditícios de órgão público (FINAM), equipara-se a sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, nos termos do parágrafo único, do art. 10, da Lei 8.429/92, daí porque os dirigentes da referida empresa, como gestores dos recursos repassados pelo FINAM, devem ser considerados agentes públicos para fins da lei de improbidade administrativa, não havendo que se falar, portanto, em inadequação da via eleita por ilegitimidade passiva ad causam." (fls. 648-655, grifo acrescentado). **7. Enfim, os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, conforme os artigos 1º, parágrafo único, e 2º, da Lei 8.429/92. Nesse sentido: AgRg no REsp 1196801/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 26/08/2014, MS 21.042/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17/12/2015, E REsp 1081098/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira**

Turma, DJe 03/09/2009. 8. Assim, tendo em vista que figura no polo passivo a AGROINDUSTRIAL URUARA S/A, equiparada a agente público, o processamento da Ação de Improbidade Administrativa é possível, pois há legitimidade passiva. 9. Recurso Especial provido.” (grifos acrescentados)

(REsp 1357235/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016)

Disso só se pode concluir, na verdade, que o conceito de agente público dado pela lei de improbidade é amplíssimo. Isso porque abarca agentes sem qualquer tipo de vínculo com a Administração Pública, bastando apenas que a entidade a que estejam vinculados receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, dos cofres públicos.

Cumprе relembrar que agentes públicos são pessoas físicas com algum vínculo com o Estado que, em nome deste, exercem manifestações de vontade. Em outras palavras, são as pessoas naturais que movimentam o ente estatal.

Carvalho Filho (2017, *Ebook*) explica que o termo agente público significa “o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica”. Justen Filho (2016, *Ebook*), por sua vez, ensina que o termo refere-se a “toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado”. Di Pietro salienta que agente público “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta” (2014, p. 596). Trata-se, portanto, de um termo amplo que abrange “todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com o Poder Público” (MEDAUAR. 2018, p. 266).

Indubitável, portanto, que o conceito de agente público para fins de aplicação à Lei de Improbidade supera o conceito de agente público tradicionalmente apresentado pelos estudiosos do Direito Administrativo.

Importante consignar, que aqui se está tratando da correta interpretação do art. 1º, parágrafo único c/c o art. 2º, da Lei nº 8429/92, a fim de que o conceito de agente público abranja também os terceiros equiparados, isto é, particulares que atuam nas entidades elencadas no art. 1º da lei de improbidade.

Não há, portanto, que se fazer confusão com o conceito de terceiros, ou seja, daqueles que induzam ou concorram com a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem.

4. Conclusão

Do exposto, não restam dúvidas sobre a maior amplitude do conceito dado ao termo "agente público" pela Lei de Improbidade se comparado ao conceito classicamente empregado pelos estudiosos do Direito Administrativo.

Conclui-se, portanto, que agente público, para fins de aplicação da Lei de Improbidade, é toda pessoa física vinculada, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, a um dos entes da administração direta ou indireta ou, ainda, à entidade privada que receba recursos provenientes dos cofres públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ARAS, José. *Prática profissional de direito administrativo: exame da ordem; advocacia; defensoria pública; advocacia da união e procuradoria de estados e municípios*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. et al. *Comentários à lei de improbidade administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOLANDA JR., André Jackson de; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Improbidade administrativa*. (Coleção Leis Especiais para Concursos). 3. ed. Cood. Leonardo de Medeiros Garcia. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NOTAS:

[1] No mesmo sentido JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017 e RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

[2] Ver também decisões monocráticas nos Resp. 1.093.276/AM, publicada em 01/12/2017 e Resp. 1.706.509/RS, publicada em 20/06/2018.