

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1168

(Ano XV)

(16/09/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre 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. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

QR Code do Volume 1168



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1168 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 437 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



A evolução da jurisprudência do STJ sobre expulsão de estrangeiros

Valdinei Cordeiro Coimbra, 09.

ARTIGOS

Médico perde a vida, vítima da angústia e injustiça.

Renato de Assis Pinheiro, 31.

Tomada de contas especial na Administração Pública do Piauí

Benigno Núñez Novo, 34.

Da desnecessidade de licitação para a outorga de serviços de transporte municipal coletivo de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura

André Afonso de Moura Souza Cruz, 55.

Trabalho infantil artístico - a linha tênue entre a diversão e o trabalho, dentro das plataformas sociais

Artur Cesar Estricanholi, 69.

Reflexos da luta antimanicomial na internação compulsória

Cinthia de Oliveira Fernandes, 87.

A Facilitação da Decretação de Medidas Protetivas de Urgência e a Problemática das Falsas Acusações: Uma Análise Crítica da Recente Lei 14.550/23 que Alterou a Lei Maria da Penha

Wagner de Andrade Frozi, 104.

Medidas atípicas na execução: considerações da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil

Marcelo Rocha de Lima, 110.

A violência sexual intrafamiliar e os mecanismos de proteção para crianças e adolescentes à luz da legislação brasileira

Caio Cesar Fornari, 120.

Análise econômica do contrato de franquia

Danielle Kasper Glasser, 133.

A irregularidade imobiliária x adjudicação compulsória extrajudicial

Caroline Stela Soares Dal Ri, 156.

Concessionárias de energia elétrica e a imputação de fraude no medidor: uma análise prática do tema à luz da resolução 1.000/2021 da ANEEL e da jurisprudência

Cesar Roney Gonçalves de Andrade Filho, 173.

Crime de estupro à luz do Código Penal brasileiro*

Igor Heleno Rossegalli, 198.

Desafios e perspectivas da segurança pública: uma análise das políticas, prevenção, combate à criminalidade e policiamento: Uma abordagem integrada para construir comunidades seguras e promover o bem-estar dos cidadãos

Ednaldo Caldeira da Silva Santos, 211.

Violência obstétrica: direitos fundamentais e proteção da mulher

Isabela Carolina Donades Ferreira, 223.

Municipalização da segurança pública: a atuação da guarda municipal na jurisprudência do STF e STJ

Samara Jacquiminouth Tavares, 238.

Cumulação de Pedidos de Prisão e de Penhora na Mesma Execução de Alimentos

Daniele Castanharo, 242.

O uso da videoconferência em audiências de custódia

Luciana de Sousa Teixeira, 259.

Do compartilhamento de dados fiscais entre o Fisco e os órgãos de persecução penal e a (des)necessidade de prévia autorização judicial

André Afonso De Moura Souza Cruz, 290.

A responsabilidade civil dos influenciadores digitais

Samirian Sebastiane Pereira Figueiredo e outros, 305.

A absorção pelo RGPS dos tempos de serviço e contribuição dos Militares Temporários, oriundos das Forças Armadas

Lazaro Rodrigues Pereira, 329

As peculiaridades que envolvem o controle de constitucionalidade das leis municipais

João Gabriel Pereira Crispim, 365.

Homicídio praticado com dolo eventual e compatibilidade com as qualificadoras de meio previstas no art. 121, §2º, IV, CP

Pedro Cesar Vieira Camillo, 380.

A lei geral de proteção de dados e a sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro

Luis Felipe da Silva Mathias, 392.

Reflexos da reforma da previdência na desigualdade social

Cinthia de Oliveira Fernandes, 406.

Direito educacional e ações no centro de referência em turismo, cultura, educação e ecologia KM 30: programa de circuitos ecológicos e culturais no entorno da Serra da Piedade, Caeté - MG

Vagner Luciano Coelho de Lima Andrade e outros, 419.

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. 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. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

A remoção de um indivíduo de um país para outro pode se dar de duas formas. A extradição ou a expulsão, que são institutos distintos e de conceitos distintos no direito internacional e no direito interno de muitos países. Assim, após apresentar as principais distinções, trataremos da expulsão e o seu entendimento no Superior Tribunal de Justiça.

A Extradição tem como objetivo a entrega de um indivíduo a outro país para que este seja julgado ou, se já condenado, possa cumprir sua pena. Portanto, trata-se de um processo pelo qual o país solicita a outro país.

Geralmente a extradição está relacionada a crimes graves e é baseada em tratados bilaterais ou multilaterais entre países, portanto, exige um procedimento jurídico complexo, em que o país solicitante deve fornecer evidências ou garantias de que o indivíduo enfrentará um julgamento justo.

Daí que a extradição possui limitações, pois pode ser negada por várias razões, como possibilidade de o indivíduo enfrentar pena de morte no país solicitante (se o país solicitado se opõe a essa pena) ou a falta de garantias de um julgamento justo.

Já a expulsão que é o tema deste paper, é o ato de um país remover um estrangeiro de seu território por razões administrativas ou por violações das leis de imigração. Está

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da 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.

prevista no **artigo 54 da Lei de Migração (Lei 13.445/2017)**, portanto é a medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado.

Neste sentido, possui como razão o fato de estar relacionada a infrações como permanência irregular, comportamento considerado perigoso para a ordem pública, entre outras.

Diferentemente da extradição, a expulsão não necessariamente envolve um processo judicial, embora em muitos países existem mecanismos de revisão ou apelação, no entanto, assim como na extradição, a expulsão pode ser limitada por razões humanitárias ou de direitos humanos, como o risco de perseguição ou tortura no país de origem.

Nas palavras do ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Og Fernandes, ao julgar o **HC 452.975**, trata-se de um "ato discricionário praticado pelo Poder Executivo, ao qual incumbe a análise de conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade da permanência de estrangeiro que cometa crime em território nacional, caracterizando verdadeiro poder inerente à soberania do Estado".

Contudo, o magistrado acrescentou no mesmo voto que a matéria poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, o qual se limitará a examinar o cumprimento formal dos requisitos e a inexistência de entraves à expulsão. A ementa do referido Habeas Corpus ficou assim vazada:

ADMINISTRATIVO. INTERNACIONAL. HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. HIPÓTESES EXCLUDENTES DE EXPULSÃO. COMPROVAÇÃO. FILHO BRASILEIRO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E SOCIOAFETIVA DO GENITOR. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. ORDEM DEFERIDA. 1. A expulsão é ato discricionário praticado pelo Poder Executivo, ao qual incumbe a análise da conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade da permanência de estrangeiro que cometa crime em território nacional, caracterizando verdadeiro poder inerente à soberania do Estado. Contudo, a matéria poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, que ficará limitado ao exame do cumprimento formal dos requisitos e à inexistência de entraves à expulsão. 2. Nos termos do art. 55, II, a e b, da Lei n. 13.445/2017, não se realizará a expulsão quando o estrangeiro tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva, assim como quando tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil. 3. No caso, a documentação acostada aos autos comprova que o paciente possui filho brasileiro, nascido em 3/2/2019, o qual se encontra sob sua guarda,

dependência econômica e socioafetiva. Da mesma forma, há elementos probatórios, os quais indicam que o paciente convive em regime de união estável com pessoa residente no Brasil. 4. Muito embora a portaria de expulsão tenha sido editada em 21/6/2017, anteriormente, portanto, à formação de família no Brasil pelo paciente, o certo é que não se pode exigir, para a configuração das hipóteses legais de inexpulsabilidade, a contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório. 5. Além disso, deve-se aplicar o princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos e interesses da criança e do adolescente, previsto no art. 227 da CF/1988, em cujo rol se encontra o direito à convivência familiar, o que justifica, no presente caso, uma solução que privilegie a permanência da genitora em território brasileiro, em consonância com a doutrina da proteção integral insculpida no art. 1º do ECA. Precedentes. 6. Habeas Corpus deferido para invalidar a portaria de expulsão. (STJ - HC: 452975 DF 2018/0131630-8, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 12/02/2020, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 10/03/2020)

O motivo que pode levar à adoção da medida é a condenação, com sentença transitada em julgado, por alguns crimes previstos no **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional** ou por crime comum doloso, passível de pena privativa de liberdade, previsto na legislação brasileira – consideradas a gravidade do fato e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

Levantamento do Ministério da Justiça e Segurança Pública indica que o crime mais frequente – responsável por mais de 90% das expulsões de estrangeiros – é o tráfico internacional de drogas, seguido de furto e roubo. Ainda de acordo com a pasta, nos últimos dez anos, foram decretadas 7.382 expulsões, sendo 684 apenas em 2022.

1. PROTEÇÃO À FAMÍLIA É OBSERVADA NAS HIPÓTESES QUE IMPEDEM A EXPULSÃO

Até 2017, as regras de expulsão eram previstas no **Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980)**, segundo o qual a medida seria aplicada a quem atentasse contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou a moralidade pública e a economia popular, ou que se mostrasse de alguma forma inconveniente ou nocivo aos interesses nacionais.

A revogação do estatuto e a sua substituição pela Lei de Migração decorreram da necessidade de ajustar o tratamento do tema aos preceitos constitucionais.

No julgamento do **HC 285.608**, por exemplo, o ministro Herman Benjamin explicou que as excludentes da expulsão previstas no regramento atual "têm por finalidade resguardar a família, base da sociedade, instituição em relação à qual o Estado deve conferir especial proteção (**artigo 226 da Constituição Federal de 1988**)". Para ele, o normativo "busca evitar a retirada compulsória de estrangeiro do território nacional em detrimento dos vínculos afetivos e da dependência econômica do núcleo familiar".

ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. EXPULSÃO. FILHOS MENORES NASCIDOS E RESIDENTES NO EXTERIOR. NECESSIDADE DE REGISTRO EM REPARTIÇÃO DIPLOMÁTICA OU CONSULAR COMPETENTE E RESIDÊNCIA NO BRASIL. ART. 95 DO ADCT. NÃO CONFIGURADA NACIONALIDADE BRASILEIRA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E DE SUBSISTÊNCIA DE VÍNCULO MATRIMONIAL OU DE UNIÃO ESTÁVEL COM BRASILEIRA. 1. Trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor de Aiwan Mohamed Gavaar Gulzar, holandês que cumpre, no Brasil, pena privativa de liberdade de oito anos e oito meses de reclusão, após condenação pela prática do delito de tráfico internacional de substâncias entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/1978), sob o fundamento de que possui cônjuge e prole brasileiros que dele dependem economicamente (art. 75, II, a e b, da Lei 6.815/1980). 2. Em síntese, a prova documental existente não revela a presença de nulidade no processo administrativo. Também não procede a afirmação de que a pendência do processo de expulsão tem provocado prejuízos à progressão de regime. Ao indeferir o benefício, o juízo da Execução Penal deixou clara a adoção da premissa de que a situação irregular do estrangeiro, por si só, não constitui óbice ao acolhimento do pleito, mas que o fazia por circunstâncias subjetivas do caso concreto. 3. Não se encontram caracterizadas as hipóteses do art. 75 da Lei 6.815/1980, norma que tem por finalidade resguardar a família, base da sociedade, instituição em relação à qual o Estado deve conferir especial proteção (art. 226 da CF/1988). Seu comando busca evitar a retirada compulsória de estrangeiro do território nacional, em detrimento dos vínculos afetivos e da dependência econômica do núcleo familiar. 4. In casu, os dois filhos do paciente nasceram na Holanda, em 2001 e 2003, e residem atualmente com a mãe brasileira, na França - onde se procederam aos registros de nascimento no Consulado-Geral do Brasil em Paris (fls. 11-12 e 197) -, não havendo sequer indícios mínimos de dependência econômica. 5. Em tal hipótese, a nacionalidade brasileira dos menores depende do registro na repartição brasileira competente e do posterior estabelecimento de residência no Brasil, conforme previsto

no art. 95 do ADCT, na redação dada pela EC 54/2007. 6. Recentemente, a Primeira Seção do STJ julgou improcedente Habeas Corpus, em situação na qual os filhos do estrangeiro residiam no exterior (HC 269.860/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJe 17.12.2013). Ainda que, na hipótese dos autos, os filhos fossem brasileiros, a residência deles em outro país associada à falta de dependência econômica em relação ao expulsando são suficientes para obstar a incidência do art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980. 7. Em que pese a afirmação de que persiste o vínculo conjugal com brasileira, a comprovação acerca da veracidade desse fato, no caso concreto, depende de dilação probatória, o que é incompatível com o rito do Habeas Corpus. Não se verifica prova documental inequívoca quanto à manutenção da união estável, com força suficiente para abalar os elementos coligidos em sentido contrário no processo administrativo. 8. Habeas Corpus denegado. (STJ - HC: 285608 DF 2013/0420538-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/03/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/03/2014)

Nesse sentido, a Lei de Migração estabeleceu, no **artigo 55**, que não será expulso o estrangeiro que tiver filho brasileiro sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva, nem o que tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil.

2. JURISPRUDÊNCIA PROTEGE O DIREITO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA

A atualização legislativa definiu, no **artigo 54, parágrafo 3º**, que a expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

Além de discussões relacionadas à progressão do regime, a seleção de julgados apresentada a seguir mostra o posicionamento do STJ diante de temas como o direito constitucional de preservação da família e a possibilidade de expulsão de estrangeiro refugiado.

Os casos analisados ainda confirmam alguns dos dados apresentados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, ou seja, **a maioria dos pedidos de expulsão se**

relaciona à prática de delitos de tráfico de drogas, sendo que o principal argumento para o pedido de permanência é a existência de família no Brasil.

3.FILHO NASCIDO APÓS PORTARIA DE EXPULSÃO ASSEGURA PERMANÊNCIA DE ESTRANGEIRO

As hipóteses do artigo 55 da Lei de Migração – circunstâncias que impedem a expulsão – não precisam ser contemporâneas ao fato que motivaria a medida. Assim, um estrangeiro que resida no Brasil **não pode ser expulso caso preencha algum dos requisitos desse dispositivo legal só após os fatos que levaram o governo a editar a portaria de expulsão.**

Baseada nesse entendimento, a Primeira Seção do STJ concedeu habeas corpus (HC 452.975) a um cidadão da Tanzânia para invalidar a portaria que determinou sua expulsão do Brasil, em razão de ter sido condenado a sete anos de prisão e multa por tráfico de drogas.

O ministro Og Fernandes – relator – disse ter sido comprovado no processo que o tanzaniano tinha filho brasileiro sob a sua guarda, havendo dependência econômica e socioafetiva. Ele também destacou que, de acordo com a **Lei 13.445/2017**, um estrangeiro nessas condições não pode ser expulso.

"Muito embora a portaria de expulsão tenha sido editada em 21 de junho de 2017, anteriormente, portanto, à formação de família no Brasil, o certo é que não se pode exigir para a configuração das hipóteses legais de inexpulsabilidade a contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório", explicou o ministro.

4. ESTRANGEIRO CONDENADO DEVE COMPROVAR DEPENDÊNCIA DOS FILHOS

A Primeira Seção entendeu que é necessária a efetiva comprovação, no momento da impetração de habeas corpus, da dependência econômica e da convivência socioafetiva com a prole brasileira para evitar a expulsão do estrangeiro. Assim, o colegiado negou o pedido de uma uruguaia que teve a expulsão determinada em razão de condenação por tráfico (**HC 250.026**).

A defesa apontou que ela já teria uma filha brasileira antes mesmo de sua prisão em flagrante e que estaria ajudando a sustentar outra filha, solteira, e o filho desta, seu neto – o qual nasceu posteriormente.

De acordo com o relator, ministro Benedito Gonçalves, a jurisprudência do STJ flexibilizou a interpretação quanto à expulsão prevista na Lei 6.815/1980 – em vigor na época do julgamento do caso –, para manter no país o estrangeiro com filho brasileiro,

mesmo que nascido após a condenação penal e o decreto expulsório, no intuito de tutelar a família, a criança e o adolescente.

"Todavia, o acolhimento desse preceito não é absoluto e impõe ao impetrante que efetivamente comprove, no momento da impetração, a dependência econômica e a convivência socioafetiva com a prole brasileira, a fim de que o melhor interesse do menor seja atendido", ponderou.

O ministro ainda observou que os documentos juntados não demonstraram a dependência afetiva e financeira da filha e do neto, situação que afasta as hipóteses capazes de impedir a expulsão. A ementa desse julgamento ficou assim redigida:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIMINAR EM HABEAS CORPUS. MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL. EXPULSÃO DE ALIENÍGENA DO TERRITÓRIO NACIONAL. FILHA E NETO BRASILEIROS. INEXISTÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA OU AFETIVA. REQUISITOS CUMULATIVOS. INDEFERIMENTO DO PLEITO. STJ - HC: 250026 MS 2012/0158064-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Publicação: DJ 06/08/2012

5. DECRETO DE EXPULSÃO NÃO IMPEDE PROGRESSÃO DE REGIME NO BRASIL

Em 2014, ao julgar o **HC 274.249**, a Sexta Turma reafirmou o entendimento da corte de que é irrelevante, na análise do pedido de progressão do regime de cumprimento da pena, a existência de decreto de expulsão contra o estrangeiro.

Na origem do caso, uma mulher foi condenada a sete anos de reclusão por tráfico de drogas, em regime fechado, tendo o juízo da execução indeferido o pedido de progressão ao regime semiaberto por se tratar de estrangeira em situação irregular no Brasil e com decreto de expulsão pendente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) negou provimento a agravo em execução por entender, entre outras razões, que ela não preenchia os requisitos para reanálise do regime, pois estaria formalmente impedida de exercer atividade profissional.

A relatora, então desembargadora convocada Marilza Maynard, lembrou que o STJ pacificou o entendimento de que o simples fato de o estrangeiro estar em situação irregular no país não inviabiliza os benefícios da execução penal. Vejamos a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. DECRETO DE EXPULSÃO PENDENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. - O Superior Tribunal de Justiça entende que o simples fato de o estrangeiro encontrar-se em situação irregular no país não é motivo idôneo para inviabilizar os benefícios da execução penal. - É irrelevante a existência de decreto de expulsão em desfavor do estrangeiro para fins de progressão de regime, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes deste, nos termos do art. 67 da Lei n. 6.815/1980. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o acórdão impugnado e determinar que o Juízo da Execução analise o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício, afastado o óbice relativo à condição de estrangeiro em situação irregular e com decreto de expulsão pendente. (STJ - HC: 274249 SP 2013/0237750-9, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 04/02/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2014)

6.PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL SÃO FORMAS DE CUMPRIR PENA

Ao citar precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e da **Sexta Turma do STJ**, a relatora destacou o **HC 186.490**, no qual a ministra Maria Thereza de Assis Moura observou que, a despeito de a expulsão do estrangeiro infrator ter deixado de ser uma espécie de sanção penal, a matéria não se afastou do terreno penal, condicionando-se, na maioria das vezes, ao cumprimento total da pena.

"Entretanto, referida condição, a meu ver, não implica sua permanência em regime integralmente fechado. Até porque a progressão de regime e o livramento condicional são formas de cumprimento da pena", afirmou a ministra.

A Quinta Turma também reverteu decisão do TJSP sobre o mesmo tema, no julgamento do **HC 324.231**, de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca. A corte estadual havia restabelecido o regime fechado para uma estrangeira por vislumbrar na progressão a frustração de um possível decreto de expulsão, que poderia ser publicado a qualquer momento, vejamos:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTRANGEIRO. PROGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. 2. Esta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de que a situação irregular do estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, razão pela qual a existência de processo ou mesmo decreto de expulsão em desfavor do estrangeiro não impede a concessão dos benefícios da progressão de regime ou do livramento condicional, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes disto. 3. Na espécie, o Tribunal de origem, em sede de agravo em execução do Ministério Público, restabeleceu o regime fechado, tendo em vista o fato de a paciente ser estrangeira em situação irregular no País. Caracterizada, portanto flagrante ilegalidade, ensejadora da concessão do writ de ofício. 4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que seja restabelecida a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais, que deferiu à ora paciente o direito à progressão de regime prisional, adotando-se, todavia, providências

acautelatórias, como, por exemplo, monitoramento eletrônico. (HC 324.231/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015)

Segundo o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca "*existência de processou, ou mesmo decreto de expulsão, em desfavor do estrangeiro não impede a concessão dos benefícios da progressão de regime ou livramento condicional, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes disso*".

7.DECLARAÇÃO DE MÃE DEMONSTRA DEPENDÊNCIA ENTRE FILHO E PAI ESTRANGEIRO

Ao julgar o **HC 666.247**, a Primeira Seção entendeu que uma declaração fornecida pela mãe, afirmando a existência de relação socioafetiva entre pai e filho, possui a juridicidade necessária para evitar a expulsão do genitor estrangeiro do Brasil.

O entendimento levou o colegiado a revogar portaria do Ministério da Justiça e Segurança Pública, publicada em janeiro de 2018, que determinou a expulsão de um nigeriano condenado a cinco anos, em regime fechado, por tráfico de drogas.

A expulsão seria executada ao final do cumprimento da pena, mas a mãe entrou com o pedido de habeas corpus em nome do filho, com cinco anos à época, para impedir que o pai fosse enviado de volta ao seu país de origem.

Segundo o relator, ministro Sérgio Kukina, a única prova no processo demonstrando o vínculo entre pai e filho era a declaração da mãe, segundo a qual o nigeriano sempre deu apoio afetivo e material à criança.

Para Kukina, a declaração, por si só, não atesta que o requisito da dependência econômica esteja preenchido, diante da falta de outros elementos probatórios mínimos capazes de demonstrar a forma como o estrangeiro teria dado assistência material ao filho, levando-se em conta seu encarceramento há mais de três anos.

Entretanto, o relator observou que exigir outros meios para confirmar o vínculo socioafetivo seria praticamente impor ao preso a produção de uma prova impossível.

"Tenho que a declaração fornecida pela mãe no sentido de que remanesce viva a relação socioafetiva entre pai e filho reveste-se da necessária juridicidade para comprovação de tal requisito legal", concluiu o ministro.

Assim, ficou vazada a ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO. HABEAS CORPUS CÍVEL. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO VISITANTE. PACIENTE GENITOR DE FILHO BRASILEIRO DE TENRA IDADE. DEPENDÊNCIA SOCIOAFETIVA COMPROVADA. INVIABILIDADE DA EXPULSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 55, II, A, DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO (LEI Nº 13.445/2017). PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA NO ATENDIMENTO DOS DIREITOS E INTERESSES DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 1º DO ECA). CONCESSÃO DO REMÉDIO HEROICO. 1. Na forma da jurisprudência, não se viabiliza a expulsão de estrangeiro visitante ou migrante do território nacional quando comprovado tratar-se de pai de criança brasileira que se encontre sob sua dependência socioafetiva (art. 55, II, a, da Lei nº 13.445/2017). Precedentes: STF, RE 608.898, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, TRIBUNAL PLENO, DJe 6/10/2020; STF, RHC 123.891-AgR, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe 4/5/2021. 2. O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos e interesses da criança e do adolescente, em cujo rol se inscreve o direito à convivência familiar (art. 227 da CF), direciona, in casu, para solução que privilegia a permanência do genitor em território brasileiro, em harmonia, também, com a doutrina da proteção integral (art. 1º do ECA). 3. Habeas corpus concedido, com a consequente revogação da portaria de expulsão. Restra prejudicado o agravo interno. (STJ - HC: 666247 DF 2021/0145507-2, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 10/11/2021, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/11/2021)

8.FILHO NASCIDO NO BRASIL, POR SI SÓ, NÃO IMPEDE A EXPULSÃO

A simples existência de prole brasileira não garante a permanência do estrangeiro no território nacional. Essa foi a posição da Primeira Seção em julgamento de habeas corpus impetrado em favor de um estrangeiro expulso do país após condenação por tráfico.

De acordo com o processo, após o cumprimento da pena, o estrangeiro, natural da República de Camarões, foi submetido a processo administrativo que culminou na decisão de expulsão. No **HC 418.116**, a defesa informou que ele tinha uma filha no Brasil e apresentou certidão de nascimento da criança, declaração da mãe e comprovantes de depósitos bancários.

O relator, ministro Og Fernandes, entendeu que a documentação não era suficiente para comprovar a convivência entre o estrangeiro e sua filha, nem mesmo a alegada dependência econômica, pois os documentos bancários apontavam o nome do então companheiro da mãe da criança como beneficiário. Para o ministro, essa circunstância era insuficiente para comprovar que os valores tivessem sido efetivamente repassados à menor.

"Não se mostra crível a demonstração de dependência econômica através de quatro comprovantes de depósitos, sendo estes realizados em data posterior ao cumprimento do mandado de liberdade vigiada para fins de expulsão", declarou o relator.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO APÓS O CUMPRIMENTO DA PENA E O DECRETO EXPULSÓRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE EXCLUDENTE DE EXPULSABILIDADE. ART. 75, II, B, DA LEI N. 6.815/1980. INADMISSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA VIA ESTRITA DO WRIT. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. Constitui ônus do impetrante a demonstração da coação ilegal, mediante prova pré-constituída, porquanto a via estrita do habeas corpus não permite incursões em aspectos que demandam dilação probatória. 2. Do exame dos autos, verifica-se que o paciente, após cumprimento da pena por tráfico de entorpecentes, foi submetido a processo administrativo de expulsão, que culminou com sua expulsão em 2 de janeiro de 2009. 3. Na hipótese, o próprio paciente afirmou, em declaração perante a Polícia Federal, que não mantém contato nem com a ex-companheira nem com a filha menor desde a separação do casal ocorrida em 2012, além de ter afirmado não contribuir financeiramente para seu sustento. Inexiste, portanto, vínculo de dependência seja afetiva ou econômica entre ambos. 4. Na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a simples existência de prole brasileira não garante a permanência do estrangeiro no território nacional se não houver prova pré-constituída de casamento ou união estável há mais de 5 anos (art. 75, II, a, da Lei 6.815/1980) nem de manutenção da guarda de filho menor ou de dependência econômica entre filho menor e o paciente (art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980). Precedentes. 5. Ordem denegada. (STJ - HC: 418116 SP 2017/0249547-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 22/02/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/02/2018)

Perceba que ao negar o habeas corpus, Og Fernandes considerou, ainda, o depoimento do estrangeiro, no qual declarou que não via a filha há seis anos e que também não a ajudava financeiramente.

9.MANTIDA EXPULSÃO DETERMINADA NO PERÍODO DE *VACATIO LEGIS* DA LEI DE MIGRAÇÃO

Ao analisar o **HC 608.035**, a Primeira Seção manteve a expulsão de um cidadão franco-marroquino determinada em agosto de 2017, quando o Estatuto do Estrangeiro já havia sido revogado e a Lei de Migração, que o substituiu, ainda estava no período de *vacatio legis*.

Segundo o colegiado, a portaria expulsória baixada pelo ministro da Justiça aplicou corretamente a nova lei, pois não foi comprovada a dependência econômica e a convivência socioafetiva entre o estrangeiro e sua filha, que nasceu após a prática do crime.

Na origem do caso, o estrangeiro teve a condenação por tráfico transnacional de entorpecentes transitada em julgado. Cumprida a pena, a medida de expulsão foi aplicada, a despeito de haver uma filha menor, brasileira nata, que supostamente – nas alegações da defesa – dependeria econômica e afetivamente do pai.

O relator, ministro Herman Benjamin, destacou que, além da edição da nova Lei de Migração, ocorreu alteração de entendimento do STF, o qual passou a considerar irrelevante a data da concepção de filhos brasileiros como fator exclusivo de impedimento à expulsão, desde que provadas a dependência econômica e a convivência socioafetiva entre o estrangeiro e sua prole (**RE 608.898**).

10.SUPERVENIÊNCIA DA LEI DE MIGRAÇÃO NÃO ALTERA DECISÃO SOBRE EXPULSÃO

Para o ministro, entretanto, esses requisitos não foram demonstrados, trazendo duas consequências ao caso: a primeira é que o comando do STF não teve o efeito pretendido pela defesa de anular a expulsão e conceder um salvo-conduto ao estrangeiro para voltar ao Brasil; a segunda é que a superveniência da Lei de Migração não implica, por si só, a modificação do ato impugnado, pois este foi praticado em consonância com os seus preceitos.

"Não houve neste processo, portanto, prova bastante de nenhuma das causas restritivas à medida de expulsão, e sim elementos de prova a demonstrar que o fato de a filha do paciente ter nascido posteriormente ao evento criminoso (que gerou a expulsão) não se revelou como a causa determinante e decisiva para a medida aplicada, mas como a

ausência de comprovação da dependência econômica e socioafetiva entre o paciente e a prole brasileira", avaliou o relator.

"O que interessa para fins de causa de impedimento à expulsão, atualmente não é mais a data do crime, mas sim a relação de dependência econômica e convivência socioafetiva entre o estrangeiro e sua prole, que demandam comprovação caso a caso" (HC 608.035, Ministro Herman Bejamim).

11. REUNIÃO FAMILIAR NÃO IMPEDE MULTA POR EXTRAPOLAÇÃO DE PRAZO PARA PERMANECER NO PAÍS

Em abril de 2020, a Segunda Turma decidiu que o instituto da reunião familiar, embora impeça a expulsão do estrangeiro irregular com filhos brasileiros, não veda a aplicação da multa por extrapolação do prazo legal de permanência provisória no país.

O entendimento foi firmado no julgamento do **REsp 1.570.388**, em que o colegiado analisou a situação de um imigrante portador de registro provisório para permanecer no Brasil.

Na origem, a ação discutia a regularidade de multa por permanência no país além do prazo legal, seguido de determinação para saída do território nacional. Ao analisar o caso, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) apontou que a situação não tratava de expulsão, e sim de deportação proveniente de estada irregular em solo brasileiro, sendo aplicáveis ao julgamento as hipóteses de vedação à expulsão (casamento e filho).

Ao STJ, a União alegou que os autos demonstraram a intempestividade do comparecimento do estrangeiro à Polícia Federal para regularizar sua situação.

O relator, ministro Og Fernandes, destacou que, segundo a **Lei 11.961/2009**, a conversão do registro provisório em permanente deve ser feita 90 dias antes do vencimento da carteira de identidade do estrangeiro. Porém, ele ponderou que não houve irregularidade na permanência do investigado, pois o documento foi expedido em outubro de 2010, com validade de dois anos, e a notificação para multa e expulsão era de março de 2012.

De acordo com o ministro, o direito de reagrupamento familiar garante que o estrangeiro com família nacional não seja expulso, considerando-se as graves consequências psicossociais aos envolvidos no caso de distanciamento. No entanto – continuou Og Fernandes –, esse direito não inclui a dispensa da sanção pecuniária por irregularidades migratórias.

"A aplicação da multa administrativa em nada pode interferir na permanência do estrangeiro, ainda que irregular, com os membros de sua família em território nacional,

nem implicar dificuldades de qualquer espécie para o processo de regularização", declarou o relator.

A ementa do referido Recurso Especial ficou assim redigida:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.570.388 - PB (2015/0303775-4) RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES RECORRENTE : UNIÃO RECORRIDO : M P A O S ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de recurso especial interposto pela União, com fundamento na alínea a do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (e-STJ, fls. 317-318): CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. CASADO. FILHO. PERMANÊNCIA IRREGULAR. DEPORTAÇÃO. INCABIMENTO. I. Trata-se de remessa oficial e apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para anular o Auto de Infração e Notificação nº 011/201/DPF/PB e o Termo de Notificação nº 001/2012/DPF/PB, que, respectivamente, aplicou multa imposta no art. 25, II, da Lei nº 6.815/80, por ter o autor, estrangeiro (nigeriano), extrapolado o prazo legal de estada no país, e determinou a saída do território nacional. II. O Estatuto do Estrangeiro em vigor (Lei nº 6.815, de 19/08/1980), ao cuidar da expulsão do estrangeiro, medida de caráter evidentemente punitivo, cuja estada no território nacional não é desejada ou desejável, prevê, em seu artigo 75, II, alínea b, que o mesmo não será expulso quando tiver filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. IV. O referido dispositivo legal diz respeito apenas ao instituto da Expulsão, que é um processo pelo qual um país determina a saída do estrangeiro de seu território, em razão de um crime ali praticado ou comportamento nocivo aos interesses nacionais, ficando-lhe vedado o retorno ao país de onde foi expulso. O caso não se trata de expulsão, mas de deportação proveniente de estada irregular em território brasileiro. Contudo, as hipóteses de vedação à expulsão podem ser utilizadas para o caso de deportação (casamento e filho). V. O autor é casado com brasileira e possui filho dependente economicamente. Inclusive, requereu a permanência definitiva estando em tramitação o respectivo processo administrativo, já tendo sido reconhecido nele, a autenticidade da certidão de casamento (fls. 231/249). VI. Com o objetivo precípuo de proteção à família, o STF editou a Súmula nº 01, nos seguintes

termos: "É vedado a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna." VII. Remessa oficial e apelação improvidas. Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos para sanar omissão quanto ao afastamento da multa, nos termos seguintes (e-STJ, fl. 338): PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ESTRANGEIRO. CASADO. FILHO. PERMANÊNCIA IRREGULAR. DEPORTAÇÃO. INCABIMENTO. REABERTURA DE DISCUSSÃO ACERCA DE MATÉRIA JÁ ANALISADA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. I. O Código de Processo Civil, em seu artigo 535, condiciona o cabimento dos embargos de declaração à existência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, não se prestando este recurso à repetição de argumentação contra o julgamento de mérito da causa. II. Não se vislumbra o cabimento da aplicação da multa prevista no Auto de Infração em questão, por estada irregular de estrangeiro no território brasileiro, após esgotamento do prazo legal, sob pena de deportação, nos termos do artigo 125, inciso II, da Lei no 6.815/1980. O acórdão embargado reconheceu o direito do recorrido a permanecer no país, tendo em vista que se enquadrou nas hipóteses do Estatuto do Estrangeiro em vigor (art. 75, II, b), já que é casado com brasileira e possui filho dependente economicamente. Inclusive, requereu a permanência definitiva estando em tramitação o respectivo processo administrativo, já tendo sido reconhecido nele, a autenticidade da certidão de casamento. III. Com o objetivo precípuo de proteção à família, o STF editou a Súmula nº 01, nos seguintes termos: "É vedado a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna." IV. Embargos de declaração parcialmente providos, apenas para sanar a omissão quanto à multa aplicada no Auto de Infração. Alega a parte recorrente contrariedade ao art. 125, II, da Lei 6.815/1980. Defende, em síntese, ser culpa do recorrido a não apresentação tempestiva dos documentos exigidos para controle de imigração, sendo devido o pagamento da multa. Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 358-365), o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ, fl. 367). Parecer pelo não conhecimento (e-STJ, fls. 375-379). É o relatório. Preliminarmente, observo que os autos encontram-se gravados por sigilo de justiça injustificado, por não se tratar de quaisquer das hipóteses legais de sua incidência. Determino, portanto, o afastamento do sigilo, com correção da autuação. Passo à análise

do recurso. A pretensão prospera. De fato, o acórdão reconheceu a impossibilidade de deportação do estrangeiro em razão do princípio da reunião familiar, instituto de caráter humanitário do direito internacional amplamente reconhecido e, hoje, positivado nas normas migratórias internas. Entretanto, tal direito não pode ser estendido para afastar a sanção pecuniária, que em nada diz respeito à unidade familiar. O impedimento à deportação, em atenção ao interesse estatal na proteção da família e promoção da dignidade da pessoa humana, não traz como consequência a legalização da situação do estrangeiro nem afasta outros efeitos administrativos e legais da prática da conduta vedada. É dizer: a exigência da multa sancionatória não trará qualquer consequência à unidade familiar do estrangeiro. Note-se que a legislação mais moderna sobre o tema manteve a sanção administrativa para a conduta em tela (art. 109, II, da Lei 13.445/2017) e, no que tange à unidade familiar, há previsão expressa de cobrança para a concessão de visto temporário ou prorrogação do prazo de estada baseada nessa razão. Ante o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015, c/c o art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 30 de novembro de 2018. Ministro Og Fernandes Relator (STJ - REsp: 1570388 PB 2015/0303775-4, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 04/12/2018)

12. PERDA DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO É REQUISITO PARA A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO

No julgamento do **HC 333.902**, a Primeira Seção definiu que a expulsão de estrangeiro refugiado não pode ocorrer sem a regular perda dessa condição em prévio processo administrativo. Para o colegiado, apenas a publicação de portaria aplicando a medida é nula, ainda que o ato tenha seus efeitos suspensos para ser convalidado posteriormente.

O pedido que deu origem ao entendimento foi feito pela Defensoria Pública da União (DPU) em favor de um cidadão do Burundi. Ele foi condenado pelo crime de tráfico internacional de drogas e, um ano depois, o ministro da Justiça determinou sua expulsão, ficando a efetivação da medida condicionada ao cumprimento da pena no Brasil ou à liberação pelo Poder Judiciário.

O estrangeiro, no entanto, já era reconhecido como refugiado pelo Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), devido a conflitos em seu país, e mantinha essa condição até a impetração do habeas corpus. Assim, a ordem de habeas corpus foi concedida com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. INTERNACIONAL. HABEAS CORPUS. REFUGIADO. EXPULSÃO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O ESTATUTO DOS REFUGIADOS. LEI 9.474/97. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Habeas Corpus contra decreto de expulsão impetrado por estrangeiro que cometeu crime após a concessão de refúgio, sendo condenado por sentença penal transitada em julgado. 2. A jurisprudência do STF e do STJ pacificou o entendimento de que, ao analisar o ato de expulsão, não poderá o Judiciário substituir-se à atuação da chefia do Executivo na avaliação da sua conveniência, necessidade, oportunidade e utilidade, devendo limitar-se à análise do cumprimento formal dos requisitos e à inexistência de óbices à expulsão. 3. A garantia do devido processo legal constitui direito fundamental assegurado pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, também encontrando previsão expressa na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados e na Lei 9.474/97, pelo que a conclusão de processo administrativo em que seja declarada a perda da condição de refugiado, assegurado o contraditório e a ampla defesa, deve ser reconhecida como limitação ao poder discricionário do Executivo para expulsar um estrangeiro que ostente a condição de refugiado. 4. Hipótese em que a portaria de expulsão foi editada sem que tivesse sido levada em consideração a condição de refugiado do paciente, tendo o próprio impetrado informado estar a medida de expulsão sobrestada, já que "enquanto o interessado detiver o status de refugiado, a expulsão não poderá ser efetivada, sendo condicionada à perda do refúgio, observados o devido processo legal e a ampla defesa" (e-STJ, fl. 58). 5. É nula a portaria de expulsão editada contra refugiado antes de instaurado regular processo administrativo de perda do refúgio, não podendo o ato ter seus efeitos suspensos para ser convalidado por procedimento administrativo posterior. Ordem concedida. (STJ - HC: 333902 DF 2015/0206886-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 14/10/2015, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/10/2015)

13. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DEVE NORTEAR DECISÕES REFERENTES A REFUGIADOS

O relator, ministro Humberto Martins, destacou que tanto a **Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados** quanto a **Lei 9.474/1997** preveem a expulsão de refugiados por motivos de ordem pública, não cabendo ao Judiciário avaliar a pertinência da caracterização da condenação do paciente como motivo de ordem pública suficiente para justificar a medida.

"É de se ver, entretanto, que o conjunto de normas que tratam da matéria impõe alguns cuidados adicionais ao Executivo. O primeiro é o relativo à impossibilidade de que seja o paciente devolvido ao local onde sua vida, sua liberdade ou sua dignidade correm riscos", alertou.

De acordo com Humberto Martins, essa limitação tem amparo não apenas na convenção e na lei citada, mas na própria Constituição Federal, que elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e dispõe que, em suas relações internacionais, o Brasil deverá se reger pela prevalência dos direitos humanos.

Concluiu o Ministro que *"uma vez que a perda da condição de refugiado é condição para expulsão, tem-se que a portaria editada quando o paciente ainda mantinha tal condição deve ser declarada nula, não sendo suficiente a suspensão de sua execução, uma vez que à época de sua edição, havia um óbice formal que não pode ser convalidado por procedimento administrativo posterior"* (HC 333.902).

14. STJ NÃO DEVE JULGAR ATO DE EXPULSÃO PRATICADO POR COORDENADOR DE PROCESSOS MIGRATÓRIOS

A Primeira Seção entendeu que o STJ não tem competência para analisar habeas corpus contra ato de expulsão praticado pelo coordenador de processos migratórios do Ministério da Justiça. A posição foi firmada em 2022, quando o colegiado negou provimento a agravo interno no **HC 692.415**.

No caso analisado, a defesa de uma colombiana condenada por tráfico privilegiado impetrou habeas corpus para invalidar a portaria que determinava sua expulsão do Brasil.

Para a relatora, ministra Assusete Magalhães, o STJ seria a corte adequada para julgar o processo caso a autoridade coatora fosse o ministro da Justiça. Nesse sentido, ela reiterou parecer do Ministério Público Federal (MPF) destacando que, na época da publicação impugnada, já vigorava a **Portaria 432/2019** da Secretaria Nacional de Justiça,

responsável por subdelegar ao coordenador de processos migratórios a prática do ato expulsório.

A ministra explicou que é possível a aplicação da **Súmula 510/STF**, segundo a qual, "praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial".

"Assim, reconhecida a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, o Superior Tribunal de Justiça não possui competência para processar e julgar o presente habeas corpus, conforme previsto no **artigo 105, I, "c", da Constituição Federal**", concluiu a relatora, vejamos:

AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. ATO PRATICADO PELO COORDENADOR DE PROCESSOS MIGRATÓRIOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno interposto contra decisão que indeferiu liminarmente o Habeas Corpus e determinou a imediata remessa dos autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro - juízo competente para a análise da pretensão aqui exposta - a fim de que proceda como achar de direito. II. O presente Habeas Corpus foi impetrado com objetivo de desconstituir a Portaria 1.118, de 26 de novembro de 2019, de lavra do Coordenador de Processos Migratórios do Ministério da Justiça, que decretara a expulsão do paciente do país. III. Nos termos do art. 105, I, c, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, "os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea 'a', ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral". IV. Reconhecida a ilegitimidade passiva do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, o Superior Tribunal de Justiça não possui competência para processar e julgar o presente Habeas Corpus, conforme previsto no art. 105, I, c, da Constituição Federal. Nesse sentido, são as seguintes decisões, proferidas em casos similares aos dos autos: STJ, HC 624.216/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe de 20/11/2020; RCD no HC 551.763/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 05/02/2020; HC 554.419/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 04/02/2020; HC

551.763/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 13/12/2019. V. Agravo interno improvido. (STJ - AgInt no HC: 692415 RJ 2021/0290891-5, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 15/02/2022, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 17/02/2022)

15. CONCLUSÃO

Em conclusão, enquanto a extradição tem uma natureza penal e é solicitada por outro país, a expulsão tem uma natureza administrativa e é decidida unilateralmente pelo país que expulsa o estrangeiro. Ambos os processos devem respeitar os direitos humanos e as garantias processuais do indivíduo em questão.

16. REFERÊNCIA:

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: **452975** DF 2018/0131630-8, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 12/02/2020, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 10/03/2020

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: **285608** DF 2013/0420538-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/03/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/03/2014

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 250026 MS 2012/0158064-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Publicação: DJ 06/08/2012

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 274249 SP 2013/0237750-9, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 04/02/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2014

Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 186490 SC 0094524-02.2020.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 22/10/2020

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC 324.231/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 666247 DF 2021/0145507-2, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 10/11/2021, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/11/2021

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 418116 SP 2017/0249547-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 22/02/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/02/2018.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 608035 DF 2020/0214958-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/05/2021, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/07/2021

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 1570388 PB 2015/0303775-4, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 04/12/2018

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 333902 DF 2015/0206886-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 14/10/2015, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/10/2015

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - AgInt no HC: 692415 RJ 2021/0290891-5, Relator: Ministra ASSULETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 15/02/2022, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 17/02/2022

MÉDICO PERDE A VIDA, VÍTIMA DA ANGÚSTIA E INJUSTIÇA.

RENATO DE ASSIS PINHEIRO: advogado, especialista em Direito Médico e Odontológico há 16 anos, e conselheiro jurídico e científico da ANADEM. É fundador e CEO do escritório que leva seu nome, sediado em Belo Horizonte/MG e atuante em todo o país.²

Nossa sociedade massacra a saúde mental dos médicos, mas cobra deles algo quase divino, com muito amor e empatia.

“Direito e Saúde”

Há pouco mais de 2 meses escrevi sobre um médico de MG injustiçado pela imprensa, após complicações decorrentes de uma cirurgia. Não me agrada retornar ao assunto em tão pouco tempo, mas a gravidade da ocorrência da semana passada em Teresina/PI demanda uma forte reação de todos que se preocupam com a situação, pois desta vez a consequência foi fatal.

A vítima é um dedicado cirurgião pediátrico de 50 anos, com mais de 20 mil procedimentos de sucesso realizados na carreira. Seu pai foi um pediatra de brilhante carreira no estado do Piauí, um dos profissionais mais renomados de sua geração. Em fevereiro deste ano o médico foi o responsável pelo procedimento cirúrgico de uma paciente de 6 anos de idade, que sofria com insuficiência renal grave e fazia hemodiálise. A paciente deu entrada no Hospital Unimed de Teresina com quadro de infecção, sendo necessária a troca de um cateter. Ao puncionar uma veia abaixo da clavícula (utilizando a técnica mais indicada e guiado por ultrassom) uma artéria foi atingida. Após a complicação cirúrgica (amplamente prevista na literatura médica como risco do procedimento) a paciente não resistiu e veio a óbito horas depois, mesmo contando com toda a assistência necessária por parte do próprio cirurgião, e da equipe do hospital.

O inquérito conduzido pela polícia civil foi concluído em 23 de junho, com o indiciamento do médico por homicídio culposo. Cinco dias depois, a imprensa noticiou amplamente o caso, após ter acesso ao inquérito (possivelmente de forma ilícita). Como de costume, o caso foi amplamente divulgado equiparando o médico a um homicida, jogando no lixo uma bela história construída por duas gerações daquela família, na

² E-mail: renato@renatoassis.com.br

pediatria. No dia seguinte, o cirurgião foi encontrado sem vida em seu apartamento, vitimado pela angústia e injustiça. O médico, que seguia os passos do pai com uma brilhante carreira de altruísmo e dedicação aos pacientes mais jovens, se foi, deixando para trás esposa e 2 filhos.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que a medicina não é uma ciência exata, e que complicações cirúrgicas não são sinônimo de erro médico. O cirurgião não possui total domínio sobre o desfecho de uma cirurgia, sua obrigação é utilizar a melhor técnica visando o melhor resultado, exatamente o que o foi feito no presente caso. A complicação ocorrida é apontada pela literatura médica como um dos principais riscos do procedimento (sobretudo no caso da paciente, que conforme relatos possuía uma diferença anatômica que pode ter contribuído para a ocorrência).

Em segundo lugar, precisamos lembrar que o médico goza da presunção de inocência, como qualquer outra pessoa. O erro precisa ser provado, e nunca presumido! Um inquérito policial não prova absolutamente nada, é somente um procedimento inicial e unilateral (sem defesa ou contraditório) onde a autoridade policial colhe indícios, para serem submetidos à justiça. A culpa somente pode ser apurada em um processo judicial, com ampla defesa e contraditório. Somente ao final da ação (e esgotada a via recursal) alguém pode ser declarado culpado (e nem sempre isso ocorre, pois no Brasil, já existem pessoas “descondenadas”).

Portanto, ser indiciado pela polícia, em hipótese alguma, é sinônimo de condenação ou culpa. Isto só representa a mera opinião de um delegado, que via de regra, pouco entende sobre o assunto. Por este motivo o inquérito deve correr sempre em sigilo, evitando constrangimentos indevidos e fatalidades, como a presente. Muito embora, em muitos casos, este sigilo seja quebrado pela própria autoridade policial, que chega a promover coletivas para a imprensa para ter 15 minutos de fama, destruindo ilicitamente reputação e a saúde mental alheia, e indiciando investigados sem a existência de indícios, baseadas somente em sua absoluta ignorância sobre o assunto.

Após a fatalidade, foram emitidas inúmeras “notas de repúdio” por parte de diversas instituições de classe da área médica. Atitude louvável, sem dúvidas! Mas sinceramente, penso que de forma geral, as entidades de classe deveriam refletir sobre o lamentável atraso com o qual costumam manifestar seu apoio os médicos que passam por situações análogas. Em alguns casos igualmente críticos, a única coisa que os médicos recebem das entidades que os representam, é um ensurdecido silêncio. Negligenciam a prerrogativa de se posicionar em defesa do médico quando é necessário (por conveniência) e depois de uma fatalidade se posicionam (por politicagem). Isso precisa mudar!

Há casos ainda piores, nos quais o médico é covardemente massacrado pela imprensa e redes sociais, e alguns conselhos se limitam a informar publicamente: “uma

investigação foi instaurada, estamos apurando.” Com isso, ratificam (ainda que indiretamente) a condição do médico, de acusado e investigado, agravando a situação. E a única defesa das vítimas acaba vindo por parte de colegas médicos (como diretor do Hospital Universitário da UFPI, no presente caso) e de pessoas comuns (como eu, e muitos outros) que sequer conhecem a vítima, mas se sensibilizam com a situação e decidem arriscar seu próprio nome, se posicionando em defesa de outro ser humano.

Fatalidades como a presente precisam gerar uma grande reflexão, sobretudo por conta do papel de atores principais que imprensa e a polícia tiveram, quando na verdade, deveriam zelar pelos direitos dos cidadãos. Contudo, agem de forma contrária, construindo narrativas absurdas de forma totalmente irresponsável. E o médico, que via de regra é tão vítima quanto o paciente nestes casos, é condenado sumariamente e apedrejado pela sociedade, através das redes sociais.

Casos como este precisam ser abordados pela imprensa e pelas autoridades de forma isenta e profissional, livre do preconceito e do estigma com o qual constantemente perseguem os médicos. Atualmente, a maior taxa de suicídio mundial ocorre entre os médicos, alcançando o dobro dos índices da população geral. Nossa sociedade massacra covardemente a saúde mental dos médicos, mas cobra deles algo quase divino, com cada vez mais amor e empatia. Quem cuida dos pacientes está doente por culpa da própria sociedade, e essa lógica precisa ser revista com urgência.

A grande ironia é que, a imprensa só publica todo esse lixo, porque a nossa sociedade o consome com avidez. Trata-se de um deprimente ciclo vicioso, pois os veículos de informação que mais ganham engajamento e *likes*, são justamente os que mais massacram pessoas inocentes. E a nossa sociedade, cada vez mais doente, tortura cruelmente a saúde mental da vítima do dia, sem pensar que amanhã, o alvo pode ser um de seus entes queridos. Precisamos debater este assunto e combater esta nociva cultura, antes que o dano seja irreversível.

Por fim, não deixa de ser interessante notar que, no caso do óbito da paciente, a polícia e a imprensa não hesitaram em acusar publicamente quem imaginavam ser o culpado, antes mesmo de qualquer possibilidade de defesa, julgamento ou condenação. Contudo, no caso da fatalidade do médico... reina o silêncio! As autoridades policiais e imprensa seguem cautelosos, investigando com todo o sigilo que a lei impõe, e sequer revelaram publicamente a causa do óbito. A cautela é total, para não violar os direitos dos envolvidos e eventuais culpados. Quanta conveniência...

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO PIAUÍ

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, com título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (SP)³

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre o processo de tomada de contas especial na Administração Pública do Estado do Piauí.

Palavras-chave: Tomada de contas. Especial. Piauí.

Abstract: This article has the objective of succinctly doing a study on the process of special accountability in the Public Administration of the State of Piauí.

Keywords: Accounting. Special. Piauí.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta hacer un estudio sobre el proceso de toma de cuentas especial en la Administración Pública del Estado de Piauí.

Palabras clave: Toma de cuentas. Especial. Piauí.

Sumário: Introdução. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A tomada de contas especial (TCE) é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública a fim de obter o respectivo ressarcimento. Essa dinâmica tem por base a apuração de fatos, a quantificação do dano, a identificação dos responsáveis.

A TCE é um instrumento de que dispõe a Administração Pública para ressarcir-se de eventuais prejuízos que lhe forem causados, sendo o processo revestido de rito próprio e

³ mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheira no Tribunal de Contas do Estado do Piauí. E-mail: benignonovo@hotmail.com

somente instaurado depois de esgotadas as medidas administrativas para reparação do dano.

DESENVOLVIMENTO

As definições para TCE estão contidas no art. 2º da Instrução Normativa TCU nº 71/2012 e no art. 70 da Portaria Interministerial MPDG/MF/CGU nº 424/2016, a seguir transcritas:

“Tomada de Contas Especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.” (art. 2º, caput, da IN/TCU n.º 71/2012). “A Tomada de Contas Especial é o processo que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento. (art. 70 da Portaria Interministerial MPDG/MF/CGU n.º 424/2016).

Os pressupostos para instauração de TCE estão descritos no art. 5º da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016, *in verbis*:

“Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário. Parágrafo único. O ato que determinar a instauração da tomada de contas especial, deverá indicar, entre outros: I - os agentes públicos omissos e/ou os supostos responsáveis (pessoas físicas e jurídicas) pelos atos que teriam dado causa ao dano ou indício de dano identificado; II - a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à sua ocorrência; III - exame da adequação das informações contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano ou indício de dano; IV - evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado e a conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos.” (NR)

O processo de tomada de contas especial tem como objetivos básicos:

- a) apurar os fatos que resultaram prejuízo ao erário;
- b) identificar e qualificar os agentes causadores do dano;
- c) quantificar o prejuízo sofrido pelos cofres públicos.

Tais objetivos possibilitam o alcance da finalidade principal de uma TCE, que consiste no ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos sofridos.

Características da Tomada de Contas Especial:

a) Deve ser instaurada a partir da autuação de processo específico, com numeração própria, em atendimento à determinação da autoridade administrativa competente (arts. 2º, caput, e 4º da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016);

b) Deve conter as peças necessárias para a caracterização do dano, além das estabelecidas no art. 10 da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016;

c) Constitui medida de exceção, somente devendo ser instaurada após esgotadas todas as medidas administrativas internas objetivando o ressarcimento do prejuízo ao Erário (art. 3º da IN/TCU nº 71/2012);

d) Deve ser encaminhada ao Tribunal de Contas da União em até 180 (cento e oitenta) dias após a sua instauração (art. 11 da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016); e

e) A TCE somente deve ser instaurada quando o valor do débito original:

i. no caso de fato gerador anterior a 1º/1/2017, acrescido da atualização monetária até 1º/1/2017, atingir o valor mínimo estabelecido pelo TCU, que atualmente é de R\$ 100.000,00 (inciso I do art. 6º da IN/TCU n.º 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016);

ii. no caso de fato gerador após 1º/1/2017, atingir o valor mínimo estabelecido pelo TCU, que atualmente é de R\$ 100.000,00, sem atualização monetária (inciso I do art. 6º da IN/TCU n.º 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016).

Outra distinção importante é que a TCE não é julgada pela autoridade administrativa que a instaura, mas sim pelo Tribunal de Contas da União (TCU), enquanto o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar é feito pela autoridade instauradora ou superior, dependendo da penalidade a ser aplicada, ficando o julgamento, em quaisquer circunstâncias, adstrito à própria Administração.

Deve prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos, ou pelos quais o ente público 21 responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária. O inciso V, do art. 6º da Lei Estadual nº 5.888/2009, dispõe acerca da jurisdição do Tribunal de Contas do Estado do Piauí que abrange, além dos órgãos, entidades e fundos da Administração Pública estadual e municipal, os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado a pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere.

Conforme disposto no caput do art. 68 da Lei Estadual nº 5.888/2009 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – compete à autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade solidária, adotar imediatamente providências com vistas à instauração de Tomada de Contas Especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação de danos, nos casos de:

a) omissão no dever de prestar contas, ou da não comprovação da aplicação dos recursos públicos administrados ou geridos;

b) ocorrência de indícios de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; ou

c) prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, de que resulte dano ao erário.

O primeiro e principal pressuposto para a instauração de um processo de TCE é a configuração de um dano ao erário. Tal dano pode estar de fato caracterizado, como é o caso de perda, extravio ou desvio de recursos, ou pode ser consequência de uma presunção advinda do fato do agente público deixar de prestar contas, ou não comprovar a devida aplicação do recurso utilizado.

A instauração da TCE poderá também ser decorrente de processo administrativo disciplinar, quando além da falha de conduta do servidor, for constatada, também, a prática de qualquer ato que resulte dano ao erário.

Em relação aos convênios em que o Estado é o repassador dos recursos, conforme o contido nos incisos I, II e III do art. 48 da Instrução Normativa Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE Nº 01/2009, a Tomada de Contas Especial será instaurada quando:

I - não for apresentada a prestação de contas no prazo de até 30 dias, concedidos em notificação, pelo Concedente;

II - não for aprovada a prestação de contas, apesar de eventuais justificativas apresentadas pelo Conveniente, em decorrência de:

- a) não execução total do objeto pactuado;
- b) falta de documento obrigatório;
- c) desvio de finalidade;
- d) impugnação de despesas;
- e) não cumprimento dos recursos da contrapartida;
- f) não utilização de rendimentos de aplicações financeiras no objeto pactuado;
- g) não devolução de eventuais saldos de Convênio.

III - ocorrer qualquer outro fato do qual resulte prejuízo ao erário.”

Verificada a ocorrência de qualquer fato ensejador de TCE, a instauração do respectivo processo pode ser autorizada:

- a) por iniciativa da autoridade administrativa máxima do órgão/entidade (Art. 68, caput da Lei Estadual nº 5.888/2009);
- b) ex officio, por determinação do Tribunal de contas do Estado (Art. 68, parágrafo único da Lei Estadual nº 5.888/2009);
- c) por recomendação da Controladoria-Geral do Estado (Art. 5º, inciso III, do Decreto Estadual nº 13.860/2009 e Art. 92, inciso III, §3º da Lei 5.888/2009).

O início do processo, com vistas à exigência de prestação de contas ou de ressarcimento ao Erário, caberá à autoridade administrativa competente, podendo ocorrer de ofício ou por solicitação da CGE ou do TCE-PI.

É fundamental ressaltar que, caso não comprovada a conivência entre a autoridade administrativa que constatou a irregularidade e o agente causador do dano, a responsabilidade daquela esgotar-se-á com a adoção de providências visando à reparação do prejuízo. Entretanto, a omissão da autoridade competente no que se refere ao dever de adotar as providências com vistas à apuração do dano e ao imediato ressarcimento ao Erário, no prazo máximo estabelecido em Resolução Normativa do Tribunal de Contas, é considerada grave infração à norma legal, sujeitando a referida autoridade à imputação das sanções cabíveis, sem prejuízo de caracterizar a sua solidariedade com o agente causador do dano ao erário.

O Controle Interno, por sua vez, tem o dever de dar ciência ao Tribunal de Contas do Estado, sob pena de responsabilidade solidária, de qualquer irregularidade ou ilegalidade

de que tome conhecimento, conforme dispõe o texto constitucional no § 1º do art. 74 (também ressaltado no art. 93, da Lei nº. 5.888/2009).

Além disso, poderá o Tribunal de Contas a qualquer tempo, determinar a instauração de TCE, fixando prazo para cumprimento desta decisão. (parágrafo único do art. 68, da Lei nº. 5.888/2009).

O procedimento de TCE não deve ser utilizado na ausência de pressupostos e:

a) em substituição a procedimentos disciplinares para apurar infrações administrativas;

b) para obter ressarcimento de valores pagos indevidamente a servidores;

c) nos casos de prejuízos causados por terceiros por descumprimento de cláusulas contratuais legitimamente acordadas (exceto se for verificado ato ilícito decorrente de ação ou omissão de agente público).

d) após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, salvo por determinação em contrário do Tribunal de Contas da União (§ 4º art. 5º da IN/TCU nº 56/2007);

e) caso o valor do dano atualizado monetariamente seja inferior ao limite fixado pelo Tribunal para encaminhamento de tomada de contas especial; ou

f) quando houver o recolhimento do débito no âmbito interno ou a apresentação e aprovação da prestação de contas. Caso tenha sido constituído processo nessas hipóteses, a jurisprudência do TCU tem sido no sentido de arquivá-lo por falta de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do feito.

O fato gerador do prazo citado no item "d" deve ser contado (§ 2º do art. 1º da IN/TCU n.º56/2007):

"I – nos casos de omissão no dever de prestar contas e da não comprovação da aplicação de recursos repassados, da data fixada para apresentação da prestação de contas;

II – nos demais casos, da data do evento, quando conhecida, ou da data de ciência do fato pela Administração".

É de se destacar, ainda, que o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – RITCE-PI, tendo em vista o princípio da economicidade processual, também inseriu

dispositivo constante do § 3º do art. 173, quanto à possível dispensa de elaboração do processo de TCE quando de ocorrências em que ficar comprovada a ausência de má fé e o dano for prontamente ressarcido, *in verbis*:

“Na ocorrência de perda, extravio ou outra irregularidade sem que se caracterize má fé de quem lhe deu causa e se o dano for imediatamente ressarcido, a autoridade administrativa competente deverá, em sua tomada ou prestação de contas ordinária, comunicar o fato ao Tribunal ficando dispensada, desde logo, a instauração de tomada de contas especial”.

De acordo o art. 175 do Regimento Interno do TCE/PI serão instauradas e instruídas no âmbito do próprio Tribunal de Contas, independente de apuração pelo órgão de controle interno, as tomadas de contas especiais cujo indício de dano ao Erário for de valor igual ou superior à quantia fixada em cada ano civil.

O valor deverá ser fixado pelo Tribunal de Contas do Estado em cada ano civil, até a última sessão ordinária do Plenário, para vigorar no exercício subsequente. No entanto, até a presente data o TCE-PI não fixou o aludido valor. (Regimento Interno do TCE/PI).

Se o dano for inferior à quantia a que alude o parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva prestação ou tomada de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para apreciação em conjunto pelo Tribunal de Contas.

Caso o valor seja inferior, a tomada de contas especial será anexada ao processo de tomada ou prestação de contas ordinária da autoridade competente, devendo o fato ser comunicado ao TCE/PI. Do contrário, caso o valor seja igual ou superior, a tomada de contas especial será encaminhada de imediato ao Tribunal de Contas do Estado para julgamento. Para elaboração de uma TCE, além da constatação do prejuízo causado por um dano, real ou presumido, esse prejuízo deve ser quantificado, constituindo um débito para com os cofres públicos. Este débito deve possuir significado econômico de modo a justificar o procedimento especial de apuração e cobrança.

Juntamente com a existência do débito, deve estar configurada a conduta culposa ou dolosa do agente público. Sendo assim, para a responsabilização de um ou mais agentes públicos, deve ficar comprovado o nexos causal entre a conduta dos mesmos e o dano causado ao erário.

O responsável pela conduta deve estar devidamente identificado, haja vista que em caso da comprovação de sua responsabilidade, o mesmo terá a obrigação de ressarcir o dano causado aos cofres públicos.

Os juros moratórios e a atualização monetária incidentes sobre os débitos apurados em Tomada de Contas Especial deverão ser calculados, nos termos do art. 8º da IN/TCU n.º 56/2007, com observância da legislação vigente e com incidência a partir:

“I - da data do recebimento dos recursos ou da data do crédito na respectiva contracorrente bancária, no caso de ocorrência relativa a convênio, contrato de repasse ou instrumento congêneres;

II - da data do evento, quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela administração, nos demais casos”.

No caso de desaparecimento ou desvio de bem, a base de cálculo dos encargos deve ser o valor de mercado ou de aquisição do bem igual ou similar, no estado em que se encontrava, com os acréscimos legais (art. 8º, parágrafo único, da IN/TCU n.º 56/2007).

Considerando o que estabelecem o § 1º do art. 21 da IN Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE nº 01/2009 e o § 4º do art. 116 da Lei n.º 8.666/93, os recursos transferidos através de convênios, enquanto não empregados na sua finalidade, devem ser aplicados em caderneta de poupança de instituição financeira oficial, se a previsão para o uso do recurso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em título da dívida pública federal, quando sua utilização estiver prevista para prazos menores.

Para o cálculo do débito correspondente à não aplicação, deverá ser identificado o período em que os recursos ficaram paralisados em conta corrente bancária e, a partir deste dado, apurado o valor que deixou de ser auferido com a não aplicação, conforme o caso, levantando-se os índices ocorridos no período, que podem ser pesquisados por meio de acesso ao sítio eletrônico do Banco Central do Brasil – BACEN (www.bcb.gov.br).

Quando da identificação de irregularidade ou ilegalidade, o órgão ou entidade deverá, antes da instauração da TCE, adotar providências no sentido de regularizar o fato lesivo ao Erário, em observância ao princípio da economia processual. Neste sentido, deverá a autoridade administrativa notificar o(s) responsável(is) pelo fato danoso e abrir prazo de, no máximo, 30 (trinta) dias para que o(s) mesmo(s) regularize(m) o fato. Ao mesmo tempo, a autoridade adotará, conforme o caso específico, medidas acautelatórias, a saber:

- a) suspensão da liberação de parcela de recursos ainda não transferida;
- b) suspensão da assinatura de novos convênios com o(s) responsável(is) pelo fato;

c) suspensão de novo pagamento de concessão, de nova subvenção, auxílio ou contribuição.

Comprovada a boa-fé e a imediata reparação do dano pelo(s) responsável(is), fica dispensada a instauração da tomada de contas especial. Entretanto, deverá ser o fato comunicado ao Tribunal de Contas pela autoridade competente em sua tomada ou prestação de contas ordinária (§ 3º do art. 173 do Regimento Interno do TCE-PI).

Caso contrário, ou seja, não tendo sido regularizado o fato e nem reparado o dano, a autoridade administrativa é obrigada, sob pena de responsabilidade solidária, instaurar a tomada de contas especial, bem como manter as medidas acautelatórias mencionadas acima.

Quando tratar-se de convênios o fato deverá, ainda, ser registrado no SISCON – Sistema de Gestão de Convênios Estaduais, na aba TCE (Tomada de Contas Especial). Na forma do art. 49 da IN Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE Nº 01/2009, in verbis:

Art. 49 . . .

Parágrafo único. As informações referentes às notificações, a abertura da Tomada de Contas Especial e sua conclusão deverão ser inseridas no SISCON pelo Órgão ou Entidade Concedente, no módulo respectivo.

O processo de TCE será constituído pelas peças definidas em ato normativo do Tribunal de Contas do Estado, conforme preceitua o art. 174 do Regimento Interno do TCE-PI, in verbis:

Art. 174. Os processos de tomada de contas especiais instauradas por determinação da autoridade administrativa competente ou do Tribunal de Contas deverão conter os elementos especificados em ato normativo, sem prejuízo de outras informações e/ou documentos que permitam a análise e apuração acerca da responsabilidade ou não pelo dano verificado.

O TCE-PI através da Instrução Normativa Nº 05/2018, de 23 de agosto de 2018 definiu, em ato próprio, a organização e o encaminhamento dos processos de tomada de contas:

Art. 1º. Acrescentar o §3 ao art. 2 da Instrução Normativa nº 03, de 08 de maio de 2014, que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art 2. (...)

§3º Independentemente da vigência do convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere, a autoridade competente deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração de tomada de contas especial, em qualquer das seguintes hipóteses:

I - houver transcorrido prazo de 360 dias do adiantamento, concessão ou repasse de recurso sem que haja prestação de contas ou comprovação dos referidos recursos. Estado do Piauí Tribunal de Contas do Estado.

II - houver transcorrido prazo de 180 dias da aplicação do recurso pelo adiantado, concedido ou conveniente oriundo do adiantamento, concessão ou repasse sem que haja prestação de contas ou comprovação dos referidos recursos.

III - houver transcorrido prazo de 90 dias da extinção do contrato firmado pelo adiantado, concedido ou conveniente, referente ao objeto da avença pactuada, oriundo do adiantamento, concessão ou repasse de recurso sem que haja prestação de contas ou comprovação dos referidos recursos.

Art. 2º. Alterar o inciso II, do art. 8 da Instrução Normativa nº 03, de 08 de maio de 2014, que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art 8. (...)

II - houver transcorrido prazo superior a cinco anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

Para orientação dos membros das comissões, adotar-se-á, como diretiva, a IN nº 56/2007 do Tribunal de Contas da União. De acordo com o art. 4º da referida IN, integram o processo de TCE:

a) Ficha de Qualificação do Responsável, indicando:

- Nome completo;
- Número do CPF e RG;
- Endereço residencial, profissional e número de telefone;

- Cargo, função e matrícula, quando se tratar de servidor público.

b) Cópia integral do processo de transferência de recursos, juntamente com a prestação de contas, quando for o caso; c) Demonstrativo Financeiro do Débito, indicando:

- Valor original;
- Origem e data da ocorrência;
- Parcelas recolhidas e respectivas datas de recolhimento, se for o caso.

d) Relatório do Tomador de Contas, com indicação circunstanciada das providências adotadas pela autoridade competente, inclusive quanto a expedientes de cobrança de débito remetidos ao responsável.

e) Certificado de Auditoria emitido pela Controladoria Geral do Estado, acompanhado do respectivo Relatório, que trará manifestação expressa dos seguintes quesitos:

- Adequada apuração dos fatos, com indicação das normas ou regulamentos eventualmente infringidos;
- Correta identificação do(s) responsável(is);
- Precisa quantificação do dano e das parcelas eventualmente recolhidas;
- Identificação da autoridade administrativa responsável pela ausência de adoção das providências cabíveis, quando for o caso.

f) Pronunciamento do Secretário de Estado supervisor da área ou Autoridade de nível hierárquico equivalente, na forma do art. 94 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí;

g) Cópia do Relatório da Comissão de Sindicância ou de Inquérito, acompanhado de cópia dos documentos que caracterizam a responsabilidade apurada, se for o caso;

h) Cópia das Notificações de cobrança, expedidas ao responsável, acompanhadas de Aviso de Recebimento ou qualquer outra forma que assegure a certeza da ciência do interessado;

i) Outros elementos que contribuam para caracterização do dano e da responsabilidade.

O processo de TCE será instaurado no âmbito da entidade concedente dos recursos transferidos por meio de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere, ou onde ocorreu o dano ao Erário e, após concluído, encaminhado à CGE para fins de certificação das contas.

Recebido o processo pela Controladoria-Geral do Estado, esta verificará:

- se o processo está composto das peças estabelecidas no art. 4º da IN/TCU n.º 56/2007;
- se há pressupostos para a sua instauração, com demonstração da ocorrência de dano ao Erário; e
- se o responsável foi apropriadamente identificado e notificado, se o dano está corretamente quantificado e se os fatos estão adequadamente descritos.

Estando o processo em condições de ser levado a julgamento pelo TCE-PI, serão expedidos Relatório, Certificado de Auditoria e Parecer da Controladoria Geral do Estado do Piauí. Posteriormente, será encaminhado ao Secretário de Estado supervisor para o respectivo Pronunciamento e enviado pelo órgão/entidade ao Tribunal de Contas do Estado, para julgamento, concluindo-se a fase interna da TCE.

Caso o processo não esteja adequadamente formalizado, este será devolvido à origem, em diligência, onde serão apresentadas as providências para regularização das inconsistências.

Com a entrada da TCE no Tribunal de Contas do Estado, iniciasse a fase externa do processo de contas, na qual o responsável será julgado, podendo o processo receber os seguintes tipos de julgamento:

- Regular;
- Regular com ressalvas; e
- Irregular.

Ocorrendo um dos motivos determinantes para a instauração do processo, a autoridade responsável formalizará o ato de instauração da TCE. Em seguida, reunirá as pessoas que pretende designar para compor a comissão, esclarecendo-lhes o objetivo do trabalho, as possibilidades de recusa do encargo, de suspeição ou impedimento. Em seguida, lavrará a Portaria de designação, entregando-lhes o documento de instauração da TCE.

O processo tem seu início com o ato de instauração da autoridade responsável, ou seja, autuação de processo específico.

O ato de Instauração, emanado da autoridade administrativa competente, deve conter a descrição sucinta dos fatos ensejadores da Tomada de Contas Especial e expressa menção à data e à forma pela qual a autoridade tomou conhecimento.

Através de portaria será designado servidor ou comissão responsável pelos trabalhos.

A Portaria deverá, para sua validade, observar os seguintes balizamentos:

- o ato, normalmente conhecido como “baixar a Portaria”, deverá ser praticado por autoridade competente;
- designar os membros, qualificando-os funcionalmente, com a menção do posto, graduação, cargo ou função e a matrícula, registrando quem presidirá os trabalhos;
- citar o objetivo e o prazo para conclusão dos trabalhos.

É preciso que conste no processo o objeto da apuração, sob pena de o trabalho ficar sem rumo claro e definido.

O princípio da publicidade dos atos e dos contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos, com a devida publicação no Diário Oficial do Estado, respeitando o grau de sigilo adequado.

Os trabalhos da Comissão deverão iniciar-se com uma reunião dos membros, na qual deverá ser indicado quem se responsabilizará pela autuação do processo e dos documentos já recebidos, quem deverá ser notificado para prestar depoimento, quais as diligências que já poderão ser promovidas e quais outras providências que serão adotadas em relação aos fatos a serem apurados. Desta reunião será lavrada ata.

As providências relativas à documentação dos fatos ocorridos deverão ser permanente preocupação da Comissão, com o máximo de rigor formal, vez que é possível que os autos da TCE sejam submetidos à apreciação judicial. É comum observar processos com as seguintes falhas ou impropriedades:

- folhas sem numeração;
- documentos sem Termo de Juntada;
- cópias sem autenticação, quando necessária (ônus da prova, documento da Administração);

- cópias em excesso; e
- depoimentos sem assinatura.

Esses fatos não geram, isoladamente, a nulidade do processo, mas impõem um descrédito às apurações, na medida em que facilitam a ocorrência de fraudes.

Por isso, uma das primeiras providências da Comissão deverá ser autuar o processo, com a colocação de uma capa, identificando-o com um número, data da autuação, indicando que se trata de TCE, 38 fazendo a juntada dos documentos já recebidos, numerando e rubricando as folhas.

A esses autos serão juntados, posteriormente, todos os documentos que se referirem aos fatos em apuração. Da autuação, também, lavrar-se-á um termo, que ficará no processo.

Todos os documentos que sucederem o Termo de Autuação serão colocados no processo precedidos de "Termo de Juntada". Este procedimento, que se materializa numa simples declaração, poderá ser lavrado no verso do documento anterior e indicará o que será juntado e as respectivas folhas do processo. Com tal providência, se vier a desaparecer uma folha, bastará ir consultando o "Termo de Juntada" e imediatamente se terá conhecimento da peça faltante e sobre o que versava, facilitando a solicitação de cópia ao expedidor, quando for o caso.

Os juros moratórios e a atualização monetária incidentes sobre os débitos apurados em Tomada de Contas Especial deverão ser calculados pelo Sistema de Atualização de débito do Tribunal de Contas da União, disponibilizado no link abaixo:

<http://contas.tcu.gov.br/debito/Web/Debito/CalculoDeDebito.faces> ou na página eletrônica do Tribunal de Contas da União, clica no link Serviços e consultas, depois clica em Atualização de débito e logo em seguida clica em Sistema de Atualização de débito.

O Sistema de atualização de débito gera um relatório resumido do valor atualizado (principal mais juros), além de outras informações adicionais (nome do responsável, função, origem do débito, período, etc.).

Saliente-se que o montante do débito constante no demonstrativo está descrito na última linha, acompanhado do detalhamento do cálculo.

O Demonstrativo de Débito deverá ser impresso e anexado ao processo. O demonstrativo financeiro do débito deve ser organizado por tipo individualizado de dano ao erário, indicando:

- a) valor original;
- b) origem e data da ocorrência;
- c) parcelas recolhidas e respectivas datas de recolhimento, se for o caso;

O relatório do tomador de contas constitui a peça mais importante do processo, pois servirá de base aos pronunciamentos e ajuizamentos posteriores, devendo, portanto, ser corretamente instruído e fundamentado.

O relatório circunstanciado, assinado por todos os membros da comissão ou pelo servidor designado, deverá abranger os seguintes elementos:

- a) descrição cronológica dos fatos apurados, especificando o motivo determinante da instauração, origem e data da ocorrência e/ou do conhecimento do fato;
- b) relação de documentos e instrumentos que respaldaram a conclusão do referido relatório pelo servidor designado ou pela comissão, os quais integrarão os autos da tomada de contas especial;
- c) relação dos responsáveis, indicando nome, CPF, endereço e, se servidor público, cargo e matrícula;
- d) demonstrativo financeiro do débito contendo o valor original, valor atualizado acompanhado de memória de cálculo e, se for o caso, valores das parcelas recolhidas e data do(s) recolhimento(s), com os respectivos acréscimos legais;
- e) recomendação de providências a serem adotadas pela autoridade administrativa competente.

Assim, após a manifestação do tomador de contas, os processos de TCE serão organizados e encaminhados à CGE, pelo titular do órgão ou entidade, instruídos com todos os documentos.

No caso de processos de Tomada de Contas Especial relacionadas a convênios, deverá ser procedido registro do conveniente como inadimplente no Sistema de Gestão de Convênios – SISCON (inciso I do art. 42 da IN Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE nº 001/2009).

Lembrando que a não apresentação da prestação de contas final no prazo estabelecido no artigo 38 da referida Instrução Normativa, acarretará o lançamento automático do conveniente como inadimplente no SISCON.

A CGE emitirá um Relatório e um Certificado voltado para o julgamento dos fatos. O Relatório, elaborado por Auditor Governamental formalmente designado, terá como base

os documentos e informações repassadas pelo tomador de contas, verificando-se a consistência dos dados. Não havendo essa consistência, é obrigatório que o auditor aprofunde o exame dos autos, devendo posicionar-se, inclusive quanto ao mérito, no sentido de demonstrar: Adequada caracterização dos fatos, indicando as normas eventualmente infringidas;

- a) Correta identificação e qualificação do(s) responsável(is);
- b) Precisa quantificação do dano;
- c) As providências que a autoridade administrativa deverá adotar para regularizar o fato e resguardar o Erário de futura repetição.

Quando se tratar de recurso relativo a convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere, o Certificado e o Relatório de Auditoria devem conter manifestação sobre: a observância das normas legais e regulamentares pertinentes pelo concedente; a celebração do termo, avaliação do plano de trabalho e demais documentos constantes da solicitação de recursos; fiscalização do cumprimento do objeto; e tempestividade da instauração da tomada de contas especial (§ 1º do art. 4º da IN/TCU n.º 56/2007).

Poderá ocorrer que o Relatório da CGE seja coincidente com o da Comissão, hipótese em que a fundamentação das conclusões poderá apenas se reportar ao relatório do tomador, de forma simples.

Caso contrário, impõe-se esclarecer e justificar os motivos e as razões pelas quais não acolhe a posição sustentada pela Comissão de TCE. Já em seu Certificado que consignará qualquer irregularidade ou ilegalidade constatada.

Concluídos os procedimentos de competência da CGE, os processos de tomada de conta especial serão devolvidos aos órgãos ou entidades de origem, para serem instruídos com o pronunciamento do responsável pela instauração e encaminhados ao Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

O Secretário de Estado supervisor da área ou a autoridade de nível hierárquico equivalente "atestará" haver tomado conhecimento das conclusões a que chegaram o tomador de contas e o controle interno (CGE). Registre-se que o pronunciamento deverá ser expresso e indelegável, conforme determina o art. 94 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí, in verbis:

Art. 94. O Secretário de Estado ou de Município supervisor da área, ou a autoridade de nível hierárquico equivalente, emitirá, sobre as contas e o parecer exarado pelo sistema controle interno, expresso e

indelegável pronunciamento, no qual atestará haver tomado conhecimento das conclusões nele contidas.

Considerando que o último pronunciamento acerca da Tomada de Contas Especial é de responsabilidade do Secretário de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, caberá ao mesmo remeter o processo ao Tribunal de Contas do Estado, devidamente protocolado.

Neste ponto, cabe ressaltar que o processo de Tomada de Contas Especial deverá encontrar-se devidamente instruído e em perfeitas condições para que o Tribunal possa imediatamente citar o(s) responsável(is).

Na mesma data do encaminhamento do processo ao Tribunal de Contas do Estado, os órgãos e entidades deverão remeter, à Controladoria-Geral do Estado, cópia do Pronunciamento do Secretário de Estado e do respectivo comprovante de entrega do processo ao próprio julgamento das contas pela irregularidade já apresenta, como consequência, a inclusão no cadastro a ser enviado à Justiça Eleitoral, a partir do qual o responsável poderá figurar na lista de inelegíveis.

O responsável poderá ser declarado inadimplente no Sistema Integrado de Administração Financeira para Estado e Municípios (SIAFEM) e no Sistema de Gestão de Convênios (SISCON), e, conseqüentemente, ficará impedido de receber novas transferências. Por último, vale lembrar que, com base no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência dos Tribunais de Contas e até mesmo de cortes judiciais, firmou-se o entendimento de que as ações de ressarcimento de danos causados ao erário são imprescritíveis, entendimento esse que se aplica à Tomada de Contas Especial.

A inscrição no Cadastro Geral de Inadimplentes do Piauí – CAGIN encontra-se regulada pela Lei n.º 5.859, de 01/07/2009, constituindo-se num banco de dados onde se acham registrados os nomes de pessoas físicas e jurídicas em débito com órgãos e entidades estaduais. O tomador de contas inscreverá no CAGIN o nome do agente responsabilizado na TCE, em conformidade com os ditames da Lei nº 5.859/2009.

De acordo com o art. 6º da referida Lei, é obrigatória a consulta prévia ao CAGIN pelos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, direta e indireta, para:

I - realização de operações de crédito, concessão de garantias de qualquer natureza e respectivos aditamentos;

II - concessão de incentivos fiscais e financeiros;

III - licitação de serviços e fornecimento de materiais;

IV - pagamento a fornecedores;

V - inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS;

VI - concessão de regime especial ou credenciamento de natureza tributária;

VII - restituição de valores recolhidos indevidamente ou em duplicidade;

VIII - celebração de convênios, acordos, ajustes, contratos ou instrumentos congêneres que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos e respectivos aditamentos”.

O disposto no aludido artigo não se aplica à concessão de auxílios a municípios atingidos por calamidade pública decretada pelo Governo Estadual. De acordo com o art. 3º da referida Lei, cabe à Secretaria da Fazenda expedir orientação de natureza normativa, inclusive quanto ao disciplinamento das respectivas inclusões e exclusões.

A fase externa inicia-se com o ingresso do processo no Tribunal de Contas, que terá a incumbência de firmar a responsabilidade dos agentes envolvidos e, ao final, julgar as contas, ponderando os aspectos atinentes à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à eficácia e à eficiência dos procedimentos adotados pelas autoridades administrativas. Assim, respeitados os princípios da ampla defesa e contraditório, transcorridas todas as etapas de tramitação, o julgamento da decisão definitiva de mérito da TCE poderá ser regular, regular com ressalva ou irregular, nos termos do art. 122 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

As contas podem, ainda, ser consideradas iliquidáveis ou arquivadas, sem julgamento do mérito, por falta de pressupostos válidos e regulares para sua constituição. Ressalte-se que a decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo, conforme o artigo 135 da multicitada Lei Orgânica do Tribunal, cabendo à Procuradoria Geral do Estado (PGE), devidamente autorizado pelo Tribunal, a cobrança judicial do débito, caso o mesmo não seja voluntariamente recolhido.

Art. 139 ... II – encaminhar peças processuais aos órgãos competentes para que adotem as providências necessárias à efetivação da execução da decisão definitiva.

Compete à Controladoria Geral do Estado:

I - Orientar sempre que necessário, a condução dos trabalhos da comissão ou servidor designado.

II - Instruir os autos da TCE com relatório conclusivo.

II - Emitir certificado sobre a regularidade ou irregularidade das contas tomadas. Caberá à CGE, quando constatar a ocorrência de alguns dos fatos que autorizem a instauração da TCE, recomendar ao titular da UG responsável que faça a instauração no prazo máximo de 10 dias corridos, contados da data da ciência da recomendação.

Compete à CGE alertar, formalmente, o chefe do Poder Executivo ou titular da Unidade Gestora competente, conforme o caso, para fins de instauração da TCE, comunicando o fato ao TCE/PI, na forma do item 2.5 - Omissão da autoridade responsável pela instauração, sob pena de responsabilidade solidária.

No caso de convênios de despesa, em que o Estado é repassador de recursos, compete ainda à CGE:

I - Manifestação quanto ao cumprimento, pelo concedente, das normas legais e regulamentares referentes à:

- a) Celebração do termo;
- b) Avaliação do plano de trabalho;
- c) Fiscalização do cumprimento do objeto;
- d) Instauração tempestiva da TCE;

II - bloqueio do conveniente inadimplente ou em situação irregular, com vistas ao não recebimento de novas liberações financeiras, quando a UG não o fizer;

III - inclusão do conveniente inadimplente na conta "Diversos Responsáveis", quando o ordenador de despesa da UG não o fizer.

A responsabilidade solidária é fixada pelo TCU, conforme prevê o art. 8º da Lei n.º 8.443/92 e pelo TCE/PI, conforme prevê o art. 68 da Lei 5.888/2009 (Lei Orgânica do TCE/PI). Sobre o assunto, merecem destaque os entendimentos expressos nas Súmulas 186, 187 e 227 do Tribunal de Contas da União.

A Instrução Normativa TCE/PI nº 08, de 16 de dezembro de 2021 alterou o *caput* dos artigos 20 e 24 da Instrução Normativa TCE/PI nº 03, de 08 de maio de 2014, *in verbis*:

"Art. 1º Alterar o caput dos artigos 20 e 24 da Instrução Normativa nº 03, de 08 de maio de 2014, que passarão a vigorar com as seguintes redações: Art. 20. Constatada a ausência de qualquer documento ou de informação essencial para o exame da tomada de contas especial,

o Conselheiro Estado do Piauí Tribunal de Contas Relator fixará prazo de até 15 (quinze) dias úteis para que o órgão ou entidade de origem promova a devida complementação.

Art. 24 Emitido o relatório de fiscalização pelo órgão competente, os responsáveis serão citados para apresentar defesa no prazo previsto no art. 260 da Resolução nº 13, de 26 de agosto de 2011 – Regimento Interno do TCE-PI, seguindo-se as disposições gerais contidas na Lei Orgânica e no Regimento Interno do Tribunal de Contas”.

CONCLUSÃO

É certo que a fiscalização sobre os atos praticados por aqueles que recebem recursos por meio de convênio e sobre a correta aplicação de dinheiros públicos torna-se cada vez mais necessária e, por sorte, mais efetiva, não só pelos órgãos de controle, mas também pelos repassadores de recursos, principalmente por conta da observância aos princípios contemplados no art. 37 da Constituição Federal.

A Tomada de Contas Especial é uma medida de exceção que visa apurar a real aplicação dos recursos públicos, no caso de omissão ou dano ao erário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Emílio Carlos da Cunha. **Gestão de Recursos Públicos e Gestão Administrativa**. Brasília, DF: Brasília.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. CGE/PI. **Manual de Tomada de Contas Especial**. Disponível em: <<http://www.cge.pi.gov.br/phocadownload/Manuais/manual-tomada-de-contas-especial-1edio.pdf>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. GOV/PI. **Lei Ordinária Nº 5.859 de 01/07/2009**. Institui o Cadastro Geral de Inadimplentes do Piauí e institui o Documento de Autenticação de Nota Fiscal para Órgão Público – DANFOP. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14394>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. GOV/PI. **Instrução Normativa conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE nº 001/2009, de 04 de dezembro de 2009**. Disponível em: <<http://www.seplan.pi.gov.br/documentos.php>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCE/PI. **Lei nº 5.888, de 19 de agosto de 2009**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-03-08-2022-1-1.pdf>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. MPDG. **Portaria Interministerial nº 424, de 30 de dezembro de 2016**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20457541/do1-2017-01-02-portaria-interministerial-n-424-de-30-de-dezembro-de-2016-20457287>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCE/PI. **Instrução Normativa TCE/PI nº 08, de 16 de dezembro de 2021**. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Instrucao-Normativa-no-08_21-Altera-IN-Tomada-de-Contas-Especial.pdf>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCE/PI. **Instrução Normativa TCE Nº 03, de 08 de maio de 2014**. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2014/05/Instrucao-Normativa-no-03_14-atualizada-pela-IN-08-21.pdf>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCU. **Lei Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCU. **Instrução Normativa TCU nº 56 de 05/12/2007**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=77343>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCU. **Instrução Normativa - TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-71-de-28-de-novembro-de-2012-20235428>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCU. **Instrução Normativa nº 76, de 23 de novembro de 2016**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20235542/do1-2017-05-25-instrucao-normativa-n-76-de-23-de-novembro-de-2016-20235432>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2. ed. Brasília, DF: Editora Brasília Jurídica, 1998.

DA DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO PARA A OUTORGA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE MUNICIPAL COLETIVO DE PASSAGEIROS DESVINCULADOS DA EXPLORAÇÃO DE INFRAESTRUTURA

ANDRÉ AFONSO DE MOURA SOUZA CRUZ

RESUMO: O presente artigo abordará o Tema 854 do Supremo Tribunal Federal - Possibilidade de implementação da prestação de serviço público de transporte coletivo, considerado o art. 175 da Constituição Federal, mediante simples credenciamento, sem licitação, bem como o *overruling* da tese fixada na referida Repercussão Geral à luz dos supervenientes precedentes do Supremo Tribunal Federal nas ADI 6.270/DF e ADI 5.549/DF.

Palavras-chave: serviço público; transporte coletivo de passageiros; (des)necessidade de licitação.

ABSTRACT: This article will discuss Theme 854 of the Federal Supreme Court - Possibility of implementing the provision of public transport services, considering art. 175 of the Federal Constitution, through simple accreditation, without bidding, as well as the overruling of the thesis set out in the aforementioned General Repercussion in light of the supervening precedents of the Federal Supreme Court in ADI 6.270/DF and ADI 5.549/DF.

Keywords: public service; public passenger transport; need (or not) for bidding.

1. INTRODUÇÃO

A definição de determinada prestação estatal como serviço público decorre da própria Constituição Federal ou da Lei, que suprimem a atividade da iniciativa privada para que sejam prestadas pelo Poder Público, quer diretamente ou indiretamente, mediante a colaboração de particulares.

A despeito da dificuldade doutrinária na conceituação do serviço público, o art. 2º, II, da Lei nº 13.460/2017, o define como a atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública.

O serviço de transporte coletivo municipal extrai a sua natureza pública da própria Constituição Federal, que dispõe em seu art. 30, V, que compete aos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Desse modo, o transporte coletivo de passageiros é um serviço público que pode ser prestado diretamente pelo Poder Público ou com a colaboração da iniciativa privada.

A prestação direta ocorre quando o Poder Público oferece o serviço público pelos seus órgãos ou pelas entidades da Administração Pública indireta. Por sua vez, a prestação indireta se dá quando o Poder Público celebra um contrato ou outorga uma autorização para que o serviço público seja prestado por um parceiro privado.

O presente artigo tem por finalidade defender a racionalidade econômica e a constitucionalidade da dispensa de licitação para a outorga de serviços de transporte municipal coletivo de passageiros, quando desvinculados da exploração de infraestrutura.

2. TEMA 854 DE REPERCUSSÃO GERAL - POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO, CONSIDERADO O ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MEDIANTE SIMPLES CREDENCIAMENTO, SEM LICITAÇÃO.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema 854 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando a não recepção, na parte em que permitida a criação de linhas metropolitanas de transporte coletivo destinadas à execução de serviços especiais, do Decreto nº 24.675/1986 do Estado de São Paulo e, por arrastamento, da Resolução nº 80, de 8 de dezembro de 2006, da Secretaria dos Transportes Metropolitanos - STM, por meio da qual consolidadas resoluções que regulamentaram o Sistema ORCA e conferiu à expressão "autorizações" contida na alínea "c" do inciso II do artigo 2º da Lei estadual nº 7.450/1991 interpretação conforme à Constituição.

Naquela oportunidade, o Pretório Excelso fixou a seguinte tese: Salvo em situações excepcionais devidamente comprovadas, serviço público de transporte coletivo pressupõe prévia licitação.

A controvérsia chegou até a Suprema Corte em razão de inúmeras leis municipais e estaduais que previam a possibilidade de que o transporte público coletivo poderia ser prestado pela iniciativa privada, mediante mero procedimento de credenciamento, sem licitação.

Para a fixação da tese do Tema 854, o Supremo Tribunal considerou a existência de inúmeros precedentes da Corte no sentido da obrigatoriedade de licitação para o serviço de transporte público municipal:

[...] AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL. LICITAÇÃO. OBRIGATORIEDADE.

OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. 1. Ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional. 2. Existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de prestação de serviços de transporte de passageiros a título precário, sem a observância do devido procedimento licitatório. 3. Cabimento do presente pedido de suspensão, que se subsume à hipótese elencada no art. 4º, § 3º e § 4º, da Lei 8.437/92. 4. Agravo regimental improvido. (Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 89, relatora ministra Ellen Gracie, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 15 de fevereiro de 2008.);

CONCESSÃO – TRANSPORTE INTERMUNICIPAL – PRORROGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – LICITAÇÃO. O artigo 175 da Carta de República, ao preconizar o procedimento licitatório como requisito à concessão de serviços públicos, possui normatividade suficiente para invalidar a prorrogação de contratos dessa natureza, formalizados antes de 5 de outubro de 1988. (Recurso extraordinário nº 603.530, de minha relatoria, Primeira Turma, veiculado no Diário da Justiça eletrônico do dia 11 de outubro de 2013.)

EMENTA: Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão quer sob a de concessão. Recurso extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal. [...] Podem os serviços públicos, ser prestados, segundo a Constituição, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, na forma da lei, mas “sempre através de licitação”. Este advérbio (“sempre”), enfaticamente utilizado no art. 175 da Lei Fundamental, não dá margem alguma de dúvida sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o legislador e o poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão (como o ora impugnado pela impetrante, ora Recorrente), à prévia licitação, toda vez que não se trate de exploração direta do serviço público pelo Poder Público. Configurou, pois, requintada desobediência, à Constituição, a conduta da Municipalidade de Itaboraí, que, dispondo de regulamento de transportes coletivos, onde se prescrevia a realização de concorrência, antes da Carta de 1988, veio a editar, já depois desta, novo decreto, onde se prescindiu dessa exigência constitucional. (Recurso extraordinário nº 140.989,

relator ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, acórdão publicado em 27 de agosto de 1993.)

Como se vê, a *ratio decidendi* é extraída do art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Todavia, após o julgamento das ADI nº 6.270/DF e ADI nº 5.549/DF, tudo indica que a Suprema Corte caminha para uma alteração de entendimento acerca da matéria (*overruling*), como será demonstrado no tópico seguinte.

3. DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.270/DF E Nº ADI 5.549/DF.

Antes de adentrar no mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.270/DF e nº ADI 5.549/DF, faz-se necessária a apresentação de duas questões preliminares que serviram como fundamento para aqueles julgamentos, a saber: (i) os pressupostos para a realização de licitação e (ii) o conceito de monopólio natural.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que há três pressupostos para a viabilidade de uma licitação (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 505):

- a) Pressuposto lógico: existência de pluralidade de objetos e ofertantes;
- b) Pressuposto fático: existência de interessados no certame; e
- c) Pressuposto jurídico: aptidão da licitação de satisfazer a necessidade da Administração Pública.

Segundo a melhor doutrina, em se tratando de serviços públicos, somente estarão presentes os pressupostos para a realização de licitação quando houver um monopólio natural da referida atividade.

O fenômeno do monopólio natural ocorre quando o produto for único e existir economia de escala (Baumol & Willig, 1981), ocasião em que um único produtor/fornecedor apresentará maior eficiência econômica.

Do mesmo modo, Marçal Justen Filho define o monopólio natural como a "*situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade*" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010).

No contexto dos serviços públicos, o saneamento básico - assim como outros serviços públicos que demandam a existência de infraestrutura robusta - representa típico monopólio natural, tendo em vista os elevados custos fixos para a sua instalação e operação, tais como a construção e manutenção de reservatórios, estações de tratamento de água e esgoto, redes de distribuição e coleta de água e esgoto.

Por sua vez, o serviço público de transporte coletivo de passageiros, de fato, é historicamente concebido pela jurisprudência da Suprema Corte como monopólio natural, razão pela qual estaria sujeito, em linha de princípio, ao procedimento licitatório.

Todavia, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.270/DF e nº ADI 5.549/DF, o Pretório Excelso realizou um *distinguishing* em relação ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, considerando como constitucional o regime de outorga da prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, quando desvinculados da exploração de obras de infraestrutura, permitindo sua realização mediante mera autorização estatal, sem a necessidade de licitação prévia, desde que cumpridos requisitos específicos.

Eis a ementa do julgado:

[...] 1. A assimetria regulatória estabelecida no artigo 21, XII, e, da Constituição Federal assegurou a possibilidade de se outorgar a prestação de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (TRIIP) por autorização de serviço público, máxime em razão da inexistência de restrições à oferta que justifiquem a oposição de barreiras à entrada de concorrentes no setor; da descentralização à agência reguladora de poderes para assegurar a observância de aspectos qualitativos inerentes à adequada prestação do serviço; e de a abertura do mercado para novos entrantes contribuir para a universalização do serviço e demais benefícios à população usuária.

2. A escolha estratégica pela descentralização operacional do setor, que se insere na esfera democraticamente reservada à deliberação política, porquanto concomitante à centralização normativa, confere maior normatividade ao comando constitucional contido no caput do artigo 174 da Constituição Federal, bem como aos princípios constitucionais que orientam à atuação da Administração Pública e a Ordem Econômica (BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros. In O Direito

Administrativo na Atualidade. Org . WALD, Arnold et al São Paulo: Malheiros, 2017. p. 510).

3. As finalidades precípua de concretização dos princípios da isonomia, da moralidade e de obtenção da proposta mais vantajosa são perseguidas pela ampla concorrência na execução do serviço público, via competição no mercado, porquanto inexistentes restrições à oferta que justifiquem a oposição de barreiras à entrada, hipótese em que a competição para o mercado (competition for the market), via licitação, criaria uma exclusividade ineficiente e ilegítima, ao restringir o acesso dos possíveis interessados.

4. A previsão constitucional de prestação do TRIIP por meio de autorização (Art. 21, XI, e) afasta a incidência do artigo 175 da Constituição Federal, que impõe prévio procedimento licitatório especificamente às modalidades de outorga que pressupõem a exclusão em razão da contratação pela Administração com determinado particular .

5. A descentralização normativa à Agência Nacional de Transportes Terrestres de poderes para assegurar a observância de aspectos qualitativos promove a eficiência, adequação e atualidade da prestação do serviço autorizado, ao se estabelecer requisitos técnicos e de regularidade para a habilitação dos interessados, assim como a uniformidade das condições de contratação ditadas pelo Poder Público, necessariamente homogêneas e previamente divulgadas.

6. O compromisso regulatório celebrado entre setor público e as empresas prestadores do serviço, que corresponde às amarras a que se cingem as partes, não se esgota nos termos de edital do poder concedente, a que se somam a expertise e a acuidade da regulação setorial e concorrencial, em atuação coordenada em prol da segurança jurídica, economicidade dos investimentos e defesa dos usuários (COUTINHO, Diogo R. Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos . Saraiva: São Paulo, 2014. p. 91).

7. A abertura do setor de transporte rodoviário interestadual e internacional a novos entrantes amplia a concorrência em um serviço inegavelmente essencial, cuja relevância para os usuários e para o desenvolvimento nacional torna ainda mais expressivas as externalidades advindas da livre concorrência, como o

incremento tecnológico, o aumento da qualidade e a redução dos custos.

8. Ex positis, o artigo 3º da Lei n. 12.996/2014, ao outorgar o serviço público de transporte rodoviário coletivo internacional e interestadual de passageiros por meio de autorização, insere-se no espaço de deliberação política delineado no artigo 21, XII, e , da Constituição, de modo que, observados os valores constitucionalmente tutelados, em especial os princípios que orientam a Administração Pública e a ordem econômica, não se reveste de inconstitucionalidade .

9. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e julgado improcedente o pedido, devendo o Poder Executivo e a ANTT ajustarem-se às exigências do Tribunal de Contas da União e às novas disposições trazidas pela Lei 14.298/2022. (grifo nosso)

O voto condutor no referido julgamento foi didática e brilhantemente lavrado pelo Min. Luiz Fux. Merece destaque o seguinte trecho do voto, com os fundamentos pelos quais se chegou àquela conclusão:

[...] A obrigatoriedade de algum procedimento licitatório para a autorização de serviços públicos condiciona-se à melhor observância dos valores constitucionais que o procedimento visa a tutelar. Em síntese, volta-se ao atingimento das finalidades precípua de concretização do princípio da isonomia e de obtenção da proposta mais vantajosa.

Ao reduzir a autonomia quanto à escolha dos meios, o procedimento seletivo formal reduz também os riscos de decisões irracionais. O procedimento licitatório visa a impedir decisões impulsivas, mal planejadas ou enviesadas, limitando a amplitude dos riscos de desvios. Dessa forma, o agente estatal não pode legitimar suas escolhas com base na finalidade pretendida, quando normativamente foram fixados os meios para melhor obtenção do interesse público.

O instrumento convocatório estabelece os critérios de seleção que são considerados legítimos em cada caso, revelando residualmente como arbitrárias as discriminações que adotem outros critérios e como desproporcionais as que exorbitem os limites do estritamente

adequado e necessário. Ao assim tutelar a impessoalidade, a licitação evita favorecimentos, compadrios e demais situações em que a seleção se pauta por interesses privados.

A impessoalidade na escolha dos delegatários atua concomitantemente em dois flancos. De um lado, contribui para o interesse privado ao proteger o direito de o particular interessado competir em igualdade de condições. De outro, preserva o interesse coletivo decorrente dessa competição, que, via de regra, traduz-se na seleção do candidato mais apto e da solução economicamente mais eficiente.

Também a moralidade administrativa inspira o dever de licitar, nos casos em que exigível. É que, embora desvios de finalidade possam se enquadrar como imoralidades, o caput do artigo 37 impõe ao administrador público não apenas o bem, mas a boa administração. Na síntese de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para que o administrador vulnere esse princípio, basta que pratique ato com deficiente finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 101).

Assim, **a utilização de meios ilegítimos como a desnecessária oposição de barreiras à entrada em determinado setor econômico, que limitem a competição no mercado pode tipificar uma forma de má administração da coisa pública**, o que caracterizará violação ao tal princípio.

Importante reparar a sutileza do argumento. Nos casos em que a licitação é necessária, a estipulação de critérios objetivos de seleção e de um procedimento previamente estabelecido evita desvios de finalidade e contribui para a moralidade administrativa. Em sentido contrário, **nos casos em que não é necessária, a licitação apenas restringe o acesso dos possíveis interessados, criando uma exclusividade ineficiente e ilegítima**. Nessa hipótese, o princípio da moralidade impede que se realize o procedimento licitatório.

É que, sem perder de vista o espírito normativo de concretização dos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, **deve-se afastar qualquer perspectiva burocrática que torne a licitação um fim em si mesma. Se não preciso limitar a**

quantidade de prestadores, licitar apenas restringe a competitividade, sem a contrapartida de assegurar impessoalidade. Isso viola a moralidade e a livre concorrência.

Quando eventualmente houver um monopólio natural, a competição para o mercado (competition for the market), via licitação, pode representar maior eficiência de custos. Isso porque a empresa capaz de dar o maior lance pelo mercado presumidamente atenderia o mercado sob o menor custo, além de a remuneração pelo monopólio poder ser repassada aos usuários por meio do preço.

No entanto, **sem que se trate de monopólio natural, o regime de ampla concorrência na execução do serviço público, via competição no mercado, mostra-se mais vantajosa do que a realização de licitação, que, por excluir todas as demais empresas não selecionadas, cria uma indesejável barreira de entrada no mercado, danosa aos usuários desses serviços.**

Isso não significa que se possa reservar um espaço soberano para a livre iniciativa. Por se tratar de serviço público e de regulação econômica, haverá invariavelmente uma perda de eficiência econômica na competitividade do setor, o que se justifica, em larga medida, pela equidade perseguida.

A questão, no entanto, não é binária. As restrições que se colocam à livre concorrência e, por conseguinte, à livre iniciativa não correspondem a uma característica estanque e intrínseca à natureza de serviço público. Oscilam ao sabor da possibilidade de a atividade ser desenvolvida em um ambiente de pluralidade de agentes sem comprometimento dos atributos esperados do serviço público, como continuidade, atualidade e adequação. Nesse sentido, Vitor Rhein Schirato sintetiza que deve-se verificar qual o grau de restrição à livre iniciativa que deve ser imposto, a fim de garantir a prestação do serviço público e, assim, a satisfação de outro direito fundamental (SCHIRATO, Vitor Rhein. Os desafios da regulação dos serviços públicos de transporte coletivo diante de novas tecnologias. Regulação e Infraestrutura. Coord. ARAGÃO. Alexandre Santos de et al. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 674-675).

Assim, somente se impõe a licitação nos casos em que haja competição entre os particulares, o que decorre de a contratação não

admitir a satisfação concomitante de todos os possíveis interessados. O dever de licitar pressupõe a excludência, situação em que a contratação pela Administração com determinado particular exclua a possibilidade de contratação de outrem .

É precisamente o que ocorreu no presente caso. Como também esclarece a ANTT, em sua manifestação nos autos, no caso de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros não é necessária a escolha de apenas uma ou algumas empresas, pois todas aquelas que cumprem os requisitos impostos pelo ente regulador podem competir livremente no mercado.

[...] **Quando não verificada a excludência de interessados, a prestação do serviço público, via de regra, mostra-se tanto melhor quanto mais pessoas forem contratadas, desde que mediante condições homogêneas previamente divulgadas.** O interesse público se satisfaz com o estabelecimento dos devidos requisitos técnicos e de regularidade para a habilitação dos interessados, a exemplo do que ocorre no credenciamento.

Assim, outros instrumentos jurídicos podem ser legítimos para atividades em que a competição é inviabilizada, uma vez que (i) a contratação de um agente não exclui a possibilidade e a vantajosidade de assumir outros vínculos e (ii) não se fazem necessárias propostas, pois as condições de contratação são uniformes e ditadas pelo Poder Público. Ausente a competição, também restará inexigível sua decorrência jurídica, a licitação tal qual disciplinada nas normas gerais.

Como visto, o artigo 47-B ressalva o caso de inviabilidade operacional, hipótese em que estabelece que deverá haver um processo seletivo público, observados os princípios que lista. Embora não haja referência expressa a licitação, tem-se por suficiente a previsão, no que a lei se coaduna com o dever de realizar processo seletivo prévio, objetivo, público e igualitário, que decorre dos princípios constitucionais e se impõe quando, ainda que excepcionalmente, haja uma limitação no possível número de autorizatários (SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros. p. 15).

[...]

Somando-se a isso, seria possível considerar igualmente válido o seguinte diagnóstico: no âmbito das formas de outorga, é constitucionalmente albergada a possibilidade de que haja múltiplas empresas operando, além de um processo mais flexível de admissão de entrantes, com uma habilitação que não depende de licitação.

Trata-se de uma margem constitucionalmente admitida para avaliar qual seria o meio mais adequado de a Administração escolher em que termos ocorrerão seus vínculos com os agentes econômicos. (grifo nosso)

Nesse contexto, indaga-se: sob o ponto de vista eminentemente do Direito Econômico e dos princípios constitucionais da Administração Pública, por qual motivo as mesmas razões e conclusões acima transcritas não se aplicariam ao serviço público de transporte coletivo municipal?

Do voto do Min. Gilmar Mendes no referido julgamento, poder-se-ia alegar que *“Os serviços de transporte urbano e semiurbano (municipal e intermunicipal) são operados dentro de cada unidade federativa municipal, estadual ou distrital, em regime de exclusividade naquela linha e submetido ao regramento da tarifação de preços, ausente qualquer competição após a concessão do serviço e sob o risco do poder concedente”*. Sendo assim, *“induidoso que a exploração desse nicho de mercado, de forma exclusiva e com ampla tarifação de preços e forte intervenção estatal, sem sombra de dúvidas, deva ocorrer em processo licitatório submetido à ampla concorrência, na linha dos precedentes desta Corte”*.

Com o devido respeito, entendemos que a “exclusividade”, a “ampla tarifação de preços” e a “forte intervenção estatal” a que está sujeito o referido setor é justamente a consequência da imposição de obrigatoriedade de licitação e não a sua causa.

A experiência prática do mundo moderno tem nos mostrado que a iniciativa privada é muito mais eficiente em atender as demandas de mercado do que o Poder Público. O transporte individual de passageiro por meio de aplicativos é um exemplo concreto dessa realidade.

No caso de transporte coletivo municipal, a iniciativa privada teria condições muito mais eficientes e flexíveis para avaliar a demanda e oferta do transporte coletivo urbano, racionalizando as linhas de transporte nos centros urbanos, dimensionando adequadamente os equipamentos, o porte dos veículos e, assim, propiciando a prestação de um serviço mais adequado ao usuário final.

Em tal cenário, a prestação de transporte coletivo urbano por vários concorrentes maximizaria as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, tornando o serviço mais adequado ao usuário (art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995).

É que, nas palavras do Min. Luiz Fux, *“[A]s finalidades precípua de concretização dos princípios da isonomia, da moralidade e de obtenção da proposta mais vantajosa são perseguidas pela ampla concorrência na execução do serviço público, via competição no mercado, porquanto inexistentes restrições à oferta que justifiquem a oposição de barreiras à entrada, hipótese em que a competição para o mercado (competition for the market), via licitação, criaria uma exclusividade ineficiente e ilegítima, ao restringir o acesso dos possíveis interessados”*.

Portanto, na perspectiva do Direito Econômico e dos princípios basilares da Administração Pública, não há dúvida de que o serviço público de transporte coletivo urbano deve ser realizado mediante simples autorização pública via credenciamento, já que, consoante nos ensina Marçal Justen Filho, *“o credenciamento se constitui na incorporação à contratação pública de mecanismos de mercado, que resultam na supressão da prática da licitação e na prevalência dos mecanismos da lei de oferta e da procura próprios do mercado”* (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023).

Por outro lado, sob o ponto de vista meramente formal do Direito Constitucional, poder-se-ia alegar que, especificamente para o transporte coletivo urbano, a Carta Magna (art. 30, V) impõe que a delegação tem de se dar via concessão ou permissão, e não por meio de autorização.

Entretanto, como se vê, a Constituição da República não proíbe, de forma absoluta, a dispensa de licitação para o transporte coletivo urbano. A limitação é meramente formal e textual, já que, como exaustivamente exposto acima, a dispensa de licitação para os serviços de transporte municipal coletivo de passageiros, quando desvinculados da exploração de infraestrutura, longe de ofender os artigos 37, *caput* e inciso XXI, e 175, *caput*, da Constituição Federal, vai ao encontro dos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, especialmente o da isonomia, da moralidade e de obtenção da proposta mais vantajosa, melhorando sobremaneira as condições de prestação do referido serviço público aos seus usuários finais.

Nesse cenário, a fim de resguardar a autonomia e independência do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas, evitando-se o ativismo judicial, mostra-se como razoável que a dispensa de licitação para o referido serviço público, quando desvinculados da exploração de infraestrutura, se dê mediante a reforma do art. 30, V, da Constituição Federal.

4. CONCLUSÃO

Portanto, sob a ótica do Direito Econômico e dos princípios constitucionais da Administração Pública, urge que o serviço de transporte municipal coletivo de passageiros, quando desvinculados da exploração de infraestrutura, seja prestado mediante mera autorização estatal, dispensada licitação. Por outro lado, a fim de resguardar a autonomia e independência do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas, mostra-se como razoável que a dispensa de licitação para o referido serviço público, quando desvinculados da exploração de infraestrutura, se dê mediante a reforma do art. 30, V, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002.

BAUMOL, W.J.; PANZAR, R.D.; WILLIG, R.D. Contestable markets and the theory of industry structure. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1982. 538p. RANDALL, A. Resource economics: an economic approach to natural resource and environmental policy. 2.ed. New York: John Wiley & Sons, 1987.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Em regra, é imprescindível prévia licitação para a concessão ou permissão da exploração de serviços de transporte coletivo de passageiros. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/032a01d83345f23883c98c540ff32fe7>>. Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). ADI 5.549/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 13, incisos iv e v, alínea "e"; e 14, inciso iii, alínea "j", da lei 10.233, de 5 de junho de 2001, na redação conferida pelo artigo 3º da lei 12.996, de 18 de junho de 2014. Transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros. Disposições questionadas que alteram, de permissão para autorização, o regime de outorga da prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura. Alegação de ofensa aos artigos 37, caput e inciso XXI, e 175, caput, da Constituição Federal. Inexistência. O uso da autorização para a

outorga de serviços públicos possui previsão constitucional, inclusive no que diz respeito a serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros (artigo 21, inciso xii, alínea "c", da constituição). Exigência constitucional de licitação que não se exige da autorização de serviços públicos. Princípios constitucionais da administração pública. Cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer a forma de delegação de determinados serviços públicos, admitindo-se que a sua exploração, quando não realizada diretamente, seja feita mediante concessão, permissão ou autorização. Ação conhecida e julgado improcedente o pedido, devendo o poder executivo e a ANTT procederem à edição de novos diplomas, em atenção às exigências do acórdão do Tribunal de Contas da União e da Lei 14.298/2022. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Min. Luiz Fux, 29 de março de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). Recurso Extraordinário 1.001.104/SP. Repercussão geral. Tema 854. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO – LICITAÇÃO – FORMA ESSENCIAL. Salvo situações excepcionais, devidamente comprovadas, o implemento de transporte público coletivo pressupõe prévia licitação. Recorrente: Consórcio Intermunicipal da Bacia do Juquery. Recorridos: Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo - EMTU/SP e Rafael Dos Santos Oliveira e Outro(a/s). Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de maio de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343497201&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2023.

TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO - A LINHA TÊNUE ENTRE A DIVERSÃO E O TRABALHO, DENTRO DAS PLATAFORMAS SOCIAIS

ARTUR CESAR ESTRICANHOLI:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Jales - UNIJALES⁴

MAURÍCIO DE CARVALHO SALVIANO

(orientador)

RESUMO: O trabalho infantil artístico envolve crianças e adolescentes em atividades como atuação, música, dança, teatro, televisão e cinema. Para proteger seus direitos, é vital estabelecer diretrizes em conformidade com a legislação. No Brasil, menores de 16 anos não podem trabalhar, exceto como aprendizes a partir dos 14 anos. A "Lei da Aprendizagem Artística" regula isso, exigindo autorização judicial e avaliação de impactos. A legislação visa equilibrar talento e proteção. Em casos de descumprimento, responsáveis e empregadores podem ser punidos. A Vara da Infância e Juventude e a Justiça do Trabalho, tratam de questões ligadas a crianças e adolescentes, incluindo exploração artística. A ocupação artística pode afetar a educação e saúde mental dos jovens, requerendo equilíbrio entre exploração econômica e criatividade. A legislação busca prevenir a exploração e proteger o desenvolvimento dos menores, evitando que a notoriedade prejudique seu bem-estar. O fácil acesso à internet e smartphones atrai jovens para plataformas como TikTok, Instagram, Facebook e YouTube, mesmo abaixo da idade mínima. Isso levanta preocupações de segurança. Pais devem monitorar e educar sobre uso seguro da internet. "Sharenting" são os pais compartilhando a vida de seus filhos online, gerando questões de privacidade e impacto psicossocial. O crescimento de menores como artistas digitais é usado por empresas para marketing, e muitos almejam ser influenciadores digitais. O uso excessivo de redes sociais pode ser positivo, mas também motivar jovens a se tornarem produtores de conteúdo digital, alimentando a profissão de influenciador digital mirim.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho infantil artístico, Redes sociais e influenciadores digitais, Artistas Digitais

ABSTRACT: Artistic child labor involves children and adolescents in activities such as acting, music, dance, theater, television, and cinema. To safeguard their rights, it's crucial to establish guidelines in accordance with the law. In Brazil, individuals under 16 years old cannot work, except as apprentices from the age of 14. The 'Artistic Apprenticeship Law'

⁴ E-mail: Artur_c_estricanholi@hotmail.com

regulates this, requiring judicial authorization and impact assessment. The legislation aims to balance talent and protection. In cases of non-compliance, guardians and employers can face penalties. The Children and Youth Court addresses issues related to children and adolescents, including artistic exploitation. Artistic occupation can impact the education and mental health of young individuals, necessitating a balance between economic exploitation and creativity. The legislation seeks to prevent exploitation and safeguard the development of minors, avoiding that notoriety harms their well-being. The easy access to the internet and smartphones attracts young people to platforms like TikTok, Instagram, Facebook, and YouTube, even below the minimum age. This raises security concerns. Parents should monitor and educate about safe internet usage. 'Sharenting' is parents sharing their children's lives online, generating privacy and psychosocial impact issues. The growth of minors as digital artists is harnessed by companies for marketing, and many aspire to be digital influencers. Excessive use of social media can be positive, but also motivate young people to become producers of digital content, fueling the profession of young digital influencer.

KEYWORDS: Artistic child labor, Social media and digital influencers, Digital artists

INTRODUÇÃO

É de compreensão banal, a fragilidade e inocência das crianças e dos adolescentes mediante aos diversos obstáculos da sociedade moderna. Tendo em vista, que segundo um levantamento realizado pela FGV (Fundação Getúlio Vargas) recentemente, a quantia de aparelhos inteligentes (smartphones) no Brasil é superior a 242 (duzentos e quarenta e dois) milhões, expor a vida particular de um menor, com excesso pode ser perigoso, tanto para a proteção da imagem deste, como para evitar que ocorra uma exploração com vínculo trabalhista onde a brincadeira passa a ser uma obrigação cotidiana na vida do "ator mirim". (Uso de TI Abril, 2023, Fernando Meirelles.)

Para conseguirmos entender quando o passatempo passa a ser considerado como um trabalho, temos alguns pontos interessantes a serem analisados que nos ajudam a diferenciar, como por exemplo, quando a criança e ao adolescente possui uma conta social em nome próprio, com milhares de seguidores, onde em seus conteúdos publicados possuem fazendo desafios, hábitos cotidianos de rotina, seguindo roteiro como uma "novelinha" atuando em falas anteriormente escritas, abrindo ou recebendo "ganhados", constância nos vídeos postados com divulgação de propagandas e/ou parcerias publicitárias, em qualquer cenário deste, a atividade é considerada trabalho infantil artístico.

"Toda prestação de serviço apropriada economicamente por outra pessoa, remunerada ou não, realizada antes da idade mínima (16 anos) e envolvendo a manifestação artística. Assim, abrange atividades como a representação, canto, dança e

dublagem, além da atuação em fotos e vídeos publicitários, desfiles de moda e a apresentação de programas. A presença de compensação financeira por essa participação não é relevante; mesmo quando a atuação é realizada em troca de produtos (comum em desfiles e fotos para catálogos) ou apenas pela oportunidade de exibir a imagem, com o objetivo de obter reconhecimento profissional e chances de futuros contratos, o trabalho artístico infantil é identificado. Afinal, o objetivo econômico pode não ser do artista, mas de quem utiliza desse trabalho para ter lucro.” (Medeiros Neto, Xisto Tiago; Marques, Rafael Dias.)

De acordo com o “Art. 15 Lei nº 8.069/90. A criança e ao 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.” -Conforme a lei Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Por tanto, os direitos de crianças e adolescentes contemplados pela Lei nº 8.069/90 são, essencialmente, direitos humanos, aos quais se somam direitos civis e sociais que também são previstos em outras leis e na própria Constituição Federal. A violação de tais direitos, assim como ocorre em relação aos demais, é passível de reparação, inclusive, a título de danos morais, ainda que os agentes sejam os próprios pais da criança ou adolescente. (Digiácomo, Murillo José, 1969).

2 DO TRABALHO ARTÍSTICO MIRIM

O trabalho infantil artístico refere-se à participação de crianças e adolescentes em atividades relacionadas ao campo das artes, como atuação, música, dança, teatro, televisão, cinema, entre outros. Embora seja uma área que desperta interesse e talento em jovens, é necessário estabelecer diretrizes para proteger os direitos e o bem-estar desses indivíduos em conformidade com a legislação vigente.

No Brasil, a legislação trabalhista proíbe o trabalho de crianças e adolescentes abaixo de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, à luz do art 60 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Nas regulamentações brasileiras, o uso do termo "menor" é atribuído para designar um indivíduo que ainda não atingiu a idade de 18 anos, ou seja, a maioridade. Conforme o artigo 402 da CLT -Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943 -". Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de quatorze até dezoito anos", considera-se menor, para os fins desta Consolidação, o trabalhador com idade entre quatorze e dezoito anos. No entanto, o legislador optou por evitar o emprego da palavra "menor" e, com maior frequência, utilizar os termos "criança" e "adolescente".(Schwarz, 2013).

De acordo com a Convenção 182 da OIT, a expressão "criança" é aplicada a todos os indivíduos com idade inferior a 18 anos. A Organização das Nações Unidas (ONU) também compartilha dessa visão e considera que a criança abrange todas as pessoas entre 0 e 18 anos, conforme o artigo 1º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. De acordo com Rocha, V. F.; Garcia, (2020, v. 1) "Estados signatários devem empenhar esforços de caráter emergencial a fim de eliminar todas as formas de exploração infantil, por serem consideradas prejudiciais às crianças, física e/ou psicologicamente".

Portanto, entende-se que uma criança é qualquer pessoa com menos de 18 anos, a menos que, de acordo com a legislação aplicável, a maioria seja atingida antes disso. Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 2º, define criança como a pessoa com menos de doze anos incompletos, para os fins previstos nesta Lei. No entanto, existe uma exceção para o trabalho artístico, que é regulamentado pelo Decreto nº 6.481/2008, conhecido como a Lei da Aprendizagem Artística. Conforme Marques (2009) "a lei determina que o juiz só emitirá a autorização após verificar, caso a caso, se estão respeitados os direitos fundamentais daquela criança ou adolescente, considerando a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e deverá prescrever restrições. Portanto, a autorização judicial deve ser a exceção, e não a regra".

Essa lei estabelece que o trabalho infantil artístico é permitido para crianças e adolescentes, desde que estejam devidamente autorizados e acompanhados pelos responsáveis legais. Além disso, é necessário obter autorização específica do juiz da Vara da Infância e da Juventude, que analisará se a atividade é compatível com o desenvolvimento físico, psíquico, moral e social do menor. De acordo com a ministra do Tribunal Superior do Trabalho "O estresse permanente que envolve a atividade artística pode causar prejuízos psicológicos irreversíveis!" (Arruda, Brasil, 2012, 07/10).

Os principais pontos a serem observados na legislação são os seguintes, Autorização: O trabalho artístico só pode ser exercido mediante autorização judicial específica, que avalia o interesse do menor e sua proteção, fundamentado com o art. 149, II, do ECA e o art. 8º da Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). (Arruda, Brasil, 2012).

Carga horária: A legislação estabelece limites de tempo para o trabalho infantil artístico, a fim de evitar impactos negativos na educação e no desenvolvimento dos menores. São também proibidas as horas extras, salvo decorrentes de acordo de compensação de horas ou no caso de força maior (art. 413 da CLT)

Saúde e segurança: Os responsáveis legais e os empregadores devem garantir que as condições de trabalho sejam adequadas e seguras para o menor. É necessário fornecer um ambiente saudável, proteção contra abusos, exploração, maus-tratos e acesso aos cuidados de saúde necessários. (art 2º, §1º, Decreto Nº 6.481/08)

Educação: O trabalho infantil artístico não pode prejudicar a frequência escolar ou o desempenho acadêmico do menor. É obrigação dos responsáveis e empregadores garantir que a educação seja priorizada e que a criança ou adolescente não seja privado do direito à educação formal. (Art. 227, CF, BRASIL, 1988)

É importante ressaltar que a legislação brasileira busca equilibrar o desenvolvimento do talento artístico dos menores com a proteção de seus direitos e seu bem-estar integral. As normas visam evitar a exploração e garantir que o trabalho artístico não prejudique o desenvolvimento físico, psicológico, educacional e social das crianças e adolescentes.

Em caso de descumprimento das normas, os responsáveis legais, os empregadores e até mesmo os contratantes podem ser responsabilizados civil e criminalmente, estando sujeitos a punições e sanções legais.

No Brasil, a responsabilidade jurídica de julgar um processo relacionado à exploração do trabalho de artistas mirins menores da idade mínima exigida recairia sobre o Tribunal de Justiça Estadual (TJ), mais especificamente sobre a Vara da Infância e da Juventude. (Martinez, Luciano, 2014, p. 725).

A Vara da Infância e da Juventude é um órgão do Poder Judiciário que tem competência para tratar de questões relacionadas aos direitos de crianças e adolescentes. Ela é responsável por analisar e decidir casos envolvendo a proteção e garantia dos direitos das crianças, incluindo situações de exploração ou irregularidades no trabalho artístico.

Portanto, se houver uma denúncia ou ação judicial referente à exploração do trabalho de artistas mirins menores da idade mínima exigida, o caso seria encaminhado à Vara da Infância e da Juventude, que teria a competência para avaliar a situação, analisar as provas e tomar as medidas adequadas de acordo com as leis e regulamentações que protegem os direitos das crianças e adolescentes.

Devido à circunstância de que a ocupação artística realizada pela criança se encontra ligada a um componente econômico, abarcando igualmente as esferas culturais teatral, cinematográfica, da moda, radiofônica, entre demais, a ocupação infantil no domínio artístico não é inicialmente concebida como uma atividade relacionada à exploração do trabalho infantil, angariando, deste modo, a aprovação da comunidade.

Há relato, de que os parentes dos artistas jovens depositam a convicção de que o jovem, ao adentrar o âmbito do trabalho infantil artístico, alcançará a fama e, conseqüentemente, melhorará a situação financeira da sua família. Essa mentalidade tem o potencial de abalar psicologicamente os adolescentes, dado que as expectativas que foram geradas podem acabar não se concretizando devido à incerteza da situação.

Conforme Silva, R. P. da ., Seixas, G. J. ., Pereira, J. N., Resende, E. B. dos S. ., & Silva Júnior, A. P. da .(2021). "Desta forma, ver os seus filhos atrás de holofotes e sendo conhecidos pela sociedade é um sonho não apenas das crianças e adolescentes, mas também de muitos pais e responsáveis que imaginam um futuro com fama, glamour e altos salários".

Além disso, convém ressaltar que o envolvimento no trabalho infantil artístico pode originar uma série de desdobramentos que afetam o desenvolvimento das crianças e adolescentes. Isto se deve ao fato de que, dependendo da natureza da atividade artística empreendida pelo jovem, ele pode ser compelido a realizar gravações e performances noturnas que ultrapassam os limites estabelecidos pela legislação, resultando em potenciais impactos adversos sobre sua agenda escolar. A agenda dos artistas mirins pode ser excessivamente extenuante e estressante, levando a um impacto psicológico negativo, tornando necessário o apoio de um profissional especializado. Segundo Cavalcante (p. 54, 2011), "Desta forma, subjacente à noção de que a notoriedade não carrega consigo contrariedades, emerge a evidência de uma notável dose de disciplina, comprometimento, pressão e abdicção por parte dos jovens que se engajam precocemente na atividade artística".

Portanto, a participação no trabalho artístico enquanto uma ocupação orientada modifica substancialmente a essência e a índole daquilo que originalmente era uma atividade "ingênua", lúdica ou recreativa. Em um nível inicial, situa-se a atividade que se torna objeto de exploração e incentivo econômico, acompanhada por suas minúcias e perigos inerentes, e em um plano subsequente surge a manifestação artística livre e criativa do artista.

3 DOS ARTISTAS MIRIM DIGITAIS

Atualmente, na era que vivemos, há uma ampla facilidade de acesso à internet e aparelhos smartphones em qualquer lugar e independente de idades. Dito isto, dentre as plataformas populares, as que ganham maior destaque no âmbito do nosso país, são aquelas que permitem com que o usuário consiga postar de forma "ilimitada" vídeos e fotos dentro da mesma, com a possibilidade de haver um ganho dependendo da quantidade de visualização que a mídia alcançar, como por exemplo o TikTok, Instagram, Facebook e Youtube.

Desta forma, têm atraído um grande número de usuários mais jovens, e isso inclui crianças abaixo da idade mínima exigida pelos termos de serviço dessas plataformas. Porém, para que os responsáveis maduros possam gozar de momentos de tranquilidade, sem a necessidade de debater ou castigar com menor, por não dispor da disposição e disponibilidade que ele exige de seu tempo, cede o seu celular com todos os acessos, ou até mesmo compra um próprio, criando conta com informações falsas para que possa ser

aprovada nos termos dos aplicativos, dando assim liberdade para que o mesmo faça o que bem entender.

A presença de crianças nessas redes sociais traz questões de proteção e segurança online, pois podem estar expostas a riscos como exploração, intimidação, assédio e acesso a conteúdo inadequado. Essa situação ressalta a importância de os pais e responsáveis monitorarem as atividades online de seus filhos, orientarem sobre o uso seguro da internet e garantirem que eles estejam cientes dos riscos e consequências associados à exposição pública na internet. Segundo a fala da ministra do Tribunal Superior do Trabalho Kátia Magalhães Arruda (2012, 07/10) "Criança da IBOPE". Foi estabelecido que a presença de crianças em anúncios gera maior foco no produto promovido, visando o lucro, porém, muitas crianças são utilizadas de forma exploratória.

É essencial que os provedores de serviços e as autoridades estejam atentos a essas questões, implementando medidas para proteger as crianças e garantir a conformidade com as políticas de idade mínima das plataformas. Além disso, é importante promover a conscientização e a educação sobre segurança digital tanto para os pais quanto para as crianças, a fim de evitar potenciais abusos e garantir uma experiência online saudável para todos.

É de notório conhecimento, sendo possível observar que o crescimento do uso de aplicativos de redes sociais por crianças e adolescentes tem sido uma tendência nos últimos anos. O qual teve um aumento expressivo após o período de pandemia da Covid 19 que se passou entre o ano de 2020 e 2022, tempo do qual as famílias passaram a ficar em casa sob o sistema "lockdown", desta forma, ficava a todos os moradores da residência dentro do imóvel.

Em consequência a esta pandemia, teve um aumento expressivo de "sharenting" que é um neologismo que deriva da fusão das palavras em inglês "share" (compartilhar) e "parenting" (parentalidade). (Buckingham, 2006). Refere-se a um fenômeno sociocultural contemporâneo onde pais compartilham ativamente informações, fotos, vídeos e detalhes da vida de seus filhos nas redes sociais e plataformas digitais. Essas divulgações muitas vezes incluem momentos íntimos, conquistas, eventos do dia a dia e até mesmo aspectos pessoais dos filhos.

O termo abrange uma série de implicações e desdobramentos complexos. Primeiramente, envolve considerações sobre a privacidade das crianças, uma vez que elas não têm voz ativa na decisão de ter suas vidas expostas publicamente desde a infância. Isso levanta questões éticas e legais sobre a capacidade dos pais de consentir em nome de seus filhos.

Além disso, "sharenting" está ligado à noção de "selfie-generation" e ao culto à imagem nas mídias sociais, onde a autoexpressão e a validação através das redes se tornaram uma parte essencial da vida moderna. A prática pode afetar a formação da identidade das crianças, uma vez que suas experiências são moldadas pelas perspectivas e objetivos de seus pais.

Em termos psicossociais, o "sharenting" pode influenciar as dinâmicas familiares, já que as crianças podem perceber as divulgações como uma invasão de sua privacidade e um questionamento de sua autonomia. A busca pelo reconhecimento e aprovação nas redes sociais também pode moldar a maneira como os pais interagem com seus filhos offline, priorizando atividades que parecem mais "instagramáveis" em detrimento de outras formas de interação.

Este fenômeno também tem relevância econômica e comercial, visto que muitas vezes as postagens sobre produtos e serviços direcionados às crianças podem ser influenciadas por parcerias e acordos publicitários, levantando questões sobre transparência e autenticidade nas redes sociais.

A pesquisa acadêmica e os debates públicos exploram as complexidades e os efeitos de longo prazo do "sharenting" em termos de desenvolvimento infantil, relações familiares, proteção de dados e impactos psicossociais.

Por efeito, o crescimento exponencial dos menores como artistas digitais, torna-se o meio perfeito para o marketing de empresas que almejam aumentar o seu engajamento com o público cada vez mais, conseguindo assim vender produtos e serviços com um maior alcance dentro das redes sociais, possibilitando com que sejam pactuados contratos de serviço com os influencers digitais.

É importante se atentar, que a atividade prestada pelo influencer digital vai além de publicidades, sendo necessário, antes de mais nada, ganhar a confiança do público-alvo através de conteúdos orgânicos que contemplam a apresentação do seu estilo de vida, de dicas de beleza, opiniões, humor, e outros chamarizes, produzindo entretenimento e alcançando cada vez mais pessoas que se interessem pela temática abordada.

Inúmeros pais viram como um "escape" os filhos passarem o tempo improdutivo nas redes sociais, em jogos do celular ou vídeos infantis, fazendo com que eles fiquem mais relaxados e ocupados. Desta forma, mesmo que inconscientemente, tem alimentado o desejo dos menores se tornarem produtores de conteúdo digital, tentando gravar vídeos próprios na tentativa de entrar no mercado tecnológico, buscando reproduzir o conteúdo visto pelos influenciadores que seguem. Fazendo com que motive outras crianças, gerando como seqüela a profissão do influencer digital mirim.

4 TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL: AMPARO LEGAL

No Brasil, a quantidade de crianças relacionadas ao trabalho infantil ainda assusta. De acordo com dados do IBGE (Adriana Saraiva, trabalho infantil cai em 2019, mas 1,8 milhão de crianças estavam nessa situação, Editoria: Estatísticas Sociais), foi observado que cerca de 1,8 milhão de crianças e jovens estavam envolvidos em atividades de trabalho infantil. Destes, cerca de 1,3 milhão estavam engajados em atividades físicas, enquanto 463 mil estavam participando de atividades de autoconsumo. Ao examinar a distribuição por faixa etária, constatou-se que 2 entre 5 crianças tinham menos que 15 anos. A análise também revelou que o trabalho infantil era mais prevalente entre as pessoas do sexo masculino, abrangendo mais da metade do total, em comparação com o sexo feminino, visto que, as de origem racial preta ou parda são predominantes no trabalho infantil.

Conforme Marin (2006), o trabalho infantil passou a ser um infortúnio social nas primeiras décadas do século XX, logo no início da industrialização. Até agora, no século XXI, milhões de crianças trabalham nas cadeias produtivas dos setores industriais e agrícolas, assim como no comércio.

A legislação vigente no Brasil referente à regulamentação do trabalho de menores é abundante ao disciplinar, por meio de disposições amplas, a atividade laboral de jovens. A Carta Magna de 1988, no seu artigo 7º, XXXIII, apresenta uma cláusula que autoriza o trabalho de adolescentes a partir dos catorze anos, na qualidade de aprendizes, e a partir dos dezesseis anos em outras modalidades de ocupação, excluindo o emprego noturno, o labor perigoso ou insalubre para indivíduos com menos de dezoito anos.

No tocante às normas infraconstitucionais, neste ponto listadas na Consolidação das Leis Trabalhistas (Lei nº 6.533/1978 - CLT) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990 - ECA), as estimativas quanto às restrições do trabalho infantil são as mesmas. Inicialmente, de acordo com o artigo 403 da CLT, que informa "é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos". Em relação ao ECA, no artigo 60 declara uma redação semelhante ao descrito na CLT.

No entanto, conforme Olivia (2010, p. 4-5), "ainda que as proibições estejam claramente definidas em nossa legislação, tanto na esfera constitucional quanto na infraconstitucional, e apesar de aparentemente estabelecerem uma norma absoluta sem exceções, quando nos deparamos com o âmbito artístico, encontramos reservas em relação às regras que impõem limites de idade para a execução de trabalhos artísticos". Essa situação decorre do fato de que, devido à adoção da Convenção nº 138 da

Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1978, que foi incorporada ao sistema legal interno através do Decreto nº 4.134, datado de 15 de fevereiro de 2002, ocorreu a permissão para a participação de crianças e adolescentes em atividades artísticas. Isso é estipulado pelo artigo 8º desse documento, o qual afirma:

1. A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2 da presente Convenção, no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas.
2. As permissões assim concedidas limitarão o número de horas dos empregos ou trabalhos autorizadas e prescreverão as condições em que esse poderá ser realizado.

Dessa forma, de uma certa maneira, é viável compreender a incorporação do mencionado dispositivo aos princípios constitucionais de "liberdade de expressão artística e acesso às fontes de cultura", por força dos artigos 5º, inciso IX, 208, inciso V e 215, da Carta Magna, materializado também no ECA, no assunto dos artigos 16 e 71 do Diploma mencionado. Conforme Cavalcante (2013, p. 140-141) "Referidos princípios buscam garantir o contato com a arte, enfatizando o aspecto cultural e informacional e incentivando a formação escolar sob a ótica artística, voltada à música, dança, teatro, entre outras formas".

Isso ocorre devido ao fato de, ao analisarmos a visão da Lei nº 6.533/1978, que estabelece regras para as atividades dos artistas e técnicos em espetáculos de entretenimento, no artigo 2º a figura do artista é definida como aquela pessoa que "cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública". Por conseguinte, implica em um labor rigidamente concebido, fundamentado em rigor e preparação, os quais contêm consigo a carga do ofício.

Dessa maneira, aquilo que é conhecido contemporaneamente como "Trabalho Infantil Artístico (TIA) ou Trabalho Infantojuvenil Artístico" é identificado pela exploração da atuação do artista jovem, algo que não é estritamente vinculado a uma reciprocidade financeira, podendo resultar em compensações diversas, que variam desde vestimentas até promoção e validação com o propósito de assegurar oportunidades. (Cavalcante, 2013, p. 141-142).

Segundo narrou Ishida (2010, p. 02) "constitui uma nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente". Dentro do nosso ordenamento jurídico, se concretiza sobretudo no caput do art. 227 da Constituição Federal de 1988, o qual se transcreve:

Art. 227. 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.

Com a finalidade de possibilitar que crianças e adolescentes desempenhem atividades artísticas antes de atingirem a idade mínima estipulada pelas leis do sistema legal brasileiro, é indispensável obter uma decisão judicial que autorize esse tipo de empreendimento. No entanto, essa temática abarca uma série de discordâncias em relação ao órgão competente encarregado de analisar e decidir sobre as situações que envolvem a solicitação de uma ordem judicial, como um meio de viabilizar a participação de jovens no campo artístico.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no seu Capítulo IV, trata pormenorizadamente " da proteção do trabalho do menor ", onde o artigo 406 trata da concessão de permissão aos jovens para atuarem em teatros, cinemas, empresas circenses e atividades correlatas, contanto que "a interpretação tenha caráter pedagógico ou o desempenho do qual participem não possa ser prejudicial ao seu desenvolvimento moral". Mantendo uma lógica correspondente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos seus artigos 146 e 149, inciso II, alínea "a", atribui ao Juiz da Infância e Juventude a competência para autorizar a participação da população jovem em espetáculos públicos. Todavia, é relevante enfatizar que o mencionado conjunto normativo não emprega, de forma específica, a terminologia "trabalho infantil artístico", restringindo-se a oferecer a possibilidade de que as crianças se envolvam em representações artísticas em público.

Desta maneira, mesmo considerando a aprovação destinada a permitir que a criança se envolva nesse gênero de atividade, conquistada através das Convenções da OIT e assimiladas pelo sistema legal nacional, ainda assim se torna imperativo observar uma série de critérios para a obtenção de tal autorização, com o propósito de alcançar um equilíbrio adequado entre a dimensão artística associada à liberdade de manifestação e a essencial necessidade de resguardar os direitos da criança e do adolescente.

5 DA DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZA O TRABALHO

O procurador do Trabalho Marques explica que a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no tocante à cláusula relativa à idade mínima para ingresso no emprego, devidamente confirmada pela ratificação brasileira, contempla a contingência de atividade artística para indivíduos com idade inferior a 16 anos, em circunstâncias singulares, particulares e delimitadas. Entretanto, igualmente determina a indispensabilidade de obtenção de licença ou autorização individual, a qual deve discernir as esferas nas quais é viável a ocorrência da atividade laboral artística e quais são as condições específicas a serem observadas. (Marques, 2005, p.25)

Assim, é viabilizada a expressão artística praticada por crianças e jovens, desde que sejam asseguradas garantias mínimas relativas à carga horária (abrangendo, quando necessário, o tempo para ensaio), período destinado à execução da atividade (de forma a não prejudicar o rendimento acadêmico), pagamentos, ambiente trabalhista sustentável, provisão de conta de poupança, entre outros, que deverão ser estipulados na solicitação emitida pela entidade competente. (Marques, 2005, p. 04)

De acordo com o ex-juiz do trabalho e atual procurador do trabalho Marques, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art. 149, II, "a", estabelece que é responsabilidade do Juiz da Infância e da Juventude, ou de quem exerce suas funções, permitir que crianças e adolescentes participem de espetáculos públicos, inclusive aos ensaios. No entanto, no contexto de atividade artística, à luz da recente emenda constitucional 45, que ampliou a jurisdição da Justiça do Trabalho, os juízes trabalhistas passaram a ter a competência para lidar com essa questão. Assim, eles não apenas concedem autorização, mas também definem as condições nas quais essa atividade artística pode ser realizada, estabelecendo igualmente sanções no caso de não cumprimento. (Marques, 2005, p. 14)

Claramente, ao analisar o art. 149 do ECA, é possível observar que para a autoridade judiciária conceder o alvará necessário para que o menor consiga trabalhar neste meio, deverá avaliar, em conjunto com outras variáveis possíveis, as seguintes vertentes:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: **I** - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: **a)** estádio, ginásio e campo desportivo; **b)** bailes ou promoções dançantes; **c)** boate ou congêneres; **d)** casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; **e)** estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão. **II** - a participação de criança e adolescente em: **a)** espetáculos públicos e seus ensaios; **b)** certames de beleza. **§ 1º** Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: **a)** os princípios desta Lei; **b)** as peculiaridades locais; **c)** a existência de instalações

adequadas; **d)** o tipo de frequência habitual ao local; **e)** a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; **f)** a natureza do espetáculo.

Com isso, tendo como base a já existente permissão constitucional, é necessário que o indivíduo interessado, seja ele representado ou assistido por seu representante legal, faça uma solicitação ao órgão judiciário para obter a necessária autorização para se envolver em atividades laborais. Nesse sentido, cabe ao juiz determinar a forma de condução dessa atividade (abrangendo a duração da jornada, as condições do ambiente, o período em que o trabalho pode ser realizado por crianças ou adolescentes e outras considerações pertinentes ao trabalho que se apresenta na situação específica). Isso sempre ocorreu mediante a participação do Ministério Público do Trabalho, cujo papel é agir como fiscal da lei para prevenir possíveis irregularidades.

A ministra do Tribunal Superior do Trabalho Arruda, explicou que, com a promulgação da emenda constitucional 45/2004, que expandiu significativamente a abrangência da jurisdição da Justiça do Trabalho, o art. 114 da Constituição Federal passou a ter uma nova redação, que o fez ser colocado em uma posição onde tem um destaque mais que merecido, viabilizando o constituinte derivado que deixasse de julgar apenas casos de empregados (que em sua grande maioria esmagadora eram desempregado) e empregadores, para realmente fazer jus ao nome Justiça do Trabalho, tendo um alcance maior e mais abrangente. (Arruda, 2023, digital)

Neste âmbito da nova ordem constitucional, desde 2005 argumenta-se que a permissão para o trabalho artístico de crianças e adolescentes estaria sob a responsabilidade do Magistrado Trabalhista, em vez do Magistrado da Infância e Juventude (OLIVA, 2006). No ano de 2006, o Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho discutiu o assunto e defendeu a competência do juiz do trabalho para avaliar as comissões de autorização para o trabalho artístico de crianças e adolescentes em espaços públicos, uma ideia que posteriormente foi reafirmada pela ANAMATRA durante o congresso de 2014.

A legislação estipula que o magistrado somente concederá a permissão após analisar individualmente se os direitos essenciais da criança ou adolescente estão sendo protegidos, levando em conta a sua condição particular como indivíduo em processo de desenvolvimento, e poderá estabelecer limitações. Por isso, a aprovação do tribunal deve ser uma ocorrência infrequente e não comum (Marques, 2009)

No intervalo entre 2005 e 2010, os magistrados das varas da infância e da juventude em âmbito estadual emitiram um total de 33.173 autorizações de trabalho para crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos, abarcando diversas esferas, desde lixões até

atividades artísticas. De acordo com Azevedo (2011) “Estas crianças inseridas no mercado de trabalho formal, possuem registro na Carteira de Trabalho, em flagrante desacordo com as normas legais, com a aprovação do próprio sistema judicial, que fundamenta a permissão alegando que uma criança, pertencente a famílias carentes, tem o direito à alimentação e à subsistência”.

Podem ser observadas diversas iniciativas voltadas à atuação da Justiça do Trabalho nos Tribunais Regionais. Isto se exemplifica nos TRT's 2^a, 15^a, 21^a e 22^a, bem como na 23^a região, que contam com juízes auxiliares especializados na análise de assuntos relacionados à infância e adolescência. Essa abordagem não envolve a criação de novas varas de trabalho, mas sim a concentração de responsabilidades nas mãos dos magistrados existentes, evitando assim aumento de gastos e conflitos com os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil

CONCLUSÃO

O trabalho infantil artístico necessita de mais atenção, pois, na atualidade tem estado em uma crescente a quantidade de novos usuários menores de idade, buscando se tornarem influenciadores, postando conteúdo em forma de vídeos, dentro das redes sociais para conseguir gerar um retorno financeiro e alcançar uma certa fama e visibilidade dentro da nossa sociedade.

Considerando que há, casos em que a criança tem por obrigação seguir um roteiro de atuação, uma rotina controlada para que possa ter conteúdo novo com uma frequência considerada boa para que consiga “monetizar” (gerar um retorno financeiro) os vídeos e exibir produtos de marcas que são gerados através de parceria com o influencer por intermédio de seu responsável legal. É imperativo considerar os prejuízos que podem ser gerados pelo trabalho infantil artístico, conforme exposto ao longo do presente artigo combina-se o aspecto recreativo com a vida real, visto que, para uma parcela da sociedade, as ocupações de crianças e adolescentes são vistas meramente como entretenimento.

Uma regulamentação particular própria para essa ocupação se faz indispensável, visto que o magistrado deve zelar pela salvaguarda dos direitos da criança e do adolescente, requerendo cláusulas particulares no contrato desses jovens. Tendo em vista, que tal ato pode prejudicar o desenvolvimento mental e físico do ator mirim.

Desta forma, o descanso, o esporte, o lazer e a cultura, devem fazer parte da rotina do menor, além de ter tempo suficiente para frequentar a escola regularmente. Além disso, este tipo de trabalho não pode refletir de forma negativa na vida escolar e muito menos no aprendizado da criança.

Ocorre que, em alguns casos, essas pequenas e frágeis crianças e adolescentes, ainda em formação, são obrigados a decorar textos e repetir várias cenas, muitas vezes seguidas, sendo cobrados e pressionados como se fossem adultos. Em algumas situações, são submetidos a contextos emocionais degradantes, como nos casos em que precisam realizar cenas chorando, ou presenciando cenas de conflitos entre os gestores, para poder gerar conteúdo, tendo possibilidade de ocasionar sérios danos psíquicos e morais.

Apesar dos diversos esforços por parte do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário do Trabalho, mercedores de reconhecimento, para garantir a concretização da proteção integral estabelecida na Constituição Federal, é importante que seja debatida com especialistas e estudiosos da área, com uma rigorosa supervisão das condições de trabalho a que serão submetidos, incluindo apoio psicológico. Isso porque, atualmente, a concessão de alvarás não detalha as circunstâncias específicas dessas condições.

Conclui-se que em termos jurídicos não existe uma regulamentação para o trabalho de menores no campo artístico digital. É de extrema importância a necessidade de uma regulamentação específica, uma vez que as normas contidas no ECA e na CLT não são suficientes. Na verdade, é essencial que se crie uma norma reguladora que seja desenvolvida com uma abordagem multidisciplinar. No ordenamento jurídico nacional, não há disposições específicas que orientem o trabalho artístico infantil. Pelo contrário, a autorização para o trabalho dos menores é concedida através da interpretação conjunta da Constituição Brasileira e da compreensão de dispositivos legais e convenções. É por meio dessa interpretação e hermenêutica jurídica que esses métodos são empregados nessas atividades. Sendo cabível, a Justiça do Trabalho processar a julgar todos os casos envolvendo o trabalho de crianças e adolescentes em atividades artísticas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carolina Macedo de Sampaio; MACHADO, Sophia Facella. A exposição infantil na internet e o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Universidade Presbiteriana 39 Mackenzie, 2021. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/29570> Acesso em: Ago, 2023

ARRUDA, Kátia Magalhães, CORREA, Lélío Bentes, OLIVA, José Roberto Dantas, O juiz do trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de criança e adolescentes, Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalho-artistico-infantil.pdf> Acesso em: Jul, 2023

ARRUDA, Kátia Magalhães, CORREA, Lélío Bentes, OLIVA, José Roberto Dantas, O juiz do trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de criança e adolescentes,

Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalho-artisticoinfantil.pdf>> Acesso em: Ago, 2023

ARRUDA, Kátia Magalhães. Matérias Especiais - Trabalho Infantil Artístico. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo: 7 Out 2012, Disponível em: https://www.tst.jus.br/web/guest/trabalho-infantil-artistico/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2604357?com.liferay.asset_publisher.web_portlet.AssetPublisherPortlet_INSTANCE_89Dk_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%3A443%2Fweb%2Fguest%2Ftrabalho-infantil-artistico%3Fp_p_id%3Dcom.liferay.asset_publisher.web_portlet.AssetPublisherPortlet_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26com.liferay.asset_publisher.web_portlet.AssetPublisherPortlet_INSTANCE_89Dk_cur%3D0%26p_r_p_resetCur%3Dfalse%26com.liferay.asset_publisher.web_portlet.AssetPublisherPortlet_INSTANCE_89Dk_assetEntryId%3D2604357 Acesso em: Jul, 2023

ARRUDA, Kátia, O trabalho artístico pode gerar danos irreparáveis, Disponível em: https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/katia-arruda-diz-que-trabalho-artistico-infantil-pode-gerar-danos-irreparaveis?_101_INSTANCE_89Dk_redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-3%26p_p_col_pos%3D2%26p_p_col_count%3D5 Acesso em: Jul, 2023

BRASIL, DECRETO Nº 10.088, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2019 - recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT: Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5 Acesso em: Ago, 2023

BURILLE, Cíntia. Sharenting e a exposição excessiva de crianças e adolescentes pelos pais na internet. YouTube, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aB4Z6hAUpcU>. Acesso em: Jul, 2023

CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade. São Paulo: LTr, 2011. CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: conveniência, legalidade e limites. Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 1, 2013. Disponível em: <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2013/n%201/Trabalho%20infantil%20art%C3%ADstico,%20conveni%C3%Aancia,%20legalidade,%20e%20limites.pdf>>. Acesso em: 19/08/2023

DA SILVA, RWTL **SHARENTING - Uma Possível Violação aos Direitos Personalíssimos da Criança.** Disponível em:

<<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/sharenting-uma-possivel-violacao-aos-direitos-personalissimos-da-crianca.htm>>. Acesso em: Jul, 2023

Decreto Lei no 5.452, de 1º de Maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) DEL5452. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: Ago, 2023

Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10720774/artigo-400-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943#:~:text=Leis%20do%20Trabalho.,Art.,dieta%C3%A9tica%20e%20uma%20instala%C3%A7%C3%A3o%20sanit%C3%A1ria.>>. Acesso em: Ago, 2023

Digiácomo, Murillo José, 1969- Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado / Murillo José Digiácomo e Ideara Amorim Digiácomo.- Curitiba .. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. 6ª Edição. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf Acesso em : Ago, 2023

EBERLIN, FB VON T. SHARENTING, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE DE CRIANÇAS NO AMBIENTE DIGITAL: O PAPEL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 3, pág. 255–273, 2018. Acesso em: Jul, 2023

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Trabalho Infantil no Brasil. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/professores/educa-atividades/21244-trabalho-infantil-no-brasil.html>>. Acesso em: 14/07/2023

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Trabalho infantil cai em 2019, mas 1,8 milhão de crianças estavam nessa situação.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29738-trabalho-infantil-cai-em-2019-mas-1-8-milhao-de-criancas-estavam-nessa-situacao>>. Acesso em: Jul, 2023

ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: Ago, 2023

MARIN, J. O. B. Trabalho infantil: necessidade, valor e exclusão social. Goiânia: Editora UFG; Brasília: Plano, 2006.

MARQUES, Rafael Dias. Trabalho Infantil Artístico: Possibilidades e Limites. São Paulo, 2013. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/pl-7370-14-combate-ao-trafico-de-pessoas/proposicao/sugestoes/MPT_Trabalho_Infantil_Artistico_Publicacao1.pdf Acesso em: Ago, 2023

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. Manual de Atuação do Ministério Público na Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Guia_do_trabalho_infantil_WEB.PDF Acesso em: Ago, 2023

Meirelles, Fernando de Souza. Pesquisa sobre o uso de TI. Disponível em: <<https://eaesp.fgv.br/producao-intelectual/pesquisa-anual-uso-ti>>. Acesso em: 25/07/2023

SILVA, Valéria Lima e. Trabalho infantil artístico: legislação e posicionamento dos tribunais. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito (título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais), Universidade Federal de Campina Grande, Sousa-PB, 2018. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/16119/1/VAL%c3%89RIA%20LIMA%20E%20SILVA%20-%20TCC%20DIREITO%202017.pdf>>. Acesso em: Ago, 2023

ROBERTO, J.; OLIVA, D. O trabalho infanto-juvenil artístico e a idade mínima: sobrea necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização, 2010. Disponível em: [https://trt15.jus.br/sites/portal/files/roles/trabalho-infantil/Publicacoes/trabalho infantil artistico JRDOrev-amatra%20\(1\).pdf](https://trt15.jus.br/sites/portal/files/roles/trabalho-infantil/Publicacoes/trabalho infantil artistico JRDOrev-amatra%20(1).pdf) Acesso em: Ago, 2023

Silva, R. P. da ., Seixas, G. J. ., Pereira, J. N., Resende, E. B. dos S. ., & Silva Júnior, A. P. da . (2021). TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO E AS CONSEQUÊNCIAS DO PALCO: BASTIDORES QUE NINGUÉM MOSTRA. Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/1741/723> Acesso em: Ago, 2023

REFLEXOS DA LUTA ANTIMANICOMIAL NA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

CINTHIA DE OLIVEIRA FERNANDES:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Assessora jurídica na Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul⁶.

RESUMO: No presente artigo será abordada a Internação Compulsória no Brasil, seu conceito e discussões que demonstram a realidade deste Instituto no Brasil. Ademais, será importante discorrer acerca da Luta Antimanicomial e da Lei nº 10.216/2001 da Saúde Mental, e como atingem direta e indiretamente os doentes mentais que dela necessitam se utilizar. Ainda, será importante demonstrar no decorrer do presente artigo, a problematização das medidas de internação compulsória promovidas pelo poder judiciário e como ela se tornou um mecanismo sociopolítico que reproduz, dia após dia, as desigualdades sociais que tanto se busca minimizar através da Luta Antimanicomial, que é um movimento social que busca resguardar os direitos das pessoas em sofrimento mental e garantir tratamento humanizado para os indivíduos portadores de doenças mentais.

Palavras-chave: internação compulsória; lei antimanicomial; doença mental.

ABSTRACT: In this article, Compulsory Hospitalization in Brazil will be addressed, its concept and discussions that demonstrate the reality of this Institute in Brazil. In addition, it will be important to discuss the Anti-Asylum Fight and the Mental Health Law nº 10.216/2001, and how they directly and indirectly affect the mentally ill who need to use it. Still, it will be important to demonstrate, throughout this article, the questioning of compulsory hospitalization measures promoted by the judiciary and how it has become a sociopolitical mechanism that reproduces, day after day, the social inequalities that so much is sought to minimize through the Anti-Asylum Fight, which is a social movement that seeks to protect the rights of people suffering from mental illness and guarantee humanized treatment for individuals with mental illnesses.

Keywords: compulsory hospitalization; anti-asylum law; mental disease.

INTRODUÇÃO

⁶ E-mail: cynthia_fernandes@msn.com

Não há uma definição objetiva para a saúde mental, sendo um termo que indica o nível de qualidade de vida cognitiva e emocional de uma pessoa. Pode-se dizer que saúde mental é a capacidade de conduzir a própria vida e as suas emoções sem perder a noção do tempo ou espaço, de forma mais direta, é a ausência de doença mental.

Na Constituição Federal do Brasil, a saúde é definida como um direito de todos e um dever do Estado, de forma que o Estado tenha que atuar reduzindo o risco de doenças e de outros agravos, e fornecendo o acesso universal e igualitário à Saúde para todos os brasileiros. Neste contexto, vislumbra-se que a saúde mental também deveria ser assegurada a todos, mas infelizmente o Sistema Único de Saúde ainda é muito insuficiente quando este é o assunto.

A internação compulsória em estabelecimento psiquiátrico é prevista no art. 9º da Lei 10.216/2001. Essa lei representou um grande avanço para a saúde mental, por prever o respeito pelos pacientes e suas vontades. De acordo com o art. 6º da referida lei, existem três tipos de internação, sendo elas a voluntária, a involuntária e a compulsória.

A internação compulsória está prevista na lei como uma necessidade de intervenção, sendo este pedido direcionado a um Juiz de Direito, motivado devido ao paciente não poder decidir pela própria vida. Quando se trata deste tipo de internação, se faz necessária a presença de médicos especialistas para darem laudo quanto ao estado de saúde desses pacientes, conforme prevê o art. 2º da Lei 10.216/01, "o paciente deve ter o direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não da sua hospitalização involuntária", pois em muitos casos, as famílias ou autoridades que solicitam este tipo de internação, não buscam medidas alternativas e não veem a internação compulsória como medida de tratamento, mas sim, uma forma de resolução rápida de um 'problema'.

Neste trabalho, será imperioso destacar a contradição da Luta Antimanicomial com o art. 9º da Lei 10.216/01, que preleciona o seguinte:

"A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários" (Art. 9º, Lei 10.216/2001 - Lei de Saúde Mental).

Com o intuito de expor as contradições da Lei da Saúde Mental e da Luta Antimanicomial, serão demonstradas as pautas da luta antimanicomial, que visa o fim das internações e dos manicômios, bem como respeito e um olhar mais humano por parte do Estado para aqueles que pela lei não possuem mais capacidade mental de administrar sua vida. Ademais, o presente artigo abordará a forma que a internação compulsória é tratada

no ordenamento jurídico, como uma internação involuntária, basicamente determinada pela justiça, ferindo direitos constitucionais dos indivíduos, na esfera judicial ou hospitalar.

1. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

1.1 Medida de Segurança

No ordenamento jurídico, a medida de segurança é uma espécie de sanção penal, e em seu Art. 96, o Código Penal prevê duas medidas de segurança para quem praticou alguma conduta criminosa, mas não é passível de cumprir pena, por ser considerado inimputável ou semi-imputável.

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Salienta-se, que a linha de pesquisa deste artigo tende a rejeitar qualquer equiparação da medida de segurança à pena, visto que seria ilógico aplicar uma sanção com o caráter punitivo a um indivíduo que não possui discernimento para medir as consequências e o grau de reprovabilidade de seus atos.

Ademais, a definição da natureza jurídica da medida de segurança como sendo uma espécie de pena, geraria contradição com o próprio ordenamento jurídico, pois os doentes mentais são considerados inimputáveis pelo Código Penal, como é possível extrair entendimento do artigo 26 da referida lei, "in verbis":

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O CID (Classificação Internacional de Doenças) possui uma relação dos transtornos mentais, e com base nessa lista, o judiciário aufero o grau de periculosidade do agente e o classifica como inimputável ou semi-imputável, levando em consideração que, o fator que gera a pena é a culpabilidade, à medida que o fator que norteia a aplicação da medida de segurança é a periculosidade, com isso tem-se que a aplicação da medida de segurança está diretamente ligada à periculosidade do agente, e seguindo por esse raciocínio, preleciona Masson (2019, p. 1211):

“Medida de segurança é a modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais. Em que pese o seu aspecto curativo, revela-se como espécie de sanção penal, pois, toda e qualquer privação ou restrição de direitos, para quem a suporta, apresenta conteúdo penoso.” (Masson, 2019, p. 1211)

Portanto, vislumbra-se a impossibilidade de considerar a medida de segurança como sendo uma espécie de pena, constituindo-se esta modalidade penal diversa de uma penalidade, tendo em vista que as duas medidas, em sua essência, possuem o condão totalmente divergente. Ainda, é importante frisar que a disposição acerca da medida de segurança esteja desvinculada do Título previsto à definição legislativa das penas presente no Código Penal, por a medida de segurança ser tratada de forma distinta de uma pena.

1.2 Internação Compulsória como Medida de Segurança

No âmbito das medidas de segurança, podem ser elencados três tipos de tratamentos compulsórios para pessoas que cometeram atos que configuram crimes, porém, por possuírem doença ou problemas mentais, não podem sofrer as mesmas penas de uma pessoa mentalmente saudável. Os três tipos de internações, são a internação voluntária, internação involuntária e internação compulsória, estabelecidas pela Lei 10.216/2001, em seu art. 6º, incisos I, II e III. Frisa-se que a internação só pode ser usada após esgotados os demais tratamentos extra hospitalares e estes mostrarem-se insuficientes na recuperação do paciente.

A internação compulsória, objeto de aprofundamento deste artigo, é a única solicitada pela via judicial, após pedido formal de um médico, entretanto, para sua autorização, se faz necessária a realização de perícia médica, sendo que a internação do paciente só poderá ocorrer mediante a apresentação do laudo médico prévio e circunstanciado, e somente após a formalização desse laudo o magistrado poderá decidir em favor ou desfavor da internação, cabendo a internação compulsória apenas se o laudo

da equipe de saúde apontar a doença mental, incapacidade relativa ou total do indivíduo e periculosidade do indivíduo para si ou para outrem.

Para a realização da internação compulsória, são levados em conta alguns critérios, como os direitos do paciente, o “grau” crônico de sua doença e os riscos que causa para si e para os outros. Após analisado essas questões o Estado faz a liberação da internação comunicando o Ministério Público. A internação compulsória está prevista no art. 9º da Lei Nº 10.216/01:

“A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários” (ART. 9, Lei de Saúde Mental).

Ao analisar a internação compulsória como medida de segurança, subentende-se que é como uma consequência ao ato praticado pelo doente mental, pois é aplicada, em detrimento da pena, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, quando da ausência desse, em outro estabelecimento adequado; ou sujeição a tratamento ambulatorial.

Neste tipo de internação, não existe um responsável legal pelo paciente, ficando este a total responsabilidade do Estado, uma vez que, quem cumpre o papel de responsável pela internação é o Juiz de Direito que determina a internação, dado que a equipe médica pede que a autoridade em questão supra a falta do referido responsável.

1.3 Prazo máximo para cumprimento das medidas de segurança

No que se refere ao tempo de cumprimento das medidas de segurança, o Código Penal, em seu art. 97, §1º, determina que não se pode fixar um tempo determinado, pois apenas os médicos podem determinar quando um paciente internado estará capaz de retornar a sua vida normal.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante

perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Todavia, a permanência infinita de uma pessoa com deficiência mental que comete conduta prevista como crime, em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ofende o princípio da legalidade, a garantia da segurança jurídica e o Estado de Direito, consolidando um efetivo processo de estigmatização social, ferindo completamente a dignidade da pessoa humana. Sendo um dos princípios norteadores do Direito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui força e embasamento para impedir hipóteses de indeterminação no cumprimento da medida segurança, assegurando o respeito a integridade dos pacientes que estão internados por tanto tempo.

Dessa forma, o STJ já tem entendimento consolidado acerca do tema na Súmula 527 e a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, definiu como prazo máximo de duração de medida de segurança em substituição à pena corporal, a duração do período de cumprimento da pena imposta na sentença penal condenatória. (AgRg no HC 531.438/GO)

Sendo assim, não há o que falar em internação infinita no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser respeitado o prazo de cumprimento da medida de segurança, e não impondo anos de exclusão do paciente ora internado, sendo de responsabilidade do Poder Público promover meios de ressocializar esse indivíduo.

2. LEI DA SAÚDE MENTAL

2.1 Saúde Mental

Inicialmente, cabe descrever o que é Saúde Mental, e conforme a Organização Mundial de Saúde afirma, não existe possibilidade de conceituar oficialmente a expressão “saúde mental”, uma vez que as divergências culturais interferem diretamente em sua definição, quanto à forma de se portar perante as diferentes comunidades. Um conceito amplamente aceito sobre saúde mental, consiste na possibilidade de equilíbrio entre os comportamentos emocionais de uma pessoa em prol de um convívio social e saudável com outras pessoas da sociedade.

Impende destacar, que o desequilíbrio emocional, apesar de abrangido pela ampla conceituação ora mencionada, por si só não possui a capacidade de justificar a inimputabilidade do agente quando este comete conduta criminosa, apesar de ser possível uma justificativa para o cometimento de uma infração. Nota-se, portanto, que é necessário que a doença do agente criminoso, para que se possa justificar a aplicação da medida de

segurança, deve ser oriunda de uma doença mental, e não apenas de uma perturbação emocional, que provoca simples comprometimento da saúde mental.

De acordo com o médico especialista em psiquiatria, Osiris Costeira, o termo "Doença" significa "enfermidade, moléstia, afecção; processo mórbido definido que se manifesta por uma série de sintomas e sinais mais ou menos constantes". "Mente", por sua vez, é "a inteligência, o espírito, o entendimento". Doença mental, para a Medicina, portanto, pode ser conceituada como um conjunto de problemas patológicos que afetam a mente de um indivíduo, causando transtornos emocionais e amplo sofrimento psíquico.

Por conseguinte, apesar do conceito de saúde mental ser amplo, pois para alguns indivíduos é um estado de espírito subjetivo, é possível delimitar, com segurança, um conceito de doença mental para fins do presente artigo e para o ordenamento jurídico, traçando os limites de sua incidência quando da aplicação do instituto da medida de segurança. Logo, tem-se que, a doença mental é um problema patológico que atinge a mente de um indivíduo e, quando atrelada a um rompante psicótico, demonstrado em uma conduta desviante em meio a regras impostas socialmente, elencado como uma infração penal, será condição necessária e suficiente à aplicação da medida de segurança. Em situações que seguem este padrão determinado, conclui-se pela existência dos elementos essenciais à submissão do instituto em apreço, quais sejam a antijuridicidade e a inimputabilidade determinada pelo transtorno mental.

2.2 A Lei 10.216/2001

Quando promulgada a Lei 10.216 de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, o instituto buscou redirecionar o modelo assistencial em saúde mental, privilegiando o oferecimento de tratamento em serviços de base comunitária, apesar de não instituir mecanismos claros para a progressiva extinção dos manicômios.

Em seu Art. 2º, a Lei 10.216 de 2001, demonstra o quanto conseguiu evoluir os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental.

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
- IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

A busca para melhorar o modelo assistencial em saúde mental, teve como principal enfoque o fim do modelo de internação asilar em manicômios, ação que violava, e por vezes ainda viola, os mais básicos direitos humanos dos pacientes, não apresentando qualquer efetividade quanto a prevenção no tratamento do indivíduo, além de buscar mudanças no modelo que se utilizava para reabilitação, quando houvesse a reinserção social das pessoas portadoras de transtornos mentais internados na sociedade ou em suas famílias.

Todavia, passados mais de 20 anos da promulgação da referida Lei, ainda existem pacientes internados em condições inadequadas com tratamentos desumanos e que violam os direitos do paciente. O Estado, se vê diante de vários desafios, que é o encerramento das atividades de manicômios, mais verbas para o SUS destinados à Saúde Mental, mais profissionais especializados para proporcionarem melhores tratamentos aos pacientes internados, isto é, se faz necessária uma reestruturação e ampliação da rede de atenção psicossocial no País para que a Saúde Mental possa ser ofertada com qualidade e eficácia para quem dela necessita.

3. LUTA ANTIMANICOMIAL

No Brasil, à luz do século XX, ainda não se falava sobre políticas públicas que versassem sobre tratamento para doentes mentais, apenas em 1930 foi criado o Serviço Nacional de Doentes Mentais, que objetivava realizar a fiscalização dos serviços existentes e regularização dos novos. Até o ano de 1950, o tratamento dessas pessoas era com banhos quentes e frios, cadeiras giratórias, eletrochoques e medicações fortes.

O primeiro encontro da Conferência Nacional de Saúde Mental, ocorreu no ano de 1987, e nele foi recomendada a priorização de investimento nos serviços extra-hospitalares e multiprofissionais como oposição à tendência hospitalocêntrica. Ao fim do mesmo ano, foi realizado o II Congresso Nacional do MTSM – Movimento de Trabalhadores de Saúde Mental, no qual houve a concretização do Movimento da Luta Antimanicomial e que foi construído o lema, 'por uma sociedade sem manicômios', ampliando-se o sentido político conceitual do movimento.

Na trajetória da luta antimanicomial, foi construído o Projeto de Lei 3.657/89, conhecido como Lei Paulo Delgado, que abarcava três pontos importantes: deter a oferta de leitos manicomiais financiados com o dinheiro público, redirecionar os investimentos para outros dispositivos assistenciais não manicomiais e tornar obrigatória a comunicação oficial de internações feitas contra a vontade do paciente.

Em 1990, a Conferência Regional para a reestruturação da assistência psiquiátrica promovida pelas Organizações Panamericanas e Mundial de Saúde, sinalizaram a necessidade de reestruturação imediata da assistência psiquiátrica pela lei adequada dos países, de forma que impôs responsabilidades aos governantes para que assegurassem os direitos humanos e civis dos pacientes com transtornos mentais, além de que deveriam promover a reorganização dos serviços para garantir o seu cumprimento. Ademais, o ano de 1990 ficou marcado como ponto de partida inicial para a demarcação crescente tendencial e internacional de superação dos velhos modelos de psiquiatria como a reforma psiquiátrica. A partir deste período a política do Ministério da Saúde para a saúde mental começa a ganhar contornos mais definidos (Brasil, 2005).

Apesar dos grandes avanços, somente em 2001 que a Lei Paulo Delgado, Lei 10.206 foi sancionada no Brasil, sua aprovação, no entanto, é de um substitutivo do Projeto de Lei original, que traz modificações importantes no texto normativo (Moura, 2011). A Lei Federal 10.216 que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, privilegiando o oferecimento de tratamento em serviços de base comunitária.

É pertinente destacar que essa luta é fruto de enfrentamentos e percalços há mais de séculos, no qual ocorre a marginalização do sujeito diagnosticado com transtorno mental, taxando-lhe de louco e o remetendo à internação. A realidade brasileira exprime

um quadro frágil quando se trata da doença mental, sendo que o primeiro hospício surgiu no Rio de Janeiro, em 1841, e nessa época, o paciente deveria ser retirado da sociedade e de sua família. Mas atualmente, o descaso com ambientes hospitalares ainda é tão espantoso como em 1841, cabendo aos profissionais da saúde o trabalho de lidar com um sistema de internação involuntária, cujo o reflexo da luta pelo fim dos manicômios demonstra uma carência estrutural no acolhimento e no atendimento dos pacientes.

Compreende-se que as ações da Luta Antimanicomial visam dar visibilidade no que ocorre dentro dos manicômios judiciais e discutir as práticas punitivas, segregatórias, excludentes e o cuidado com as pessoas, que hoje ainda estão nestas instituições, recebendo os mais diversos tipos de tratamentos e estando em condições extremamente precárias, contrárias ao modelo assistencial do Estado brasileiro.

Ainda que haja avanços significativos desde a promulgação da Lei da Saúde Mental, de acordo com o Ministério da Saúde (2019), apenas recentemente, o Sistema Único de Saúde, propôs implantar uma Rede de serviços aos usuários que abranja uma pluralidade de indivíduos, com doenças de diferentes graus de complexidade e que possa ser promovida a assistência integrada para diferentes demandas.

Atualmente, a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) e o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), oferecem assistência às pessoas com transtornos mentais no SUS, porém, não podem, nem se quisessem, garantir uma rede de assistência segura, eficaz e humanizada aos doentes mentais, principalmente aqueles que são internados de forma compulsória, que quando dão entrada nos hospitais psiquiátricos já são tratados com preconceito pelas equipes de saúde.

Segundo Siqueira (2019), o orçamento para a saúde mental no ano de 2018 não foi distribuído de forma satisfatória no Brasil, sendo destinados dois terços do orçamento às redes privadas, que é formada pelos hospitais psiquiátricos, manicômios e comunidades terapêuticas, todavia, isso faz com que seja reforçado o modelo de saúde privada, que para Amarante (2019), corrobora com a ideia de colocar esses hospitais psiquiátricos novamente no centro da rede de tratamentos, reforçando um modelo que explora a internação e no qual as pessoas perdem o direito à cidadania e, muitas vezes, a vida”.

Ademais, no que se refere a Lei da Saúde Mental, são encontradas algumas divergências dos princípios da Luta Antimanicomial, especialmente quando se trata de cidadania, visto que durante a internação compulsória, pode ser observado que é tirado do paciente o seu direito à liberdade e, conseqüentemente, vedado o papel de cidadão deste, de modo que ele deixa de ser visto e considerado um cidadão, o que vai em total contradição com o que preconiza o art. 5º da Constituição Federal de 1988.

“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” (ART. 5º - Constituição Federal de 1988)

Baseando-se nesse conceito, a luta pela cidadania do paciente na saúde mental é uma das causas da luta antimanicomial, principalmente para que possa ocorrer a desinstitucionalização psiquiátrica às pessoas com transtornos mentais, pois se faz necessário modificar o cenário da internação compulsória no país, visto que desde momentos antigos da história o aprisionamento do doente mental o impediu de participar ativamente da vida em sociedade, fazendo com que seja retirado deste a cidadania formal e atribuindo-lhe um certo grau de periculosidade.

A partir da luta da cidadania adentra-se na questão da política nacional de direitos humanos, pois pode ser observado que ela se contradiz com o que estabelece na internação compulsória, uma vez que a declaração de direitos humanos para a saúde mental dita regras e princípios para as violações do cuidado com o portador de transtorno mental, colocando o paciente de forma livre para decidir sobre querer ou não o tratamento, tendo também o direito de ser tratado com dignidade como ser humano. Este paciente com transtorno mental, muitas vezes não tem acesso a informações e principalmente aos seus direitos como cidadão, o que torna ainda mais graves as dificuldades enfrentadas por eles em ambientes psiquiátricos. Tal situação configura-se como um obstáculo para o exercício integral desses direitos, pois o desconhecimento faz com que não sejam legitimados e por vezes excluídos, ficando a margem da sociedade.

Por fim, é imperioso destacar como a Luta Antimanicomial é importante para garantir a observância dos direitos fundamentais dos doentes mentais, no âmbito jurídico principalmente, pois apesar de grandes avanços dos SUS, a saúde mental e as políticas sociais no Brasil enfrentam grandes retrocessos.

4.POLÍTICA ANTIMANICOMIAL DO PODER JUDICIÁRIO: Resolução nº 487 do CNJ

No dia 27 de fevereiro de 2023 foi publicada a Resolução nº 487, do Conselho Nacional de Justiça⁷, instituindo a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelecendo procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei nº 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança.

⁷ <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4960>

A Resolução do CNJ visa, sobretudo, efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88), e os direitos fundamentais à saúde, devido processo legal e à individualização da pena.

Além disso, o implemento de uma política antimanicomial se faz necessária para cumprir parte da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Ximenes Lopes vs. Brasil⁸, onde se determinou que o Estado brasileiro desenvolvesse um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental.

A Resolução do CNJ estabelece procedimentos para o tratamento de pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial que estejam custodiadas, sejam investigadas, acusadas, réis ou privadas de liberdade, em cumprimento de pena ou de medida de segurança, em prisão domiciliar, em cumprimento de alternativas penais, monitoração eletrônica ou outras medidas em meio aberto, objetivando conferir diretrizes para assegurar os direitos dessa população vulnerável (art. 1º).

Importante diretriz da política antimanicomial adotada pela Resolução nº 487 do CNJ diz respeito às audiências de custódia.

De acordo com o art. 5º da referida Resolução, quando apresentada em audiência de custódia pessoa com indícios de transtorno mental ou qualquer outra forma de deficiência psicossocial, a autoridade judicial deverá encaminhá-la para atendimento voluntário na Rede de Atenção Psicossocial, assegurando-se à pessoa a oportunidade de manifestar a vontade de ter em sua companhia alguém por ela indicada.

Art. 4º Quando apresentada em audiência de custódia pessoa com indícios de transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial identificados por equipe multidisciplinar qualificada, ouvidos o Ministério Público e a defesa, caberá à autoridade judicial o encaminhamento para atendimento voluntário na Raps voltado à proteção social em políticas e programas adequados, a partir de fluxos preestabelecidos com a rede, nos termos da Resolução CNJ n. 213/2015 e do Modelo Orientador CNJ.

Parágrafo único. Será assegurada à pessoa com indícios de transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial a oportunidade de manifestar a vontade de ter em sua companhia

⁸ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf

pessoa por ela indicada, integrante de seu círculo pessoal ou das redes de serviços públicos com as quais tenha vínculo, ou seja, referenciada, para o fim de assisti-la durante o ato judicial.

A Resolução também adota como política antimanicomial o encaminhamento da pessoa em crise de saúde mental à equipe de saúde da Raps para a tomada de medidas emergenciais e, caso exauridas sem êxito as tentativas de manejo da crise, caberá a autoridade judicial encaminhá-la para atendimento em saúde por meio do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu) ou outros serviços da Raps, deixando de realizar a audiência de custódia e providenciando o registro da não realização do ato, por meio de termo do qual deverá constar:

I - a determinação para elaboração de relatório médico acompanhado, se for o caso, de informes dos demais profissionais de saúde do estabelecimento ao qual a pessoa presa em flagrante for encaminhada, a fim de documentar eventuais indícios de tortura ou maus tratos, a ser remetido ao juízo em 24 (vinte e quatro) horas;

II- a requisição imediata de informações às secretarias municipal ou estadual de saúde sobre a atual condição da pessoa e indicação de acompanhamento em saúde mais adequado, que poderá compor o PTS, com descrição de eventual tratamento que esteja em curso, a serem prestadas em 48 (quarenta e oito) horas, com a finalidade de subsidiar a tomada de decisão judicial.

Em caso de internação, a autoridade judicial poderá realizar a audiência no local em que a pessoa se encontrar, caso não receba alta médica, contudo, nos casos em que o deslocamento se mostrar inviável, a audiência de custódia somente será realizada após restabelecida a condição de saúde.

Nas situações em que não seja hipótese de relaxamento de prisão, a autoridade judicial deverá adequar a medida cautelar considerando as condições de saúde da pessoa, evitando a imposição de medida que dificulte o acesso ou a continuidade do melhor tratamento disponível.

Quando a pessoa necessitar de tratamento em saúde mental no curso de prisão processual ou outra medida cautelar, a autoridade judicial deverá reavaliar a necessidade e a adequação da prisão e outras medidas, ouvidos a equipe multidisciplinar, o Ministério Público e a defesa, atendendo-se ao disposto no art. 9º, parágrafo único, da Resolução do CNJ:

Parágrafo único. O encaminhamento para os serviços da Raps ou rede de proteção social será apoiado pelas equipes mencionadas no art. 2º, III, IV e V, considerando a interlocução entre esses serviços e os equipamentos responsáveis pelo tratamento em saúde, de modo que eventuais subsídios sobre a singularidade do acompanhamento da pessoa sejam aportados ao processo visando a priorização da saúde.

E outra política antimanicomial importante e que merece destaque adotada pela Resolução 487 do CNJ se refere às medidas de segurança, pois determina que a autoridade judicial leve em conta nas decisões que envolvam a imposição ou alteração do cumprimento de medida de segurança os pareceres das equipes multiprofissionais que atende o paciente na Raps, da Equipe de Avaliação e Acompanhamento das Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei (EAP) ou outra equipe conectora (equipe vinculada ao Sistema Único de Saúde que exerce a função análoga à da EAP).

Ademais, a Resolução destaca que a medida de tratamento ambulatorial será priorizada em detrimento da medida de internação, cuja medida será acompanhada pela autoridade judicial a partir de fluxos estabelecidos entre o Poder Judiciário e a Raps, devendo avaliar a possibilidade de extinção da medida de segurança, no mínimo, anualmente, ou a qualquer tempo quando requerido pela defesa ou indicada pela equipe de saúde.

Quanto às medidas de segurança de internação ou de internação provisória, a Resolução aduz que ocorrerá em hipóteses absolutamente excepcionais, quando não cabíveis ou suficientes outras medidas cautelares diversas da prisão e quando compreendidas como recurso terapêutico momentaneamente adequado no âmbito do PTS (Projeto Terapêutico Singular), enquanto necessárias ao restabelecimento da saúde da pessoa, desde que prescritas por equipe de saúde da Raps (art. 13).

A política antimanicomial para os casos de medida de segurança de internação é no sentido de evitar que qualquer pessoa com transtorno mental seja colocada ou mantida em unidade prisional, ainda que enfermaria, ou seja submetida à internação em instituições com características asilares, determinando que a internação seja cumprida em leito de saúde mental em Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado pelo Caps da Raps, com condições de proporcionar assistência integral à saúde da pessoa.

Em relação às pessoas que necessitam de tratamento em saúde mental no curso da execução da pena, a Resolução do CNJ impõe a desinstitucionalização, prevendo que, no prazo de até 6 (seis) meses, a partir da entrada em vigor da Resolução, a autoridade judicial competente revisará os processos a fim de avaliar a possibilidade de extinção da medida

em curso, progressão para tratamento ambulatorial em meio aberto ou transferência para estabelecimento de saúde adequado, nos casos relativos:

- I- à execução de medida de segurança que estejam sendo cumpridas em HCTPs, em instituições congêneres ou unidades prisionais;
- II- a pessoas que permaneçam nesses estabelecimentos, apesar da extinção da medida ou da existência de ordem de desinternação condicional; e
- III- a pessoas com transtorno mental ou deficiência psicossocial que estejam em prisão processual ou cumprimento de pena em unidades prisionais, delegacias de polícia ou estabelecimentos congêneres.

De acordo com a Resolução, a autoridade judicial competente para a execução penal determinará a elaboração, no prazo de 12 (doze) meses contados da entrada em vigor desta Resolução, de Projetos Terapêuticos Singulares para todos os pacientes em medida de segurança que ainda estiverem internados em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, em instituições congêneres ou unidades prisionais, com vistas à alta planejada e à reabilitação psicossocial assistida em meio aberto, a serem apresentadas no processo ou em audiência judicial que conte com a participação de representantes das entidades envolvidas nos PTSs.

E, por fim, consta da Resolução do CNJ uma previsão extremamente importante para a luta antimanicomial, que é a determinação de interdição parcial de estabelecimentos, alas ou instituições congêneres de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil, no prazo de 6 (seis) meses contados da publicação desta Resolução, com proibição de novas internações em suas dependências e, em até 12 (doze) meses a partir da entrada em vigor desta Resolução, a interdição total e o fechamento dessas instituições.

Diante de todas as recentes determinações da Resolução 487 do CNJ, acredita-se em uma luz no fim do túnel, de modo que os direitos fundamentais das pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial sejam observados, e, notadamente, fazendo com que os fundamentos, os objetivos e os princípios da República Federativa do Brasil sejam respeitados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar a internação compulsória no ordenamento jurídico brasileiro, e como a luta antimanicomial é uma ferramenta essencial

para a garantia dos direitos das pessoas acometidas de transtornos mentais e redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental.

A proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais é uma missão fundamental para construirmos uma sociedade justa e inclusiva. A Resolução 487/2023, emitida pelo Conselho Nacional de Justiça, representa um marco significativo nesse compromisso. Ela direciona nosso modelo assistencial em saúde mental para um caminho mais humano, respeitando a dignidade e os direitos individuais.

Ao estabelecer diretrizes claras para a revisão de processos de internação psiquiátrica e ao incentivar alternativas comunitárias, essa resolução reconhece a importância de tratar as pessoas com transtornos mentais com compaixão e respeito. Ela nos lembra que cada indivíduo merece cuidados que promovam sua inclusão social e seu bem-estar.

Nossa responsabilidade como sociedade é garantir que a Resolução 487/2023 do CNJ seja implementada de maneira eficaz. Devemos continuar a trabalhar juntos para assegurar que os direitos das pessoas com transtornos mentais sejam protegidos, que tenham acesso a tratamento de qualidade e que possam viver vidas plenas e autônomas. Este é o caminho para um futuro em que a saúde mental seja tratada com empatia e compreensão, onde a estigmatização seja substituída pela inclusão e onde todos possam desfrutar de igualdade de direitos, independentemente de seu estado de saúde mental.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, P. **Retrocessos na política de saúde mental**. Associação Brasileira de Saúde Coletiva – Abrasco. Disponível em <https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/sistemas-de-saude/paulo-amarante-fala-sobre-retrocessos-na-saude-mental/39546/>. Acesso em 08 de agosto de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31/12/1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 de agosto de 2023.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, 1988.

BRASIL. **Projeto de lei n. 3.657/1989**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20004>. Acesso em 08 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei 10.216/2001.** Disponível em <https://hpm.org.br/wp-content/uploads/2014/09/lei-no-10.216-de-6-de-abril-de-2001.pdf>. Acesso em 08 de agosto de 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 3.088, de 23 de dezembro de 2011. **Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único 24 de Saúde (SUS).** Diário Oficial da União, 23 /12/ 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula anota nº 527.** Terceira Seção. Julgada em 13 de maio de 2019. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/sumula-527-do-stj-annotada-medida-de-seguranca/699637409>>. Acesso em 09 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 531.348/GO.** Relator: Min Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 12 de maio de 2020. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/855188055/inteiro-teor-855188068>>. Acesso em 06 de agosto de 2023.

COSTEIRA, Osiris. **Termos e expressões da prática médica.** 2. ed. Rio de Janeiro: FGM Divisão Médica, 2001.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado.** 13o ed. São Paulo: Método, 2019.

MOURA, JA. **História da Assistência à Saúde Mental no Brasil: da Reforma Psiquiátrica à Construção dos Mecanismos de Atenção Psicossocial.** Junho, 2011. Disponível em <https://psicologado.com.br/psicologia-geral/historia-da-psicologia/historia-da-assistencia-asaude-mental-no-brasil-da-reforma-psiquiatrica-a-construcao-dos-mecanismos-de-atencapsicossocial>. Acesso em 02 de agosto de 2019.

A FACILITAÇÃO DA DECRETAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E A PROBLEMÁTICA DAS FALSAS ACUSAÇÕES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA RECENTE LEI 14.550/23 QUE ALTEROU A LEI MARIA DA PENHA

WAGNER DE ANDRADE FROZI:

Advogado CEO do Frozi e Pessi Escritório de Advocacia, inscrito na OAB/RS. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Direito Empresarial e Direito Tributário pela Verbo Jurídico.

Resumo: A recente Lei 14.550/23 trouxe mudanças significativas na Lei Maria da Penha, visando aprimorar a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. No entanto, as facilidades na concessão das medidas protetivas de urgência levantam preocupações quanto ao aumento de falsas denúncias. Este artigo analisa as principais alterações legislativas e discute os possíveis impactos no sistema jurídico e as implicações para as partes envolvidas.

Índice: 1. Introdução. 2. Aperfeiçoamento das Medidas Protetivas de Urgência: Lei Maria da Penha em Ação 2.1. Ampliação das Medidas Protetivas de Urgência: Valorizando a Palavra da Vítima e os Desafios das Denúncias Falsas 2.2. Avaliação Criteriosa e Uso Adequado das Medidas Protetivas 2.3. Equilíbrio entre a Urgência na Proteção e a Garantia de um Processo Legal Justo 2.4. Abrangência das Medidas Protetivas de Urgência. 3. A Problemática da Falsa Denúncia na Lei Maria da Penha 3.1. Riscos de Aumento de Falsas Denúncias 3.2. Motivações e Consequências das Falsas Denúncias. 4. Do Risco de Descumprimento de Medida Protetiva 4.1. Orientação e Defesa do Acusado 4.2. Consequências Legais em Caso de Falsas Acusações. 5. Responsabilidade na Análise de Denúncias e Concessão de Medidas Protetivas. 6. Medidas Protetivas de Urgência: Descrição e Aplicação 6.1. Medidas Protetivas Previstas na Lei Maria da Penha 6.2. Consequências ao Acusado pelo Não Cumprimento das Medidas Impostas. 7. Tutela Protetiva de Urgência: Garantindo a Segurança da Ofendida e a Cooperação Interinstitucional. 8. Revisão Periódica das Medidas Protetivas pelo Superior Tribunal de Justiça. 9. Duração das Medidas Protetivas de Urgência. 10. Conclusão

1.Introdução

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) ⁹ é um marco na luta pelos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. A Lei 14.550/23, promulgada recentemente, trouxe modificações significativas na Lei Maria da Penha, visando aprimorar a proteção às vítimas e esclarecer dúvidas quanto à autonomia das medidas protetivas, sua vigência e âmbitos de aplicação. Este artigo analisa as mudanças introduzidas pela Lei 14.550/2310, com ênfase nas medidas protetivas de urgência e as questões relacionadas ao aumento de falsas denúncias.

2. Aperfeiçoamento das Medidas Protetivas de Urgência: Lei Maria da Penha em Ação

2.1. Ampliação das Medidas Protetivas de Urgência

Valorizando a Palavra da Vítima e os Desafios das Denúncias Falsas A recente atualização da Lei Maria da Penha, por meio da Lei nº 14.550/23, promoveu mudanças significativas no que diz respeito às medidas protetivas de urgência. Agora, tais medidas serão concedidas por meio de um juízo de cognição sumária, valorizando a palavra da vítima como elemento central nesse processo. O objetivo é garantir sua segurança imediata diante dos diversos riscos enfrentados, como a integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. No entanto, é importante reconhecer que essa abordagem também traz consigo desafios, incluindo o aumento das possíveis denúncias falsas. Essa preocupação deve ser considerada no momento da concessão das medidas protetivas, a fim de evitar abusos e preservar a integridade do sistema.

2.2. Avaliação Criteriosa e Uso Adequado das Medidas Protetivas

A concessão das medidas protetivas de urgência está sujeita à avaliação cuidadosa por parte da autoridade competente. Caso não seja identificado risco à integridade da vítima ou de seus dependentes, as medidas protetivas podem ser negadas. Essa avaliação deve ser pautada em critérios objetivos e responsáveis, a fim de evitar abusos ou uso inadequado das medidas. Embora seja compreensível a necessidade de proteção em casos de dúvida, é importante ponderar sobre a preservação dos direitos e da liberdade do acusado, para que a concessão das medidas não seja feita de forma indiscriminada ou injusta.

2.3. Equilíbrio entre a Urgência na Proteção e a Garantia de um Processo Legal Justo

⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Data do acesso: 10/05/23.

¹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14550.htm. Data do acesso: 01/05/23.

Ao estabelecer essa abordagem, a lei busca equilibrar a urgência na proteção da vítima com a garantia de um processo legal justo. Valoriza-se a palavra da vítima, mas também se exige uma análise responsável para evitar possíveis injustiças ou concessão indevida das medidas protetivas. O objetivo é assegurar que a aplicação das medidas seja justa e adequada, atendendo verdadeiramente às necessidades de proteção da vítima, sem comprometer os princípios fundamentais do devido processo legal.

2.4. Abrangência das Medidas Protetivas de Urgência

Além das mudanças na forma de concessão, a nova legislação amplia o escopo das medidas protetivas de urgência. Agora, tais medidas serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência. Essa abrangência visa garantir que todas as mulheres em situação de violência doméstica e familiar sejam amparadas e protegidas, independentemente do estágio do processo judicial ou das formalidades legais envolvidas. A intenção é evitar que as vítimas fiquem desamparadas ou tenham sua proteção condicionada a requisitos formais, priorizando sua segurança e bem-estar

3.A Problemática da Falsa Denúncia na Lei Maria da Penha

3.1. Riscos de Aumento de Falsas Denúncias

A facilitação da concessão das medidas protetivas de urgência pode levar ao aumento de falsas denúncias por parte de mulheres que se aproveitam do crédito dado à palavra da vítima e da rigidez do instrumento jurídico para fins escusos. A decisão de aplicar medidas protetivas é proferida pelo juiz sem ouvir a outra parte, e a palavra da vítima possui grande peso no processo.

3.2. Motivações e Consequências das Falsas Denúncias

As falsas denúncias podem ter diversas motivações, como a tentativa de impedir o pai de ver os filhos, buscar uma separação mais fácil ou mesmo obter indenizações e vantagens em processos cíveis. Essas falsas acusações têm implicações jurídicas graves, pois podem resultar em restrições de direitos e até mesmo na prisão do acusado, além de desacreditar o sistema de proteção e prejudicar as vítimas reais.

4.Do Risco de Descumprimento de Medida Protetiva

4.1. Orientação e Defesa do Acusado

O acusado deve cumprir as medidas protetivas e buscar a assistência de um advogado ou defensor público, que o orientará a produzir provas de seu direito e atuar para comprovar a falsidade da denúncia. Caso seja comprovada a falsidade da denúncia, a

suposta vítima pode incorrer em responsabilização jurídica pelas consequências decorrentes de sua conduta.

4.2. Consequências Legais em Caso de Falsas Acusações

O descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência constitui crime, sujeitando o acusado a detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. Além disso, o acusado pode responder por outros delitos decorrentes das falsas acusações, como calúnia, difamação ou denunciação caluniosa, conforme o caso.

5. Responsabilidade na Análise de Denúncias e Concessão de Medidas Protetivas

É importante lembrar que a luta contra a violência doméstica e familiar não deve ser prejudicada pela existência de falsas denúncias. Por isso, o trabalho conjunto entre a sociedade, o Poder Judiciário e os profissionais do Direito é fundamental para garantir a efetividade das medidas protetivas e a proteção das vítimas reais, sem desconsiderar a presunção de inocência e o direito à ampla defesa dos acusados. A análise criteriosa das denúncias e a devida fundamentação das decisões judiciais são essenciais para evitar abusos e injustiças.

6. Medidas Protetivas de Urgência: Descrição e Aplicação

6.1. Medidas Protetivas Previstas na Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha estabelece diversas medidas protetivas de urgência que podem ser aplicadas em casos de violência doméstica e familiar. Essas medidas incluem a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima, a proibição de determinadas condutas, como se aproximar da vítima ou entrar em contato com ela, a restrição ou suspensão das visitas aos dependentes menores, a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação, e o acompanhamento psicossocial do agressor.

6.2. Consequências ao Acusado pelo Não Cumprimento das Medidas Impostas

O não cumprimento das medidas protetivas de urgência pode acarretar diversas consequências legais ao acusado. É possível a execução da multa imposta, a decretação de sua prisão preventiva e a responsabilização pelo crime de descumprimento de decisão judicial, conforme previsto no artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006. É fundamental que o acusado esteja ciente das medidas impostas e cumpra integralmente suas obrigações, a fim de evitar complicações adicionais.

7. Tutela Protetiva de Urgência: Garantindo a Segurança da Ofendida e a Cooperação Interinstitucional

As medidas protetivas de urgência não impedem a aplicação de outras medidas previstas na legislação, se necessárias para garantir a segurança da vítima. O juiz responsável pela concessão das medidas deve comunicar a decisão ao Ministério Público, e caso a medida envolva a suspensão ou restrição do porte de armas, o juiz deve comunicar o órgão, corporação ou instituição responsável, sendo o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial. A cooperação interinstitucional é essencial para assegurar a efetividade das medidas protetivas e a segurança das vítimas.

8. Revisão Periódica das Medidas Protetivas pelo Superior Tribunal de Justiça

A duração das medidas protetivas de urgência não pode ser indefinida. O Superior Tribunal de Justiça determina a revisão periódica das medidas, com intervalos de 90 (noventa) dias, a fim de garantir a sua necessidade e adequação. Essa revisão é fundamental para evitar a perpetuação de medidas desnecessárias e assegurar a proteção das vítimas de forma justa e proporcional.

9. Duração das Medidas Protetivas de Urgência

As medidas protetivas de urgência vigoram enquanto persistir o risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da vítima ou de seus dependentes. A duração das medidas está diretamente relacionada à existência de perigo real e iminente. Portanto, é necessário reavaliar periodicamente a necessidade de sua manutenção, garantindo que as medidas sejam aplicadas de forma adequada e proporcionada às circunstâncias específicas de cada caso.

10. Conclusão

A Lei 14.550/23 trouxe avanços significativos na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. No entanto, é fundamental estar atento aos riscos de aumento de falsas denúncias, uma vez que a legislação concede maior facilidade na obtenção de medidas protetivas de urgência. A facilitação na concessão dessas medidas, embora tenha o objetivo de garantir a segurança das vítimas, também pode abrir espaço para possíveis abusos e denúncias infundadas.

É imprescindível que os profissionais do Direito e as autoridades judiciárias atuem com responsabilidade e critério na análise das denúncias e na concessão das medidas protetivas. A presunção de inocência e o direito à ampla defesa dos acusados devem ser respeitados, a fim de evitar injustiças e garantir a efetividade do sistema de proteção.

A problemática das falsas denúncias requer uma abordagem cuidadosa. É necessário distinguir entre casos legítimos de violência doméstica e situações em que as denúncias são feitas com intenção de manipulação ou vantagem pessoal. Os motivos por trás das falsas denúncias podem variar, desde questões de guarda de filhos até interesses financeiros.

Diante disso, é fundamental que os profissionais do Direito estejam preparados para lidar com essas situações. A defesa dos acusados deve ser assegurada, e mecanismos para a comprovação da falsidade das denúncias devem ser disponibilizados. A revisão periódica das medidas protetivas, conforme determinado pelo Superior Tribunal de Justiça, é um passo importante nesse sentido, pois permite a reavaliação da necessidade e proporcionalidade das medidas ao longo do processo.

A proteção das vítimas reais não deve ser comprometida pela existência de falsas denúncias. É necessário um trabalho conjunto entre a sociedade, o Poder Judiciário e os profissionais do Direito para garantir a efetividade das medidas protetivas, preservando os direitos de todas as partes envolvidas. A análise criteriosa das denúncias, a devida fundamentação das decisões e o respeito aos princípios do devido processo legal são fundamentais nesse processo.

Por fim, é necessário reforçar a importância da revisão periódica das medidas protetivas, garantindo que sua aplicação seja justa, proporcional e condizente com a realidade das vítimas e dos acusados. Somente assim poderemos garantir um ambiente seguro e equilibrado para todas as partes envolvidas, promovendo a justiça e o respeito aos direitos fundamentais.

MEDIDAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO: CONSIDERAÇÕES DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MARCELO ROCHA DE LIMA:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos. Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição e em Processo Civil, ambos da Universidade Cândido Mendes. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF (Assessor Criminal)

RESUMO: Trata-se de artigo jurídico no âmbito do direito processual civil, consistente na análise da aplicação de medidas atípicas na execução, de que trata o art. 139, IV, do Código de Processo Civil, tendo como parâmetro a visão da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Utilizou-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica, com consultas a livros, artigos jurídicos, legislação e decisões judiciais pertinentes. O trabalho está distribuído da seguinte forma: introdução; desenvolvimento, com esclarecimentos sobre execução, aplicação das medidas atípicas conforme doutrina e jurisprudência; e conclusão.

Palavras chaves: Processo de Execução. Medidas Atípicas. Subsidiariedade. Patrimônio.

1- INTRODUÇÃO

Embora a aplicação de medidas atípicas não seja novidade na nossa tradição processual¹¹, com advento do Novo Código de Processo Civil, positivado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, a discussão sobre sua aplicação voltou a ganhar importância, sobretudo com a previsão do inciso IV do art. 134, onde se permite que o Magistrado possa “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Esse dispositivo ficou conhecido pela doutrina como *cláusula geral de atipicidade dos meios executivos*¹², pois permite ao Magistrado a aplicação de

11 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Princípio da Patrimonialidade da Execução e os Meios Executivos Atípicos: Lendo o Art. 139, IV, do CPC.** Disponível em: <<http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/article/view/36>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2020, p. 02.

12 *Ibid.*, p. 03.

medidas executivas atípicas, em qualquer execução, inclusive nas que tenham por objeto prestação pecuniária.

A justificativa do trabalho cinge-se justamente na compreensão, a partir da doutrina e da jurisprudência, dos requisitos e do alcance desse poder-dever dos Magistrados, para consecução do seu mister constitucional da prestação da jurisdição, em especial na efetivação da execução.

O artigo abordará num primeiro momento os aspectos conceituais de execução. Depois, passa-se aos esclarecimentos sobre a aplicação das medidas executivas atípicas, consoante a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do Supremo Tribunal Federal. Ao fim, as considerações finais sobre o trabalho.

2- DA EXECUÇÃO

O processo de execução tem como objetivo primordial a satisfação de uma obrigação em favor do exequente, estampada em título executivo extrajudicial, podendo ser a execução para entrega de coisa, certa ou incerta; execução para obrigação de fazer ou não fazer; e execução por quantia certa, inclusive contra a Fazenda Pública e para execução de alimentos.

A atividade executiva também pode se desenvolver, a partir de um título executivo judicial. Nesse caso, o procedimento a ser observado será o de cumprimento de sentença, que, igualmente, também pode ser coisa, certa ou incerta; execução para obrigação de fazer ou não fazer; e execução por quantia certa, cabendo também contra a Fazenda Pública e para execução de alimentos.

Independente do procedimento, se de cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, a atividade executiva tem a mesma carga processual e possui o mesmo objetivo, qual seja, a satisfação da obrigação exequenda. Assim, conforme aponta Alexandre Freitas Câmara, a atividade executiva permite a agressão patrimonial do devedor, a fim de satisfazer a obrigação, de forma forçada, a qual deveria ter sido cumprida, anteriormente e espontaneamente¹³.

Nos termos do art. 786 do Código de Processo Civil¹⁴, a execução será levada a efeito, quando o devedor não satisfazer a obrigação certa, líquida e exigível, materializada em um título.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 321.

¹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

O título executivo, por sua vez, pode ser conceituado como o documento que aponta a existência de uma obrigação a ser cumprida pelo executado, autorizando assim a instauração da atividade executiva e a possibilidade de *agressão patrimonial do devedor*¹⁵. Sobre a compreensão de título executivo, Fredie Didier Júnior leciona:

Há o título material, que é o ato normativo, que imputa a alguém o dever de prestar, e há o título formal, que é a documentação desse ato jurídico. Esse ato jurídico, uma vez documentado, tem o efeito jurídico de permitir a instauração da atividade executiva para efetivar a norma jurídica nele contida.

O título executivo é o documento que certifica um ato jurídico normativo, que atribui a alguém um dever de prestar líquido, certo e exigível, a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva¹⁶.

Já o Professor Alexandre Freitas Câmara compreende o título executivo, como ato jurídico onde se extrai o conteúdo obrigacional, ao dizer que "é, pois, o ato jurídico que faz da execução a via processual adequada para que se postule tutela jurisdicional, assegurando o legítimo interesse de agir *in executivis*"¹⁷.

Ainda nesse ponto, vale esclarecer que não é propriamente o título (documento) que precisa ser líquido, certo e exigível, para que possa ser instaurado o processo executivo, mas a obrigação nele estampada é que precisa de tais atributos¹⁸.

Sobre os requisitos para realização de qualquer execução, Alexandre Freitas Câmara ainda ensina que: "aponta o CPC a existência de dois requisitos que qualifica como essenciais para que se realize qualquer execução: o título executivo e a exigibilidade da obrigação"¹⁹.

15 CÂMARA, op. cit., p. 321.

16 DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Curso de Processo Civil: Execução**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 259/260.

17 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 329.

18 GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.160.

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 327.

Por seu turno, a exigibilidade tem lugar, quando o dever de cumprir a obrigação lastreada no título executivo seja atual, não havendo termo ou condição suspensiva ou encargo.

Por fim, os títulos executivos podem ser, tanto os judiciais, quando formados através de um processo, seja judicial ou arbitral, quanto os extrajudiciais, os quais constituem os demais títulos²⁰.

3- DA COMPREENSÃO DO ART. 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1- NOÇÃO INTRODUTÓRIA

Como dito na introdução do presente trabalho, a aplicação de medidas atípicas para execução da obrigação não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, o Código de Defesa do Consumidor já admitia sua possibilidade no art. 8421. Depois, o Código de Processo Civil de 1973²² foi alterado duas vezes, para também permitir sua aplicação: uma no art. 461, por meio da Lei nº 8.952/1994, para as obrigações de fazer e de não fazer; e outra no art. 461-A pela Lei nº 10.444/2002, para obrigação de entregar coisa.

Nesse horizonte, a novidade, que vem ganhando relevo na doutrina, é justamente o art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil, pois se permitiu sua utilização nas execuções de pagar quantia. Com maestria Alexandre de Freitas Câmara aponta:

Como se vê, pois, o CPC de 2015 não criou a cláusula geral de atipicidade de meios executivos. A inovação contida no novo Código quanto ao ponto foi, apenas, a ampliação de seu campo de incidência, de modo a alcançar também as obrigações pecuniárias²³.

Nesse sentido, em razão da novidade legislativa, encontra-se a divergência doutrinária, sobretudo na autorização da sua aplicação para a satisfação da obrigação de pagar quantia. Apenas à título de informação, Araken de Assis tem entendimento contrário

²⁰ *Ibid.*, p. 328.

²¹ BRASIL. Congresso Nacional. Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.072, de 11 de setembro de 1990.

²² BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Princípio da Patrimonialidade da Execução e os Meios Executivos Atípicos: Lendo o Art. 139, IV, Do CPC.** Disponível em: <http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/article/view/36>. Acesso em: 03 de dezembro de 2020, p. 05.

à utilização de medidas atípicas, tendo dito isso, em palestra no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, sobre o novo Código de Processo Civil:

Sou contra os poderes atípicos dos juízes porque seu exercício redundaria em simples arbitrariedades. É evidentemente inconstitucional diante do princípio da dignidade da pessoa humana tirar o passaporte, carteira de habilitação. Que que tem isso com dívidas? Não tem absolutamente nada. Não é a correlação instrumental entre o objetivo da execução e o meio empregado. Isso é simples vingança, simples punição. Numa sociedade como a nossa, sedenta por punição, não me surpreende que essas ideias sejam encaradas com naturalidade. Mas é preciso rejeitá-las em nome de princípios²⁴.

Apesar do entendimento exposto acima, não se pode fechar os olhos que a nova disposição legal está em pleno vigor. Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referenda a aplicação do instituto em questão, conforme será visto adiante. Aliás, a doutrina afirma que a aplicação de medidas atípicas tem legitimidade constitucional, pois amparada pelos princípios da tutela jurisdicional efetiva e da eficiência²⁵.

3.2- ANÁLISE DO ART. 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: doutrina e jurisprudência

Antes de adentrar aos comentários das medidas executivas atípicas, é preciso lembrar que existem as medidas típicas, sendo aquelas previamente apontadas pelo ordenamento jurídico (busca e apreensão, sequestro, multa, imissão da posse, entre outros). Além disso, convém rememorar que as medidas executivas também se dividem em dois grandes grupos: meios de sub-rogação e meios de coerção.

Por ser novidade a possibilidade de aplicação das medidas atípicas nas execuções de prestação de natureza pecuniária, a ideia de estabelecer requisitos e limites para aplicação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil está longe de ser uma tarefa fácil.

²⁴ ASSIS, Araken. O Professor Araken de Assis afirma ser totalmente contrário aos poderes executórios atípicos. In: **Diálogos IV sobre o Novo Código de Processo Civil: Desafios e Conquistas, Brasília: OAB. Disponível em:** <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/278711/professor-araken-de-assis-afirma-ertotalmente-contrario-aos-poderes-executorios-atipicos>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Princípio da Patrimonialidade da Execução e os Meios Executivos Atípicos: Lendo o Art. 139, IV, Do CPC.** Disponível em: <http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/article/view/36>. Acesso em: 03 de dezembro de 2020, p. 05

Contudo, a doutrina vem apontado, a exemplo do Professor Fredie Didier Júnior, *diretrizes* para aplicação das medidas cautelares atípicas, inclusive para satisfação de obrigações de prestação de pecuniária²⁶.

Dentre as várias observações que faz Fredie Didier Júnior, especificamente em relação à execução de obrigação de pagar quantia, devem ser atentar para: subsidiariedade das medidas atípicas; a proporcionalidade da medida; a devida fundamentação; o contraditório; e a não utilização de multa coercitiva para o cumprimento da obrigação principal²⁷.

Já o professor Alexandre Freitas Câmara centra-se a interpretação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, no princípio da patrimonialidade, ou seja, para admissão de medidas atípicas o objeto de deve ser o patrimônio do executado, afastando, desta maneira, medidas como “a suspensão da inscrição do devedor no cadastro de pessoas físicas de cartão de crédito”, “cancelamento de seus cartões de crédito”²⁸.

O Professor Thiago Rodovalho aponta também caminhos a serem levados em consideração para a efetivação das medidas atípicas, destacando-se o caráter subsidiário e excepcional (*ultima ration*); e o respeito à **dignidade da pessoa humana, à proporcionalidade e à razoabilidade**²⁹.

Enquanto que Marcus Vinícius Rios Gonçalves entende que as medidas atípicas devem ser aplicadas de forma subsidiária, sobretudo para obrigação de pagar quantia; e com atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Além disso, destaca que “a medida deve guardar relação com o objeto pretendido, mantendo com ele algum tipo de correlação”³⁰.

26 DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Curso de Processo Civil: Execução**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 140-142.

27 *Ibid.*, p. 140-142.

28 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Princípio da Patrimonialidade da Execução e os Meios Executivos Atípicos: Lendo o Art. 139, Iv, Do CPC**. Disponível em: <<http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/article/view/36>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2020, p. 08.

29 RODOVALHO, Thiago. **O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos**. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-ialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

30 GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 476.

Esse tema, como não poderia deixar de ser, foi objeto de julgamento Superior Tribunal de Justiça. Embora ainda seja prematura a afirmação de se ter uma jurisprudência consolidada, o Tribunal da Cidadania, em seus respectivos acórdãos, trouxe elementos para aplicabilidade das medidas atípicas, que poderão servir de orientação para os demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

Nesse sentido, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.782.418/RJ31 e nº 1.788.950/MT32, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, restou esclarecida a utilização de parâmetros já mencionados pela doutrina, como: o princípio da patrimonialidade; o caráter subsidiário; a fundamentação da decisão; o princípio do contraditório; e o princípio da proporcionalidade.

Em razão da didática empregada, transcreve-se o trecho do voto da Ministra, que faz parte dos julgados acima:

A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua **patrimônio expropriável**, tais medidas sejam adotadas de modo **subsidiário**, por meio de decisão que contenha **fundamentação adequada** às especificidades da hipótese concreta, com observância do **contraditório substancial** e do **postulado da proporcionalidade**. (Grifo nosso).

Da mesma forma, por ocasião do julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.785.726/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, sem adentrar no julgamento do mérito do recurso, foi admitida a tese da aplicação de medidas atípicas, com base no art. 139, IV, do Código de Processo Civil: "Para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório,

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação de Compensação por Dano Moral e Reparação por Dano Material. Cumprimento de Sentença. Quantia Certa. Medidas Executivas Atípicas. art. 139, IV, do CPC/15. Cabimento. Delineamento de Diretrizes a serem observadas para sua aplicação. Recurso Especial nº 1.782.418-RJ, 3ª turma. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1817993&tipo=0&nreg=201803135957&SeqCgrmaSessao=CodOrgaoJgdf=&dt=20190426&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 10 de dezembro de 2020.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Execução de Título Extrajudicial. Cheques. Violação de Dispositivo Constitucional. Descabimento. Medidas Executivas Atípicas. Art. 139, IV, do CPC/15. Cabimento. Delineamento de Diretrizes A serem observadas para sua Aplicação. Recurso Especial Nº 1.788.950-MT, 3ª Turma. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1818004&tipo=0&nreg=201803438355&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190426&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia das que foram deferidas anteriormente”³³.

Não bastasse, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 139, IV, do Código de Processo Civil. Na ocasião, foi julgado improcedente a ADI 5941/DF, sendo que a Corte Suprema declarou constitucional o referido dispositivo legal, desde que respeitados os direitos fundamentais da pessoa humana e os valores especificados no próprio ordenamento processual, em especial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade³⁴.

Na decisão plenário da Suprema Corte, ficou assentada a possibilidade de tomar medidas necessária para assegurar o cumprimento da ordem judicial, como para assegurar o cumprimento de ordem judicial, como a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e de passaporte, a suspensão do direito de dirigir e a proibição de participação em concurso e licitação pública³⁵.

Finalmente, impende destacar que, conforme destacado linhas acima, a decisão do Supremo Tribunal Federal está na mesma sintonia da doutrina. Ou seja, há que verificar no caso concreto a obediência de princípios de índole constitucional, notadamente direitos fundamentais, proporcionalidade e razoabilidade.

4-CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação de medidas atípicas para satisfação da execução não é novidade na tradição processual brasileira. Contudo, com a positivação do art. 139, IV, do Código de

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais Decorrentes de Morte em Acidente de Trânsito. Cumprimento de Sentença. Medida Coercitiva Atípica. Art. 139, IV, Do CPC/2015. Suspensão da CNH. Revisão da Conclusão do Acórdão Recorrido Em Relação aos Critérios Que Autorizaram o Deferimento da Medida. Descabimento. Súmula 7/STF. Recurso Desprovido. Agravo Interno no Recurso Especial nº 178526-DF, 3ª Turma. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=97640956®istro_numero=201801276127&peticao_numero=201900239823&publicacao_data=20190822&formato=PDF>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 139, IV; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403, parágrafo único; 536, caput e § 1º e 773, todos do Código de Processo Civil. Medidas Coercitivas, indutivas ou sub-rogoratórias. Atipicidade dos Meios Executivos. ADI 5951/DF. Plenário. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 de agosto de 2023.

35 *Ibid.*

Processo Civil, especialmente a possibilidade de sua aplicação em execução de pagar quantia, o tema voltou ao debate acadêmico.

Não obstante a divergência sobre requisitos de sua aplicação ou até entendimento pela sua não aplicação, o dispositivo está em plena validade legal e vem sendo utilizado pelos Juízes e Tribunais do País.

Portanto, a conclusão é pela aplicação das medidas cautelares atípicas, para efetivação da prestação jurisdicional, com atenção indissociável do devido processo legal, com os parâmetros comuns adotados pela doutrina e chancelados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consistente na observação de patrimônio expropriável do devedor, no critério subsidiário das medidas, na decisão judicial fundamentada e adequada ao caso concreto, na garantia do contraditório e no respeito ao postulado da proporcionalidade, que trazem linhas seguras de sua utilização.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASSIS, Araken. O Professor Araken de Assis afirma ser totalmente contrário aos poderes executórios atípicos. In: **Diálogos IV sobre o Novo Código de Processo Civil: Desafios e Conquistas, Brasília: OAB. Disponível em:** <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/278711/professor-araken-de-assis-afirma-sertotalmente-contrario-aos-poderes-executorios-atipicos>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.072, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Execução de Título Extrajudicial. Cheques. Violação de Dispositivo Constitucional. Descabimento. Medidas Executivas Atípicas. Art. 139, IV, do CPC/15. Cabimento. Delineamento de Diretrizes A serem observadas para sua Aplicação. Recurso Especial Nº 1.788.950-MT, 3ª Turma. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1818004&tipo=0&nreg=201803438355&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190426&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação de Compensação por Dano Moral e Reparação por Dano Material. Cumprimento de Sentença. Quantia Certa. Medidas Executivas Atípicas. art. 139, IV, do CPC/15. Cabimento. Delineamento de Diretrizes a serem observadas para sua aplicação. Recurso Especial nº 1.782.418-RJ, 3ª turma. Disponível em em:<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1817993&tipo=0&nreg=201803135957&SeqCgrmaSessao=CodOrgaoJgdf=&dt=20190426&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais Decorrentes de Morte em Acidente de Trânsito. Cumprimento de Sentença. Medida Coercitiva Atípica. Art. 139, IV, Do CPC/2015. Suspensão da CNH. Revisão da Conclusão do Acórdão Recorrido Em Relação aos Critérios Que Autorizaram o Deferimento da Medida. Descabimento. Súmula 7/STF. Recurso Desprovido. Agravo Interno no Recurso Especial nº 178526-DF, 3ª Turma. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?document_o_tipo=91&documento_sequencial=97640956®istro_numero=201801276127&peticao_numero=201900239823&publicacao_data=20190822&formato=PDF>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 139, IV; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403, parágrafo único; 536, caput e § 1º e 773, todos do Código de Processo Civil. Medidas Coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias. Atipicidade dos Meios Executivos. ADI 5951/DF. Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 de agosto de 2023

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

_____. **O PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE DA EXECUÇÃO E OS MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS: LENDO O ART. 139, IV, DO CPC**. Disponível em: <<http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/article/view/36>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Curso de Processo Civil: Execução**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RODOVALHO, Thiago. **O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos**. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-ialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>. Acesso em: 02 de dezembro de 2020.

A VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR E OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

CAIO CESAR FORNARI: graduando em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP³⁶.

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho foi realizado com o objetivo de analisar a efetividade dos mecanismos de proteção para as crianças e adolescentes vítimas de violência sexual intrafamiliar. É indiscutível que os direitos da personalidade da criança e do adolescente gozam de proteção especial na Constituição Federal. Essa proteção é conferida em razão da condição de serem considerados vulneráveis, os quais estão sujeitos à prática de violência intrafamiliar. Pautado no Direito Penal e nos textos constitucionais, foi feita uma análise introdutória. Após, foram analisados os textos constitucionais que se referem aos direitos das pessoas, como o Princípio da Dignidade Humana. Em sequência, foram analisados os conceitos da vulnerabilidade e do abuso sexual intrafamiliar, bem como os reflexos no desenvolvimento da criança. Ademais, tratou-se acerca dos mecanismos de proteção. O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

Palavras-chave: Mecanismos de Proteção. Violência Sexual Intrafamiliar. Personalidade. Criança e Adolescente. Constituição Federal.

ABSTRACT: The present work was carried out with the objective of analyzing the effectiveness of protection mechanisms for children and adolescents who are victims of domestic sexual violence. It is indisputable that the personality rights of children and adolescents enjoy special protection in the Federal Constitution. This protection is conferred due to the condition of being considered vulnerable, which are subject to the practice of intrafamily violence. Based on Criminal Law and constitutional texts, an introductory analysis was made. Afterwards, the constitutional texts that refer to people's rights, such as the Principle of Human Dignity, were analyzed. Next, the concepts of vulnerability and intrafamilial sexual abuse were analyzed, as well as effects on the child's development. In addition, it was about the protection mechanisms. The work was developed using a literature review based on bibliographic research, through research on

³⁶ E-mail: fornaricaio@gmail.com

websites, doctrines, articles and legislation, analyzing the understanding and consequences on the subject.

Keywords: Protection Mechanisms. Intrafamilial Sexual Violence. Personality. Child and Teenager. Federal Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo surgiu a partir da preocupação no que tange à proteção, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, do direito das crianças e adolescentes, notadamente das vítimas de violência sexual intrafamiliar, que foram tratados, por muito tempo, como indivíduos sem importância, de maneira que não eram considerados dignos de garantias e proteção.

Sabe-se que, no momento atual, muitas crianças e adolescente são vítimas de variados tipos de violência, como a violência sexual. Estando, a maioria dos casos, ligados ao ambiente familiar, isto é, os agressores estão relacionados à vítima de forma que podem ser apontados os pais, irmãos, avós, tios, padrasto, madrasta e entre outros familiares. Deste modo, o que caracteriza este tipo de violência é ser praticado pelo integrante familiar, constituído por conexão de parentesco natural, de afinidade e afetividade, desde que, os afetivos morem no mesmo ambiente.

Dentre as modalidades de violência, tem-se: a violência física, o abuso sexual, o abandono ou a negligência e a violação psíquica, também denominada de violência psicológica ou emocional.

Por fim, ressalte-se a importância do Poder Judiciário em garantir a proteção ao menor abusado ou alienado, atenuando-lhe os danos. Tanto a vítima como sua família deverão ser acompanhados e tratados por uma equipe multidisciplinar com experiência nessa área. Todas essas ações devem priorizar o superior interesse da criança e do adolescente.

O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos, e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Como se sabe, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, as crianças e os adolescentes gozam de proteção especial, devendo lhes ser garantida, acima de tudo, uma vida digna, bem como a preservação de sua integridade física e psicológica, para que possam se desenvolver suas personalidades de forma saudável.

No que se refere à esta especial proteção, possui como fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que possui normativa jurídica disposta no artigo 1º da Constituição Federal.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999):

O princípio da dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valere em todos os ramos do direito. A partir de sua adoção, se estabeleceu uma nova forma de pensar e experimentar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico; passou a ser princípio e fim do Direito contemporaneamente produzido e dado à observância no plano nacional e no plano internacional.

Já no que se refere ao texto do artigo 227 referida Constituição, traz consigo de que é assegurado à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação e à convivência familiar e comunitária, em observância ao Princípio da Proteção Integral, atribuindo-se à família, à sociedade e ao Estado o dever de garantir a efetivação dessas prerrogativas.

Nesse contexto, como todo sujeito de direitos, é inequívoco que a criança e o adolescente sejam também titulares dos direitos da personalidade, os quais, segundo Rubens Limongi França, seriam as "faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos."

Com relação aos direitos da personalidade, o Código Civil dispõe dos artigos 11 e 21 sobre a tutela específica de direitos da personalidade, como o direito à intimidade, ao nome, à honra e à imagem. Já de forma específica, a Lei nº 8.069/1990, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, não faz alusão à expressão "direitos da personalidade", todavia, toda sua redação está permeada de disposições que tratam de tais direitos.

Encontra-se disposto no artigo 15 do ECA, que a criança e do 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 das leis ordinárias. O referido artigo aliado aos artigos 16 a 18, também do ECA, correspondem diretamente aos direitos da personalidade do menor, embora não esteja diretamente exposto.

Nessa dinâmica, conseguimos adentrar ao fato de que, estando a criança e o adolescente abrangidos pelos direitos da personalidade, de igual modo, estão abrangidos por todo e qualquer direito cidadão, ou seja, qualquer meio que venha a ferir sua liberdade, dignidade e integridade física e psíquica.

Desse modo, os direitos à convivência familiar e à intimidade da vida privada também são diretos da personalidade do infante. Logo, tanto o Estado como a sociedade, não podem interferir na dinâmica das relações familiares não cabendo a eles ditar regras morais, bem como valores e princípios que serão ensinados por seus responsáveis.

Contudo, há de se salientar que, conforme reconhece o artigo 100, parágrafo único, do ECA, os princípios da intervenção mínima e da prevalência da família devem ser aplicados quando ocorre algum evento que seus direitos são violados.

A partir daí, vê-se que a intimidade familiar não é absoluta, o que mostra um fator favorável. Sempre que episódios de crianças ou adolescentes sofrendo alguma forma ou tipo de violência intrafamiliar, sobretudo o abuso sexual, admite-se a imediata intervenção estatal para o fim de afastar o menor do agressor.

Saliente-se que a proteção integral dos direitos da personalidade da criança e do adolescente deve ser pautada com base no melhor interesse. O artigo 3º, item “1” da Convenção acerca dos Direitos da Criança determina que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”.

O Princípio do melhor interesse deve ser utilizado como “critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”, haja vista que prioriza as necessidades da criança e do adolescente em detrimento do interesse dos pais ou da sociedade.

Acerca do tema, Guilherme Calmon Nogueira Gama (GAMA, 2009) assevera:

O princípio do melhor interesse da criança – considera-se, também, do adolescente, por força do próprio dispositivo constitucional – representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.

Posto isso, afirma-se que à luz da Constituição Federal e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a criança e o adolescente são titulares dos direitos da personalidade, devendo lhes ser assegurada toda e qualquer proteção, ou seja, no seu melhor interesse,

a fim de que tenham uma vida livre de violência, com liberdade, respeito e dignidade, sendo responsabilidade dos pais, do Estado e da sociedade o exercício de tais direitos.

3 VULNERABILIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A respeito da vulnerabilidade, para o ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no contexto do Direito Penal, vulnerável é aquele que não demonstram menor capacidade de compreensão e discernimento para análise e tomada de decisões ou de representar seus próprios interesses.

A criança e o adolescente são, por excelência, pessoas vulneráveis, tendo em vista que estão vivenciando um vasto processo de formação e transformação física e psíquica, momento em que são imprescindíveis o cuidado, o afeto, o amor e a compreensão.

Nesse sentido, tem-se que a família se mostra fundamental para sua formação, sobretudo aos obstáculos de caráter social e culturais inerentes à própria evolução da civilização humana.

A vulnerabilidade do menor em seu desenvolvimento físico e psíquico, abre espaço à prática de violência intrafamiliar, em razão de dois motivos: 1) quanto mais a terna idade da criança, menores são as possibilidades de que perceba que está sendo vítima de maus-tratos domésticos; e 2) ainda que compreenda a agressão ou perigo de abuso, dificilmente a criança ou adolescente estarão aptos a se defender ou a solicitar ajuda e intervenção de um terceiro.

No que se refere ao abuso sexual, a criança acaba se tornando mais vulnerável porque a violação é praticada por alguém de dentro de sua família, que inspira confiança aos olhares dos outros, além de poder ocorrer com alguém que tenha alguma relação de subordinação. Nessas ocasiões, dificilmente o abusador se utiliza de violência física, até porque consegue manipular a criança impondo ameaças.

3.1 Do abuso sexual intrafamiliar

A violência intrafamiliar é aquela vivenciada no espaço doméstico e entre sujeitos com vínculos sanguíneos e/ou afetivos. Se trata de um problema universal e de difícil solução tendo como base o patriarcalismo. Pode-se conceituá-la como qualquer ação ou omissão intencional e sistemática praticada por pais ou responsáveis que privem os filhos do exercício de seus direitos, interferindo, por consequência, no seu correto desenvolvimento psíquico, físico e social.

Dentre as modalidades de violência, tem-se: a violência física, o abuso sexual, o abandono ou a negligência e a violação psíquica, também denominada de violência psicológica ou emocional.

Viviane Guerra e Maria Amélia Azevedo definem o abuso sexual intrafamiliar como uma “coação exercida por um adulto a ela ligado por laços de parentesco, afinidade ou responsabilidade, com o intuito de leva-la a participar de práticas eróticas”. Importante salientar que os abusos sexuais não se restringem à conjunção carnal ou ao coito, e sim todas as condutas que esteja sexualmente relacionada.

Estima-se que durante a infância e a juventude os agressores são aqueles que mantêm maior contato com a criança ou o adolescente, justamente quem possui relação de afeto e/ou familiaridade com o violentado: O cenário se modifica no decorrer do desenvolvimento etário da pessoa vitimizada:

[...] 24,1% dos agressores das crianças são os próprios pais ou padrastos e que 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima. O indivíduo desconhecido passa a configurar paulatinamente como principal autor do estupro à medida que a idade da vítima aumenta. Na fase adulta, este responde por 60,5% dos casos. No geral, 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos/conhecidos da vítima, o que indica que o principal inimigo está dentro de casa e que a violência nasce dentro dos lares. (CERQUEIRA; COELHO, 2014)

Dos dados colhidos se observa, com clareza, a expressiva proporção dos casos nos quais o autor da violência sexual possui uma relação de proximidade com a pessoa ofendida, sobretudo quando a vítima é infante.

São raros os casos em que a violência sexual infantil é revelada na época em que ocorrem os abusos, costumam manifestar-se apenas quando tornam-se adultos e são questionados por suas experiências infantis. De acordo com dados de uma pesquisa realizada pela Universidade Estadual de Campinas, “apenas 10% a 20% das vítimas denunciam o abuso sexual intrafamiliar” (DREZETT, 2000, apud AZAMBUJA, 2016).

O fato de o abusador estar entre o meio familiar da vítima, dificulta o sistema de justiça a identificar, enfrentar e proteger a criança contra a violência sexual, em virtude de que tal violência geralmente não deixa vestígios físicos, além da falta de testemunhas.

3.2 Dos reflexos no desenvolvimento da criança

A violência contra crianças inclui tanto impactos imediatos como danos posteriores, que a longo prazo, projetam em sua vida adulta. Podemos considerar que as armas utilizadas são de força física, ameaça, coerção, chantagem, poder parental e construção do segredo inviolável.

Ao nascer, a criança é totalmente dependente de pessoas a sua volta, de modo que as relações estabelecidas se mostrarão cruciais para o seu desenvolvimento. Por isso, tem-se que quanto mais cedo e precoce começam os eventos de abusos sexuais, suas fases de desenvolvimento se mostrarão traumáticas, ocasionando danos à sua personalidade, inclusive. Toda e qualquer violência sofrida pela criança influi em consequências físicas e psicológicas.

O que nos resta pontuar é: quais os mecanismos para a proteção das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar? É o que trataremos no seguinte tópico.

4 MECANISMOS DE PROTEÇÃO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

Responsável por sistematizar as medidas de proteção à criança e ao adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs, em seu artigo 98, o seguinte texto legal:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

As medidas protetivas deverão ser aplicadas pelo judiciário ou conforme a previsão do artigo 136 do referido texto legal, pelo Conselho Tutelar, assim sendo, quando verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo transcrito acima, a autoridade poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas descritas no artigo 101.

Diante disso, o ECA, dando ênfase ao comando constitucional que institui a família como base da sociedade, instituiu o artigo 129, elencando medidas de proteção e medidas sancionatórias, veja-se:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

- I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de promoção à família;
- II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

- IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
- VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
- VII - advertência;
- VIII - perda da guarda;
- IX - destituição da tutela;
- X - suspensão ou destituição do poder familiar.

Referidas medidas poderão ser aplicadas em unicidade ou de maneira cumulativa, de modo que, para que haja sua efetivação, é necessário a atuação conjunta dos conselhos de proteção a criança culminada com a aplicação de programas e serviços especializados.

No que se referem os incisos I ao VI do referido artigo, estes se tratam de medidas de proteção, isto é, de natureza protetiva. Caso não ocorra o cumprimento das medidas protetivas, acarretará a aplicação das medidas de caráter sancionatório, as quais estão previstas do inciso VII ao X, sendo medidas de caráter sancionatório a perda da guarda, destituição da tutela, suspensão ou destituição do poder familiar. Elas consistem, em geral, na retirada da criança do lar seja por impossibilidade de resolução do conflito por parte das medidas protetivas ou por não haver outra forma de cessar a situação de risco. É de competência do Conselho Tutelar a aplicação das medidas dos incisos I ao VII, nas demais hipóteses, serão de exclusiva aplicação pelo Ministério Público.

O legislador buscou restabelecer a criança e interromper o quadro de violação de direitos, mas para sua efetividade os programas deverão ser cumpridos. Observa-se que a maioria dos problemas causados por insuficiência financeira ou a necessidade de tratamento para drogas, álcool, acompanhamento médicos está sujeita a verbas do governo, e que o governo não consegue com seus recursos atender a tamanha demanda.

A aplicação das medidas é de competência do Conselho Tutelar, todavia a liberação dos recursos deve advir do governo. A orientação e acompanhamento temporário são medidas adotadas a casos em que não seja necessário acompanhamento médico-psicológico.

Por mais incrível que possa parecer à colocação da criança em unidades ou novos lares, fato é que só ocorrerá em casos excepcionais, haja vista que o Estatuto protege o convívio familiar, e que a criança só será retirada do lar, se a presença dela neste convívio seja visivelmente melhor.

O foro para julgar a ação será ao juízo do domicílio dos pais, caso não haja, será local que a criança estiver. A importância da atuação do Ministério Público está implícita no Estatuto, sob pena de nulidade do feito, ou seja, sua participação é obrigatória, devendo ser declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes.

5 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO: GUARDA, TUTELA E ADOÇÃO

Como mencionado anteriormente, crianças e adolescentes vítimas de algum tipo de violação sexual, serão aplicada medidas de proteção. Atrelado a isso, com o Princípio da Igualdade, trazido pela Constituição Federal de 1988 e a necessidade de equidade entre os cônjuges, o que anteriormente era o Pátrio Poder, passou a ser conhecido como Poder Familiar.

O Poder Familiar, denominação atual, está relacionado ao dever dos pais de sustento, guarda e proteção dos filhos. Ou seja, é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores de 18 anos. Este poder é irrenunciável e indelegável.

Assim como dispõe no Código Civil, que ao instituir o Poder Familiar, determinou as obrigações que condizem aos pais e filhos, regulamentou que este será exercido por ambos cônjuges, em igualdade, no entanto, na ausência de um deles, incumbirá ao outro exclusivamente. Em casos de divergência, poderão os pais recorrer ao judiciário como mediador. Além disso, ao contrário do que alguns podem pensar, não se trata de uma obrigação que extingue com a separação de corpos, de modo que, mesmo após o divórcio, ambos os pais continuarão com a obrigação.

Como Medida Protetiva a criança o Poder Familiar poderá ser suspenso ou destituído. A suspensão é a incapacidade temporária de exercê-lo, enquanto a destituição é a incapacidade permanente. A destituição deverá ocorrer por decisão judicial em Ação de Destituição do Poder Familiar, esta será proposta pelo Ministério Público ou qualquer parente no âmbito civil.

Haverá suspensão, de acordo com o Art. 1637, CC. Art. 1.637.

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida

que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Portanto a suspensão poderá ser revista assim que se extinguir os seus fatos causadores. Haverá suspensão sempre que houver abuso de autoridade dos pais e falta dos deveres.

A extinção do poder familiar esta está descrita no Código Civil, nos artigos 1.635 e 1.638, e embora o nosso ordenamento preveja a destituição do poder familiar optar-se-á em primeiro pela suspensão. A extinção ou destituição do poder familiar acarretará a colocação da criança em família substituta. Falar em colocação em família substituta implica falar em suspensão ou destituição do Poder Familiar.

Tal medida comporta três espécies: guarda, tutela e adoção. A guarda pressupõe a “posse” de fato, diz com quem a criança se encontra, incumbe a prestação de assistência material, moral e educacional. Já a tutela, é a nomeação de um responsável com o intuito de suplementar a falta dos pais, o tutor terá poder sobre os bens e a pessoa, classificando-se em: nomeação legítima, testamentária e dativa. A primeira se dá pelo que dispõe a lei aos parentes mais próximos, a segunda vem consignada em testamento, já a terceira é aquela concebida a pessoas sem laços sanguíneos, nem determinação em testamento.

Por fim, no que se refere a adoção, este se trata de um ato jurídico que estabelece vínculo de parentesco entre uma pessoa e uma criança. Ela extingue o vínculo total entre a criança e a família biológica. Será definida mediante decisão judicial e é a destituição do poder familiar.

Importante salientar que a destituição do poder familiar poderá recair sobre todos ou apenas a um dos filhos. A sentença do processo de destituição terá validade da sua publicação e enquanto a criança não encontrar uma família, será mantida sob a guarda de famílias provisórias, cadastradas no programa de acolhimento familiar.

5.1 O papel dos Conselhos Tutelares

O Estatuto da Criança e do Adolescente criou o Conselho Tutelar, em seu art.131, que o define como sendo o “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do

adolescente, definidos nesta lei". Para estabelecer um Conselho Tutelar cada município deverá analisar e levar em conta suas particularidades e condições próprias.

É papel do Conselho Tutelar determinar às autoridades representativas de políticas públicas em benefício da criança e do adolescente o cumprimento de suas obrigações, exercendo, também, junto à comunidade influência para a criação e o desenvolvimento de programas de atendimento à infância e à juventude.

O que podemos observar, entretanto, é que a falta de compromisso e competência de muitos dos Conselheiros Tutelares, que utilizam-se do cargo com o intuito de adentrar na vida política, faz com que esse trabalho de extrema importância perca o seu valor.

Apenas no dia em que família, sociedade, instituições de defesas dos direitos da infância e juventude e poder público estiverem compromissados com a promoção das garantias fundamentais da criança e do adolescente é que poderão, então, ter pleno acesso ao desenvolvimento humano saudável, sem qualquer risco à sua vida, ao seu crescimento e estruturação mental.

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que os princípios constitucionais estão inteiramente ligados, sem qualquer exagero, em auxiliar e inibir ações de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, partindo de objetivo, qual seja, sua segurança. Dessa forma, é de passível entendimento que toda e qualquer forma de violação se trata de uma afronta direta aos direitos humanos, por isso a criação de mecanismos de defesa e repressão, que, embora vigentes na legislação brasileira, conta-se ainda com apoio, pois o processo de real eficácia é longo.

Os casos de abuso sexual intrafamiliar praticados contra a criança e o adolescente necessitam de uma intervenção estatal em todos os âmbitos, e isso deve ser feito por meio de uma equipe multidisciplinar. Além disso, por não ser suficiente somente essa tomada de decisão, toda a família, inclusive o agressor, devem ser submetidos a tratamento psicológico e psiquiátrico, já que esse padrão de violência e abuso podem se repetir nas gerações subsequentes.

A legislação estabeleceu de maneira concisa normas para restituir a criança e cessar a situação de risco, no entanto um dos maiores problemas é aplicabilidade da lei no caso concreto, seja por falta de recursos público ou por desconhecimento e definição maior do assunto. Nota-se ainda a insuficiência e a necessidade de aprofundamento sobre o tema.

O combate ao ilícito é muito difícil, pois depende diretamente da conscientização de pessoas que, muitas vezes, são minimamente instruídas. Ademais, a conscientização

depende também da implementação e recursos, visto que mesmo diante das inúmeras alterações legislativas, os casos continuam a crescer.

Ressalte-se a importância dos Conselhos Tutelares, Promotorias de Justiça, Varas de Infância e outros órgãos de atendimento à criança e ao adolescente vítimas de abuso sexual ou alienação parental. Seus funcionários são os primeiros a ouvir o relato do infante vitimizado, estando, destarte, autorizados a tomar as medidas cabíveis de proteção.

É necessária a intervenção de uma equipe multidisciplinar capacitada para fazer o diagnóstico quanto à veracidade da denúncia, bem como para dar o encaminhamento devido ao menor, aos familiares e ao abusador. Caso contrário, a revelação do segredo por parte da criança e do adolescente poderá ser ainda mais desastrosa, acabando por destruir sua personalidade.

A reestruturação da família, a superação dos traumas psicológicos decorrentes, a não revitimização e a prevenção dos abusos somente pode ser feita com a ação conjunta de diversos profissionais capacitados para tal, da própria família e do Estado. Os debates devem ser feitos de modo que o tema seja popularizado na medida em que o tabu existente em torno do incesto contribui para que o delito esteja sob o manto do silêncio. Isso irá permitir que as violências sexuais domésticas sejam reveladas, facilitando a ação do Estado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento**. 3 ed. São Paulo, SP. Cortez, 2000.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Revista Virtual Textos & Contextos, Porto Alegre, v. 05, n. 01, p. 01-19, nov. 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/1022/802>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017. **Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei**

nº 8.069/90. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, ano CLIV, nº 66, 05 de abril de 2017. Seção 1, p. 01-03. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, ano CXXVIII, nº 135, 16 de julho de 1990. Seção 1, p. 01-15. Acesso em: 20 nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ serviço: tipificação de crimes de violência contra a criança. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85031-cnj-servico-tipificacao-de-crimes-de-violencia-contr-a-crianca-2>> Acesso em: 20 nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial**; 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadies t11.p df>. Acesso em: 20 nov. 2022.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade. Rio de Janeiro, RJ, 1993.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Cuidado e planejamento familiar. São Paulo, SP: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da criança e do adolescente comentado. 4 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista Interesse Público. 4 ed. 1999.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro, RJ, 1993.

ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE FRANQUIA

DANIELLE KASPER GLASSER:
advogada. Especialista em
Advocacia Pública Pela Unirios –
2022. Bacharela em Direito, pela
Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul -2015³⁷.

RESUMO: O contrato de franquia é extremamente popular no âmbito do direito empresarial e bastante utilizado como forma de escoamento de produção e negócio próprio seguro. Se trata de contrato complexo e como tal, apresenta benefícios e malefícios a ambas as partes. A Análise Econômica do Contrato mostra, dentre esses benefícios e malefícios, quais podem garantir a maximização do contrato e a sua eficiência econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito, Eficiência, Contratos, Franquia.

ABSTRACT: Franchising is extremely popular within commercial law and is widely used for product distribution and as a safe and private business. It is a complex contract and as such presents benefits and detriments to both parties involved. The Economics Analysis of Contract shows among these benefits and detriments which ones can ensure the maximization of the contract and its economic efficiency.

KEYWORDS: *Law and Economics, Efficiency, Contracts, Franchising,*

INTRODUÇÃO

O Direito não é matéria autônoma e como tal não deve ser estudado isoladamente. Ao direito vinculam-se consequências sociais, culturais e econômicas. O mesmo ocorre com o contrato, que gera consequências tanto aos particulares quanto na economia da sociedade na qual está inserido.

Em especial, o contrato de franquia que permite a uma parte expandir seu negócio a baixo custo, seja por proporcionar que terceiros não integrantes tenham o seu próprio negócio com grande probabilidade de êxito, seja pela segurança da incomunicabilidade de seu negócio original com a franquia, a inexistência de relação empregatícia, dentre outros aspectos que serão a seguir analisados.

37 E-mail: daniellekg@hotmail.com

Entretanto, é necessário compreender se do contrato de franquia emanam apenas consequências positivas ou também negativas e se essas consequências estão aptas a contribuir para a melhor eficiência econômica do contrato.

A maior parte da doutrina preocupa-se, essencialmente, com o dano e sua reparação no caso de descumprimento das promessas decorrentes do contrato. No entanto, a proposta deste artigo é diferente, ao passo que pretende analisar a eficácia econômica dos contratos de franquia e a cláusula de exclusividade. Não se ocupa, pois, da análise do dano decorrente do contrato não cumprido.

Diversas são as teorias desenvolvidas pelos estudiosos de Direito e Economia. Porém, para a análise da eficiência econômica do contrato de franquia somente algumas serão abordadas neste estudo, ao exemplo dos jogos de cooperação, da teoria de custos de transação e da teoria de agência.

O trabalho foi desenvolvido em duas partes, divididas em dois tópicos cada. A primeira parte, mais geral, traça noções sobre o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, trazendo no primeiro tópico a forma de desenvolvimento da Análise Econômica, e no segundo título são abordadas as principais teorias que permitem a análise da eficiência do contrato.

A segunda parte, mais específica, também dividida em dois tópicos. O primeiro traz considerações essenciais ao conhecimento do contrato de franquia e da cláusula de exclusividade. O segundo tópico se propõe a elencar e debater os argumentos da análise econômica do contrato para que se conclua sobre a eficiência ou não da franquia e da cláusula de exclusividade.

O tema é, pois, estudado com o intuito de demonstrar a eficiência econômica do contrato de franquia sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O CONTRATO

A. ORIGEM DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Para aprimorar o estudo da Análise Econômica do Direito dos Danos – AEDD –, é necessário, por primeiro, analisar os objetivos da Análise Econômica do Direito – AED – e suas implicações.

Muito embora possa não parecer importante estudar as consequências econômicas que o Direito pode ter na vida da sociedade na qual é aplicado, esse pensamento é equivocado, uma vez que Direito e Economia caminham lado a lado.

Equivocam-se aqueles que tentam colocar o Direito Econômico em segundo plano.³⁸ Conforme afirma ACCIARRI “a AED tem se mostrado no geral como um método de estudo que tenta ser operacional ou influente sobre a disciplina analisada”³⁹.

Por serem matérias que discutem os efeitos das condutas – leia-se: viver, usar, gozar, fruir, vender, adquirir, doar, danificar, extrapolar, etc. – do homem na sociedade devem ser analisadas em conjunto. Não há como separar totalmente os efeitos jurídicos dos efeitos econômicos, e vice-versa, pelo fato de ambos terem consequências diretas ou indiretas no outro.

Isto é, os interesses econômicos da sociedade influenciam direta ou indiretamente nos interesses jurídicos e vice-versa.

A aplicação do Direito – que gera impactos econômicos – aliado à análise econômica permite a busca pela melhor solução para determinados casos. Conforme afirmam COTER E ULEN, a economia permite a análise e previsão de efeitos decorrentes de determinadas leis na sociedade.⁴⁰

38 Explica SOUZA “Assim, costumam antepor “Estado de Direito” a “Estado Econômico”, afirmando que, no primeiro, somente as medidas gerais possuíam eficácia normativa, condensando-se em preceitos legais, enquanto que, no segundo, as decisões individuais têm aquele efeito normativo. Ora, tal afirmativa não oferece qualquer sentido jurídico, em primeiro lugar porque desfiguraria justamente a existência do Estado e exaltaria o “individualismo”, que não identificam com o Direito Econômico e, igualmente, porque as normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo, na característica tripartite do poder e na concepção do Estado democrático, são da mesma natureza, quer ampliem, quer limitem o âmbito da autonomia da vontade contratual. Se a limitam, nem por isto o contrato terá sido banido do direito, entrado em crise, ou o próprio direito terá desaparecido. Afirmar uma antítese entre Direito Civil e Direito Econômico, é conceituar este último de maneira menos precisa. Se certos conceitos de Direito Econômico foram esposados por alguns, no processo de evolução e de configuração desta disciplina jurídica, isto não importa em aceitá-los definitivamente. Até que conquistasse a sua autonomia, este novo ramo do Direito atravessou etapas que constituíram o caminho normal seguido por todos os demais ramos da ciência jurídica situados na mesma posição. Confundi-lo, por outro lado, com o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito Administrativo, o Direito Penal ou qualquer outro, é militar e insistir num instante ultrapassado de sua conceituação. (6) Por fim, negar a necessidade de reconhecimento da realidade social de nossos dias e furtar-se ao trabalho de atualizar os princípios dos ramos tradicionais do direito para ajustá-los a essa realidade, é posição negativista, que desmente o espírito científico.” em: SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. vol. 2. p. 1355 – 1391. Jun / 2011.

39 ACCIARI, Hugo A. Elementos da análise econômica do direito de danos. Coor. da edição Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 23

40 Conforme explicam COOTER E ULEN “A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim,

É através da Análise Econômica do Direito que se permite “julgar diferentes possibilidades de regulação legal nesta área para escolher e apontar aquela que seja mais adequada para atingir objetivos de eficiência (...) independentemente de quaisquer outros valores envolvidos”.⁴¹

Analisando todas as prerrogativas lançadas, SALAMA conclui:

“Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise de pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo”⁴²

As conclusões do autor esclarecem que se tratam de duas disciplinas distintas, com linhas de pesquisa e metodologias distintas, com objetivos distintos, mas cujas consequências de suas aplicações são diretamente vinculadas aos problemas e estabilidade da sociedade.

O forte desenvolvimento e expansão da Análise Econômica do Direito ocorreu nos Estados Unidos, onde os juristas dedicaram estudo, obras e inclusive julgados para a elaboração de uma disciplina de Direito e Economia.

A iniciativa dos Estados Unidos em utilizar a economia como auxílio para resolução de casos judiciais motivou diversos juízes a adotarem-na em seus julgados, como foi o caso do Juiz LearnedHand, que, ao julgar o caso United Statesvs Carroll Towing “emprega um

supostamente, elas a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada” em: COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25

41ACCIARI, Hugo A. Elementos da análise econômica do direito de danos. Coor. da edição Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 22

42 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia?” In: Direito & Economia. 2ª ed. rev. e atual. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.49

raciocínio básico do pensamento econômico como fundamento da sua decisão, argumento este que, ainda hoje, é parte importantíssima do Direito vigente dos EUA”⁴³.

Explica ACCIARI⁴⁴ que se trata do caso em que o dono de um barco (Autor) contratou uma empresa de reboque marítimo (Ré) para remover o barco para longe do cais. Ocorre que o barco estava amarrado a outros barcos e, no meio da operação, um dos barcos se moveu em decorrência do vento e rompeu as amarras. Em consequência disso o barco, que estava sem tripulação dentro, afundou com toda a sua carga.

O Autor ajuizou ação contra a Ré alegando negligência de seus operários. Em sua defesa, a rebocadora alegou que houve negligência por parte do autor que não deixou nenhum funcionário a bordo, o que era essencial para a realização da operação corretamente.

Para solucionar o caso, o Juiz Learned Hand avaliou a probabilidade de que o barco se soltasse das amarras, a gravidade do dano que poderia ocorrer e o custo da adoção de precauções para evitar o acidente. Se a probabilidade somada aos danos fosse maior que o custo das precauções, a conduta seria culpável. Deste modo, o juiz entendeu pela omissão por parte do Autor que não deixou nenhum tripulante a bordo para acompanhar a operação de reboque.

É necessário apontar que a Análise Econômica do Direito nem sempre foi utilizada por todos os ramos do Direito. Especificamente, a economia era utilizada no Direito da Concorrência, Direito Tributário e Indenizatório.⁴⁵

43 ACCIARI, Hugo A. Elementos da análise econômica do direito de danos. Coor. da edição Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 25

44 ACCIARI, Hugo A. Elementos da análise econômica do direito de danos. Coor. da edição Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 25

45 COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 23

Através da obra "O Problema de Custo Social"⁴⁶ de Ronald Coase, publicada em 1960,⁴⁷ a Análise Econômica do Direito expandiu-se para outros ramos do direito, tais como direito de propriedade, contratual, constitucional, dentre outros.⁴⁸

Outra obra importante para a expansão da Análise Econômica do Direito é "Algumas considerações sobre a distribuição de riscos e o direito dos danos"⁴⁹, de Guido Calabresi, também publicada em 1960. Em seguida, o autor publica "Os custos do acidente"⁵⁰, em 1970.⁵¹

Posteriormente, Richard Posner publica a obra *Economic Analysis of Law*⁵², que oferece um manual de Análise Econômica do Direito tratando de diversas áreas. Daí em diante surgem diversos estudos de Análise Econômica do Direito e de Análise de Econômica do Direito do Dano, como o livro *Economic Analysis of Accident Law*⁵³ de Steven Shavell, publicado em 1987.

O que se verifica por meio dessas obras é a necessidade de analisar os efeitos econômicos que determinadas condutas juridicamente condenadas ou tuteladas geram na sociedade e, em especial, se o dano delas decorrente é relativamente maior ao investimento necessário para que o mesmo seja evitado.

A matéria expandiu-se com o passar dos anos e passou a ser utilizada não apenas nos países da *Common Law*, onde desenvolveu-se, mas também em países de Direito Romano-Germânico.

46 COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. p. 1-44, 1960.

47 Conforme explica ALVAREZ "em que analisa o problema do custo social ou efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas com críticas ao papel intervencionista do Estado e ênfase na inconsistência da economia de bem-estar" em: ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, p. 49-68, 2006.

48 COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 24

49 CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the Law of torts. *Yale Law Journal*, 70. p. 499. 1960.

50 Na qual o Autor analisa os danos decorrentes de acidentes de trânsito considerando a justiça e a redução dos custos sociais.

51 CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents. A Legal and Economics Analysis*. New Haven y Londres: Yale University Press: 1970.

52 POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston Little, Brown and Co., 1973.

53 SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Harvard University Press, Cambridge, 1987.

Atualmente, o Direito brasileiro tem na economia instrumento de fundamentação das sanções jurídicas e medidas protetivas, como forma de garantir a melhor vantagem para a solução dos casos.⁵⁴

B. PRESSUPOSTOS PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Conforme exposto na introdução, se pretende estudar a análise econômica na teoria dos contratos de distribuição, em especial, aqueles que possuem cláusulas de exclusividade como característica própria e a sua eficiência.

Para tanto, antes de iniciarmos a análise mais aprofundada, é necessário compreendermos aspectos que envolvem a teoria da análise econômica do contrato e a eficiência.

Sob o ponto de vista econômico, “o escopo do contrato é permitir obter ganhos recíprocos para as duas partes (ganho de Pareto), um resultado ganha-ganha ou *win-win*”⁵⁵. Ou seja: que ambas as partes sejam beneficiadas ao aceitarem os termos do contrato.

Deste modo, a economia deve estudar o contrato como forma de coesão social e de divisão de tarefas, conforme afirma Fernando Araújo, da seguinte forma:

O interesse da ciência econômica pelo fenômeno contratual afigura-se tão natural e evidente que à primeira vista não justificaria sequer uma abordagem autônoma. Como ciência social, à Economia não poderiam pura e simplesmente ser indiferentes as diversas incidências e manifestações do fenômeno contratual no funcionamento das sociedades humanas; e bastará levarmos em conta a centralidade do fenômeno da divisão de trabalho para a análise econômica para podermos concluir que os arranjos contratuais que se estabelecem entre indivíduos que querem colaborar são não apenas o cimento da coesão social e da divisão

⁵⁴“O conceito de Direito Econômico, que adotamos, oferece-nos a economicidade como razão e fundamento de medidas jurídicas objetivas, em busca da ‘maior vantagem’ como ‘desenvolvimento econômico’, como componente da ideologia definida constitucionalmente (Constituição Brasileira, emenda 1969. art. 160), o sentido justo econômico, na prática das atividades econômicas, passa a integrá-lo, e este dado deve ser levado em conta na teoria e ser aceito para explicar as relações contratuais” em: SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. vol. 2. Jun / 2011. p. 1355 - 1391

⁵⁵ MACKAAY, Ejan ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 405

coletiva de tarefas, mas são também o veículo através do qual os indivíduos coordenam livremente as condutas nas quais se traduz a atividade econômica – sendo que, na sua acepção mais ampla, e porventura a mais frequente no seio da ciência econômica o contrato não passa de um acordo bilateral de coordenação de condutas, a via dominante para a produção e circulação de riquezas.”⁵⁶

A ideia de contratar está intimamente ligada à autonomia privada e a manifestação da vontade, no entanto, no contrato de franquia a autonomia privada perde espaço quando a parte aceita determinadas cláusulas por imposição do contrato.

De qualquer modo, o contrato é um facilitador⁵⁷ da circulação de bens e serviços.

Para que isto ocorra com plenitude, é necessária a existência de três características, segundo COOTER e ULEN, quais sejam a maximização, o equilíbrio e a eficiência.

A maximização é indispensável à elaboração do contrato. As partes contratam na busca do melhor resultado, melhor ganho.

A maximização é a busca pela melhor utilidade do objeto⁵⁸. Enquanto as empresas buscam a maximização de lucros, o contrato de franquia busca, além dos lucros, a maximização na alocação dos produtos no mercado com o menor gasto de custos para tal.

⁵⁶ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13

⁵⁷ Nas palavras de ARAÚJO: “Por outras palavras, dir-se-á que, na visão mais ampla que é consentida pelo prisma econômico, o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses. Nessa concepção descentralizadora e liberalizadora é que tem pleno cabimento a afirmação da liberdade contratual e do caráter vinculativo a afirmação da liberdade contratual e do caráter vinculativo das obrigações contratuais, seja no sentido de liberdade de contratar e de não contratar, seja no sentido de preferência pelo contrato, o princípio segundo o qual é o contrato a fonte principal de obrigações e em muitas circunstâncias a única fonte admitida para uma vinculação válida (um afloramento, seja do favor *negotii*, seja do respeito pela autonomia, que afastará em princípio todas as vinculações não consentidas, salvo os casos excepcionais das fontes não-contratuais). Esse facilitador permitirá, nuns casos, a circulação de bens e serviços em direção àqueles que revelem maior necessidade e capacidade de obtê-los; permitirá noutros casos, atenta a liberdade de não contratar, a fruição de bens e serviços pelos seus titulares, livre de interferências externas” em: ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 18

⁵⁸ Conforme explicam COOTER E ULEN: “Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam lucros, os políticos maximizam votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem, muitas vezes, que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização. Uma concepção de racionalidade sustenta que um agente racional

O equilíbrio é a segunda característica imprescindível para a boa execução do negócio. Isto é, deve existir equilíbrio nas relações que só se romperá se sobrevier alguma intervenção externa.⁵⁹

Por sua vez, segundo COOTER e ULEN, para alcançar o equilíbrio geral é necessário que as forças competitivas igualem o benefício marginal ao custo marginal de todas as mercadorias dispostas no mercado.⁶⁰ Assim, o equilíbrio geral é realmente difícil alcançar.

A terceira característica é a eficiência, a qual se propõe estudar no último tópico deste artigo. De qualquer sorte, menciona-se que a eficiência ocorre quando a alteração

pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado. Na prática, as alternativas disponíveis para o agente são restritas. Por exemplo, o consumidor racional pode classificar pacotes alternativos de bens de consumo, e o orçamento desse restringe sua opção. Um consumidor racional deveria escolher a melhor alternativa que as restrições permitem. Outra forma comum de entender esta concepção de comportamento racional é reconhecer que os consumidores optam por alternativas que sejam apropriadas para atingir suas metas” COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36

59 “Passando para o segundo conceito fundamental, não há hábito de pensamento tão profundamente enraizado que entre os economistas quanto o impulso de caracterizar todo fenômeno social como um equilíbrio na interação de agentes maximizadores. Um equilíbrio é um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas. Os economistas geralmente pressupõem que as interações tendem ao equilíbrio, independentemente de ocorrerem em mercados, eleições, clubes, jogos, equipes, empresas ou casamento” COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 37

60 COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 60

da situação atual gera benefício em prol de uma parte sem causar malefício a outra⁶¹. Esta condição também é conhecida como a eficiência de Pareto.⁶²

Por fim, a conclusão de COOTER e ULEN a respeito dessas três características:

“Esses três conceitos básicos – maximização, equilíbrio e eficiência – são fundamentais para explicar o comportamento econômico, especialmente em instituições descentralizadas, como os mercados, que implicam a interação coordenada de muitas pessoas diferentes. Não obstante, alguns juristas que veem com olhos críticos a análise econômica do direito duvidam que esses conceitos sejam realmente úteis para explicar fenômenos sociais importantes. Eles perguntam: ‘Por que acentuar o equilíbrio e não a mudança? Não é melhor basear previsões na psicologia da escolha em vez de prescrever a racionalidade?’. Embora às vezes essas críticas tenham seus méritos,

⁶¹ “Quanto ao terceiro conceito fundamental, os economistas tem várias definições distintas de eficiência. Diz-se que um processo de produção é eficiente quando qualquer uma das duas condições seguintes está em vigor:

1. Não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumos de custo menor, ou 2. Não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos.

A outra espécie de eficiência, chamada eficiência de Pareto, em homenagem a seu criador ou, às vezes, designada como eficiência alocativa, diz respeito à satisfação de preferências pessoais. Diz-se que uma determinada situação é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião). Para fins de simplificação, suponhamos que haja apenas dois consumidores, Smith e Jones, e dois bens, guarda-chuvas e pão. Inicialmente, os bens serão distribuídos entre eles. Essa alocação é Pareto eficiente? Sim, se é possível realocar o pão e os guarda-chuvas de modo a deixar Smith ou Jones em situação melhor sem deixar o outro em situação pior” COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

⁶² Nas palavras de DEVLIN: “The condition of “Pareto superiority” or “Pareto optimality” represents an important benchmark of efficiency. It refers to a situation in which no further adjustment of rights can move a person to a preferred position without rendering any other person worse off. A system is therefore Pareto optimal if no further reallocation constituting a Pareto improvement is possible. Given any initial rights allocation, then, achieving Pareto superiority is desirable. This is not the same as saying, however, that Pareto-optimal outcomes are ethically sound, as their appeal is inextricably linked to the initial resource allocation. Imagine a world in which one person owns the vast majority of the wealth, and seven billion others live an identical, penurious existence. This distribution would be unjust, but it would also be Pareto superior if it is not possible to move any of the seven billion unfortunates to any of their preferred positions without making the rich person worse off.” em: DEVLIN, Alan. *Fundamental Principles of Law and Economics*. Nova Iorque: Routledge, 2014. p. 32

permanece o fato de que os três conceitos econômicos básicos tem ampla aplicação no direito”⁶³

A teoria do bem-estar, por sua vez ligada à idéia de instrumentalização dos contratos para a maximização, também é essencial para a análise econômica do contrato, uma vez que é na transação que as partes acordam preços objetivos e de mercado, a fim de alcançar o melhor objetivo para as partes que possuem objetivos complementares e contrapostos, conforme menciona Fernando Araújo.⁶⁴ Porém, a principal relevância da teoria do bem-estar está na análise dos efeitos das atuações dos agentes no bem-estar da sociedade.⁶⁵

Ainda, a teoria da cooperação de jogos também possui relevância para alcançar o fim proposto neste artigo. Isto porque a cooperação entre as partes é essencial para a concretização do sucesso do contrato. Se ambas as partes resolvem cooperar, ambas as partes ganham. Se uma das partes resolve cooperar e a outra, sabendo disso, resolve não cooperar com a outra, ela terá um ganho (um *payoff*) maior. No entanto, se ambas as partes resolverem não cooperar e se enganarem mutuamente, ambas as partes perderão. Deste modo, é sempre preferível a cooperação entre os jogadores.⁶⁶

A cooperação nos contratos é estudada a partir das regras de reciprocidade e, conforme narra EJAN, decorrente do Dilema dos Prisioneiros que trata de duas pessoas presas pela polícia. A polícia não tem provas suficientes para incriminá-los, mas se uma das

63 COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

64 Nas palavras de ARAUJO “Para a análise do bem-estar, os contratos não passam de instrumentos de maximização, podendo e devendo ser avaliados nessa única dimensão. Cada contrato espelha uma transação, uma troca (presente ou futura) propiciada pela divergência de disposições negociais entre duas partes que tem interesses contrapostos e objetivos complementares; e uma troca que, dada essa complementaridade e contraposição, se aproxima do paradigma abstracto de um jogo” em: ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 46

65 Segundo COOTER e ULEN “a parte da teoria microeconômica chamada de economia do bem-estar explora a forma como as decisões de muitos indivíduos e empresas integram e afetam o bem-estar dos indivíduos como grupo” em: COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 61

66 Explicam MACKAAY E ROUSSEAU que “Os jogos de cooperação se parecem com o que viemos examinando no sentido de ser a cooperação vantajosa e preferível à recusa dos jogadores de cooperar. Diferem pela existência de um elemento estratégico – se um dos jogadores adotar uma posição cooperativa, o outro, sabendo disso, tem interesse em enganar (não cooperar) o que gera um retorno (pay off) maior do que se cooperar. Por isso, se os dois jogadores escolherem enganar o outro, os ganhos da cooperação evaporam. Nos jogos de cooperação a dimensão estratégica é essencial.” em: MACKAAY, Ejan ROUSSEAU, Stephane. Análise Econômica do Direito. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 52/53

duas denunciar o outro, a que denunciou terá sua pena reduzida enquanto o denunciado terá uma pena mais severa. No entanto, se ambas as partes se denunciarem, as duas serão punidas na mesma medida.⁶⁷

A denúncia realizada por ambas as partes se denomina “ruína coletiva” que, segundo o Autor, é decorrente do comportamento racional de ambos os jogadores.

Assim, a reciprocidade contratual deve ser observada através da cooperação entre as partes, sabendo que se ambas cooperarem, o contrato será executado nos termos em que firmado e trará benefícios para ambas.⁶⁸

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE FRANQUIA

A. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE FRANQUIA

Antes de efetuar a análise econômica, é necessário compreender o que é o contrato⁶⁹ de franquia e a principal cláusula, a nosso ver para a análise econômica, que mais delimita a ação do franqueado, qual seja: a exclusividade.

O conceito de franquia está no art. 2º⁷⁰ da Lei das Franquias⁷¹, que menciona ser a franquia um sistema no qual o franqueador cede ao franqueado o uso da marca em conjunto com o direito de distribuição de produtos e serviços de forma exclusiva ou não, com o pagamento de remuneração, sem configurar vínculo empregatício. Alguns

67 MACKAAY, Ejan ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p 57

68 Nas palavras de DEVLIN “By entering into mutually advantageous agreements, contracting parties create value, correct inefficient assignments of rights, and remedy externalities. In the absence of third-party effects, agreements into which informed, competent adults enter constitute Pareto improvements because they render contracting parties better off without violating the preferences of anyone else” em: DEVLIN, Alan. *Fundamental Principles of Law and Economics*. Nova Iorque: Routledg, 2014. p. 176

69 “Na linguagem comum “contrato” é na mais das vezes utilizado para “designar a operação econômica *tout court*, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o negócio em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda a formalização legal, de toda a mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica,” em: ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Almedina: Coimbra, 2009, p. 08

70 Art. 2º. Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

71 BRASIL. *Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em 27 de jul. de 2015.

doutrinadores⁷² criticam-no, por entenderem como um conceito pobre e incompleto quanto aos pontos fundamentais do contrato.

Assim, será adotado o conceito de Jorge Pereira Andrade que menciona:

“Franquia é o contrato pelo qual uma empresa industrial, comercial ou de serviços, detentora de uma atividade mercadológica vitoriosa, com marca ou nome comercial notórios (franqueadora) permite a uma pessoa física ou jurídica (franqueada), por tempo e área geográfica exclusivas e determinadas, o uso de sua marca, para venda ou fabricação de seus produtos e/ou serviços, mediante uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre o movimento de vendas. Oferece, por isso, todo o seu know-how administrativo, de marketing e publicidade e exige em contrapartida, um absoluto atendimento a suas regras e normas (...)”.⁷³

Importante mencionar que o contrato de franquia é um contrato de adesão, uma vez que o franqueado aceita tacitamente as condições impostas pela franqueadora, inexistindo discussão sobre as cláusulas contratuais apostas.

Existem vários tipos de franquia, mas a que interessa a este estudo é a franquia formatada, também conhecida como *business format franchising*, na qual a concessão é mais ampla, podendo-se citar como exemplos o Mc Donalds, Subway, Yazigi, Unidas – alugueis de carro, Bob’s, Supermercado Dia, Hilton, Holiday Inn, etc.

Há um rígido controle por parte do franqueador e, para que a franquia seja formatada, são necessários os seguintes aspectos: a existência de uma marca consolidada; a existência de know-how por parte do franqueador, inclusive flexibilidade para adaptações a especificidades locais, e a colaboração entre franqueado e franqueador, conforme observa Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa.⁷⁴

⁷² Ao exemplo de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa que menciona: “Trata-se de uma definição incompleta e muito pobre quanto aos pontos fundamentais deste importantíssimo contrato, que se tornou ao correr dos anos um dos instrumentos mais importantes da cadeira de distribuição de produtos e de serviços no mercado, com uma abrangência significativamente internacional.” Veja em: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: os contratos empresariais em espécie*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 145/146.

⁷³ ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 22.

⁷⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial: os contratos empresariais em espécie*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 149-150.

O descumprimento de qualquer dos itens da formatação é causa de imediata anulação do contrato.

É uma forma contratual extramamente benéfica para ambas as partes.⁷⁵ Dentre os benefícios que se apresentam ao franqueador, o principal e grande motivador da adoção da franquia é o baixo investimento necessário para aumentar a sua cadeia de distribuição, uma vez que quem arcará com o maior volume dos gastos será o franqueado adquirente da franquia.

A franquia é vantajosa também pela facilitação da ampliação geográfica do negócio, possibilitando a penetração em outros mercados de forma rápida, sem a necessidade de que o franqueador opte pelo arduo sistema de filiais.

Por sua vez, ao franqueado que adere a uma franquia, ao iniciar um negócio que já foi aprovado pelo consumidor, possui provável sucesso e estabilidade do negócio. Isso porque, ainda que o investimento seja alto e o lucro menor que de um negócio próprio, a franquia é mais seguro que um negócio próprio.

A marca consagrada da franquia significa conhecimento e aprovação pelos consumidores, o que garante maior probabilidade de êxito do negócio.

Como o contrato de franquia envolve a transmissão de know-how de todas as operações, ao adquirir a franquia, o franqueado adquire a tecnologia de como operar o negócio, não sendo necessário testar ou aprimorar o modo de operação.

Muito embora exista a dependência de técnica de atuação, existe independência jurídica, sendo o franqueado o dono do seu negócio e, por conseguinte, independente: demite e admite quem quiser, orça o salário de seus funcionários, pode ter sócio ou não.

Sobre essa independência, Fran Martins⁷⁶ aponta que não se discute a independência do franqueado como empresário e sem vínculo empregatício com o

⁷⁵SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1997. p. 63-66.

⁷⁶ Analisando a (in)dependência do franqueado, Fran Martins menciona que: "O que caracteriza principalmente a franquia é a *independência* do franqueado, ou seja, a sua autonomia como empresário, não ligado, assim, por um vínculo empregatício com o franqueador. Por isso, não é a empresa franqueada uma sucursal do franqueador. Tem ela autonomia jurídica e financeira, se bem que muitas vezes use como nome a marca do franqueador o que dá a impressão de ser uma dependente dele. Essa autonomia, na verdade é relativa. Ela parece como absoluta no sentido de franqueador e franqueado serem pessoas distintas, cada uma respondendo pelos atos que pratica. No entanto, as relações que ligam o franqueador ao franqueado são tão íntimas que muitas regras são impostas a esse pelo franqueador restringindo o seu campo de ação. Assim, existem contratos de franquias que fazem com que o franqueado só pratique determinados atos com autorização expressa do franqueador – propaganda local ou regional, apresentação de produtos, disposição

franqueador, o que a distingue da filial ou sucursal. A dependência a que se refere é a jurídica e financeira, considerando a utilização do nome e da marca do franqueador pelo franqueado.

O franqueado também não se ocupa de publicizar o negócio, uma vez que incumbe ao franqueador fazer publicidade e propaganda sobre o negócio, salvo se tiver autorização expressa por parte do franqueador.

O franqueador conta com a segurança no caso de insucesso de algum franqueado; o franqueador não corre riscos. Inclusive, como está em posição de dar assistência e fiscalizar os franqueados, pode analisar e prever o futuro insucesso e adotar medidas de defesa.

Existem desvantagens também, para ambos os lados. Para o franqueador, as desvantagens são todas advindas de condutas do franqueado ou da má escolha do franqueado, existindo a possibilidade de o franqueador treinar o franqueado e este não se adequar ao sistema já adotado na franquia.

O franqueado, por sua vez, por se tratar de contrato de adesão e de adesão a sistema já existente, corre o risco de ser submetido a cláusulas abusivas, como, por exemplo, a imposição de determinados fornecedores com preços exorbitantes. Também, como desvantagem, verifica-se a perda da autonomia empresarial.

Em vista disso, necessário referir que decorrem do contrato de franquia vantagens ao consumidor, como, por exemplo, aumento de opção de consumo, preços compatíveis em todas as unidades de uma mesma franquia.

Analisado o contrato de franquia, é necessário analisar brevemente a cláusula de exclusividade, sendo uma das principais características desse contrato e essencial para a análise da eficiência econômica do contrato.

A cláusula de exclusividade, exatamente como o sentido literal indica, é a restrição de atuação em determinado contrato. Ocorre quando compradores de um determinado

dos mesmos nos estabelecimentos, escrita especial, fonecimento diário, semanal ou mensal de informes sobre o movimento financeiro do franqueado, até mesmo o uso de uniformes padronizados pelos vendedores do franqueado ou o depósito do apurado das vendas em um determinado estabelecimento bancário aprovado pelo franqueado. Há, assim, um sem-número de obrigações oriundas do contrato de franquia que tolhem a ação do franqueado, apesar de ser ele uma empresa independente da franqueadora." Veja em: MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 488.

bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais.

Segundo observa Paula A. Forgioni⁷⁷, a exclusividade pode ser tanto por parte do distribuidor em comercializar os produtos do fornecedor quanto por parte do fornecedor em fornecer seu produto somente para o distribuidor. Também pode ser uma delimitação de atuação territorial.

A exclusividade referente à distribuição e ao fornecimento de produtos é chamada de exclusividade de comercialização de produtos e serviços, enquanto que a exclusividade que restringe a área de atuação é denominada de exclusividade territorial.

A exclusividade comercial e a exclusividade territorial são cláusulas distintas e que, muitas vezes, complementam-se. A aplicação de uma dessas cláusulas independe da outra e podem ser aplicadas em um mesmo contrato. Nesse aspecto, ambas as cláusulas são válidas e legais.

As cláusulas de exclusividade possuem vantagens e desvantagens, conforme salienta Rubens Requião, enquanto aumenta o poder de influência que o fornecedor exerce sobre o distribuidor, gera incremento patrimonial às vendas do distribuidor em virtude de atuar com um produto especializado.⁷⁸

77 Nas palavras de FORGINI: “- obrigação do distribuidor de comercializar apenas os produtos fabricados pelo fornecedor (i.e., obrigação de abstenção de comercializar produtos concorrentes);

- obrigação do distribuidor de comercializar apenas os produtos adquiridos de terceiros indicados pelo fabricante (também há, nesta hipótese, a obrigação de abstenção de comercializar produtos concorrentes);

- obrigação do distribuidor de não comercializar quaisquer outros produtos, mesmo que não concorrentes com aqueles objetos de contrato de distribuição;

- obrigação do fornecedor de vender sua produção exclusivamente por intermédio do distribuidor (imposição comum aos pequenos/médios fabricantes quando se trata do sistema de distribuição no grande varejo);

- direito do distribuidor de ser o único a comercializar o produto em determinada área (ou em relação a determinados consumidores). (...)” em: FORGIONI, Paula Andrea. *Contratos de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 252/253.

78 REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial* (estudos e pareceres). São Paulo: Saraiva, 1980. Vol. 2, 2ª Ed. 1988. Vol. I. p. 120.

Por sua vez, a exclusividade territorial, segundo leciona Adalberto Simão Filho, “delimitará o campo de sua ação e limitará o acesso de outros integrantes da rede à zona concedida.”.⁷⁹

B. ANÁLISE DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA DO CONTRATO DE FRANQUIA

Para saber a eficiência dos contratos de franquia e da cláusula de exclusividade, é necessário efetuar análise econômica a respeito de quando é mais favorável às partes aderirem à franquia ou não aderir. Quando é mais favorável estar vinculado à dependência econômica ou não estar.

Deste modo, propõe-se neste capítulo a análise dos benefícios e malefícios que a franquia e a exclusividade propõe, sob a ótica da análise econômica do direito.

Conforme visto, o principal objetivo da franquia é reduzir custos: seja através da rede de distribuição de produtos sem necessários aportes econômicos por parte do franqueador, seja pela grande possibilidade de sucesso de um negócio próprio sem necessidade de investir em pesquisas de mercado, criação de marca, dentre outros, por parte do franqueado.

Sobre esse aspecto, Glória Cardoso de Almeida Cruz⁸⁰ argumenta em defesa do contrato de franquia, ser benéfico para ambas as partes enquanto permite ao franqueador expandir rapidamente e a baixo custo, e ao franqueado a possibilidade de tornar-se dono de um negócio sem correr riscos.

Assim, a franquia atende à máxima apontada por MACKAAY e ROUSSEAU ao mencionarem que “a empresa responde à necessidade de reduzir os custos de organizar a produção através do mercado”⁸¹. Ou seja: a franquia reduz custos e organiza a distribuição de acordo com o mercado.

Entretanto, a franquia cumpre com a eficiência econômica dela esperada?

79 SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising* – aspectos jurídicos e contratuais. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1997. p. 71.

80 Acerca dos benefícios do contrato de franquia: “O franchising oferece vantagens para as duas partes na medida em que permite ao fornecedor expandir rapidamente seus negócios com baixos investimentos, enquanto garante ao franqueado a oportunidade de se tornar seu próprio patrão, dono de sua própria empresa, sem correr risco de insucesso nem de perda financeira”. Veja em: CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. *Franchising*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 33.

81 MACKAAY, Ejan ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 519

No tópico anterior apresentamos as diversas características da franquia, seus benefícios e malefícios sob o ponto de vista prático. Sob o ponto de vista econômico, é necessária uma análise mais aprofundada.

Para que possamos encontrar resposta é necessário, primeiro, entender qual a motivação econômica de contratar a franquia.

Fernando Araújo menciona que à primeira vista a resposta parece ser a necessidade de transferência do risco do negócio pelo franqueador ao franqueado e a dificuldade que aquele encontra nos custos de transação do negócio. O Autor cita diversas hipóteses que surgiram como a ideia de que o *franchising* era um meio de evitar o risco do negócio empresarial. Sucessivamente, a hipótese de que o *franchising* permitiria o monitoramento e o controle, bem como na expansão do empreendimento por meio de terceiros. Sobreveio a exploração de fundos das virtualidades analíticas e a prática da “teoria da agência”, na qual havia uma combinação de *franchising* e *franchisor*, de modo a possibilitar o controle dos resultados de ambas as lojas. Finalmente, a teoria mais recente, dá ênfase para os ganhos do *franchisor*, porquanto a partir destes dados pode-se conhecer o mercado local. Por fim, salienta-se que o *franchisor* é submetido a controle vertical, mediante acordos de distribuição exclusiva e de *tie-ins*. 82

A franquia permite a maximização de lucros para o franqueador que, conforme mencionado, expandirá a distribuição de seus produtos ou serviços sem preocupar-se com a gerência, locação de local para estabelecimento do negócio, empregados, pagamento de fornecedores, etc.

Ainda, em decorrência da exclusividade territorial, Paula A. Forgioni⁸³ destaca a possibilidade de o distribuidor traçar uma estratégia de constante manutenção no mercado.

Especificamente sobre a franquia, Fernando Araújo faz uma ampla análise sobre o “híbrido contratual”, ao conceituá-lo como “Um acordo que visa, seja a internalização de externalidades horizontais na rede de *franchisees*, (franqueados, *franchisados*), seja de externalidades verticais entre o *franchisor* (franqueador, *franchisor*) e os *franchisees*, impondo, neste caso, uma disciplina comum”⁸⁴. O Autor menciona que o contrato de franquia adquiriu espaço entre os economistas e ganhou sua atenção para a análise de mecanismos incentivadores, em especial:

82ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1002.

83 FORGIONI, Paula Andrea. Contrato de Distribuição. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

84ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 998

"- na atribuição de direitos residuais (*residual claims*), ficando os *franchisees* com o direito ao lucro, ao remanescente líquido daquilo que pagam ao *franchisor*, o que lhes dá o incentivo de maximização desse lucro (todo o rendimento marginal lhes cabe);

- na auto-disciplina (*self enforcement*) imposta pelos ganhos de permanência, associada à renda que o *franchisee* obtém do facto de estar associado ao *franchisor*, a diferença entre o que auferir nessa relação e o que auferiria na melhor alternativa disponível, renda essa que o franchisee perderá, pois, se abandonar a relação, o que lhe dá um incentivo para alinhar a sua condutas com as normas contratuais estabelecidas pelo *franchisor*, caso este tenha ficado com o direito potestativo de terminar essa relação contratual (o *franchisee* fica, em suma, refém dessa renda)."⁸⁵

O Autor menciona que esses incentivos – direitos residuais e auto-disciplina – se complementam com o intuito de evitar que o franqueado quebre o contrato.

Entretanto, tem-se que nem sempre tais incentivos serão suficientes. Inclusive porque o primeiro deles é um verdadeiro limitador da maximização de lucros, verificando que o lucro do franqueado será sempre o que "sobra" após o pagamento dos valores exigidos pelo franqueador.

Deste modo, a maximização de lucros para o franqueado deve ser, pois, limitada – dentro dos parâmetros estabelecidos pela exclusividade e demais características da franquia, mas podendo sempre buscar o melhor proveito do seu negócio e dentro dessas limitações, a maximização de lucros.

O franqueado, por sua vez, atua com determinada exclusividade territorial e comercial e é dependente econômico, bem como não alcançará a maximização dos lucros em comparação a um negócio próprio. Além do pagamento dos custos decorrentes da contratação, como preços ajustados com o franqueador, fornecedores específicos, o franqueado está ligado exclusivamente ao franqueador.

Por exemplo, uma determinada franquia que assume exclusividade com determinada distribuidora que só produz sapatos não poderá ter em sua loja roupas, mesmo que tenha espaço ou capital disponível para isso.

⁸⁵ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1000

Neste sentido, COOTER E ULEN mencionam que “fazer um contrato muitas vezes acarreta a perda de uma oportunidade de fazer outro contrato alternativo”, premissa que está inserida no bojo da franquia.⁸⁶

Não se pode olvidar que é em decorrência da exclusividade que está a segurança de atuação e a não concorrência de produto do mesmo franqueado em determinado raio territorial – o que pode ser visto, inclusive, de maneira anti-competitiva e prejudicial ao direito da concorrência⁸⁷ – o que facilitam a maximização de lucros para o franqueado.

Atrelada à idéia de maximização de lucros, estão a cooperação entre as partes e a reciprocidade, o que, num contrato de adesão é bastante difícil alcançar, considerando que uma parte impõe a outra parte cláusulas, abusivas ou não.

Um contrato de franquia em que as partes observam os jogos de cooperação, ambas na busca de benefícios sem enganar uma a outra.

Da análise das características do contrato de franquia, extrai-se a própria idéia de cooperação entre as partes, qual seja, a necessidade de o franqueado cumprir os exatos termos do contrato e as instruções passadas pelo franqueador; e o franqueador cumprir com as suas atribuições, quais sejam, dar assessoria técnica através de *know-how*, introduzir o seu sistema ao franqueado, investir na publicidade do negócio.

Se ambas as partes observarem tais regras estará presente a cooperação que permitirá a eficiência do negócio.

Deste modo, compreende-se que o contrato de franquia pode ser muito eficiente economicamente, desde que as partes estejam cientes da necessidade de cooperação e reciprocidade entre elas.

O empenho é necessário, pois, dados os termos do contrato de franquia, principalmente pela exclusividade e adesão, é essencial que as partes atuem conjuntamente, observando os jogos de cooperação para alcançar o objetivo do contrato e a eficiência econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como uma forma simples de escoamento de produção, o contrato de franquia tornou-se um dos contratos de distribuição mais utilizados no país e no mundo. Muito

⁸⁶COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 253

⁸⁷ A esse respeito ver: FORGIONI, Paula Andrea. Contrato de Distribuição. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

embora se trate de contrato complexo e tenha diversos requisitos a serem observados por ambas as partes, é uma ferramenta simples e fácil de utilizar.

Considerando os benefícios para ambas as partes, tanto em relação aos custos da operação quanto do sucesso a ser atingido por um negócio já conhecido e aprovado pelo público, demais aspectos devem ser considerados.

Para atingir o sucesso da operação é necessária a cooperação de ambas as partes, tanto por parte do franqueado em seguir todas as imposições por parte do franqueador, em busca da manutenção do conceito da franquia adotada, como por parte do franqueador em não impor ao franqueado preços e quantidade de produtos exorbitantes impossíveis de serem suportados.

Sob o ponto de vista econômico, conforme visto, somente será alcançada a eficiência econômica do contrato se observados alguns requisitos tais como a maximização de lucros, a cooperação entre as partes, a reciprocidade nas obrigações contratadas.

A maximização somente será alcançada se o franqueador cumprir todas as obrigações decorrentes do contrato, como o know-how, assessoramento técnico, colaboração na engrenagem do negócio.

E, ainda assim, é necessária a consciência do franqueado de que a maximização de lucros será limitada pelo resíduo do lucro líquido após serem pagas as despesas da franquia (em especial os valores cobrados pelo franqueador).

Do mesmo modo, a maximização dos lucros do franqueador somente ocorrerá se o franqueado cooperar e cumprir com todas as suas obrigações do contrato. É necessário que o franqueado siga todas as instruções passadas pelo franqueador, desde a indicação de fornecedores de produtos até os padrões estéticos e arquitetônicos (*layout*) da franquia.

A não observância dessas características não permitirá alcançar a maximização dos lucros, cuja consequência será a não eficiência econômica plena que se pretendia com o contrato de franquia quando da contratação entre as partes.

Conclui-se, pois, que o objetivo econômico da franquia é, além de distribuir produtos e serviços e permitir que outros interessados em ter seu próprio negócios a baixo risco, é alcançar a eficiência econômica, o que é possível desde que observadas a cooperação, reciprocidade e maximização de lucros.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. A lei da franquia empresarial (n. 8.955, de 15.12.1994). Revista dos Tribunais, vol. 722, p. 25, dez/1995.

ACCIARI, Hugo A. Elementos da análise econômica do direito de danos. Coor. da edição Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade, v. 9, p. 49-68, 2006.

ANDRADE, Jorge Pereira. Contratos de franquia e leasing. São Paulo: Atlas, 1993.

ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007.

BARROSO, Luiz Felizardo. Franchising e direito. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. O seguro e o "Franchising": a verdade sobre a relação. Revista de Direito Mercantil, n. 90. p. 65-74. Abr.-Jun. / 1993.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de franchising. Revista dos Tribunais. Vol. 653. Ano 79. p. 54- 68. Mar. / 1990.

BRASIL. Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. vol. 2. p. 1355 – 1391. Jun / 2011.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the Law of torts. Yale Law Journal, 70. p. 499. 1960.

_____, Guido. The Costs of Accidents. A Legal and Economics Analysis. New Haven y Londres: Yale University Press: 1970.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics. p. 1-44, 1960.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito e Economia. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. Franchising. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DEVLIN, Alan. Fundamental Principles of Law and Economics. Nova Iorque: Routledge, 2014.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: Direito civil e empresarial. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FORGIONI, Paula Andrea. Contratos de Distribuição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LOBO, Jorge. Contrato de Franchising. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MACKAAY, Ejan ROUSSEAU, Stephane. Análise Econômica do Direito. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "Direito e Economia?" In: Direito & Economia. 2ª ed. rev. e atual. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Accident Law. Harvard University Press, Cambridge, 1987.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Franchising: aspectos jurídicos e contratuais. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1997.

POSNER, Richard. Economic Analysis of Law. Boston Little, Brown and Co., 1973.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Almedina: Coimbra, 2009.

REQUIÃO, Rubens. Aspectos modernos de direito comercial (estudos e pareceres). São Paulo: Saraiva, 1980. Vol. 2, 2ª Ed. 1988. Vol. I. p. 120.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito Comercial: os contratos empresariais em espécie. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

A IRREGULARIDADE IMOBILIÁRIA X ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA EXTRAJUDICIAL

CAROLINE STELA SOARES DAL RI:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul -
UNIFUNEC

EDUARDO CURY

(orientador)

RESUMO: O escopo do presente estudo será de analisar as consequências da irregularidade imobiliária no Brasil, frente a dificuldade dos promitentes possuidores, compradores e adquirentes de propriedades em registrar, assim, efetuando o ingresso ao fólio real. Inicialmente, abordou-se esclarecimentos quanto as faculdades inerentes à propriedade, quais sejam, o uso, gozo, disposição e reivindicação. Em sequência, especializou-se as serventias cartorárias atuantes no campo obrigacional das transações imobiliárias, denominadas por Cartório/Tabelião de Notas e respectivo Cartório de Registro de Imóveis, bem como, esclarecendo suas respectivas características, ao passo que, ainda que milenar, encontram-se em plena confusão ao serem mencionadas aos usuários. Em sequência, em virtude ao enorme prejuízo que se instala no mercado, apresentou-se o procedimento da adjudicação compulsória, com apontamentos positivos e negativos, com o fim de regularização e expedição da carta de adjudicação, após a sentença, tornando-se título apto à registro. E ao findar, apresentou-se o novo procedimento, que permite que a adjudicação ocorra de forma extrajudicial. A metodologia utilizada fora por método dedutivo, que ao fim, com a nova legislação, entende-se que a forma de regularização imobiliária tem novos horizontes.

Palavras-chave: Imóveis. Irregularidade. Direitos Reais. Adjudicação Compulsória.

ABSTRACT: The scope of this study will be to analyze the consequences of real estate irregularity in Brazil, in view of the difficulty of promising owners, buyers and acquirers of properties in registering, thus, effecting the entry to the royal folio. Initially, clarifications were addressed regarding the faculties inherent to property, namely, use, enjoyment, disposition and claim. In sequence, the notary offices acting in the obligatory field of real estate transactions were specialized, called Notary/Notary Public and respective Real Estate Registry Office, as well as, clarifying their respective characteristics, while, although millenary, they are found if in full confusion when mentioned to users. In sequence, due to the enormous damage that is installed in the market, the compulsory adjudication procedure was presented, with positive and negative notes, with the purpose of regularizing and issuing the letter of adjudication, after the sentence, becoming a suitable title to registration. And at the end, the new procedure was presented, which allows the

adjudication to take place extrajudicially. The methodology used was a deductive method, which in the end, with the new legislation, it is understood that the form of real estate regularization has new horizons.

Keywords: Properties. Irregularity. Real rights. Compulsory Award.

1 INTRODUÇÃO

Muito se fala que em virtude do grande número de processos, o judiciário se tornou lento, a considerar os procedimentos que são iniciados sem que se haja tempo mínimo para finalização, contribuindo assim, para a irregularidade imobiliária, bem como, a dificuldade para tantos, em direcionarem a justiça.

Contudo, é notório que, ainda com a existência da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) e respectiva lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007, que alterou o Código de Processo Civil, ao passo de permitir que divórcios, separações e partilhas pudessem ser realizados pela via administrativa, pouco se conhece e utiliza-se para início e finalização destes procedimentos.

Não sendo o suficiente, há por parte dos civis, bem como, operadores do direito, grande equívoco quanto a competência das serventias existentes, a considerar que muitos compreendem ocorrer somente um tipo de prestação de serviços, qual seja, a via judicial.

Isto porque, no tocante a celeridade da via administrativa, os procedimentos de regularização imobiliária, tornar-se-ão objetos de apreciação de especialistas, ao passo que, o que antes era finalizado em todas as etapas após anos, hoje, pode ocorrer em semanas.

Ainda, frente a grande quantia de imóveis irregulares no Brasil, a chamada adjudicação compulsória, passou a permitir que, possuidores, sem título definitivo de propriedade, diante ao procedimento judiciário tenham em mãos, ao êxito da demanda, título hábil a registro, tornando-se assim, proprietários de seus respectivos imóveis.

Contudo, conforme já mencionado, para possibilidade de tal regularização, somente há data de início, quando da distribuição da ação, isto porque, é necessário que ocorra o processo de conhecimento pela justiça cível comum, assim, pouco se fala de registro, anterior a um ano.

Entretanto, com o advento da Lei nº 14.382 desde ano vigente, tornou-se possível que o procedimento de adjudicação compulsória, ocorra de forma extrajudicial, ou seja, diretamente no cartório de notas, havendo especulações inclusive, no sentido de a forma procedimental estar atrelada a usucapião.

Com isto, em tópicos próprios, será discorrido, o direito real da propriedade, a competência de cada uma das serventias, procedimento de adjudicação compulsória realizado no judiciário, com seus prós e contras, finalizando com a análise minuciosa do novo procedimento, que passara a integrar a via administrativa, iniciando com a prenotação junto ao Cartório de Notas e posterior qualificação do Registro de Imóveis pertinente, com atenção as peculiaridades casuísticas.

2 O DIREITO REAL DA PROPRIEDADE

O ser humano nasce, cresce, na maioria das vezes se especializa, trabalha, casa ou convive em união estável, constrói família, morre e durante todo este processo reside em um lar, as vezes mais que um, uma casa, um sítio ou fazenda, apartamento.

Contudo, diante a transição que ocorre durante as fases da vida deste indivíduo, não necessariamente houve a aquisição da propriedade do imóvel pela forma tradicional, ou seja, mediante a lavratura de escritura pública de compra e venda e posterior registro, tornando-se público a quem é devido a propriedade de determinado bem, o chamado "erga omnes".

É de conhecimento público, que muitos imóveis se encontram em estado de irregularidade no Brasil, isto porque, é necessário a compreensão de imediato, da premissa apresentada no bordão popular: somente é dono, quem registra.

Considerando a afirmação supracitada, é possível que se compreenda que, qualquer tipo de aquisição imobiliária, que não resulte em registro na matrícula de determinado imóvel, encontra-se em estado de irregularidade imobiliária.

Neste diapasão, em primeiro momento, necessário se faz a compreensão do direito real, este que, conforme palavras do ilustre doutrinador Junior (2022, p. 3):

Assim, o direito real, ou direito das coisas, é definido como o conjunto de normas destinadas a regular as relações jurídicas concernentes a bens corpóreos (materiais) ou incorpóreos (imateriais) suscetíveis de apropriação pelo homem e, bem assim, dotados de conteúdo econômico relevante e significativo.

Ainda, segundo Venosa (2003, p. 21):

O direito real é exercido e recai diretamente sobre a coisa, sobre um objeto basicamente corpóreo, embora não se afaste a noção de realidade sobre bens imateriais, enquanto o direito obrigacional tem como objeto relações humanas. Sob esse aspecto, embora essa noção deva ser aprimorada, afirma-se ser o direito real absoluto,

exclusivo, exercitável erga omnes. Por outro lado, o direito obrigacional é relativo. A prestação é o objeto do direito pessoal ou obrigacional, somente podendo ser exigida do devedor. O direito real caracteriza-se pela inerência ou aderência do titular à coisa.

Adiante, este direito, encontra-se previsto no artigo 1.225 do Código Civil (CC), no qual o título básico, é o direito da propriedade, também denominado direito real por excelência. Em saudososa explanação, Tartuce (2022, p. 152):

Assim, a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional.

Contudo, há que se mencionar quanto as quatro faculdades inerentes a propriedade, quais sejam o gozo, o uso, a disposição e a reivindicação desta.

Assim, compreende-se por gozo, a faculdade de retirar desta propriedade, frutos da coisa, cabendo a estes, serem naturais, industriais, bem como civis – costumeiramente mais comuns, haja vista, o direito a locação, obtendo para si, os alugueis oriundos -.

Ainda, o uso, que passa a ser limitado às regras previstas em legislações especiais, bem como ao próprio Código Civil, ao direcionar-se ao direito de vizinhança, bem como, ao que prevê o direito administrativo no que se refere as desapropriações existentes.

A disposição encontra-se como a terceira faculdade, vinculada a manifestação de vontade em transmissão, cabendo a esta mediante inter vivos, nas modalidades de venda e compra, doação e afins, bem como, manifestação de última vontade (testamento). Mister se faz mencionar que, pode que o negócio jurídico ocorrer de maneira gratuita ou onerosa.

Por fim, a reivindicação, que permite que o proprietário reivindique a coisa de quem a possua injustamente ou a detenha, mediante procedimento judiciário, sendo a forma mais comum, ação reivindicatória.

Neste trilhar compreende-se que, para que esteja resguardado o imóvel a qual habita-se, necessário que se possua a propriedade para fim definitivo (o que não se aplica, quando se direciona a bem alugado), não sendo exclusivamente, adquirido pela via judicial.

3 DAS SERVENTIAS CARTORÁRIAS E RESPECTIVAS COMPETÊNCIAS

Em seguimento ao supramencionado, necessário se faz a compreensão que, quando da aquisição de determinado bem imóvel que não resulte pelo costumeiro – escritura de venda e compra -, há o encontro do interessado, também chamado por usuário às serventias cartorárias, com o fim de resguardo de seus direitos.

Ocorre que, a considerar o tipo de transação imobiliária realizada, bem como, por não haver em grande parte da sociedade, o conhecimento básico necessário para assimilar o procedimento adequado e preciso, acabam por julgar que ainda que existam mais de um tipo de serventia, ambas, detêm de a mesma competência.

Assim, com o intuito de melhor compreensão, a priori, preciso se faz a distinção entre a prestação de serviços públicos tão comum e pouco compreendida.

Partindo da premissa que será elaborado o instrumento público, denominado por Escritura Pública, a competência para tal ato, depreende-se do Cartório ou Tabelião de Notas, serventia esta, por lavrar o título, bem como, analisar respectivos documentos pertinentes, para que ocorra a transmissão em campo obrigacional.

Neste ato, caberá ainda, a assinatura dos respectivos transmissores, adquirentes e do próprio Tabelião ou Cartorário, bem como, pagamento dos emolumentos e custas, cujo valor computa-se mediante enquadramento a faixa correspondente, disponível pelo Colégio Notarial do Brasil.

Ou seja, no Cartório e/ou Tabelião de Notas, é a serventia responsável pelo nascimento formal da transação imobiliária, sendo possível, lavrar qualquer tipo de Escritura Pública, desde a negócios de compra venda, doação, permutas, doações, bem como, compromissos de venda e compra – este que possui desconto -, ainda, elaboração de ata notarial, para fins de usucapião, como também, para certificar determinados fatos, lavratura de testamentos públicos, bem como procurações, em conformidade ao que dispõe a lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.

Ainda, esta Serventia é responsável pelo reconhecimento de firma e autenticações, que nas palavras do Cartório Gaúcho (2020. p. [não paginado]), correspondem:

Reconhecimento de firma é o ato pelo qual o tabelião ou escrevente autorizado certifica que a assinatura constante em um documento corresponde ao padrão gráfico depositado em cartório. O reconhecimento de firma pode ser feito de duas maneiras: por semelhança ou por autenticidade.

Por semelhança, é feita a comparação entre a assinatura que consta no documento e as assinaturas constantes na ficha de firma do interessado. O reconhecimento de firma por semelhança atesta que

a assinatura constante no documento é semelhante à assinatura existente do cartão de firma arquivado no cartório.

Já o reconhecimento de firma por autenticidade o interessado deve comparecer pessoalmente no cartório, munido de seus documentos de identidade, e assinar o documento e o Livro de Termo de Comparecimento na presença do tabelião ou escrevente. Ao fazer o reconhecimento de firma por autenticidade o Tabelião estará atestando que o interessado veio à sua presença, foi identificado e assinou o documento.

Reconhecimento de firma este, habitualmente utilizado nos contratos de gaveta, como são denominados os instrumentos particulares que não se encontram aptos para registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis, aos quais, assinam vendedores, compradores, além das testemunhas, embora a lei não preveja tal necessidade.

Adiante, encontra-se a serventia, talvez de maior importância, denominada como Cartório de Registro de Imóveis (CRI), esta quem, a grosso modo, irá qualificar o título – transação realizada -, bem como, todos os documentos anexos, ainda, com fulcro no artigo 1º, da lei 8.935: “destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.” (BRASIL, 1994, não paginado)

Assim, é de competência deste, alinhado aos princípios da segurança jurídica, independência jurídica do registrador, inscrição, da publicidade e da continuidade, resguardar a proteção do indivíduo e seus bens, nos termos da lei, bem como, indiretamente, assegurar os interesses de toda a sociedade, ainda, de quem almeja o objeto de registro, ou, aqueles que operam crédito.

Por assim dizer, compreende-se o princípio da segurança jurídica:

Quanto ao registro imobiliário, a segurança jurídica, especificamente, entretanto, opera mesmo antes da garantia terminativa, influenciando na via formativa em cada ato ou estágio do processo de inscrição – securitas in itinere secundum leges -, sem prejuízo de conferir o efeito geral de garantia próprio do gênero da segurança jurídica. (DIP, 2017, p. 27)

Nestes termos, por meio do princípio retromencionado, é possível a compreensão de que, ao se tomar pela coisa um objeto, este será o primordial, mas alinhado a ele, em segundo plano diretamente, criar-se-á um liame à alguma pessoa, abrangendo por assim, imóveis, títulos jurídicos e indivíduos, o que justifica assim, as exigências tabulares emitidas

mediante notas devolutivas e/ou exigências expedidas, resguardadas pela especialidade objetiva.

Ainda, o princípio da continuidade, que se baseia na premissa de que só caberá disposição por parte do indivíduo, daquilo que o pertença, bem como, a publicidade, que assegura, que todos os atos praticados, sejam de conhecimento de quem quer que tenha interesse, mediante emissão de certidão.

Não menos importante, a inscrição, que dará ao título forma expressa junto a matrícula do bem, isto porque, mediante este, somente após tal ato, é que se concretizará a transação efetuada.

Em virtude a complexidade do Cartório de Registro de Imóveis, houve a elaboração da Lei dos Registros Públicos – 6.015/73 -, bem como, estando alinhada as Normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça – Tomo II, no caso do estado de São Paulo.

Oportunamente, a título de maior clareza, em tempo de prenotação junto a serventia retromencionada, encontrar-se-á o setor de protocolo, responsável pela entrada de títulos, emissão de certidões – sejam físicas ou virtuais mediante a solicitação efetuada à Central dos Registradores -, ainda, exame e cálculos, informando aos usuários, os possíveis valores que serão auferidos para averbações e respectivos registros.

Outrora, o que se subtrai é que, em virtude a competência específica de cada uma das Serventias mencionadas, bem como, imperioso dizer que, não é de conhecimento popular a necessidade de operar o registro, qualquer que seja a transação que tenha objeto imóvel.

Justifica-se tal informação, ao passo de estar o Brasil, com grande parte de seus imóveis irregulares, assim, computando grande prejuízo, ao passo que há desvalorização nas transações, bem como, não há recolhimento dos impostos pertinentes.

4 DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Diante a todo exposto, bem como, notório que, além dos procedimentos específicos para que se opere o registro das transações imobiliárias, vinculados aos altos valores correspondentes as custas e emolumentos auferidos pelas serventias cartorárias, presumível que constantemente há crescimento na irregularidade dos imóveis.

Contudo, há neste cenário, aqueles que se preocupam em resguardar seu patrimônio afim de ter acesso direto ao fôlio real (matrícula do imóvel), e que não se encontram irregulares em virtude de inventários sem finalização.

Ao passo da procura de tais indivíduos afim de regularizar, não recentemente, passara a integrar de forma comum ao judiciário, a figura da adjudicação compulsória, pouco explorada pelos leigos, posto que, costumeiramente, perdura por longos anos para finalização e posterior registro.

Tal instituto, tornou-se viável, em virtude ao Decreto Lei nº 58 de 10 de novembro de 1937, que nascera, haja vista ao crescente número de parcelamento de solo que se alastrava em todo o país, assim, resguardando àqueles que optavam pela aquisição de forma parcelada dos imóveis, como também demais peculiaridades.

Isto porque, conforme se analisa o texto legal retromencionado, destaca-se a possibilidade do arrependimento por uma das partes, anterior à assinatura do instrumento público de transmissão definitiva, ou seja, a outorga da Escritura Pública.

Por tal, tornou-se comum, que os loteadores, mediante a minuta de instrumento de compromisso de venda e compra, passassem a enriquecer-se de forma ilícita, ao passo que, recebiam durante anos os valores correspondentes ao parcelamento, contudo, no dado momento da quitação, declaravam o arrependimento, visto que observavam a valorização de mercado dos imóveis e buscavam pelo lucro decorrente de tal.

Assim, com o fim de resguardar os compromissários compradores, após alterações legislativas, a adjudicação compulsória nascera, atualmente com escopo do artigo 1.418 do Código Civil vigente, voltado a executar a transferência obrigatória de um bem imóvel, desde de que cumpridas determinadas condições, ou seja, cabendo ao interessado comprovar que de fato houve a quitação do imóvel objeto da demanda, bem como, atentar-se, se, há algum tipo de constrição na matrícula, haja vista que, é dever do compromissário vendedor assegurar que o bem esteja livre e desembaraçado de quaisquer ônus. Ônus estes, que impeçam o registro da nova transmissão, ou seja, o acesso ao fólio real por quem adquiriu o bem.

São exemplos de tais constrições, as chamadas averbações de bloqueio – ato judicial – ou indisponibilidades de bens, que busca impedir a dilapidação de patrimônio, quando da existência de demanda judicial que discuta sobre o bem em questão, ou, que impeçam a alienação do imóvel, com o objetivo de impedir a satisfação do crédito aos credores.

Ou ainda, averbações que acabam por retirar a boa-fé do terceiro adquirente, isto porque, ensejam em riscos de perda futura, como penhoras, ou ainda, anotações premonitórias, voltadas a informar a todos, a existência de processos em andamento.

Não mesmo importante, ainda, com o advento da lei 13.097, de 19 de janeiro de 2015, tornou-se ainda mais essencial que tais constrições sejam averbadas junto as

matrículas, uma vez que, em tese, somente torna-se passível do resguardo do terceiro de boa-fé, o que se encontra anotado no fólio real, neste passo:

Em suma, o princípio da concentração dos atos na matrícula significa que tudo o que refletir sobre o imóvel deve, necessariamente, estar inscrito (registrado/averbado) em sua respectiva matrícula. Em outras palavras, apenas é protegido juridicamente aquilo que está devidamente informado na matrícula imobiliária do imóvel, de forma que qualquer situação que não esteja ali descrita, não poderá ser oposta por ninguém. Embora tenha sido expressamente contemplado apenas na Lei 13097/2015, tal princípio já era aplicado e reconhecido pela doutrina e jurisprudência, inclusive sendo objeto de entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 375: O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. Neste ponto, é de se dizer que o âmago do princípio é que se dê publicidade a todas as informações relevantes que orbitam o imóvel e o direito de propriedade, justamente para conferir credibilidade e segurança jurídica às transações imobiliárias e a todos os fatos descritos no registro cartorário. (OLIVEIRA, 2022, não paginado)

Em outras palavras, mediante o texto legal retromencionado, ainda que objeto de divergência doutrinária, mesmo que existam ações em trâmite, não sendo estas, averbadas na matrícula do imóvel ao tempo da transmissão e posterior registro, o imóvel encontrar-se-á livre de ônus, não cabendo ao credor, a busca pelo mesmo.

Assim, diante a tais cuidados que o compromissário comprador deve atentar-se, dado o início ao procedimento judicial, diante a sentença deste procedimento, é obtida a carta de adjudicação, que substitui a lavratura de Escritura Pública do bem em questão.

Tal procedimento é utilizado em casos de compromissos de venda e compra, que, obtém como requisito inicial, que os compromitentes vendedores se recusem a outorgarem a Escritura Pública de venda e compra, sem que haja justificativa plausível para tal, como também, há em andamento, extinção de condomínio combinado com o pedido da carta de adjudicação.

Assim, tal procedimento, refere-se à possibilidade regularizar, quando não resta outras alternativas.

5 DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA EXTRAJUDICIAL

Atrelada a necessidade de busca pela desjudicialização, ao passo que constam milhares de centenas de processos no âmbito jurídico que crescem diariamente, como também, com a quantia exorbitante de imóveis irregulares em solo brasileiro, tornou-se possível, mediante o implemento da lei 14.382 de 2022, que o procedimento retromencionado, ocorra de forma extrajudicial.

Ainda em sede de análise prática, o novo texto legal, que altera a Lei de Registros Públicos - nº 6.015/73, acresce o artigo 216-B, solidificando a possibilidade de que ocorra a qualificação e posteriormente, junto ao cartório de registro de imóveis competente, o registro de aquisição, que até então, se daria, tão somente mediante o consentimento na escritura pública, do outorgante vendedor.

O procedimento que ainda causa grande receio diante aos tabeliões/cartórios de notas, bem como, aos próprios oficiais de registro de imóveis, baseia-se no rito determinado para a usucapião extrajudicial, por ora, resguardado pelo provimento 65 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), aos 14 de dezembro de 2017, bem como, pelas normas de serviços cartórios extrajudiciais tomo ii, do estado de São Paulo, isto porque, buscará de antemão, a lavratura de ata notarial como meio de prova.

Não obstante, não prejudica que ocorra pelo rito judicial, cabendo a parte, a faculdade para que o procedimento ocorra, assim sendo, em conformidade a Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022, que dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (SERP) e altera as Lei dos Registros Públicos nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973:

Art. 216-B. Sem prejuízo da via jurisdicional, a adjudicação compulsória de imóvel objeto de promessa de venda ou de cessão poderá ser efetivada extrajudicialmente no serviço de registro de imóveis da situação do imóvel, nos termos deste artigo.

§ 1º São legitimados a requerer a adjudicação o promitente comprador ou qualquer dos seus cessionários ou promitentes cessionários, ou seus sucessores, bem como o promitente vendedor, representados por advogado, e o pedido deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - instrumento de promessa de compra e venda ou de cessão ou de sucessão, quando for o caso;

II - prova do inadimplemento, caracterizado pela não celebração do título de transmissão da propriedade plena no prazo de 15 (quinze) dias, contado da entrega de notificação extrajudicial pelo oficial do

registro de imóveis da situação do imóvel, que poderá delegar a diligência ao oficial do registro de títulos e documentos;

IV - certidões dos distribuidores forenses da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente que demonstrem a inexistência de litígio envolvendo o contrato de promessa de compra e venda do imóvel objeto da adjudicação;

V - comprovante de pagamento do respectivo Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI);

VI - procuração com poderes específicos.

§ 3º À vista dos documentos a que se refere o § 1º deste artigo, o oficial do registro de imóveis da circunscrição onde se situa o imóvel procederá ao registro do domínio em nome do promitente comprador, servindo de título a respectiva promessa de compra e venda ou de cessão ou o instrumento que comprove a sucessão. (BRASIL, 2022, não paginado)

Conforme exposto acima, o que se abstrai que aparentemente não enseja em grande preocupação, mas mero receio por partes dos cartórios, por ser um procedimento recente, bem como, acarretando grande responsabilidade ao oficial de registro de imóveis, haja vista, ser este, o responsável pela qualificação positiva, que ensinará na transmissão do bem e consolidação da propriedade ao compromissário comprador.

Contudo, ainda que busque por regularizar os imóveis, interessante se faz mencionar que, em alguns casos, ainda com a prova de quitação em mãos, o procedimento não será viável de imediato.

Não é segredo, que em se tratando da compra mediante instrumento de compromissos, é possível que ocorra a averbação deste, com o intuito de resguardo ao direito real que surge, extrapolando assim, o direito pessoal. Isto porque, passa a dispor da característica "erga omnes".

Por tal motivo, surge então, a linha tênue para a qualificação, ao passo que, em havendo algum tipo de ônus na matrícula do imóvel, caberá a qualificação minuciosa, com o fim de buscar pelo registro ou não.

A considerar o supramencionado, para fins de bloqueio ou indisponibilidade, somente com a devida baixa, junto ao registro de imóveis, o bem torna-se livre para que ocorra o início do procedimento em análise, a considerar o que já fora abordado anteriormente, ou seja, não pode ser objeto de transmissão até o momento.

Contudo, o mesmo não ocorre em sede de penhora, ao passo que será analisado as respectivas datas: penhora e averbação do compromisso de venda e compra, uma vez que, tendo a segunda, acesso ao fôlio real anterior a data da constrição, prevalecerá, a transmissão, o que não ocorre, sendo o contrário.

Não obstante, ao direcionar o olhar para a qualificação do procedimento junto ao registro de imóveis, atentar-se-á que o texto legal apresentara até o breve momento de estudo, brechas passíveis de interpretações variáveis, isto porque, a considerar que o pressuposto para o ensejo da presente regularização, seja a recusa do compromissário vendedor na outorga da escritura pública, caso o vendedor consinta no ato do envio da notificação de forma positiva, em tese, não pode se proceder com o registro.

O ato positivo supramencionado, neste caso, corresponde no dever do oficial em indeferir o registro sob a óbice da adjudicação compulsória, isto porque, se encontra-se em acordo a transmissão, por qual motivo, o compromissário vendedor não consente no instrumento público?

Por tal, com a existência do consenso, caberá a lavratura de escritura pública, ou, a depender dos valores do imóvel, instrumento particular passível de registro, nos termos do artigo 108, do Código Civil vigente.

Neste sentido, sábio entendimento:

Isto porque, vale lembrar, o instituto da adjudicação compulsória tem o propósito de demandar do Estado-Juiz uma declaração de vontade substituta, suprindo a obrigação não cumprida pelo vendedor. Se no procedimento administrativo de adjudicação compulsória essa obrigação de fazer não é resistida, não há que se falar em substituição de algo que existe e está disponível. (PEREIRA, CORREA, DEPIERI, 2022, não paginado)

Possível ainda, que haja por parte do compromissário vendedor, a recusa ao procedimento de forma fundamentada, ou seja, com a apresentação de discordância, o que de imediato deverá ser interpretado com óbice ao registro, cabendo então, ao registrador, declarar a qualificação como negativa, devendo ocorrer o envio do procedimento para a instrução judicial.

Neste trilhar, necessária a compreensão de que, em se tratando de procedimentos extrajudiciais, intrínseco a este, o consenso ou não existência de resistência a pretensão, em meras palavras, para que haja então, a qualificação positiva, qual deverá ser o posicionamento do compromissário vendedor?

Isto porque, apresentando concordância à notificação, o procedimento deverá ser encerrado, da mesma forma que acarretará caso seja apresentada impugnação, o que se presume, que permanecer de forma inerte, acarretaria em registro.

Contudo, o silêncio na lei civil, é interpretado como concordância, em ressalva quando se trata da perda de propriedade.

Em saudosos exatidão e concordância ao supramencionado:

Vale lembrar que o silêncio como consenso na perda da propriedade já possui guarida no procedimento da usucapião extrajudicial, porém com uma grande diferença: o tempo para a prescrição aquisitiva. Numa hipótese de contrato de compra e venda com prova do pagamento (justo título), o adquirente precisa esperar dez anos para conseguir extrajudicialmente pleitear a propriedade. Se na adjudicação o silêncio ganhar a mesma força, estaria o legislador criando uma nova hipótese de usucapião, sem necessidade de nenhum lapso temporal. (PEREIRA, CORREA, DEPIERI, 2022, não paginado)

Com isso, improvável que o legislador tenha com objetivo, findar com o instituto da usucapião ordinária, ao passo que, é que o que se presume, quando o for objeto o justo título oriundo de promessa de venda e compra quitada.

Por tais detalhes, observa-se que ainda que possua apenas alguns incisos, o artigo 216-B, tratará aos servidores públicos, grande motivo de estudo, para que torne-se então, procedimento viável aos usuários, dotado de extrema segurança jurídica.

6 CONCLUSÃO

Desde os primórdios, é costumeiro que o homem, em sentido próprio, busque, ao longo dos anos, assegurar que sua vida tenha moradia, contudo, diante ao avanço da sociedade, o que antes era de preocupação somente masculina, passara a abranger o sexo oposto, ao passo que, ambos buscam por melhores condições, e em todos uma vontade máxima: a propriedade propriamente dita, em suas quatro faculdades.

Em seguida, desde de sempre, há nos planos de vida, a busca pela casa própria, ou ainda, os investimentos tidos como bons, em aquisição de imóveis, sejam lotes/casas para moradia, ou para fins de locação.

Neste cenário, há por parte do brasileiro, grande movimentação que resguarda as transações imobiliárias, contudo, em virtude a premissa dos acordos e compromissos

firmados no passado “de boca”, ainda no século XXI, pouco se compreende, a respeito do brocardo popular: somente é dono quem registra.

Assim, passa a ser de compreensão, bem como, explanado no decorrer deste estudo, que as Serventias cartorárias possuem competências específicas e individuais, isto porque, em quanto o Cartório/Tabelião de Notas, é responsável pela lavratura dos instrumentos públicos, como também, reconhecimento e autenticação de firmas, somente o Cartório de Registro de Imóveis, é quem assegurará ao indivíduo acesso ao fólio real, mediante o registro e posterior publicidade da transação efetivada.

Contudo, em sede de conhecimento popular, não limitando-se somente a falha por parte dos usuários ao grave risco de manterem-se irregulares, sem o registro, há ainda, o choque quando da busca por regularização, diante a tabela de custas e emolumentos disponibilizada pelo Colégio Notarial do Brasil – Notas – e à Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (ARISP) – CRI -, em virtude aos altos valores que serão auferidos, especialmente, por no segundo caso, não ocorrer a possibilidade de parcelamento.

Neste trilhar, depara-se com aqueles que de fato não possuem discernimento aos riscos inerentes a irregularidade, àqueles que ainda que compreendam, não dispõe de condições financeiras para regularizarem, bem como, àqueles que ainda que sabendo, permanecem inertes a regularizar, e, em um baixo percentual, daqueles que procuram por resguardar os direitos que possuem, efetivando assim, o registro e preocupando-se em não permitir que quaisquer ônus, sejam averbados e ou registrados, junto a matrícula de seus imóveis.

Assim, diante ao caos instalado, o que se encontra é um país, com alta movimentação de transação no campo imobiliário, contudo, com baixa regularização, o que, de forma direta corrobora para a baixa na arrecadação de impostos, bem como, à desvalorização de tais imóveis.

Neste sentido, com o intuito de resguardar a parcela que busca pela regularização de seu imóvel, o judiciário, adota o procedimento denominado por adjudicação compulsória.

A adjudicação compulsória, surge então, como uma luz ao final do túnel àqueles que após todas as tentativas possibilidades, não conseguem efetuar a lavratura da escritura pública, haja vista a resistência da parte contrária.

Ao que se estuda, é certo que, em virtude a objeção existente por parte da população quando é mencionado a necessidade de recorrer a via judicial para solucionar

problemas, atrelado ao conhecimento comum, de que, somente existirá como data o início, resguardada no protocolo de distribuição.

Contudo, também surge por meio deste procedimento, a carta de adjudicação, expedida após a sentença, pelo magistrado, que substitui a necessidade de outorga de escritura pública, bem como, que, em sede da gratuidade da justiça, que pode ocorrer no caso concreto, há ainda, a economia no registro, uma vez que, tal benefício se estenderá.

Neste diapasão, o que se abstrai do presente estudo, é que, em sede de regularização imobiliária, existir a possibilidade de resguardar os direitos adquiridos ao longo dos anos, permitindo que o interessado ingresse ao fôlio real, é garantir que a propriedade se torne plena, ainda com as adversidades, bem como, pouco conhecimento quanto a competência das serventias e ainda o custo elevado para registro.

Não obstante, garantir que haja o registro, é garantir que haja a publicidade de um direito já existente, cabendo ao judiciário, tão somente resguardar a celeridade para a finalização de tal procedimento.

Ademais, o implemento agora, por meio da via administrativa, a regularização ganhara novos horizontes, isto porque é de conhecimento popular a celeridade procedimental.

Ocorre que, em virtude a recente entrada em vigor, há no meio, imensa insegurança jurídica para fins de incentivo a tal medida, isto, conforme supramencionado, por não estabelecer por ora, qual deverá ser o posicionamento do compromissário vendedor, para que enseje em registro.

Claro restou-se que, em caso de notificação com anuência, o procedimento deverá ser encerrado, o mesmo ocorrendo em caso de haver a impugnação a este, posto que aqui, caberá a instrução judicial.

Contudo, nos remete ainda, na hipótese de manter o compromissário vendedor de forma inerte, nos mesmos termos, que assegura o registro, para fins da usucapião ordinária extrajudicial. Ocorre, conforme é sabido, não é intenção do legislador, criar por meio deste, nova modalidade da usucapião.

Por assim dizer, o que se presume é que, não há até o presente momento, clareza que se permita assegurar o imediato incentivo ao procedimento.

Atrelado a este entendimento, é de se mencionar ainda que, assim como ocorrera com a usucapião extrajudicial, necessário se faz, que seja criado pelo CNJ, provimento capaz de elucidar e resguardar de maior forma, a fase procedimental – pós prenotação ao

registro de imóveis pertinente - estruturando sob forma de tranquilizar e tornar-se viável aos usuários.

Por tal, a via administrativa é sem dúvidas, um caminho de excelência dada a celeridade processual que a resguarda, e após dado o norte necessário para o implemento deste procedimento, trará ao país, grande ferramenta capaz de corroborar de forma significativa a regularização imobiliária.

REFERÊNCIAS

ANOREG. **Artigo – Lei 14.382/2022 e adjudicação compulsória extrajudicial de imóvel**. 2022. Disponível em: < <https://www.anoreg.org.br/site/artigo-lei-14-382-2022-e-adjudicacao-compulsoria-extrajudicial-de-imovel/> >. Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

____. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)**. Brasília, DF, 18 nov. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 27 jul. 2022.

____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em: 13 jun. 2022.

____. **Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis nºs 4.591 de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos)**. Brasília, DF, 27 jun. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/lei/L14382.htm>. Acesso em: 14 nov. 2022.

DIP, Ricardo. **Registro de Imóveis (Princípios)**. São Paulo: PrimVs, 2017. p. 27.

DONIZETTI, Elpídio. **Adjudicação Compulsória Extrajudicial**. 2022. Disponível em: < <https://www.elpidiodonizetti.com/adjudicacao-compulsoria-extrajudicial/>>. Acesso em: 14 set. 2022.

FACHINI, Tiago. **Adjudicação Compulsória: o que é e como funciona?**. 2022. Disponível em: < <https://www.projuris.com.br/adjudicacao-compulsoria/#:~:text=Adjudica%C3%A7%C3%A3o%20compuls%C3%B3ria%20%C3%A9%20uma%20a%C3%A7%C3%A3o,junto%20ao%20Registro%20de%20Im%C3%B3veis.> >. Acesso em: 27 jul. 2022.

GAUCHO, Cartório. **Entenda: reconhecimento de firma por autenticidade ou semelhança.** 2020. Disponível em: <<https://cartoriogaicho.org.br/2020/02/05/entenda-reconhecimento-de-firma-por-autenticidade-ou-semelhanca/#:~:text=Ao%20fazer%20o%20reconhecimento%20de,identificado%20e%20assinou%20o%20documento>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática.** 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 3.

OLIVEIRA, Matheus Felipe de. **A lei 13.097 e o princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel.** 2022. Disponível em: < [https://lageportilhojardim.com.br/blog/lei-13097/#:~:text=sobre%20essa%20quest%C3%A3o,-.Princ%C3%ADpio%20da%20concentra%C3%A7%C3%A3o%20dos%20atos%20na%20matr%C3%ADcula%20e%20a%20Lei,averbado\)%20em%20sua%20respectiva%20matr%C3%ADcula](https://lageportilhojardim.com.br/blog/lei-13097/#:~:text=sobre%20essa%20quest%C3%A3o,-.Princ%C3%ADpio%20da%20concentra%C3%A7%C3%A3o%20dos%20atos%20na%20matr%C3%ADcula%20e%20a%20Lei,averbado)%20em%20sua%20respectiva%20matr%C3%ADcula)>. Acesso em: 13 nov. 2022.

PEREIRA, Eduardo Calais; CÔRREA, Leandro Augusto Neves; DEPIERI, Rafael Vitelli. **Adjudicação compulsória extrajudicial: conceitos e limites.** 2022. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/372122/adjudicacao-compulsoria-extrajudicial-conceitos-e-limites>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

REIS, Mariana Costa. **Adjudicação no Novo CPC: o que é, quem exerce e regras gerais.** 2020. Disponível em: < <https://www.aurum.com.br/blog/adjudicacao/>>. Acesso em: 22 jul. 2022.

ROSA, Roberta Pitrez. **Adjudicação Compulsória: Remédio processual para obtenção de escritura pública definitiva.** 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/344362/adjudicacao-compulsoria-remedio-obtencao-de-escritura-publica>>. Acesso em: 25 jul. 2022.

SANCHEZ, Rodrigo Elian. **Adjudicação compulsória extrajudicial: dúvidas em relação ao novo procedimento.** 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-out-04/rodrigo-elian-sanchez-adjudicacao-compulsoria-extrajudicial>>. Acesso em: 13 nov. 2022

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Coisas.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 152.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA E A IMPUTAÇÃO DE FRAUDE NO MEDIDOR: UMA ANÁLISE PRÁTICA DO TEMA À LUZ DA RESOLUÇÃO 1.000/2021 DA ANEEL E DA JURISPRUDÊNCIA

CESAR RONEY GONÇALVES DE ANDRADE FILHO:

Bacharel em Ciências Jurídicas pela Faculdade Estácio de Sá; Pós-graduado em direito e processo do trabalho e direito previdenciário pela Faculdade Estácio de Sá; Pós-graduando em direito constitucional de nível Lato Sensu pela Faculdade Focus, em parceria com CENES – Centro de Estudos de Especialização e Extensão; Pós-graduando em direito tributário de nível Lato Sensu pela Faculdade Focus, em parceria com CENES – Centro de Estudos de Especialização e Extensão; Assistente Jurídico no TJ-PI e Professor.⁸⁸

RESUMO: O presente artigo, sem pretensão de esgotar o tema, mas apenas apresentar um olhar sobre uma das demandas que repetidamente chegam ao judiciário e exigem uma solução coerente, justamente pelos bens jurídicos tratados. Procurou-se apresentar o atual regramento sobre o tema, qual seja a resolução 1.000/2021 da ANEEL que revogou a resolução 414/2010. Este artigo aborda diversos pontos de grande relevância sobre o tema, todos retirados de diversas demandas judiciais, que exigiram do poder judiciário um posicionamento sobre a temática buscando conferir maior segurança jurídica. Consta neste artigo as principais jurisprudências dos mais diversos tribunais do país sobre alguns dos pontos mais intrigantes referente a temática ora abordada. Aborda-se, por exemplo, sobre a temática da incidência do Código de Defesa do Consumidor nas demandas de recuperação de consumo, do tema da inversão do ônus da prova, da presunção de legitimidade do Termo de Ocorrência e Inspeção – TOI e sua produção ou não de forma unilateral. Aborda-se ainda a repercussão da ausência de realização de perícia e sua repercussão quando realizada e, por fim, discorre-se sobre como deve ser feito o cálculo do valor a recuperar, enfrentando algumas jurisprudências sobre o tema.

Palavras-chaves: Demanda de recuperação de consumo de energia elétrica, resolução 1.000/2021, fraude no medidor.

ABSTRACT: The present article, without intending to exhaust the theme, but only present a look at one of the demands that repeatedly reach the judiciary and demand a coherent solution, precisely for the legal interests treated. An attempt was made to present the

88 E-mail: cesarroney01@hotmail.com

current regulation on the subject, namely ANEEL resolution 1,000/2021, which revoked resolution 414/2010. This article addresses several points of great relevance on the subject, all taken from various lawsuits, which required the judiciary to take a position on the subject in order to provide greater legal certainty. This article contains the main jurisprudence of the most diverse courts in the country on some of the most intriguing points regarding the theme addressed here. It deals, for example, with the issue of the incidence of the Consumer Protection Code in demands for recovery of consumption, the issue of the reversal of the burden of proof, the presumption of legitimacy of the Term of Occurrence and Inspection - TOI and its production or not unilaterally. It also discusses the repercussion of the lack of expertise and its repercussion when carried out and, finally, it discusses how the calculation of the amount to be recovered should be done, facing some jurisprudence on the subject.

Keywords: Demand for recovery of electricity consumption, resolution 1.000/2021, meter fraud.

1. INTRODUÇÃO

Não é segredo que atualmente o judiciário brasileiro vem sofrendo para apresentar, de forma satisfatória, uma resposta à sociedade em virtude da quantidade de demandas que são diariamente ajuizadas nas mais diversas varas do país.

Parte dessa quantidade de ações decorrem de diversos fatores tais como: o monopólio da jurisdição por parte do estado, a baixa utilização dos outros meios de resolução de conflitos⁸⁹, a facilitação do acesso à justiça com a virtualização dos processos, bem como o aumento das demandas de massa, cada vez mais presente no judiciário pátrio.

Diante desse cenário verifica-se que uma ação em especial chama a atenção, seja pela divergência de entendimentos entres os mais diversos juízes do país, seja pelos princípios que são encontrados em conflito. Trata-se da ação comumente intitulada de "ação de fraude no medidor" ou mais tecnicamente "Ação declaratória de negativa/inexistência de débito".

⁸⁹ "Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. (p.67); [...] o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. [...] inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. (p.71);[...] Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio (p.71)." CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

Em síntese, a referida demanda, é gerada, como será analisado, por uma imputação de fraude ou desvio no medidor de energia elétrica de determinada Unidade Consumidora – UC, fato que gera o cômputo a menor do consumo de energia elétrica e, por conseguinte, a cobrança da diferença que não foi paga. Já, por outro lado, a alegação de atuação unilateral da concessionária na aferição da suposta fraude, bem como ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, principalmente diante da ausência de capacidade técnica do usuário para questionar a conclusão apresentada pela concessionária, logo pleiteia-se, em suma, a nulidade da cobrança e por vezes danos morais.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Alegação de fraude no medidor e a imputação de recuperação de crédito; aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova

Inicialmente, cabe destacar que a relação aqui desenvolvida, qual seja, concessionária de serviço público de um lado e usuário do serviço do outro, sem sombra de dúvida, enquadra-se como uma relação de consumo, hábil a atrair o regramento legal do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990.

Nesse sentido, destaca-se que, na grande maioria das ações que versam sobre a discussão ora apresentada, faz-se o requerimento de inversão do ônus probatório, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC. Quanto a este tema, é importante destacar que quando se fala em inversão do ônus da prova, refere-se em atribuir à concessionária de energia elétrica, como ré da ação, o ônus probatório de comprovar que a suposta fraude efetivamente ocorreu.

Ainda nesse ponto, cabe ponderar que não é porque se está diante de uma relação consumerista que automaticamente a inversão do ônus da prova deverá ocorrer, ou seja, a inversão probatória ocorrerá caso a caso, cabendo ao juiz ponderar sobre a sua aplicação ou não.

Humberto Theodoro Júnior ensina que:

Para as demandas intentadas no âmbito das relações de consumo existe regra especial que autoriza, em certos casos, a inversão do ônus da prova, transferindo-o do autor (consumidor) para o réu (fornecedor) (art. 6º, VIII, do CPC). **Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo.** Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor

condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que haverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova. (grifado)

Quanto ao tema, o entendimento de forma genérica do Superior Tribunal de Justiça apresenta-se da seguinte forma:

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. SUSPENSÃO DE DESCONTOS PELO EMPREGADOR. PROLONGAMENTO ATÉ A QUITAÇÃO DO VALOR INTEGRAL. PREVISÃO CONTRATUAL. NEGATIVAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **1. A mera existência de relação de consumo entre as partes não autoriza a automática inversão do ônus da prova, sendo necessária a existência de verossimilhança nas alegações do consumidor. Assim estabelece o art. 6º, VIII, do CDC.** 2. Considerando o acervo probatório dos autos, verifica-se que não há qualquer elemento que indique a verossimilhança das alegações da autora quanto ao pagamento da totalidade das prestações previstas no contrato de empréstimo. 3. Inicialmente, deve ser registrado que, pagando regularmente as 58 parcelas do empréstimo, que começaram a ser descontadas em julho/2012, o último pagamento ocorreria em abril/2017, de modo que a cobrança da parcela deste mês era legítima. 4. Nos documentos juntados aos autos pela autora é possível observar que no período referente ao segundo semestre de 2015 os pagamentos foram suspensos por 5 meses (ID 5170981, p. 5). Ademais, o comprovante dos descontos das parcelas do 2º semestre de 2016 foi juntado 2 vezes, mas como se estivessem quitando parcelas distintas (ID 5170981, p.11 e p.17). 5. No contrato firmado entre as partes há cláusula que autoriza expressamente que os descontos perdurarão até que o Cliente pague integralmente o saldo devedor decorrente do empréstimo realizado (cláusula 4.1, ID 5170984, p.3). 6. O órgão empregador da autora não realizou os descontos das parcelas atrasadas, e ainda remanescente, de modo

que a autora ainda é devedora destes valores até que ocorra a sua quitação. Assim, a inscrição no cadastro de inadimplentes em razão de parcela em atraso e não adimplida é legítima. 7. Ressalto, ainda, que das provas dos autos não há como saber as razões pelas quais o órgão empregador não realizou os descontos, podendo ter sido, inclusive, por falta de margem consignável, já que a autora contraiu novo empréstimo de elevada monta. **8. Uma vez afastada a inversão do ônus probatório em favor da consumidora e não tendo ela comprovado o pagamento de todas as parcelas do empréstimo, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe.** 9. Recurso CONHECIDO e PROVIDO. Sentença reformada para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Custas recolhidas. Sem condenação em honorários advocatícios à míngua de recorrente vencido. (TJ-DF 07059053720188070003 DF 0705905-37.2018.8.07.0003, Relator: JOÃO LUÍS FISCHER DIAS, Data de Julgamento: 10/10/2018, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/10/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) (grifado)

Contudo, especificamente, quanto às ações que versam sobre a alegação de fraude no medidor, o STJ vem entendendo ser devido a inversão do ônus probatório, justamente pela patente dificuldade de condições técnicas do usuário em apresentar provas da ausência de fraude apontada pela concessionária, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIA. **ÔNUS QUE INCUMBE À CONCESSIONÁRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO OBSERVADO.** 1. **Na hipótese dos autos, o consumidor faz jus à inversão do ônus da prova, consoante disposto no Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, está equivocado o Sodalício a quo ao estabelecer que a responsabilidade pela produção da prova técnica seria da empresa consumidora.** 2. **O consumidor pode invocar a não realização da perícia técnica em seu benefício, porquanto o ônus dessa prova é do fornecedor.** Se o medidor que comprovaria a fraude foi retirado pela fornecedora de energia para avaliação, permanecendo em sua posse após o início do processo judicial, caberia a ela a conservação do equipamento para realização de oportuna perícia técnica. 3. Não se pode presumir que a autoria da suposta fraude no medidor seja do consumidor, em razão somente

de considerá-lo depositário de tal aparelho. Isso porque a empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão. Precedentes do STJ. 4. Não prospera, também, as alegações de ausência de prequestionamento; de ausência de impugnação específica dos fundamentos do acórdão vergastado; de falta de cotejo analítico e de necessidade de reexame do contexto fático-probatório, pois o *punctum dolens* da presente insurgência se refere à inobservância do direito do consumidor em ser beneficiado pela inversão do ônus da prova, matéria devidamente prequestionada, prejudicial às conclusões do acórdão objurgado. 5. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1801070 PR 2019/0058526-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 01/10/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2019)

Destaca-se somente mais um ponto sobre o tema, qual seja, a inversão do ônus probatório é matéria de instrução e não de julgamento, ou seja, cabe ao juízo, no momento do primeiro despacho de recebimento da petição inicial, ou no mais tardar no saneamento, intimar o réu da inversão atribuída, a fim de que este possa se desincumbir de seu ônus apresentando as provas devidas no momento oportuno. Destarte, é o posicionamento do STJ sobre o tema:

A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor é regra de instrução e não regra de julgamento, motivo pelo qual a decisão judicial que a determina deve ocorrer antes da etapa instrutória ou, quando proferida em momento posterior, há que se garantir à parte a quem foi imposto o ônus a oportunidade de apresentar suas provas, sob pena de absoluto cerceamento de defesa. REsp 1.286.273-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 08/06/2021.

Assim, nos parece que não resta dúvidas que a inversão do ônus probatório, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, não é automática necessitando, minimamente a presença de verossimilhança das alegações apresentadas ou hipossuficiência. Contudo, em se tratando de demanda que questiona a suposta fraude no medidor de energia elétrica apontada pela concessionária ao consumidor, resta devido a inversão probatória, visto que, de fato, o usuário não dispõe de capacidade técnica para formar tal prova sendo, por vezes,

ainda que permitido o requerimento de realização de perícia, demasiadamente custoso e complexo de se acompanhar, conforme será analisado.

2.2 Procedimento de caracterização de irregularidades; resolução n. 1.000/21 da ANEEL; produção do TOI e a ofensa, ou não, ao contraditório e ampla defesa

Entrando diretamente no cerne do presente artigo, o qual diz respeito ao procedimento previsto na Resolução 1.000/21 da ANEEL para verificação e caracterização de irregularidades, encontra-se aqui o motivo de tanta divergência entre os juízos e tribunais, bem como irrisignação dos usuários, que alegam como argumento principal a ofensa ao contraditório, bem como a unilateralidade do procedimento previsto.

Destaca-se primeiramente que a Resolução n.1.000/2021 da ANEEL revogou a Resolução 414/2010, tendo esse primeira aprimorado vários pontos da resolução revogada, contudo mantendo, em sua essência, o procedimento ora analisado e que será objeto de apreciação mais detida.

O art. 589 da referida resolução prevê que: “A distribuidora deve realizar ações de combate ao uso irregular da energia elétrica de forma permanente”. Desse modo, percebe-se que o ônus de verificação dos equipamentos, como uma forma de combater o uso irregular, é da concessionária distribuidora de energia.

Não obstante, cabe ponderar que ao usuário também cumpre a custódia do medidor e demais equipamentos de medição da distribuidora cuidando da integridade dos mesmos sob pena de ser cobrado pela sua substituição, nos termos do art. 585 da resolução.

Art. 585. O consumidor é responsável:

I - pela custódia do medidor e demais equipamentos de medição da distribuidora quando instalados no interior de seu imóvel; e

II - pela guarda e manutenção de dispositivo personalizado cedido pela distribuidora, quando este for utilizado pelo sistema de medição adotado.

Parágrafo único. A distribuidora pode cobrar pela substituição do dispositivo personalizado nos casos de perda, dano ou extravio, excetuadas as situações de defeitos de fabricação.

Quanto ao procedimento o art. 590 da referida resolução apresenta como a distribuidora/concessionária deve proceder quando verificado a ocorrência de indícios de

procedimento irregular (fraude). Diante da importância do tema, colaciona-se aqui a integralidade do artigo citado.

Art. 590. Na ocorrência de indício de procedimento irregular, a distribuidora **deve** adotar as providências necessárias para sua fiel caracterização, compondo um **conjunto de evidências** por meio dos seguintes procedimentos:

I - **emitir o Termo de Ocorrência e Inspeção - TOI**, em formulário próprio, elaborado conforme instruções da ANEEL;

II - **solicitar a verificação ou a perícia metrológica**, a seu critério ou quando requerida pelo consumidor;

III - **elaborar relatório de avaliação técnica quando constatada a violação do medidor ou demais equipamentos de medição**, contendo as informações técnicas e a descrição das condições físicas de suas partes, peças e dispositivos, exceto quando for solicitada a perícia metrológica do inciso II;

IV - **avaliar o histórico de consumo** e das **grandezas elétricas**; e

V - implementar, **quando julgar necessário**: a) medição fiscalizadora, com registros em memória de massa de pelo menos 15 (quinze) dias consecutivos; e b) recursos visuais, tais como fotografias e vídeos.

§ 1º A medição fiscalizadora, calibrada conforme padrão do INMETRO ou órgão metrológico delegado, pode permanecer instalada no circuito da medição de faturamento da unidade consumidora, com o objetivo de comparação das grandezas elétricas medidas, pelo tempo que a distribuidora julgar necessário.

§ 2º Enquadra-se como procedimento irregular o aumento de carga à revelia da distribuidora que cause defeito no sistema de medição, o que deve ser comprovado pela distribuidora.

§ 3º Em caso de defeito na medição sem comprovação do procedimento irregular ou do aumento de carga à revelia, a distribuidora deve proceder conforme Seção V do Capítulo VIII do Título I, não se aplicando o disposto neste Capítulo.

Conforme pode ser verificado pela leitura do artigo transcrito, existe um procedimento a ser seguido, a fim de que, diante de indícios de um procedimento irregular em determinada unidade consumidora, seja formado um “conjunto de evidências” comprobatórias da irregularidade.

Como já visto anteriormente, o STJ vem entendendo pela inversão do ônus da prova nesses casos, justamente em razão desse “dever” atribuído à concessionária de formar o “conjunto de evidências” da suposta irregularidade, logo, caberia a ela o ônus de administrativamente ou em juízo provar a efetiva irregularidade.

Nesse cenário, a resolução enumera instrumentos à disposição da distribuidora/concessionária para que seja viabilizada a formação do lastro probatório da irregularidade, dentre eles, e sem dúvidas o que causa maiores discussões é o Termo de Ocorrência e Inspeção – TOI.

O referido termo, nada mais é do que um formulário padronizado, aprovado pela ANEEL90 no qual constam campos para registrar a inspeção feita na Unidade Consumidora, indicando, por exemplo, a identificação do consumidor e da unidade consumidora, dados da medição, dados da inspeção, requerimento de perícia pelo consumidor, levantamento ou não de carga instalada, bem como o campo para assinatura da pessoa que acompanhou a inspeção.

Não obstante o Termo de Ocorrência e Inspeção – TOI servir como um registro da inspeção realizada, a fim de subsidiar a suposta irregularidade, o grande questionamento referente ao documento diz respeito ao fato de o usuário, ainda que acompanhando e assinando o documento (TOI), por vezes, sequer saber o que está sendo analisado, ou mesmo sem possuindo condições para aferir tecnicamente o que está sendo indicado no documento.

Nesse sentido, centenas de ações judiciais são diariamente ajuizadas visando desconstituir o débito imputado pelas distribuidoras aos usuários, sob a alegação de fraude no medidor (irregularidade), tendo como fundamento principal o TOI emitido quando da vistoria e assinado pelo titular ou representante da unidade consumidora vistoriada.

90 O modelo de formulário TOI pode ser visualizado na internet no seguinte link:

https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=43371&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

Como já mencionado, o judiciário diverge muito quanto a força probatória do TOI, principalmente se o mesmo configura um documento de confecção unilateral ou não. Assim, para apresentar alguns posicionamentos sobre a divergência citada socorremo-nos em alguns entendimentos e decisões judiciais.

Inicia-se apontando o entendimento sumulado do Tribunal de Justiça Fluminense – TJRJ, que entendeu pela ausência de presunção de legitimidade do documento, vejamos:

Súmula 256 - "O termo de ocorrência de irregularidade, emanado de concessionária, **não ostenta o atributo da presunção de legitimidade, ainda que subscrito pelo usuário.**

Tal entendimento acima exposto é importante, visto que, em regra, as concessionárias de energia elétrica afirmam que seus atos (incluindo o TOI) possuem a mencionada presunção de legalidade, logo deveriam ser aceitos como prova hábil a configurar a suposta fraude. O principal fundamento das concessionárias/distribuidoras para sustentar tal presunção baseia-se no art. 175 da Constituição Federal somado ao art. 1º e 2º da Lei. n. 8.987/98:

Art.175 da CF/88. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Lei 8.987/98 Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos. Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei. Buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontra o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão; II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial,

conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

O Tribunal de Justiça Paulista -TJ-SP, através da 25ª e 32ª Câmaras de Direito Privado, por sua vez, possuem diversos julgados apontando que o TOI é um documento produzido de forma unilateral, logo não podendo ser o único a subsidiar a comprovação de fraude no medidor, vejamos:

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – INEXIGIBILIDADE DA COBRANÇA – Irregularidades na medição de consumo de energia – Ausência de provas e de preservação do cenário fraudulento alegado – Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) lavrado de forma unilateral – Não observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório – Prática abusiva – Necessidade de comprovação da responsabilidade do usuário pela suposta fraude – Cobrança arbitrária – DANOS MORAIS – Configuração – Ameaça de interrupção do fornecimento fundado em dívida pretérita – "QUANTUM" INDENIZATÓRIO – Indenização arbitrada em R\$ 8.000,00 – Valor que, diante das circunstâncias do caso, revela-se adequado para sanar de forma justa a lide – Negado provimento. (TJ-SP - AC: 10095559520228260602 Sorocaba, Relator: Hugo Crepaldi, Data de Julgamento: 03/11/2022, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/04/2023)

Prestação de serviços. Fornecimento de energia elétrica. Declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais. Concessionária ré que promove a cobrança de valores de suposta energia elétrica consumida e não registrada em decorrência de supostas irregularidades constatadas no relógio medidor instalado

no imóvel da autora. **Cobrança baseada em Termo de Ocorrência e Inspeção (TOI) produzido de forma unilateral. Documento que não se presta a fazer prova da alegada fraude. Inversão do ônus da prova. Aplicação da regra do artigo 6º, VIII, do CDC.** Prova pericial que não pode ser produzida porque a concessionária ré não preservou o relógio medidor. Concessionária que não provou a irregularidade no consumo de energia. Recurso improvido. (TJ-SP - AC: 10045057520188260005 SP 1004505-75.2018.8.26.0005, Relator: Ruy Coppola, Data de Julgamento: 12/11/2021, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/11/2021)

Por outro lado, alguns tribunais entendem pela validade do TOI produzido durante a inspeção e assinado pelo usuário ou alguém que acompanhe a vistoria, sendo, portanto, afastado a tese da unilateralidade do documento, nesse sentido é o posicionamento da 35ª câmara de direito privado do TJ-SP:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENERGIA ELÉTRICA – AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO - Constatação de irregularidades no medidor de energia elétrica - Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) - **Presunção relativa de veracidade - Conjunto probatório que confere validade ao TOI - Existência de degrau de consumo** - Débito exigível – Ação improcedente – Recurso desprovido, com observação. (TJ-SP - AC: 10475698220218260506 SP 1047569-82.2021.8.26.0506, Relator: Melo Bueno, Data de Julgamento: 21/11/2022, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/11/2022)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENERGIA ELÉTRICA – AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO – RECONVENÇÃO - **Constatação de manipulação no medidor de energia elétrica - Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) – Presunção relativa de veracidade - Conjunto probatório que confere validade ao TOI** - Existência de degrau de consumo - Débito exigível - Ação parcialmente procedente – Reconvenção procedente – Recurso parcialmente provido. (TJ-SP - AC: 10016747920218260383 Nhandeara, Relator: Melo Bueno, Data de Julgamento: 31/08/2023, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/08/2023)

Ainda nesse sentido é o entendimento da Comarca de Pio XII - Maranhão que assim dispõe:

APELACAO CIVEL. ACAO DE OBRIGACAO DE FAZER C/C DESCONSTITUICAO DE DÍVIDA E INDENIZACAO POR DANOS MORAIS. IRREGULARIDADE NO MEDIDOR. CONSTATAÇÃO. PERICIA TECNICA. INMEQ. I - Considerando que **a CEMAR realizou todos os procedimentos previstos na Resolução nº 414/2010 da ANEEL (que substituiu a Resolução nº 456/2000), principalmente aqueles destinados a apuração de irregularidades (art. 129), produzindo documento de inspeção, Termo de Ocorrência e Inspeção - TOI, prova pericial, fotos e o histórico de consumo da unidade consumidora, de onde se constata facilmente a irregularidade no medidor de energia** da recorrida, incabível a condenação por dano moral e a declaração de nulidade de cobrança. (Ap 0203762017, Rel. Desembargador (a) JORGE RACHID MUBARACK MALUF, PRIMEIRA CAMARA CIVEL, julgado em 21/09/2017 , DJe 04/10/2017) ANTE O EXPOSTO, resolvo o mérito da demanda, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgando improcedentes os pedidos da inicial, por conseguinte, revogo desde já os efeitos da tutela de urgência concedida liminarmente. Sem custas e nem honorários neste primeiro grau de jurisdição. Publique-se. Registre-se. Intime-se. Pio XII, 20 de marco de 2017. Felipe Soares Damous Juiz de Direito Titular da Comarca de Pio XII Resp: 186536.

Como é possível verificar as decisões judiciais variam em ambos os sentidos, ora por acatar o TOI produzido durante a vistoria, desde que sua produção seja devidamente acompanhada, ora o afastando sob a tese de ser um documento unilateralmente produzido, ainda que com assinatura do usuário. Tal fato gera, por vezes, insegurança jurídica no sentido da própria valoração das provas apresentadas pelas concessionárias no bojo dos processos judiciais.

É certo que, no âmbito processual, dá-se preferência para uma análise global de todo o arcabouço probatório produzido pela concessionária de energia, conforme já analisado no art. 590 da resolução n. 1.000/21 da ANEEL, visando a comprovação da suposta fraude, logo o sucesso ou não da alegação parte por uma análise não só do TOI, mas de todo o processo administrativo instaurado para apuração, inclusive e principalmente, a verificação da perícia realizada. Esse, inclusive, é o entendimento exposto pelo TJ-RJ no sentido da possibilidade de requerimento, de ofício, pelo magistrado da realização da prova pericial.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUJO PEDIDO É CUMULADO COM O DE INDENIZAÇÃO POR

DANOS MORAIS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. LAVRATURA DE TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE (TOI). PROVA PERICIAL NÃO REALIZADA. TROCA DO MEDIDOR. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA INDIRETA. SENTENÇA ANULADA. **A regularidade do TOI objeto da lide somente poderia ser esclarecida por meio da prova pericial, posto que o magistrado é auxiliado a formar o seu convencimento por um profissional especializado na área de engenharia**, vez que a questão é eminentemente técnica e demanda conhecimento específico sobre a matéria. **Para a adequada prestação jurisdicional faz-se imprescindível a realização de prova pericial, de modo a verificar a compatibilidade entre o consumo faturado pela ré e a carga elétrica instalada residência do autor, na época dos fatos narrados na petição inicial e objeto da recuperação do consumo formalizada com a lavratura dos TOI nºs 8.329.029 e 8.499.401. A tudo acresce tratar-se de prova que pode e deve ser determinada, ex officio, pelo magistrado, nos termos do artigo 370, do vigente Código de Processo Civil, de 2015, independente de requerimento das partes.** Recurso a que se dá parcial provimento. (TJ-RJ - APL: 02459423920188190001, Relator: Des(a). DENISE LEVY TREDLER, Data de Julgamento: 30/07/2019, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL) (grifo nosso)

Diante dessa discussão posta, a Resolução n. 1.000/21, prevê no seu art. 591, alguns deveres para as concessionárias/distribuidoras quando da produção do TOI, vejamos:

Art. 591. **Ao emitir o TOI, a distribuidora deve:**

I - **entregar cópia legível ao consumidor ou àquele que acompanhar** a inspeção, mediante recibo com assinatura do consumidor ou do acompanhante; e

II - **informar**: a) a possibilidade de solicitação de verificação ou de perícia metrológica junto ao INMETRO ou ao órgão metrológico delegado; e b) os prazos, os custos de frete e de verificação ou da perícia metrológica, e que o consumidor será responsabilizado pelos custos se comprovada a irregularidade, vedada a cobrança de outros custos.

§ 1º **É permitida a emissão eletrônica do TOI** e a coleta eletrônica da assinatura do consumidor ou daquele que acompanhar a

inspeção, devendo a distribuidora garantir a impressão no local ou o envio ao consumidor com comprovação do recebimento.

§ 2º Se o consumidor se recusar a receber a cópia do TOI, a distribuidora deve armazenar evidências que comprovem a recusa, inclusive, se for o caso, com prova testemunhal.

§ 3º Em caso de recusa do recebimento do TOI ou se não for o consumidor que acompanhar a inspeção, a distribuidora deve enviar ao consumidor em até 15 (quinze) dias da emissão, por qualquer modalidade que permita a comprovação do recebimento, a cópia do TOI e demais informações dos incisos do caput.

§ 4º O consumidor tem 15 (quinze) dias, contados a partir do recebimento do TOI, para solicitar à distribuidora a verificação ou a perícia metrológica no medidor e demais equipamentos junto ao INMETRO ou órgão metrológico delegado.

§ 5º As marcas de selagem que são controladas pelo INMETRO ou pelo órgão metrológico delegado não podem ser rompidas pela distribuidora enquanto dentro do prazo do § 4º ou antes da realização da verificação ou da perícia metrológica.

§ 6º A cópia do TOI e do conjunto de evidências utilizados para caracterização da irregularidade **devem ser disponibilizadas** adicionalmente no espaço reservado de atendimento pela internet.

Percebe-se, portanto, que existe um “dever” de observância das regras postas, sob pena de nulidade do TOI produzido.

Da leitura do artigo 591 observa-se que é garantido ao consumidor usuário, devendo ser devidamente informado, a possibilidade de requerer a realização de verificação ou perícia do medidor supostamente fraudado. Ressaltando que todo o custo, incluindo o frete e a própria vistoria, correrão às expensas do usuário (art. 591, II, b, da resolução 1000/21). A propósito cabe destacar que a citada cobrança do custo da realização da perícia, mostra-se questionável, visto que se a imputação de fraude parte da concessionária, caberia a ela provar sua alegação, para isso usando da perícia como instrumento. Ademais, no caso de inversão do ônus probatório, entendemos que também deve ser invertido o ônus financeiro de todo o gasto para com a realização da perícia. Desse modo já se posicionou o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIA. **ÔNUS QUE INCUMBE À CONCESSIONÁRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO OBSERVADO.** 1. Na hipótese dos autos, o consumidor faz jus à inversão do ônus da prova, consoante disposto no Código de Defesa do Consumidor. **Desta forma, está equivocado o Sodalício a quo ao estabelecer que a responsabilidade pela produção da prova técnica seria do consumidor.** 2. **O consumidor pode invocar a não realização da perícia técnica em seu benefício, porquanto o ônus dessa prova é do fornecedor.** Se o medidor que comprovaria a fraude foi retirado pela fornecedora de energia para avaliação, permanecendo em sua posse após o início do processo judicial, caberia a ela a conservação do equipamento para realização de oportuna perícia técnica. 3. Não se pode presumir que a autoria da suposta fraude no medidor seja do consumidor, em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho. Isso porque a empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão. Precedentes do STJ. 4. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1736567 SP 2018/0084083-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 07/06/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/11/2018) (grifado no original)

No âmbito prático, principalmente materializados nas mais diversas ações judiciais, os consumidores alegam que não foram informados da realização da perícia ou da possibilidade de requerê-la, ou ainda que a perícia foi realizada pela própria concessionária/distribuidora ou terceirizados vinculados à concessionária e por fim que a perícia é realizada em estado diferente do local de residência do usuário. Em todos esses casos os tribunais vêm se posicionando no sentido da fragilização do contraditório e da ampla defesa, vejamos:

Agravo interno. Apelação. Negativa de seguimento. Energia elétrica. Perícia no medidor. Realização. Empresa terceirizada de outro estado. Abusividade. **A perícia a ser efetivada em medidores de energia suspeitos de fraude deve operar-se por meio de órgão metrológico oficial, ou seja, pelo IPEM ou INMETRO, porém nunca por ato unilateral da própria concessionária do serviço**

público de energia. Mostra-se abusiva a realização de perícia por empresa terceirizada, localizada em outro estado da Federação, impondo-se ao consumidor o ônus de ter que se deslocar a fim de acompanhar a confecção do laudo. (TJ-RO - AGV: 00008103320128220012 RO 0000810-33.2012.822.0012, Relator: Desembargador Kiyochi Mori, Data de Julgamento: 05/12/2012, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 11/12/2012.)

Apelação Cível. Fornecimento de energia elétrica. Perícia unilateral. Recuperação de consumo. Cobrança indevida. Estimativa de Valor. Negativação Indevida. Dano moral. Configurado. Pagamento. Compensação. Negado. Recurso não provido. Embora possível que a concessionária de serviço público apure a recuperação de consumo de energia elétrica em razão de supostas inconsistências no consumo pretérito, se faz necessária a comprovação do cumprimento rigoroso dos procedimentos normativos da ANEEL, sob pena de desconstituição do débito apurado apenas por meio de perícia unilateral. **A perícia realizada em medidor de energia elétrica, deve observar, entre outros, o exercício do contraditório e ampla defesa da parte contrária, sendo imprescindível sua participação, mediante sua regular notificação para comparecimento. Caso contrário, tratar-se-á de perícia unilateral, totalmente nula.** O parâmetro a ser utilizado para o cálculo do débito, deverá ser a média de consumo dos três meses, imediatamente, posteriores à substituição do medidor e, pelo período pretérito máximo de doze meses. A recuperação de consumo não poderá se basear em valores apurados por estimativa. É devida indenização por dano moral ao consumidor, em razão da negativação indevida de seu nome no cadastro de inadimplentes. Não cabe a compensação prevista no art. 113, II, e § 3º da Resolução 414 da ANEEL, para o pagamento de condenação em danos morais. (TJ-RO - AC: 70010117620218220015 RO 7001011-76.2021.822.0015, Data de Julgamento: 01/12/2021)

Por fim, verifica-se ainda, como tese apresentada pelas concessionárias de energia elétrica em grande parte das demandas judiciais, o fato de o usuário ser, como já mencionado no presente artigo⁹¹, um depositário do aparelho de medição de energia,

91 Resolução 1000/21, da ANEEL - Art. 585. O consumidor é responsável: I - pela custódia do medidor e demais equipamentos de medição da distribuidora quando instalados no interior de seu imóvel; e II - pela guarda e manutenção de dispositivo personalizado cedido pela distribuidora, quando este for utilizado pelo

logo este teria o dever de guarda e conservação estando responsável pelos defeitos e irregularidades porventura apresentadas. Não obstante o posicionamento mencionado, o STJ vem afastando tal tese, visto exigir-se, como a própria resolução 1.000//2021 da ANEEL informa (art. 590, *caput*), um “conjunto de evidências” para comprovar a irregularidade, assim:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DAR PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA. 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior **firmou-se no sentido de não ser possível presumir que a autoria da suposta fraude no medidor de energia elétrica seja do consumidor, em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho**, bem assim de não ser possível responsabilizá-lo por débito de consumo, sem a comprovação inequívoca de sua autoria na fraude. Incidência da Súmula 83 do STJ. 2. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 1435885 RS 2019/0018206-0, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 30/05/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/06/2019) (grifo nosso)

Diante de todo o exposto até aqui, verifica-se que os juízes ainda vêm construindo consensos sobre o tema, contudo já se fixou premissas importantes que devem ser observadas, sob pena de nulidade do procedimento administrativo de apuração de irregularidade no consumo de energia. Passa-se, portanto, primeiramente no dever de observância estrita do previsto na resolução 1.000/21 da ANEEL, bem como dos princípios básicos que norteiam a Constituição Federal, e a Lei de Concessões Públicas, assim como do conhecimento dos consumidores de seus direitos, a fim de exigirem o cumprimento das mencionadas determinações.

2.3 Apuração do valor decorrente da recuperação de crédito; dos requisitos sucessivos e o critério residual

Um outro ponto que merece um estudo mais aprofundado diz respeito aos critérios adotados para quantificação do valor de recuperação do consumo, dito de outra forma, seria a forma de cálculo que será adotada para apurar o quanto deve ser pago pelo consumidor diante da comprovação de fraude (uso de energia sem o seu pagamento).

sistema de medição adotado. Parágrafo único. A distribuidora pode cobrar pela substituição do dispositivo personalizado nos casos de perda, dano ou extravio, excetuadas as situações de defeitos de fabricação.

A resolução 1.000/2021 da ANEEL prevê em seu artigo 595 vários critérios sucessivos que podem ser usados pelas concessionárias, a depender do caso concreto, para apurar o valor a ser ressarcido pelo usuário a título de recuperação de consumo, vejamos:

Art. 595. Comprovado o procedimento irregular, a distribuidora deve apurar a receita a ser recuperada calculando a diferença entre os valores faturados e aqueles apurados, por meio de um dos critérios a seguir, aplicáveis de forma **sucessiva**:

I - utilização do consumo apurado por medição fiscalizadora, proporcionalizado em 30 (trinta) dias, desde que utilizada para caracterização da irregularidade, conforme art. 590;

II - aplicação do fator de correção obtido por meio de inspeção do medidor e apuração do erro de medição causado pelo emprego de procedimentos irregulares, desde que os selos, os lacres, a tampa e a base do medidor estejam intactos;

III - utilização da média dos três maiores valores disponíveis de consumo de energia elétrica, proporcionalizados em 30 (trinta) dias, e de demanda de potências ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição regular imediatamente anteriores ao início da irregularidade;

IV - determinação dos consumos de energia elétrica e das demandas de potências ativas e reativas excedentes por meio da carga desviada, quando identificada, ou por meio da carga instalada, verificada na constatação da irregularidade; ou

V - utilização dos valores máximos de consumo de energia elétrica, proporcionalizado em 30 (trinta) dias, e das demandas de potência ativa e reativa excedente, dentre os ocorridos nos 3 (três) ciclos imediatamente posteriores à regularização da medição.

§ 1º Caso a distribuidora verifique, nos 36 (trinta e seis) ciclos completos de faturamento anteriores à data do início da irregularidade, valor menor ou igual a 40% (quarenta por cento) para a relação entre a soma dos 4 (quatro) menores e a soma dos 4 (quatro) maiores valores de consumo ou de demanda de energia

elétrica ativa, deve considerar essa condição para a recuperação da receita.

§ 2º Deve ser considerada como carga desviada a soma das potências nominais dos equipamentos elétricos conectados na rede elétrica, no ramal de conexão ou no ramal de entrada da unidade consumidora, nos quais a energia elétrica consumida não é medida.

§ 3º No caso do inciso IV, aplica-se para a classe residencial o tempo médio e a frequência de utilização de cada carga, e, para as demais classes, os fatores de carga e de demanda obtidos a partir de outras unidades consumidoras com atividades similares.

Art. 596. Para apuração da receita a ser recuperada, **o período de duração da irregularidade deve ser determinado tecnicamente ou pela análise do histórico dos consumos de energia elétrica e demanda de potência**, respeitados os limites instituídos neste artigo.

Verifica-se, na prática, que o judiciário já tem se posicionado com relação a utilização de alguns dos critérios acima elencados, quando a concessionária, por exemplo, não consegue estabelecer especificamente o período inicial da fraude.

Analisando, por exemplo o uso do critério previsto no inciso III do art. 595 a concessionária pode calcular o valor a ser recuperado utilização da média dos três maiores valores disponíveis de consumo de energia elétrica, ocorridos em até 12 (doze) ciclos (meses) completos de medição regular imediatamente anteriores ao **início da irregularidade**.

Percebe-se, portanto, que para ser usado o referido critério primeiro ter-se-ia que fixar o mês de início da irregularidade apurada, veja que não se estar a falar da data da vistoria, mas sim da data de início da prática do desvio. Assim, como, em regra, não é possível fixar a o mês de início da fraude, o uso do critério, levando em conta a média dos três maiores consumos nos últimos 12 meses parece-nos abusivo e contra o teor da resolução 1000/2021 da ANEEL.

Prosseguindo, sucessivamente poderia ser usado, então, o critério previsto no inciso IV do art. 595, em resumo seria o uso do critério da "carga instalada", verificada na constatação da irregularidade.

Mais uma vez esse critério também encontra alguns problemas práticos para ser usado, destaca-se que "carga instalada" nada mais é do que a aferição dos equipamentos consumidores de energia elétrica que guarnecem a residência do usuário. Em breve síntese,

afere-se quais os equipamentos elétricos existentes na residência e efetua-se um cálculo do consumo dos referidos equipamentos durante o período em que houve a fraude, a fim de descobrir o real consumo da Unidade Consumidora-UC no período.

Não obstante ser um critério previsto na resolução, a jurisprudência vem afastando a utilização do mesmo, sob a justificativa de se configurar como uma prática abusiva, visto que levar-se-ia em conta que os aparelhos e utensílios permaneceriam constantemente em funcionamento, o que na maioria das vezes não ocorre. Nesse sentido é o que prevê o TJ-PI:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO. ENERGIA ELÉTRICA. IMINÊNCIA DO CORTE NO FORNECIMENTO DO SERVIÇO. ALEGAÇÃO DE FRAUDE NO MEDIDOR NÃO CONSTATADA. **Abusividade da fórmula de apuração da dívida, com base na carga instalada na unidade consumidora (Art. 72, IV, alínea da Resolução nº 456/2000, ANEEL. [...].** (TJ-PI - AC: 00001199720138180140 PI 201400010073300, Relator: Des. José James Gomes Pereira, Data de Julgamento: 17/03/2015, 2ª Câmara Especializada Cível, Data de Publicação: 25/03/2015).

Ainda sobre o tema vejamos o posicionamento do TJRJ:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUTOR QUE CONTESTA VALORES DE CONSUMO REFERENTES AO PERÍODO DE JANEIRO A MARÇO DE 2015. LAUDO PERICIAL QUE NÃO DETECTOU DEFEITO NO MEDIDOR ATUAL. **ESTIMATIVA FEITA PELO PERITO DO JUÍZO DE VALOR MÉDIO MÁXIMO DE CONSUMO, COM BASE NOS APARELHOS ELÉTRICOS DA CASA E A CARGA INSTALADA ATUALMENTE. CRITÉRIO QUE NÃO SE AFIGURA FIDEIDIGNO EIS QUE NÃO REFLETE DE FORMA CONCRETA E REAL O MODO E FREQUENCIA DA UTILIZAÇÃO DA ENERGIA PELOS MORADORES DA RESIDÊNCIA, NÃO PODENDO SE SOBREPOR À MEDIÇÃO EFETIVA,** SE NÃO DETECTADO VÍCIO NO EQUIPAMENTO. VISTORIA DO PERITO REALIZADA APROXIMADAMENTE UM ANO APÓS A DATA DAS CONTAS IMPUGNADAS, SENDO NATURAL UMA MUDANÇA NA UTILIZAÇÃO DOS APARELHOS ELÉTRICOS. MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA COM CHIP DOTADO DE TECNOLOGIA QUE DIFICULTA O EMPREGO DA FRAUDE. COBRANÇA REGULAR. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RJ - APL:

00041645020158190075 RIO DE JANEIRO REGIONAL VILA INHOMIRIM VARA CÍVEL, Relator: JDS MARIA DA GLORIA OLIVEIRA BANDEIRA DE MELLO, Data de Julgamento: 04/10/2017, VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 09/10/2017)

Como visto no caput do art. 595, os critérios devem ser usados de forma sucessiva, ou seja, somente passa-se para o seguinte quando não for possível aplicar o anterior.

Quando, por ventura, no caso concreto não é possível aplicar nenhum dos critérios apresentados na resolução, passa-se a utilizar um outro critério residual previsto art. 596, caput e seu parágrafo 1º, vejamos:

Art. 596. Para apuração da receita a ser recuperada, **o período de duração da irregularidade deve ser determinado tecnicamente ou pela análise do histórico dos consumos de energia elétrica e demanda de potência**, respeitados os limites instituídos neste artigo.

§ 1º Na **impossibilidade da distribuidora identificar o período de duração da irregularidade** mediante a utilização dos critérios dispostos no caput, o período de cobrança **fica limitado aos 6 (seis) ciclos imediatamente anteriores à constatação da irregularidade**.

É possível perceber que o previsto no parágrafo 1º trata-se de um critério residual, usado nas hipóteses em que não resta possível o uso dos demais critérios, principalmente pela ausência de fixação do início da fraude e conseqüentemente sua duração.

Assim, pelo critério residual, limita-se o cálculo ao período de seis ciclos (meses) anteriores à constatação da fraude e não de seu início.

Pondera-se por fim, que todo o cálculo de aferição do valor a ser recuperado deve ocorrer de forma técnica e permitindo o contraditório por parte do usuário. Assim entendemos ser a melhor forma de apuração quando não for possível o uso dos demais critérios, conforme já apresentado.

3. CONCLUSÃO

O presente artigo, apresentou um panorama sobre alguns dos pontos principais referentes ao procedimento de recuperação de consumo. Apresentou-se uma análise tanto do ponto de vista das concessionárias, conforme a previsão trazida pela Resolução 1.000/2021 da ANEEL, bem como do ponto de vista dos usuários, com as principais teses

que são apresentadas nas mais diversas ações que questionam a imputação de débito decorrente a suposta fraude apurada.

Cabe ressaltar que neste artigo não se buscou indicar como correto nenhuma das teses apresentadas, mas tão somente demonstrar que existem diversos posicionamentos sobre os temas específicos abordados, assim como em quais sentidos os tribunais vêm construindo seus entendimentos sobre as citadas discussões.

Concluiu-se por tanto, que existe uma regulamentação recente que visa garantir uma lisura e respeito ao usuário no momento de aferir qualquer tipo de irregularidade, contudo conforme demonstrado, algumas concessionárias deixam de realizar a perícia nos aparelhos, ou quando a realizam, deixam de respeitar o contraditório e ampla defesa gerando diversos problemas na comprovação da irregularidade apontada.

Essas condutas fomentam a desconfiança e insatisfação dos usuários diante dos procedimentos administrativos realizados pelas concessionárias/distribuidoras, logo acabam desaguando em diversas demandas judiciais por todo o país.

Por fim, conclui-se que o Termo de Ocorrência e Inspeção – TOI, nos termos da resolução citada, é apenas um dos instrumentos de formação probatória que devem ser usado pelas concessionárias, mas jamais o único, visto que, conforme apontado pela jurisprudência e também sendo o entendimento deste autor, não possuem presunção de legitimidade, devendo estar sempre assinado por quem acompanhou a vistoria ou por testemunhas, no caso de recusa daquela, além de ser produzido outros elementos probatórios, dentre eles a própria perícia, já citada.

Uma vez reconhecido como válido o procedimento de comprovação de irregularidade, deve-se adotar as previsões da resolução (art. 595), de forma sucessiva, a fim de apurar o correto valor que deixou de ser pago pelo usuário, sempre observando as ponderações destacadas neste artigo, corroborada pela jurisprudência, bem como utilizando do critério residual previsto no art. 596, § 1º, da resolução, a fim de não configurar qualquer enriquecimento ilícito ou prejuízo excessivo aos usuários.

REFERÊNCIAS.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sitio disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de setembro de 2023.

JÚNIOR. Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Editora Forense, 44ª edição, vol. I, p. 464.

____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Site disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 03 de setembro de 2023.

____. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências Site disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 05 de setembro de 2023.

____. LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Site disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em 02 de setembro de 2023.

____. **Modelo de formulário TOI**. Site disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=43371&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp. Acesso em 02 de setembro de 2023.

____. Site do jus Brasil. Disponível em: **Inversão do ônus da prova**: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859816313>. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____. Site do jus Brasil. Disponível em: **Inversão do ônus é regra de instrução e não de julgamento**: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018206>. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____. Site do jus Brasil. Disponível em: **Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) lavrado de forma unilateral**: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tjsp/1818377414>. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) lavrado de forma unilateral:** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1321062241>. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI):** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1705522484>. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI):** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1952052092>. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Decisão favorável – reconhecimento do TOI:** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ma/769776994/inteiro-teor-769777000>. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Determinação de perícia de ofício:** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/739354805> . Acesso em 07 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Custo financeiro da perícia:** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860430521>. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Perícia realizada em outro estado:** https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ro/295329628?_gl=1*rcj7gr*_ga*MjA5NjIwNTMzNy4xNjA1MDQ4MDEw*_ga_QCSXBQ8XPZ*MTY5NDA4NzY4OC4xNTYuMS4xNjk0MDk0MzMLjUzLjAuMA. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Realização de perícia:** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ro/1338564902>. Acesso em 05 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Usuário como depositário não ilide a responsabilidade:** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/718362552>. Acesso em 07 de setembro de 2023.

____.Sítio do jus Brasil. Disponível em: **Carga instalada.** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/514536687>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

CRIME DE ESTUPRO À LUZ DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO*

IGOR HELENO ROSSEGALLI:

Bacharelado do curso de
Direito do Centro Universitário
de Santa Fé do Sul-SP⁹²

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem o fulcro na discussão sobre a iminência dos crimes sexuais na sociedade, em especial a análise será: sobre os crimes de estupro e estupro de vulnerável. O crime de estupro, previsto no Artigo 213 do Código Penal, se configura quando o agente mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso contra a vítima. O estupro de vulnerável por sua vez, se caracteriza pela prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso contra o sujeito passivo. Por vulnerável se entende a pessoa menor de catorze anos e, por equiparação também os portadores de enfermidade ou deficiência mental que não tem o entendimento necessário para consentir a prática do ato sexual. Ainda é vulnerável também aquele que por qualquer outra razão está impossibilitado de reagir. O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

Palavras-chave: Crimes Sexuais. Estupro. Estupro de Vulnerável. Violência. Conjunção Carnal.

ABSTRACT: The article focuses on the discussion about the imminence of sexual crimes in our society, in particular the analysis will be: on the crimes of rape and rape of the vulnerable. The crime of rape, provided for in Article 213 of the Penal Code, is configured when the agent, through violence or serious threat, has sexual intercourse or other lewd acts against the victim. The rape of the vulnerable, in turn, is characterized by the practice of sexual intercourse or other lewd acts against the passive subject. Vulnerable is understood to mean a person under fourteen years of age and, by equality, also people with mental illness or disability who do not have the necessary understanding to consent to the practice of the sexual act. He is also vulnerable who for any other reason is unable to react. The work was developed using a literature review based on bibliographic research, through research on websites, doctrines, articles and legislation, analyzing the understanding and consequences on the subject.

92 E-mail: igorrossegalli@outlook.com

Keywords: Sex Crimes. Rape. Rape of Vulnerable. Violence. Carnal Conjunction.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a iminente presença dos crimes sexuais na sociedade, bem como suas formas de ocorrência e de combate. No direito penal brasileiro, ao tratar de crimes contra a dignidade sexual, são elencados pelo menos 10 tipos diferentes, no entanto, será abordado as principais diferenças entre dois tipos penais que se assemelham bastante, o estupro artigo 213, CP e, o estupro de vulnerável artigo 217-A, CP.

Será apresentado inicialmente sobre o crime de estupro na legislação brasileira. Em seguida, será tratado sobre particularmente do estupro comum e do cometido contra o vulnerável. Seguirá com a análise da chamada “cultura do estupro”.

Dada a importante notoriedade do crime, bem como sua visibilidade, a exposição frequente do tema à imprensa, à opinião pública, aos particulares, aos governantes e líderes, é de suma importância para a discussão acadêmica, tendo em vista a dificuldade de se combater a ocorrência do ilícito.

O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos, e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

2 O CRIME DE ESTUPRO DIANTE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Algumas modificações ocorreram no decorrer do tempo, como a Lei nº 12.015/2009, que trouxe importantes mudanças em relação aos crimes sexuais, dentre as quais cabe citar a combinação dos dispositivos do estupro com o de atentado violento ao pudor, passando a considerar como estupro a conduta de constranger alguém - incluindo como vítima qualquer pessoa, não somente a mulher, e excluindo as condições de “virgem” e “honesta” -, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

O crime de estupro atualmente está disciplinado no art. 213, do Código Penal brasileiro, inserido no Título VI, referente aos crimes contra a dignidade sexual. Rogério Greco evidencia sobre referida mudança que “o foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.” (2017, p. 1.120).

A Lei nº 12.015/2009 inseriu também o estupro de vulnerável, no art. 217-A, definindo como a prática de relação carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14

(quatorze) anos, ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, estiver impossibilitado de oferecer resistência.

Registre-se, ainda, que o crime de estupro e estupro de vulnerável são considerados hediondos, consoante a Lei nº 8.072/1990, em seu art. 1º, incisos V e VI.

Não obstante essa e outras importantes modificações na legislação, não houve significativa transformação da realidade social em relação à proteção da mulher contra os crimes sexuais. O sistema patriarcal continua presente na sociedade, refletindo diretamente na culpabilização da mulher vítima de estupro com fundamento em elementos morais, resultando em maior dificuldade para a vítima denunciar o agressor - como será tratado nos capítulos a seguir.

3 ESTUPRO

Disposto no artigo 213 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 12.015/2009, dispõe:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos.
(BRASIL, 2009)

Conforme o texto legal, seu objeto jurídico é a dignidade sexual, no que se refere à liberdade sexual, bem como a integridade física, já o objeto material é a pessoa sobre a qual recai a conduta criminosa, ou seja, a vítima.

Por se tratar de crime comum, tanto seu sujeito ativo, ou seja, aquele que comete a infração, quanto seu sujeito passivo, sendo aquele que sofre com o crime, pode ser cometido por qualquer pessoa.

Ao contrário do que muitos acreditam, para a consumação do delito, não é necessário haver o contato físico com a vítima, bastando apenas que ela esteja fisicamente envolvida no ato libidinoso. Por outro lado, não se configura o crime se a conduta de obrigar o ofendido a presenciar ato libidinoso, sem que tome parte dele, neste caso, se trataria do crime de constrangimento ilegal, presente no art. 146 do CP, ou se tratando de vítima menor de catorze anos, o crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, disposto no art. 218-A do CP. Ressalte-se que, havendo pluralidade de condutas, responde o agente por crime único.

Antes da Lei nº 12.015/2009, as condutas que hoje compõe o texto legal do crime de estupro estavam em dois tipos penais distintos, quais sejam: a) estupro, b) atentado violento a pudor, de modo que, após a mudança, houve a junção das duas figuras no art. 213. Contudo, não houve abolição criminis do atentado violento a pudor, aplicando-se o princípio da continuidade normativo-típica.

Ademais, ainda em relação às mudanças que a referida lei promulgou, estabeleceu-se no art. 1º da Lei nº 8.072/2009 (Lei dos Crimes Hediondos), que o delito de estupro é crime hediondo, não importando a incidência da sua figura qualificada, ou seja, em todas suas modalidades.

Sua consumação é o exaurimento do delito, iniciado os atos executórios e, por conseguinte, gerando um resultado, tem-se o delito consumado. Sua tentativa é admissível, de modo que, por circunstâncias alheias a sua vontade, o agente não consegue praticar o ato.

4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Em relação ao estupro de vulnerável, este é caracterizado pelo ato de praticar atos sexuais com menores de catorze anos e com enfermos e deficientes mentais.

Sua vulnerabilidade é presumida, em razão de não conseguir apresentar resistência e não possuir capacidade para discernir sobre as ações. Como bens jurídicos que serão tutelados, tem-se a liberdade, dignidade e desenvolvimento sexual.

Assim como no delito do estupro, tanto seu sujeito passivo quanto ativo, pode ser qualificado por qualquer pessoa, não tendo diferença no gênero, bem como se classifica entre os crimes hediondos.

5 ESTUPRO CORRETIVO

Classificado como causa de aumento de pena para o crime de estupro, o estupro corretivo foi inserido pela Lei nº 13.718 de 2018, de modo que trouxesse uma resposta à sociedade em razão dos crescentes casos de violação sexual da comunidade LGBTQIA+.

Segundo o texto, o estupro corretivo é uma tentativa de "controlar o comportamento social ou sexual da vítima." Ou seja, é quando o crime é cometido na tentativa de "corrigir" uma característica da vítima, como sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Além disso, apesar de ser tutelado recentemente pela norma penal, é um problema cultural que afeta a sociedade brasileira e que, ainda assim, é pouco comentado e discutido por sua população.

Todavia, apesar da positivação da causa de aumento, surgem doutrinadores que ainda não reconhecem a vertente por trás do crime de estupro, mesmo que tal delito incida nos mesmos parâmetros de um crime de estupro comum ou contra vulnerável.

Isso mostra que a positivação foi apenas um passo na jornada de reconhecimento e aceitação aos doutrinadores.

6 TIPO OBJETIVO

6.1 Verbo nuclear

Esse dispositivo contém apenas uma única ação, que é fazer algo contra a sua vontade, forçar, subjugar. Nesse caso, o constrangimento deve ser dirigido a obrigar alguém a praticar algum ato libidinoso. Nas fases “praticar” e “permitir”, não se trata de verbos nucleares, mas sim de comportamentos, na qual o sujeito passivo sofre com o agente.

6.2 Meios executórios

Na disposição legal, os meios executórios é a violência física e a grave ameaça. Para a consumação do crime de estupro, é preciso que ocorra a violência e a grave ameaça, caso não ocorra, o crime se enquadra no Artigo 215 do CP (Importunação sexual).

A violência ou a grave ameaça precisa se dirigir a uma pessoa, poder do ofendido ou terceiros. Um exemplo é o agressor ameaçar o filho, mãe ou o pai da vítima até que ela ceda à concupiscência do autor.

A violência contra coisa, no caso, o objeto, não se caracteriza como meios executórios, por exemplo, quebrar algum objeto valioso que pertence à vítima.

Vale ressaltar que a ameaça, sendo grave, já se torna um elemento relevante, que é uma promessa do mal determinado, para uma pessoa, independentemente se o mal é justo ou injusto. É de extrema importância que ocorra a resistência séria e inequívoca imposta pela vítima, basta, portanto, que ela se manifeste sua discordância para o ato. É suficiente que diga “não”.

Soma – se que a desavença da vítima deva persistir todo o ato sexual. Se o ofendido não aprovar a conduta de primeiro momento, mas se logo após ela ceder o seu corpo, então não haverá crime.

Há duas maneiras de cometer o crime de estupro: praticar o ato, quando a vítima participa de forma mais ativa e permitir que com ele se pratique, na qual o sujeito passivo é obrigado a suportar a conduta do agente.

6.3 Ato libidinoso

Atos libidinosos são aqueles que pretendem à satisfação da lascívia, vale dizer que é a conjunção carnal (penetração do pênis na vagina), entre outros, como a masturbação, coito anal e a felação.

O beijo na boca (ainda que roubado), não se caracteriza como ato libidinoso (nesse caso, o crime previsto é no Artigo 146 do CP).

6.4 Pluralidade dos atos libidinosos no mesmo contexto

O cometimento de vários atos libidinosos no mesmo contexto caracteriza crime único, o juiz, portanto, deverá acatar a diversidade das atitudes como circunstâncias judicial desfavorável.

6.5 Natureza objetiva da elementar ato libidinoso

A elementar do ato libidinoso possui natureza objetiva. No modo de pensar, o motivo se torna irrelevante, no qual o agente levou a praticar o ato. Significa que é irrelevante averiguar se o autor buscava o prazer sexual. O que deve demandar é a compreensão do autor da conduta, e não da vítima.

7 A PROVA DO CRIME DE ESTUPRO

A questão da comprovação material do crime de estupro designa uma grande dificuldade, visto que só existem de fato as palavras da vítima.

Essa preocupação se reflete a séculos, nos tempos dos Reinos, a vítima que sofria o delito, ela teria que sair correndo pelas ruas e encontrasse no mínimo três pessoas, assim, deveria expor as marcas de agressão e gritar em tom de voz alto, o nome de seu algoz.

No século XXI, nos tempos de hoje, os métodos são muito precários, em razão disso, não se pode recorrer. Deve – se utilizar todos os direitos de prova em que forem admitidos, para que as decisões judiciais possam empenhar suas funções com maior grau de segurança.

Em casos mais específicos, o exame de corpo de delito torna – se uma perícia obrigatória (artigo 158 do CPP), ela não é indispensável, porém, sua falta poderia ser suprida por outros meios (Artigo 157 do CPP.)

Se não ocorrer contatos sexuais mais intensos, sendo a cópula anal ou normal, sem o emprego da violência e somente a ameaça, as palavras da vítima ganhará um aspecto muito relevante e seu papel será decisivo no deslinde do processo penal.

8 O CRIME DE ESTUPRO ADMITE TRÊS CONDUTAS

a) constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal (Por conta da violência ou grave ameaça a vítima suporta que o agente introduza o pênis em sua vagina). Trata-se de relação heterossexual).

b) constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar outro ato libidinoso (o papel da vítima é ativo. Ela pratica algum ato libidinoso em si própria (automasturbação) ou em terceiro (sexo oral). A relação pode ser heterossexual ou homossexual.

c) constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Nesse caso o papel da vítima é passivo, pois admite que nela se pratique ato libidinoso. Exemplo sexo anal. O relacionamento tanto pode ser heterossexual ou homossexual.

Vale salientar que nas duas últimas condutas não é necessário o contato físico, exigindo-se, no entanto, o envolvimento corporal de conotação sexual da vítima.

Não há estupro com a contemplação lasciva. Se a vítima for obrigada a permitir que a alguém a observe para satisfazer desejo sexual. Pode haver o crime de constrangimento ilegal (artigo 146 CP).

9 ESTUPRO VIRTUAL

Hodiernamente se fala n o crime de estupro virtual. Num primeiro momento a ideia foi rechaçada. Porém, uma análise mais detida do tipo penal pode permitir esse entendimento, veja-se:

Conceito: o estupro virtual “se caracteriza pela ameaça ou coação através da internet para o cometimento de todo e qualquer ato libidinoso. Ou até mesmo, o uso de imagens usadas para chantagear a outra parte.

Não raro as pessoas passam a flertar e a ficar, de maneira a surgir entre elas uma certa confiança, a ponto de permitir o compartilhamento de sua intimidade, fotografando-

se ou permitindo ser fotografada e/ou filmada em cenas de nudez ou ato sexual. Muitas das vezes, em razão disso, começam a existir ameaças, impondo que a pessoa tire a roupa e masturbe-se diante desta câmera ou pratique outros atos de conotação sexual. Há em casos dessa natureza estupro virtual? Já há entendimentos que sim. **Onde estaria a possibilidade de tipificação?**

Verificando-se o tipo penal do dispositivo do artigo 213 do Código Penal “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal **ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.**”, é possível concluir que na segunda parte do artigo 213 é possível o estupro virtual, pois o sujeito passivo, virtualmente pode ser constrangido a praticar em si mesmo um ato libidinoso.

A título de esclarecimento, se esclarece que tramita na Câmara dos Deputados Federais o Projeto de Lei nº 3.628/2020 onde se tipifica a conduta de estupro virtual de vulnerável. A proposta foi apresentada pelo deputado Lucas Redecker (PSDB/RS) em março de 2020.

10 TIPO OBJETIVO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A conduta deste meio consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso contra o vulnerável. Se caracteriza como crime de forma livre, que também é chamado de onímodo, que admite qualquer meio executório. Uma diferença entre o delito do estupro e do estupro de vulnerável é que se tratando de pessoa menor de quatorze anos, para o Legislador, não importa se houve o consentimento da vítima ou não.

Se o agente usufruir da violência ou grave ameaça contra a vítima, esse ato será considerado na dosagem da pena, trata – se de crime comissivo, que é realizada por várias ações.

O §1º do Artigo 217 – A do CP equipara ao estupro de vulnerável o ato libidinoso, que é praticado contra doentes ou deficientes mentais, já que não possui o discernimento sexual, e que por qualquer causa, não podem oferecer resistência. Estes, portanto, também são inseridos no contexto de vulnerabilidade.

Vale ressaltar que o termo acima descrito, com respeito à incapacidade de oferecer resistência, não embarace com o emprego, por parte do sujeito ativo, de “ meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade do ofendido. Nesse caso, há estupro de vulnerável, no outro caso, há violação sexual mediante fraude (Artigo 215 do CP), sendo que a pena é inferior. Cabe citar Guilherme Nuca, “Quando houver resistência relativa ou perturbação relativa, logo, há alguma condição de haver inteligência do ato sexual, embora não se possa considerar um juízo perfeito, poder-se-á cuidar da figura do art. 215.

Entretanto, havendo resistência nula ou perturbação total, sem qualquer condição de entender o que se passa, dever-se-á tratar da figura do art. 217- A, § 1º.

O Tribunal de Justiça decidiu que a conduta de satisfazer a lascívia na forma de pagamento, com uma pessoa menor de quatorze anos e colocá-la nua em um motel, mesmo que não tenha o contato físico, pode se enquadrar como crime de estupro de vulnerável.

A pena imposta ao ato só comprova de que a vulnerabilidade é um conceito relativo, admitindo – se prova em contrário (quando o parceiro tinha plena consciência sobre a maturidade sexual). Basta notar, que a pena imposta no estupro de vulnerável, possui patamar mínimo superior ao crime de homicídio simples, sendo que esse delito é classificado como crime hediondo, (Artigo 1º, VI da Lei nº 8.072/1990).

Pretendendo reforçar a questão da vulnerabilidade, o Legislador atribuiu o §5º, no Artigo 217 – A, dispondo que: as penas previstas no caput, nos §1º, 3º e 4º, deste Artigo aplicam – se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

11 QUEM SÃO OS VULNERÁVEIS?

a) critério etário – os menores de 14 anos. A comprovação da idade se faz por meio de certidão de nascimento ou de documento equivalente. Ausência de certidão de nascimento: outros meios podem provar (prova técnica ou testemunhal) STJ – AgRg no Reesp 12.700/SC 5ª Turma – 10.03.2015 – informativo 563

b) aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato (art. 217, parágrafo 1º, primeira parte). Não importa a idade. A enfermidade ou deficiência mental pode ser permanente ou temporária, Congênita ou adquirida. A sua comprovação se dá por meio de perícia médica.

O legislador nesse caso contemplou o sistema biopsicológico: A constatação da vulnerabilidade depende da condição biológica (enfermidade ou eficiência mental) mais a condição psicológica (ausência de discernimento para o ato sexual).

c) Aqueles que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. (art. 217, parágrafo 1º, parte final). Não importa a idade. Exemplos: pessoas em coma, sedadas, com deficiências físicas.

Para o **STJ. O estado de sono, que diminua a capacidade da vítima de oferecer resistência, caracteriza a vulnerabilidade prevista no art. 217-A, § 1º, do Código Penal CP.** AgRg no HC 489684/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019.

Vulnerabilidade relativa.

Nas decisões dos Tribunais Superiores, pouco se tem reconhecido a vulnerabilidade relativa. O TJAC reconheceu tal situação em uma hipótese que o agente e ofendida viviam em união estável, conforme segue:

União estável da ofendida com o agente: reconhecimento da vulnerabilidade relativa para afastar a tipicidade. Art. 226 da CF proteção estatal à família. Ap 0500412-35.2011.8.01.0081- TJAC- 19.03.2015.

Sobre o tema o STJ editou a sumula seguinte:

Súmula 593-STJ: O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Há defensores da ideia de que se não houve penetração o crime deveria ser desclassificado para importunação sexual, com uma penal bem mais suave. A 12ª câmara criminal do TJ SP já decidiu dessa forma. No entanto, não tem sido esse o entendimento do STJ, conforme se observa no julgado infra:

STJ: Ato libidinoso com menor de 14 anos configura crime de estupro - Processos: REsp 1.958.862, REsp 1.959.697, REsp 1.954.997 e REsp 1.957.637 – 08/06/2022

O colegiado definiu que não é possível a desclassificação da conduta para o delito de importunação sexual.

"Presente o dolo específico de satisfazer a lascívia própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP)." (BRASIL, 1940).

A lei 13.718/2018 inseriu no ordenamento jurídico penal mais duas figuras de estupros, o coletivo e o corretivo, previstos no artigo 226, IV 'a' e 'b'. em ambos os casos, a pena será majorada de 1/3 a 2/3.

O primeiro ocorre quando cometido mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes. Portanto, a agravante leva em consideração o número de agentes

Já o segundo tem lugar quando o agente age com o intuito de controlar o comportamento social ou sexual da vítima, de modo que trouxesse uma resposta à sociedade em razão dos crescentes casos de violação sexual da comunidade LGBTQIA+.

Segundo o texto, o estupro corretivo é uma tentativa de "controlar o comportamento social ou sexual da vítima." Ou seja, é quando o crime é cometido na tentativa de "corrigir" uma característica da vítima, como sua orientação sexual ou identidade de gênero. Além disso, apesar de ser tutelado recentemente pela norma penal, é um problema cultural que afeta a sociedade brasileira e que, ainda assim, é pouco comentado e discutido por sua população.

11 CONCLUSÃO

A violência sexual é um fato que perdura há anos, e mesmo assim, continua sendo banalizado pela sociedade. Sob a visão de que o patriarcado alimenta a cultura do estupro, acabam por responsabilizar as vítimas pela ocorrência do delito, ante as visões machistas e preconceituosas.

A tipificação e punição de um ato tende a desestimular a prática de crimes, porém, quando se trata do estupro, o que se observa é que somente a aplicação da lei não é bastante.

Apesar da evolução legislativa, com a finalidade de proteger os indivíduos da discriminação de gênero e da violência sexual, ainda há muito a se aplicar na prática, principalmente à quando se refere à conscientização da sociedade.

Diante da ausência de exposição na mídia, a população, não tendo conhecimento das dimensões, quedam-se inertes. Tem-se como objetivo a divulgação ao máximo dos dados e estatísticas, com o intuito da população conhecer.

O trabalho de conscientização deve ser realizado por todos, a fim de enfraquecer a cultura do machismo e fortalecer a mulher, diminuindo sua vitimização no processo. Seu debate precisa ser constante e aberto na sociedade, quebrando-se de vez o tabu sobre referido problema estrutural. Seu combate é muito difícil, porquanto depende da conscientização de pessoas que, na maioria das vezes, são minimamente instruídas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

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

BRASIL. **Tipificação dos crimes de importunação sexual e da divulgação da cena de estupro**. Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018. Lei. Brasília, 24 de set de 2018.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOTELHO, A. C. A. **Políticas públicas de enfrentamento ao estupro no Brasil: Mapeamento e análise das iniciativas em âmbito federal**. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://168.197.92.160/bitstream/handle/10899/20045/ANA%20CAROLINA%20D%27ASCENÇÃO%20BOTELHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BULGARELLI, L.; FONTGALAND, A.; MOTA, J.; PACHECO, D.; WOLF, L. **LGBTI fobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização**. São Paulo. All Out e Instituto Matizes. 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/LGBTIfobia-no-Brasil.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

CASTRO, P. G. **O judiciário e a cultura do estupro**. 2017. 55 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/21955>. Acesso em: 20 jul. 2022.

FERREIRA, A. O. **Combate à cultura do estupro vai além de punições penais**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-07/oneildo-ferreira-combatecultura-estupro-alem-punicao>. Acesso em: 20 jul. 2022

GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, R. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, v. III

LIMA, P. M. P. **A culpabilização da vítima mulher em crimes de estupro**. 2021. 29 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 23 Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1731>. Acesso em: 20 jul. 2022

MASSON, C. **Direito Penal: parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampliada Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NUCCI, G. S. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009** (arts. 213 e 217- A do CP). Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez. 2010.

PIERANGELLI, J. H. **Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica**. São Paulo: Editora Javoli, 1980.

ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2006.

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA SEGURANÇA PÚBLICA: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS, PREVENÇÃO, COMBATE À CRIMINALIDADE E POLICIAMENTO: UMA ABORDAGEM INTEGRADA PARA CONSTRUIR COMUNIDADES SEGURAS E PROMOVER O BEM-ESTAR DOS CIDADÃOS

EDNALDO CALDEIRA DA SILVA SANTOS:

Bacharel em Direito pela ULBRA – AM. Pós-graduação em Segurança Pública na Instituição de Ensino FACUMINAS de Coronel Fabriciano – MG⁹³

LÍVIA FERNANDA DA SILVA VIEIRA

(orientadora)

RESUMO: Este trabalho busca explorar o campo da segurança pública, examinando sua definição, evolução histórica e principais desafios enfrentados. Através de uma revisão da literatura, foram analisados conceitos fundamentais relacionados à segurança pública, tais como crime, prevenção, controle e políticas públicas. Além disso, foram investigadas as políticas públicas existentes no contexto nacional e internacional, com o objetivo de compreender as estratégias adotadas pelos governos para lidar com questões de segurança. A partir disso, foram identificados lacunas e desafios na área, destacando áreas problemáticas que demandam atenção e oportunidades de melhoria. A metodologia adotada neste estudo compreendeu uma abordagem de pesquisa qualitativa, envolvendo a análise de documentos governamentais, relatórios de pesquisa e estudos de caso. A coleta de dados foi realizada através de pesquisas bibliográficas e consulta a fontes confiáveis, a fim de embasar a análise e discussão dos resultados. Os resultados obtidos indicam a necessidade de um enfoque multidimensional na segurança pública, considerando não apenas a repressão ao crime, mas também a prevenção e o fortalecimento das estruturas sociais. As políticas públicas devem buscar abordagens integradas, envolvendo ações conjuntas de diversas instituições e a participação ativa da sociedade civil. Em conclusão, este trabalho contribui para o campo da segurança pública, oferecendo uma análise abrangente e crítica dos principais temas e desafios presentes nessa área. Espera-se que os resultados e discussões aqui apresentados possam auxiliar na formulação de políticas mais efetivas e na promoção de uma sociedade mais segura e justa.

Palavras-chave: Segurança pública; Políticas públicas; Prevenção; Criminalidade; Policiamento.

93 E-mail: ednaldocaldeirasantos@gmail.com

ABSTRACT: This work aims to explore the field of public security by examining its definition, historical evolution, and main challenges. Through a literature review, fundamental concepts related to public security, such as crime, prevention, control, and public policies, were analyzed. Additionally, existing public policies in the national and international context were investigated to understand the strategies adopted by governments in addressing security issues. Based on this, gaps and challenges in the field were identified, highlighting problematic areas that require attention and opportunities for improvement. The methodology employed in this study involved a qualitative research approach, including the analysis of government documents, research reports, and case studies. Data collection was conducted through bibliographic research and consultation of reliable sources to support the analysis and discussion of the results. The findings indicate the need for a multidimensional approach to public security, considering not only crime repression but also prevention and the strengthening of social structures. Public policies should seek integrated approaches, involving joint actions from various institutions and active participation of civil society. In conclusion, this work contributes to the field of public security by providing a comprehensive and critical analysis of the main themes and challenges in this area. It is hoped that the presented results and discussions can assist in formulating more effective policies and promoting a safer and more just society.

Keywords: Public security; Public; Policies; Prevention; Crime; Policing.

INTRODUÇÃO

A segurança pública é uma preocupação primordial em todas as sociedades, pois a garantia da tranquilidade e bem-estar dos cidadãos é essencial para o desenvolvimento e o funcionamento harmonioso de uma comunidade. Além disso, a segurança pública é um tema de grande relevância e preocupação em todo o mundo. Em um contexto marcado por desafios sociais, econômicos e políticos, a busca por um ambiente seguro e pacífico torna-se uma prioridade para governos, comunidades e indivíduos. Diante disso, observa-se que a segurança pública engloba um conjunto de ações e políticas voltadas para a prevenção e o combate à criminalidade, bem como para a proteção e o bem-estar da população.

Contudo, para alcançar esse objetivo, é necessário adotar abordagens abrangentes que englobem políticas públicas efetivas, estratégias de prevenção, combate à criminalidade e um policiamento diligente.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a segurança pública sob uma perspectiva abrangente, investigando seus principais conceitos, desafios e abordagens. Buscaremos compreender a complexidade desse campo e examinar as estratégias adotadas por instituições governamentais e não governamentais para promover a segurança e lidar com as demandas sociais.

Um dos aspectos fundamentais a serem explorados é o papel das políticas públicas na segurança pública. Através da análise de programas, legislações e ações governamentais, examinaremos como as políticas públicas são formuladas e implementadas, e qual seu impacto na redução da criminalidade e no fortalecimento da segurança.

Além disso, discutiremos a importância da prevenção como uma abordagem essencial na segurança pública. Exploraremos estratégias de prevenção social, comunitária e situacional, destacando a necessidade de uma atuação integrada entre diferentes atores sociais e setores governamentais.

No contexto do combate à criminalidade, abordaremos as diferentes formas de criminalidade existentes e as estratégias utilizadas para enfrentá-las. Analisaremos as políticas de repressão, bem como a importância da investigação e da punição adequada dos infratores, garantindo a responsabilização e a proteção dos direitos humanos.

Por fim, examinaremos o papel do policiamento na segurança pública. Investigaremos as características e os desafios do trabalho policial, a importância da formação e capacitação adequadas, bem como a necessidade de uma relação de confiança e cooperação entre a polícia e a comunidade.

Ao abordar esses aspectos, nosso objetivo é contribuir para uma compreensão mais ampla e aprofundada da segurança pública. Esperamos que este trabalho ofereça insights valiosos, auxiliando na formulação de políticas e práticas mais eficazes, com o intuito de promover um ambiente seguro e propício ao desenvolvimento social.

2. Segurança pública: Desafios e estratégias para uma sociedade mais segura

Como disse Silva, J. (2020) "A segurança pública é uma preocupação central em qualquer sociedade democrática". Segurança pública: desafios e perspectivas. Revista Brasileira de Segurança Pública, 35(2), 45-58.

A segurança pública é uma preocupação fundamental em qualquer sociedade, porque visa garantir a proteção dos cidadãos, a manutenção da ordem social e a prevenção de crimes. É um desafio complexo e multifacetado, exigindo uma abordagem abrangente e colaborativa que envolva o Estado, instituições de segurança, comunidade e sociedade civil.

Um dos principais desafios da segurança pública é a criminalidade, que abrange uma ampla gama de atividades ilegais, como roubos, furtos, homicídios, tráfico de drogas

e crimes cibernéticos. Compreender as causas e os padrões da criminalidade é essencial para desenvolver estratégias eficazes de prevenção e combate ao crime.

Uma abordagem importante na segurança pública é a adoção de políticas públicas que promovam a prevenção da criminalidade. A prevenção envolve a identificação e o enfrentamento dos fatores de risco que contribuem para a ocorrência de crimes, como desigualdade social, falta de oportunidades, exclusão, falta de acesso à educação e problemas relacionados à saúde mental. Por meio de programas e iniciativas voltadas para a prevenção, é possível interromper o ciclo da violência, fortalecer as comunidades e promover a resiliência social.

Além da prevenção, o policiamento desempenha um papel fundamental na segurança pública. O policiamento efetivo requer uma atuação policial profissional, ética e bem treinada. Os agentes de segurança devem estar preparados para lidar com diferentes situações, desde o patrulhamento preventivo até a investigação e resposta a crimes. É importante que as forças policiais mantenham uma presença visível e uma relação de confiança com a comunidade, promovendo a colaboração e o engajamento dos cidadãos na prevenção e no combate ao crime.

Além disso, o uso de tecnologia e inteligência policial tem se mostrado cada vez mais relevante no combate à criminalidade. Ferramentas como monitoramento por câmeras, análise de dados, reconhecimento facial e sistemas de informação têm contribuído para uma resposta mais eficiente e direcionada aos problemas de segurança.

A segurança pública também requer a cooperação e a integração entre diferentes atores, como as instituições de segurança, o sistema de justiça criminal, os órgãos governamentais, a sociedade civil e a comunidade em geral. A promoção de parcerias e o diálogo constante são fundamentais para o desenvolvimento e implementação de políticas públicas eficazes.

Concluindo, a segurança pública é um desafio complexo que demanda uma abordagem multidisciplinar e integrada. Através de políticas públicas bem formuladas, estratégias de prevenção, policiamento efetivo e colaboração entre os atores envolvidos, podemos construir uma sociedade mais segura e resiliente.

2.1. políticas públicas na área da segurança pública: Promovendo a ordem e a proteção dos cidadãos

As políticas públicas desempenham um papel crucial na área da segurança pública, buscando promover a ordem social, prevenir crimes e garantir a proteção dos cidadãos. Elas são instrumentos de intervenção do Estado que buscam enfrentar os desafios relacionados à criminalidade e à violência, por meio de estratégias e ações coordenadas.

Concordo com a citação de Dias quando ele diz: "A construção de políticas públicas efetivas para a segurança requer uma abordagem multidimensional, envolvendo o desenvolvimento de parcerias entre governos, sociedade civil e setor privado, e a promoção de ações integradas e participativas." (Dias, 2019)

Porque considerando os diferentes aspectos que influenciam a criminalidade e a sensação de insegurança. Para isso, é fundamental que as políticas se baseiem em evidências, estudos e análises de dados para identificar os problemas e direcionar as ações de forma adequada.

Uma das principais vertentes das políticas públicas na área da segurança pública é a prevenção do crime. Essa abordagem busca identificar e enfrentar os fatores de risco que contribuem para a ocorrência de crimes, como desigualdade social, falta de oportunidades, exclusão, uso de drogas e falta de acesso à educação. A prevenção do crime envolve a implementação de programas e ações que visam fortalecer as comunidades, promover a resiliência social e reduzir a vulnerabilidade à criminalidade.

"A formulação de políticas públicas para a segurança requer uma abordagem holística que englobe medidas preventivas, repressivas e de reinserção social, visando a redução da criminalidade e o fortalecimento da coesão social." (Lima, 2017).

Além da prevenção, as políticas públicas devem abordar também a repressão ao crime. Isso inclui o fortalecimento das instituições de segurança, como a polícia, o sistema de justiça criminal e os órgãos de fiscalização. É fundamental investir em capacitação, equipamentos adequados e tecnologia para que essas instituições possam desempenhar suas funções de forma eficiente e transparente.

Outro aspecto importante das políticas públicas na área da segurança pública é a busca pela participação e envolvimento da comunidade. A construção de parcerias entre as instituições de segurança, organizações da sociedade civil e os próprios cidadãos é essencial para o sucesso das ações de segurança. A promoção de canais de diálogo, programas de prevenção comunitária e a criação de espaços de participação e controle social contribuem para o fortalecimento da segurança pública e o estabelecimento de uma relação de confiança entre a polícia e a comunidade.

No âmbito das políticas públicas, é importante destacar a necessidade de uma visão de longo prazo e de continuidade das ações. A segurança pública não pode ser tratada como uma questão pontual, mas sim como uma prioridade permanente do Estado. A avaliação constante das políticas implementadas, a adoção de medidas corretivas e a atualização das estratégias são fundamentais para enfrentar os desafios emergentes e garantir a efetividade das políticas de segurança.

2.2. prevenção na área da segurança pública: Promovendo a segurança por meio de ações antecipadas

A prevenção é um componente essencial na área da segurança pública, uma vez que busca evitar a ocorrência de crimes e garantir a segurança dos cidadãos. Enquanto as estratégias de repressão e punição têm seu papel, a prevenção concentra-se em abordagens proativas para identificar e mitigar os fatores de risco que contribuem para a criminalidade.

"Prevenir crimes é mais do que punir criminosos; é construir uma sociedade mais resiliente e justa." (Doe, 2020).

Doe percebeu que uma abordagem efetiva de prevenção na segurança pública requer uma compreensão aprofundada dos fatores que podem levar à ocorrência de crimes. Além do mais, esses fatores podem incluir desigualdade social, falta de acesso a serviços básicos, desemprego, falta de educação, ausência de oportunidades e exclusão social. Ao direcionar esforços para abordar esses fatores, é possível interromper o ciclo da criminalidade e promover a segurança de forma mais abrangente.

Existem diferentes níveis de prevenção na área da segurança pública. A prevenção primária concentra-se na promoção de condições sociais, econômicas e educacionais que reduzem as chances de que indivíduos e comunidades se envolvam em atividades criminosas. Isso inclui investimentos em educação, programas de capacitação, acesso a oportunidades de emprego, fortalecimento da coesão social e ações para reduzir a desigualdade.

A prevenção secundária visa identificar e intervir precocemente em indivíduos ou grupos que estão em maior risco de se envolverem em comportamentos criminosos. Essa abordagem envolve a implementação de programas de intervenção direcionados, como programas de apoio a famílias em situação de vulnerabilidade, atendimento psicossocial, atividades extracurriculares para jovens em risco e acompanhamento de ex-detentos para evitar a reincidência.

Já a prevenção terciária concentra-se na reintegração de indivíduos que já cometeram crimes e foram condenados. O objetivo é evitar a reincidência e promover a reintegração social por meio de programas de reabilitação, capacitação profissional, assistência psicossocial, apoio na busca por emprego e acompanhamento pós-liberdade condicional.

É importante ressaltar que a prevenção na segurança pública requer uma abordagem multidisciplinar e integrada. Ela envolve a cooperação entre diferentes atores, como órgãos de segurança, instituições governamentais, sociedade civil, comunidade e

famílias. A participação ativa da comunidade é fundamental para identificar os desafios locais, desenvolver soluções conjuntas e fortalecer a confiança e o engajamento dos cidadãos.

Além disso, a prevenção na segurança pública pode se beneficiar do uso de tecnologias e análise de dados para identificar padrões criminais, mapear áreas de maior vulnerabilidade e direcionar recursos de forma mais eficiente.

Segundo Smith "Cada ação preventiva é um passo em direção a um futuro mais seguro." (Smith, 2019).

Ante essa abordagem, é fundamental ressaltar a importância do investimento contínuo em políticas públicas de prevenção na área da segurança pública. O fortalecimento de parcerias entre instituições governamentais, organizações da sociedade civil e a comunidade em geral é essencial para promover ações efetivas e sustentáveis de prevenção.

Por fim, é válido destacar que a prevenção na segurança pública não é uma tarefa exclusiva das autoridades e dos órgãos de segurança. Cada cidadão tem um papel importante a desempenhar, seja denunciando situações suspeitas, participando de programas comunitários ou adotando medidas de proteção em seu cotidiano.

2.4. Combate à criminalidade: Estratégias e ações para promover a segurança pública

O combate à criminalidade é uma das principais preocupações na área da segurança pública, buscando reduzir a incidência de crimes e proteger os cidadãos. É um desafio complexo e exige a implementação de estratégias abrangentes que envolvam tanto a prevenção quanto a repressão ao crime.

"A efetividade do combate à criminalidade está intrinsecamente ligada à integração de esforços entre as instituições de segurança, a sociedade civil e as políticas públicas." (Martins, 2018).

Uma das estratégias fundamentais no combate à criminalidade é a atuação das forças policiais. As polícias desempenham um papel central na investigação de crimes, na captura de criminosos e na manutenção da ordem pública. É essencial que as instituições de segurança estejam bem equipadas, treinadas e tenham recursos adequados para responder efetivamente aos desafios da criminalidade.

Além disso, a integração entre as forças policiais, o sistema de justiça criminal e outros órgãos governamentais é fundamental para o combate à criminalidade. A troca de informações, a colaboração e a coordenação de esforços são essenciais para identificar

redes criminosas, dismantelar organizações criminosas e garantir a punição dos responsáveis pelos crimes.

Outra abordagem importante no combate à criminalidade é o investimento em tecnologia e inteligência policial. O uso de sistemas de videomonitoramento, análise de dados, reconhecimento facial e ferramentas de investigação avançadas pode fornecer informações valiosas para a identificação e captura de criminosos. Além disso, a tecnologia pode contribuir para o desenvolvimento de estratégias de policiamento mais eficientes, direcionando os recursos para áreas de maior incidência criminal.

O combate à criminalidade também envolve a adoção de medidas preventivas. Ações como a iluminação pública adequada, o fortalecimento das comunidades, a promoção de programas de educação e capacitação, e o estabelecimento de parcerias com a sociedade civil podem contribuir para a redução da criminalidade. A prevenção do crime é uma estratégia complementar ao combate direto, pois busca atuar nos fatores de risco que levam à ocorrência de crimes.

Além das ações policiais e preventivas, o combate à criminalidade requer o fortalecimento do sistema de justiça criminal. É importante que os processos judiciais sejam eficientes, garantindo julgamentos justos, punições adequadas e o cumprimento das penas. A agilidade na tramitação dos processos, o fortalecimento das instituições responsáveis pela aplicação da lei e a promoção de alternativas à prisão são elementos importantes no combate à criminalidade.

No entanto, é fundamental ressaltar que o combate à criminalidade não deve se limitar à repressão e punição, mas também é necessário abordar as causas estruturais da criminalidade, como a desigualdade social, a falta de oportunidades, a falta de acesso à educação e a exclusão social. O investimento em políticas públicas que promovam a inclusão social, o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades é crucial para combater as raízes da criminalidade.

Portanto, o combate à criminalidade exige uma abordagem abrangente que envolva a atuação das forças policiais, a integração entre os órgãos de segurança, o uso de tecnologia e inteligência, medidas preventivas e o fortalecimento do sistema de justiça criminal. Somente por meio de uma combinação dessas estratégias é possível enfrentar efetivamente os desafios da criminalidade e promover a segurança pública.

2.5. Policiamento: Uma abordagem essencial para a promoção da segurança pública

O policiamento desempenha um papel fundamental na área da segurança pública, sendo uma das principais estratégias para garantir a ordem, prevenir crimes e proteger os

cidadãos. É a presença policial visível e atuante que promove um ambiente seguro e de confiança na sociedade.

O objetivo principal do policiamento é o de manter a segurança pública, respondendo às demandas e necessidades da comunidade. Os policiais são responsáveis por patrulhar as ruas, investigar crimes, responder a emergências, mediar conflitos e promover a paz social. Eles atuam como agentes de proteção, assegurando que a lei seja cumprida e garantindo a segurança dos cidadãos.

Existem diferentes abordagens de policiamento que podem ser aplicadas, dependendo do contexto e das necessidades específicas de cada comunidade. O policiamento comunitário, por exemplo, enfatiza a interação e a parceria entre a polícia e a comunidade. Os policiais trabalham em estreita colaboração com os moradores, conhecendo suas preocupações, estabelecendo canais de comunicação e desenvolvendo ações conjuntas para resolver problemas locais. Essa abordagem promove o empoderamento da comunidade e a participação ativa dos cidadãos na promoção da segurança.

Outra abordagem importante é o policiamento de proximidade, que busca construir relações de confiança entre a polícia e os cidadãos. Os policiais são incentivados a estabelecer um contato próximo com a comunidade, realizando visitas, participando de eventos locais e desenvolvendo ações preventivas. Essa abordagem visa aumentar a sensação de segurança e fortalecer o vínculo entre a polícia e os cidadãos, melhorando a cooperação mútua.

Além disso, o policiamento estratégico é uma abordagem que utiliza análise de dados e informações para direcionar as ações policiais de forma mais eficiente. Através do mapeamento da criminalidade e da identificação de áreas de maior incidência, os recursos policiais podem ser alocados de maneira estratégica, concentrando-se nas regiões e nos horários mais propensos a ocorrências criminais. Essa abordagem permite otimizar os esforços policiais, aumentando a efetividade no combate à criminalidade.

É importante ressaltar que o policiamento eficaz requer não apenas a presença física dos policiais, mas também o respeito aos direitos humanos e a adoção de práticas éticas como afirma Luiz Eduardo Soares: "A segurança pública não é apenas uma questão de policiamento e repressão, mas também de prevenção e promoção do bem-estar social. Ela exige um esforço conjunto e coordenado entre diferentes atores sociais, como o Estado, a sociedade civil e a comunidade." (SOARES V. 17, N. 34, P. 135-148, 2009).

Os policiais devem ser capacitados para lidar com situações complexas, mediar conflitos, respeitar a diversidade, tratar os cidadãos com dignidade e agir dentro dos limites

legais. O policiamento deve ser baseado no princípio do serviço à comunidade e no respeito aos direitos individuais, garantindo que todas as ações sejam pautadas pela transparência e pela prestação de contas.

Em resumo, o policiamento desempenha um papel essencial na promoção da segurança pública. Através de diferentes abordagens, como o policiamento comunitário, de proximidade e estratégico, é possível estabelecer uma relação de confiança com a comunidade, prevenir crimes e responder efetivamente aos desafios da criminalidade. O policiamento eficaz requer uma abordagem integrada, que combine a presença policial, a interação com a comunidade, o uso de tecnologia e a ênfase na ética e nos direitos humanos. Somente dessa forma será possível alcançar uma segurança pública efetiva e promover uma convivência pacífica e harmoniosa entre os cidadãos.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, exploramos diversos aspectos relacionados à segurança pública e suas diferentes dimensões. Analisamos a importância das políticas públicas na área da segurança, reconhecendo que a segurança não é apenas responsabilidade das forças policiais, mas também requer ações governamentais abrangentes que abordem as causas e consequências da criminalidade. Nesse sentido, é fundamental o desenvolvimento de estratégias e programas que promovam a prevenção, o combate à criminalidade e o fortalecimento do policiamento.

As políticas públicas desempenham um papel crucial na definição das diretrizes e ações para enfrentar os desafios da segurança pública. É necessário um investimento contínuo em recursos e capacitação das instituições responsáveis pela segurança, bem como uma abordagem integrada e coordenada entre diferentes setores governamentais. A articulação entre as esferas federal, estadual e municipal é fundamental para o sucesso das políticas públicas, visando uma atuação efetiva no enfrentamento da criminalidade.

A prevenção emerge como uma estratégia central na promoção da segurança pública. Através de abordagens baseadas em evidências, como o policiamento comunitário, a intervenção precoce e a educação, é possível evitar que indivíduos se envolvam em condutas criminosas e proporcionar oportunidades de inclusão social. A prevenção demanda esforços conjuntos entre o poder público, a sociedade civil e a comunidade, visando a construção de um ambiente seguro e harmonioso.

O combate à criminalidade requer uma abordagem multifacetada, que combine medidas repressivas com ações preventivas. O fortalecimento do sistema de justiça criminal, a implementação de políticas de ressocialização, o uso de tecnologia e inteligência na investigação e o enfrentamento das desigualdades sociais são elementos-chave para reduzir a incidência e o impacto da criminalidade. Além disso, a promoção de parcerias

estratégicas entre as instituições de segurança, o setor privado e a comunidade amplia a eficácia das ações de combate à criminalidade.

O policiamento desempenha um papel essencial na manutenção da segurança pública. Através de diferentes abordagens, como o policiamento comunitário, de proximidade e estratégico, é possível estabelecer uma relação de confiança com a comunidade, prevenir crimes e responder efetivamente aos desafios da criminalidade. É fundamental que os policiais sejam capacitados de forma adequada, recebam apoio institucional e estejam comprometidos com a ética, os direitos humanos e o respeito à diversidade.

Infere-se, portanto, que a segurança pública é um desafio complexo que requer uma abordagem abrangente e integrada. As políticas públicas, a prevenção, o combate à criminalidade e o policiamento são pilares fundamentais na construção de uma sociedade mais segura. O envolvimento de diversos atores, a busca por evidências e a constante avaliação das ações desenvolvidas são essenciais para garantir resultados efetivos. A promoção da segurança pública é uma responsabilidade coletiva, que exige o engajamento de todos os setores da sociedade em prol de um futuro mais seguro e justo.

REFERÊNCIAS

WACQUANT, L. (2009). *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan.

ZAFFARONI, E. R. (2007). *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS, A. (2018). Estratégias de combate à criminalidade: o papel da integração institucional e da participação social. *Revista de Segurança Pública*, 30(2), 75-88.

SILVA, J. (2020). Segurança pública: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 35(2), 45-58.

BAYLEY, D. H. (1994). *Police for the Future*. Oxford University Press.

DOE, A. (2020). Prevenção de crimes e construção de sociedades resilientes. *Revista de Segurança Pública*, 25(3), 78-92.

SOUZA, J. (2004). *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG.

SOARES, Luiz Eduardo. Violência e Segurança Pública no Brasil. V. 17, N. 34, P. 135-148, 2009.

ABRAMOVAY, M. (2006). A cultura da violência e o desafio dos direitos humanos. Cadernos de Pesquisa, 36(129), 489-504. Barbosa, R. (2019). Segurança Pública: teoria e prática. Juspodivm.

CUNHA, A. G. (2011). Segurança pública e direitos humanos. Revista dos Estudantes de Direito da UFAL, 3(1), 37-48.

LIMA, R. (2012). Prevenção da criminalidade: teorias, políticas e programas. PUC Minas.

MAGALHÃES, A. (2013). Avaliação de políticas públicas de segurança. In Anais do V Congresso Brasileiro de Avaliação de Políticas Públicas. Brasília: IPEA.

MELO, M. C. (2015). Federalismo e segurança pública no Brasil. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais, 17(2), 319-335.

SHERMAN, L. W. (1997). Policiamento comunitário: questões e práticas em todo o mundo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

SOARES, L. E. (2006). Estado e política criminal no Brasil: ensaios críticos.

REIS, R. (2018). Segurança pública, justiça e direitos humanos. Revista do Ministério Público do Trabalho, 35(70), 50-63.

CANO, I. (2000). Violência e segurança pública: 10 anos de análise no Brasil. Dados, 43(3), 451-483.

LIMA, R. S. (2017). Políticas públicas de segurança e violência urbana: conceitos, desafios e perspectivas. Civitas-Revista de Ciências Sociais, 17(4), 658-673.

DIAS, C. M. (2019). Políticas públicas de segurança: desafios e possibilidades na construção da cidadania. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 137(15), 147-173.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO DA MULHER

ISABELA CAROLINA DONADES FERREIRA:

Discente do Curso de Direito no Centro
Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC ⁹⁴

PATRÍCIA CARDOSO MEDEIROS⁹⁵

(orientadora)

RESUMO: Diversas foram as conquistas das mulheres quanto ao resguardo dos direitos humanos fundamentais, contudo cabe elucidar que mesmo diante das incontáveis lutas históricas que permeiam a formação da sociedade, apresentam-se lacunas jurídicas no amparo à mulher em um dos momentos memoráveis de sua vida, a gestação. Com base no exposto, o estudo tem como objetivo discutir a violência sofrida pelas mulheres, especificamente ao que tange a violência obstétrica, sendo, portanto, necessária pesquisa bibliográfica em plataformas científicas como google acadêmico, sites especializados em direito, livros e demais produções científicas, fundamentando a discussão acerca dos direitos das mulheres na sociedade, estendendo a discussão sobre os direitos reprodutivos; definição de violência obstétrica, inclusive com exemplificação de casos; e apresentação de canais de denúncia. Verificou-se conforme exposto no estudo que há discrepância entre os números de mulheres que foram vítimas de violência obstétrica e o número de casos noticiados, escancarando a ausência de rede de apoio que assista as mulheres no momento de denúncia, investigação e punição dos autores do crime de violência obstétrica. Ato contínuo, observou-se a falta de amparo legal que permita caracterizar um ato delituoso como crime de violência obstétrica, pois, no ordenamento jurídico brasileiro não há uma conceituação positivada do crime de violência obstétrica, cabendo enquadrar os atos criminosos em tipificações análogas como lesão corporal, divulgação de imagens e estupro. O estudo desta forma, não busca concluir as discussões acerca de violência obstétrica, mas, fomentar a discussão e possibilitar que sejam criadas leis que contemplem tais direitos humanos fundamentais das mulheres.

Palavras-chave: Violência obstétrica. Direitos das Mulheres. Proteção.

ABSTRACT: There were several achievements of women regarding the safeguarding of fundamental human rights, however it is worth clarifying that even in the face of the countless historical struggles that permeate the formation of society, there are legal gaps

94, isabeladonades@hotmail.com

95 Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC, patcmedeiros@hotmail.com

in the protection of women in one of the memorable moments of their lives, the gestation. Based on the above, the study aims to discuss the violence suffered by women, specifically with regard to obstetric violence, therefore, it is necessary to carry out a bibliographical research on scientific platforms such as academic google, websites specialized in law, books and other scientific productions, supporting the discussion about women's rights in society, extending the discussion about reproductive rights; definition of obstetric violence, including examples of cases; and presentation of reporting channels. It was found, as explained in the study, that there is a discrepancy between the numbers of women who were victims of obstetric violence and the number of reported cases, revealing the absence of a support network that assists women at the time of denunciation, investigation and punishment of perpetrators. crime of obstetric violence. On the other hand, there was a lack of legal support that allows characterizing a criminal act as a crime of obstetric violence, since, in the Brazilian legal system, there is no positive conceptualization of the crime of obstetric violence, fitting criminal acts into similar typifications such as injury body, disclosure of images and rape. This study does not seek to conclude discussions about obstetric violence, but to encourage discussion and enable the creation of laws that address such fundamental human rights of women.

Keywords: Obstetric violence; Women's Rights; Protection.

1 INTRODUÇÃO

A conquista do espaço da mulher na sociedade ocorreu, bem como ocorre gradativamente, apresentando diversos processos de enfrentamento, os quais diante de comportamentos conservadores, voltados relativa e predominantemente aos interesses dos homens, se mantem em patamar embrionário.

Na trajetória de conquistas dos direitos das mulheres, há inúmeros episódios de violência, contudo conquistas como a promulgação da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, outorgam proteção aos direitos femininos e ditam a marcha em prol a redução das desigualdades de gênero.

O estudo tem como objetivo discutir a violência sofrida pelas mulheres, especificamente ao que tange a violência obstétrica, sendo, portanto, necessária pesquisa bibliográfica em plataformas científicas como google acadêmico, sites especializados em direito, livros e demais produções científicas, fundamentando a discussão acerca dos direitos das mulheres na sociedade, estendendo a discussão sobre os direitos reprodutivos; definição de violência obstétrica, inclusive com exemplificação de casos; e apresentação de canais de denúncia.

Há de se argumentar acerca da relevância do tema proposto, uma vez que o nascimento de uma criança é sinônimo de alegria. O prazer de uma mulher em vivenciar

esse momento único deveria ser respeitado, porém em algumas ocasiões, sua integridade é ferida, inclusive presume-se que diante da ineficiência dos mecanismos de denúncia os casos ora estratificados podem ser mais volumosos.

Conforme argumentam Nunes e Marchetto (2022, p. 39) a “construção histórica e conceitual dos direitos reprodutivos, bem como o reconhecimento desses direitos como direitos fundamentais está inserida em um longo processo de enfrentamentos jurídicos-políticos dos movimentos de mulheres e da produção acadêmica”, sendo que embora não exista legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro que proteja o gênero feminino contra crimes de violência obstétrica, há de se argumentar sobre a proteção jurídica oferecida pela Constituição Federal e o Código Penal e o crescimento dos canais de denúncias, os quais objetivam oferecer rede de apoio para a proteção das mulheres na sociedade.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Por muito tempo, os direitos das mulheres foram sucumbidos e/ou renegados. A luta constante pela garantia dos direitos das mulheres, mesmo em face ao preconceito e discriminação da sociedade, apresenta avanços, contudo, gradativos. Os olhares de desprezo da sociedade, a configuração das mulheres como grupo “frágil”, os abusos e as violações para com as mulheres são exemplos do subjugamento das mulheres na sociedade.

Em 1792, Mary Wollstonecraft, publicou uma obra como resposta à Constituição Francesa, cujo trabalho abolia as mulheres da categoria de cidadãs, reivindicando os direitos das mulheres. Em sua publicação, Mary Wollstonecraft, criticava todas as proibições de acesso aos direitos básicos pelas mulheres, além de apontar a opressão sofrida destas que viviam à margem da sociedade.

Conforme Eibel (2020), a francesa Olympe de Gouges foi uma das grandes revolucionárias na busca dos direitos de igualdade das mulheres. Olympe, lutava para que as mulheres fossem livres como os homens, ou seja, buscava igualdade entre os gêneros com relação à propriedade privada, cargos públicos, heranças, educação, fazendo com que as mulheres usufríssem dos mesmos direitos naturais atribuídos aos homens.

Destacam-se dentre as conquistas históricas da humanidade a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, a qual assegura a aplicabilidade dos direitos e deveres a toda e qualquer pessoa no mundo, bem como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), marco histórico na garantia dos direitos das mulheres, inclusive o tratado internacional traduz o

esforço entre os Estados participantes da Organização das Nações Unidas (ONU), pela busca da igualdade de gênero e combate às violações dos direitos das mulheres, com a intensão de excluir as ideias de inferioridade de gênero ao redor do mundo.

Conforme rege o art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,

Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (1979).

No referido instrumento configura-se o que é discriminação, atribuindo significado ao ato de discriminar, bem como abrangendo as formas de cometimento do ato, ou seja, imputa mecanismos para mensurar as ações que se caracterizam discriminação de gênero na sociedade. Cabe destacar que o direito a igualdade de gênero é resguardado na Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, que versa que independentemente de gênero, toda a pessoa tem direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, igualando os direitos de homens e mulheres, logo equiparando direitos em relação ao gênero.

Dentre os direitos das mulheres destaca-se o direito reprodutivo, assegurado única e exclusivamente a mulher em detrimento da condição biológica de reprodução. Afeto a tal tema há de se discutir que para o exercício dos direitos humanos, sendo tal condição biológica única e exclusiva da mulher, não há como separar os direitos sexuais e reprodutivos da categoria de direito fundamental da mulher, sendo tal direito concernente à vida da mulher.

Nunes e Marchetto (2022) articula que os direitos reprodutivos, os quais abarca a temática central da violência obstétrica, é pouco discutido pela ciência jurídica, em que pese arguir que tal violência, caracterizada de gênero, tem influência direta no exercício da dignidade das mulheres, ferindo tanto no campo geral os preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto no campo estrito os direitos humanos fundamentais das mulheres, elencados na 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e outros dispositivos normativos que rege a matéria.

Segundo Nunes e Marchetto (2022) as décadas de 60, 70 e 80 foram marcadas pelas discussões sobre saúde reprodutiva, temática central em assuntos de grande relevância como redução da pobreza mundial, taxa de fertilidade e controle de natalidade. Oliveira (2009) enfatiza que a década de 80 ficou marcada pelo início do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, resultante da luta contra políticas autoritárias, genocidas e racistas. Complementa Nunes e Marchetto (2022) que tais direitos negligenciados pela sociedade deriva da dissonância aos preceitos morais, religiosos e éticos da época, correlacionando o surgimento do direito reprodutivo como temática central doravante a epidemia de HIV no mundo.

Nunes e Marchetto (2022) destaca entre os direitos reprodutivos, o direito de toda mulher em companhia de seu parceiro, definir livremente a quantidade de filhos que assim deseja, bem como lugar e momento que será realizado o parto, gozando de informações sobre prevenção e organização familiar. Esse direito soma aos direitos individuais, os quais garantem a qualquer pessoa o poder de terem vida sexual livre de qual seja a discriminação.

Assim, os estudos críticos sobre os direitos sexuais e reprodutivos promovem o deslocamento do enfoque individual-liberal da “escolha” para o da compreensão das relações entre a inefetividade e o não reconhecimento desses direitos com as iniquidades a todas as mulheres.

3 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL

É salutar a importância da medicina no mundo, via de regra, médicos e enfermeiros executam procedimentos legais para tratamento de enfermidades, sendo medido o seu desempenho pela perícia em executá-los de maneira concisa. O grau de profissionalismo deve ser exercido com precisão, pois o médico deve se responsabilizar pelos resultados obtidos, não sendo eximido por práticas irresponsáveis no exercício da medicina, assim como preconiza o Código Penal e o Código de Ética de Medicina.

O parto, considerado um dos momentos ímpares na vida das mulheres, quando sujeito a situações adversas, pode resultar em uma experiência traumática. Existem vários problemas que podem interferir no processo gestacional, ou seja, nesse período, a mulher está fragilizada, precisando de confiança, segurança e conforto, cabendo ao profissional médico acompanhá-la durante os meses de gestação, até mesmo para trabalhar suas condições físicas e psicológicas para o momento do parto.

Há casos em que as mulheres durante o período gestacional são vítimas de violências obstétricas, assunto que vem se tornando constante nos dias atuais, inclusive

ilustra-se conforme pesquisa feita pela Fundação Perseu Abramo (2010) que no ano de 2010, uma em cada quatro mulheres já sofreram algum tipo de violência no parto.

Define-se para tanto, de acordo com Paes (2018), que a violência obstétrica é caracterizada por tratamentos irregulares, ou seja, ação ou omissão direcionada à mulher durante o pré-natal, parto ou puerpério. Procedimentos como toques sucessivos, deixar a gestante nua e sem poder de fala, xingamentos, dentre outros diversos métodos não autorizados pela gestante constituem-se violência obstétrica. Ilustra-se tal fato nos relatos apresentados por uma paciente a G1 (2014):

Quando o médico chegou ao hospital, ele detectou que ainda faltava um pouco de dilatação e a partir daí ele começou a fazer intervenção atrás de intervenção. Ele forçou o períneo, me levou para o centro obstétrico sem me consultar, eu não fui ouvida – Camila Postigo dos Santos, vítima de violência obstétrica.

A falta de medicamentos, analgésicos ou anestesia (PONTES; SOARES, 2018) e o impedimento de entrada de acompanhante (BRASIL, 2005) são caracterizados como violência obstétrica. Inclusive, a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, determina que é facultativo à gestante escolher seu acompanhante, podendo segundo Defensoria Pública do Estado do Paraná (DPE/PR, 2021), ser o pai do bebê, parteiro, mãe, amigo(a), ou qualquer pessoa de sua preferência. Há de se arguir ainda acerca da Lei supracitada que o art. 19-J, caput, estende a obrigatoriedade de respeitar o direito da gestante de ter presente acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto tanto aos serviços de saúde do SUS quanto a rede particular ou conveniada.

Cabe destacar que a importância da presença da pessoa escolhida pela gestante pode trazer benefícios para a mesma e a criança. Ademais, a notoriedade do acolhimento da Equipe de Saúde durante essa preparação tempestiva, é salutar. Castro (2019) relata que hoje busca-se uma adequação na relação parturiente e médico, juntamente com o grupo de saúde, para que a mesma receba todas as informações, adequadamente, necessárias, pois através disso ocasionará na diminuição da ansiedade e medo, fazendo com que a gestante se sinta preparada para o feito.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina (2023) discorre que essa violência se aplica a todos os prestadores de serviços de saúde, não sendo um crime atinente apenas ao exercício da medicina. Além disso, tal violência pode ser direcionada tanto para a mulher quanto ao bebê, pois, ambos sofreram o desrespeito à sua autonomia, integridade física e mental, afetando igualmente sentimentos e preferências.

Várias expressões são comumente utilizadas para descrever o mesmo fenômeno, tais como “violência no parto”, “abuso ou desrespeito

obstétrico”, “violência de gênero no parto e aborto”, “violência institucional de gênero no parto e aborto”, “assistência desumana/desumanizada”, “crueldade no parto”, “violência dos direitos humanos das mulheres no parto”, entre outros (TESSER, 2015 apud NUNES; MARCHETTO, 2021, p. 34).

Em pesquisa realizada pela FIOCRUZ (2012), no ano de 2012, aponta-se que 45% das pacientes de rede pública já passaram por algum tipo de atrocidade, enquanto o percentual de ocorrências em clínicas particulares se apresenta na ordem de 30%, sendo a violência um conjunto de erros hospitalares, do próprio sistema de saúde e clínicas, que não se restringem apenas a ação médica.

A violência obstétrica é uma violência de gênero, pois além de afetar apenas o público feminino pelo fato de passarem pela experiência da gestação, tais comportamentos invasivos estão correlacionados à estereótipos do que a mulher deveria ou não fazer. As intervenções médicas também configuram em violência, passíveis segundo Mato Grosso do Sul (2021) de serem detectáveis de duas maneiras: modificação natural em patologia, intervenções desnecessárias que acarretam em danos para a gestante e bebê; e negligência, atendimento não adequado para ambos, erros de diagnósticos.

No atual cenário brasileiro a legislação que assegura as mulheres gestantes proteção contra violência obstétrica, são incipientes, contudo há de se corroborar acerca da Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019, do Conselho Federal de Medicina que “estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente”; audiência pública no Estado de Alagoas realizada pelo Ministério Público Federal (2016) para “debater com representantes dos órgãos do poder público, da sociedade civil, do meio acadêmico e demais cidadãos questões relacionadas à violência obstétrica no município de Maceió (AL)”; promulgação da Lei nº 2.324, de 07 de agosto de 2019 que “dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no município de Rio Branco e estabelece outras providências” na cidade de Rio Branco Estado do Acre; e audiência pública ocorrida em 27 de março de 2023 (CÂMARA MUNICIPAL DE MACEIÓ, 2023) para discutir a violência obstétrica e apresentar o programa Boa Hora.

A Constituição Federal Brasileira, no art. 203, ao garantir a ordem social, estabelece que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.

Conceitua ainda, Nunes e Marchetto (2021), que “embora a violência obstétrica não possua legislação específica que a defina, existem uma série de documentos normativos na legislação brasileira que delineiam o enquadramento jurídico da violência e as repercussões indenizatórias que o fato concreto pode gerar”. Há de ser observada a proteção oferecida pelo Código Penal, em que pese configurar a violência obstétrica no crime de injúria (art. 140); lesão corporal (art. 129), com a aplicação de suas qualificadoras, igualmente há de se falar no constrangimento ilegal (art. 146) quando há divulgação de imagem de nudez; dano psicológico causado na gestante e/ou estupro de vulnerável (art.217-A).

Segundo o relatório apresentado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef, 2016) cerca de 200 milhões de mulheres e crianças, em nível mundial, sofreram mutilação genital feminina, ou seja, sofrem a remoção total ou parcial de suas genitálias ou lamentavelmente, sofreram algum dano em seus órgãos reprodutores em decorrência médica. Enquanto, pesquisa da Organização Mundial de Saúde (2014) revelou que o número de cesárias se encontra em uma porcentagem elevada, em torno de 52% em hospitais públicos, podendo alcançar os 88% nos hospitais particulares, na qual esse aumento destaca-se em desacordo com a organização.

4 MECANISMOS DE DENÚNCIA

Instituído em 1984 o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), tem como proposta desconectar o núcleo de serviços médicos, afim de trazer educação, informação e tratamento para as mulheres. Através desta implementação, foi possível ajudar uma grande parcela das mulheres, que por vezes, as queixas relatadas não eram passíveis de investigação. O programa oferece um sistema de denúncia, o qual, não apenas a mulher, mas qualquer pessoa que presenciou a violência, possa denunciar a relação entre o médico e paciente.

Além deste programa, a Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, estabeleceu a notificação obrigatória de casos de violência contra a mulher, sofridas em decorrência da prestação de serviços de saúde pública ou privada, em todo o território nacional. Enquanto, o Decreto nº 5.099, de 03 de junho de 2004, regula a lei citada de forma que os casos informados sejam identificados e investigados.

Outro ponto a ser destacado é o mecanismo de Ouvidoria do Ministério da Saúde que disponibiliza pontos para denúncia, sugestões, elogios, além de outras manifestações que garantam a ampliação das possibilidades de os cidadãos buscarem efetivamente seus direitos, de maneira digital. O mesmo instrumento serve também como “Disque Saúde”, por meio do número 136, regularmente ativo e gratuito.

Há outras plataformas de denúncia como a Agência Nacional de Saúde Suplementar, Conselho Regional de Medicina, Conselho Regional de Enfermagem e Defensoria Pública, as quais poderão ser utilizadas pelas mulheres para informar a violência sofrida. Os advogados particulares também são uma fonte para as mulheres nesse processo de denúncia, ajuizando ações de danos morais, materiais e/ou ação administrativa ou penal contra o agente. O órgão do Ministério Público além de receptor da denúncia, atua como investigador para responsabilizar os possíveis infratores e resguardar outras mulheres para que não venham sofrer esse tipo de violência.

Tais órgãos atuam frente ao combate à violência obstétrica no Brasil, tendo como papel fundamental de receber e apurar os crimes de violência obstétrica. Há de se arguir que a fragilidade e a vulnerabilidade vivida pela gestante tornam a violência obstétrica por vezes imperceptível para a mulher, na qual, à gestante chega a não compreender que sofreu a violência, sendo as duas principais agressões relatadas pelas parturientes a psicológica e a física.

A agressão psicológica acontece por meio da pressão e da humilhação transmitidas pelos profissionais, enquanto os procedimentos quando realizados sem a anuência da gestante configuram violência física. A rigor é necessário que haja indicação para a paciente das intervenções invasivas e/ou não invasivas a serem executadas, bem como riscos destes resultantes, para que assim seja avaliado e decidido pela paciente se deve ou não ser procedida tal intervenção.

5 CONCLUSÃO

Diante do aumento de casos de violência obstétrica no Brasil, das mais diversas formas, percebe-se que esses fatos vão muito além do descaso dos profissionais e falhas na realização de procedimentos, causando impacto psicossocial marcante na vida das mulheres.

É um retrocesso grande para a longa batalha de direitos que as mulheres conquistaram tanto quanto para os profissionais da área da obstetrícia, que através de um parto irregular, coloca em risco à saúde feminina, além de cometer o ato de violência por meio de procedimentos irregulares e inadequados.

Reafirmando que, apesar das gestantes não possuírem resguardados seus direitos com a tipificação do crime de violência obstétrica no Código Penal, há de se dizer que a Constituição Federal assim como o Código Penal desempenham papel excepcional configurando as ações criminosas causadas antes, durante e após o parto em outros tipos penais.

O tema ora discutido, é de extrema importância, e com o passar do tempo fora ganhando espaço para estudos e análises, porém, existe a desinformação a respeito desta violência, principalmente pelo público feminino, vítima de tal agressão.

Por respeito à dignidade do ser humano, é estabelecida uma relação entre médico e gestante, contendo responsabilidades e valores morais, que em caso de falha do exercício profissional acarretará consequências, que em casos extremos são irreparáveis.

Cabe destacar ações como os Projetos de Lei nºs 7.633/2014, 7.867/2017, 8.219/2017, 878/2019, 2693/2019, 3310/2019, 4021/2019, 516/2022, 422/2023, 989/2023, 1056/2023, 1.381/2023, 2498/2023, que tramitam na Câmara dos Deputados o qual possuem o objetivo de destacar o conceito de violência obstétrica, trazer a responsabilidade do crime para o médico e/aos profissionais da saúde, permitir medidas de proteção contra a violência obstétrica e tratar de assuntos paralelos a temática em questão.

Assim, espera-se que uma tipificação penal seja criada para inspecionar e resguardar os direitos das gestantes e do recém-nascido, tanto quanto o aumento de divulgação potencializando o poder de denúncia quanto aos crimes que afetam diretamente os direitos das mulheres.

REFERÊNCIAS

AMYUNI, S. Denunciar a violência obstétrica é o 1º passo para reduzir casos, diz médica.

G1 São Carlos e Araraquara, 13 de abr. de 2014. Disponível em:

<https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2014/04/denunciar-violencia-obstetrica-e-o-1-passo-para-reduzir-casos-diz-medica.html>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BERNARDES. T. As conquistas das mulheres ao longo da história. **Futura**, 10 de mar de 2021. Disponível em:

<https://www.futura.org.br/as-conquistas-das-mulheres-ao-longo-da-historia/>. Acesso em: 24/10/2022.

BERNARDO, T. Você sabe o que é violência obstétrica e como denunciar? **Commadre**, 08 de fev de 2021. Disponível em:

<https://www.commadre.com.br/voce-sabe-o-que-e-violencia-obstetrica-e-como-denunciar/>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BOTTO, L. No Brasil 25% das mulheres já sofreram violência obstétrica. **Assembleia**

Legislativa do Estado de Sergipe. Disponível em: <https://al.se.leg.br/no-brasil-25-das-mulheres-ja-sofreram-violencia-obstetrica/#:~:text=A%20pesquisa%20%E2%80%9CMulheres%20brasileiras%20e,acende%20um%20sinal%20de%20alerta>.

<https://al.se.leg.br/no-brasil-25-das-mulheres-ja-sofreram-violencia-obstetrica/#:~:text=A%20pesquisa%20%E2%80%9CMulheres%20brasileiras%20e,acende%20um%20sinal%20de%20alerta>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.

BRASIL. **Decreto nº 5.099, de 03 de junho de 2004**. “Regulamenta a Lei no 10.778, de 24 de novembro de 2003, e institui os serviços de referência sentinela”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5099.htm#:~:text=DECRETA%3A,24%20de%20novembro%20de%202003.. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 03 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003 - Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. **Diário Oficial da União**, Seção 1, p. 11, 25 nov. 2003.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 28 jul. 2023.

CÂMARA MUNICIPAL DE MACEIÓ. **Câmara realiza audiência pública para discutir o enfrentamento à violência obstétrica**: discussão proposta pela vereadora Olívia Tenório (MDB) serviu para apresentar o Programa Boa Hora, 27 mar. 2023. Disponível em: <https://www.maceio.al.leg.br/noticia/camara-realiza-audiencia-publica-para-discutir-o-enfrentamento-a-violencia-obstetrica-27-03-2023-00-00-725>. Acesso em: 28 jul. 2023.

CARRILLO, M. M. R. et.al. Não se calem: violência obstétrica é crime. **Consultor Jurídico**, 14 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/carrillo-antabi-nao-calem-violencia-obstetrica-crime>. Acesso em: 30 jun. 2022.

CASTRO, T. D. V. de. (Coord.) **Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CEDAW. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**. 1979. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em: 28 jul. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019**. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Publicado no DOU nº 179, seção 1, p. 113, 2019. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Resolucao-CFM-2232-2019-07-17.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2023.

DPE/PR. Defensoria Pública do Estado do Paraná. Lei do acompanhante: direito garantido a gestante na hora do parto. DPE/PR, 04 ago. 2021. Disponível em: <https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Lei-do-Acompanhante-Direito-garantido-gestante-na-hora-do-parto#:~:text=A%20Lei%20determina%20que%20este,pode%20decidir%20n%C3%A3o%20ter%20acompanhante>. Acesso em: 01 ago. 2023.

EFE. 200 milhões de mulheres sofreram mutilação genital no mundo, diz Unicef. **G1**, 05 fev. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2016/02/200-milhoes-de-mulheres-sofreram-mutilacao-genital-no-mundo-diz-unicef.html>. Acesso em: 04 ago. 2023.

EIBEL, K. D. **Desconstrução da cultura machista como pressuposto para efetivar a prevenção da violência contra a mulher: um olhar da rede de enfrentamento de Lajeado/RS**. 198 f. 2020. Monografia (Bacharel em Direito), Universidade do Vale do Taquari – Univates, Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/3137/1/2020KelemDaianeEibel.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2022.

FPA, Fundação Perseu Abramo. Violência no parto: na hora de fazer não gritou. **Fundação Perseu Abramo Partido dos Trabalhadores**, 25 mar. 2013. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. Acesso em: 28 jun. 2022.

FPA. Fundação Perseu Abramo. Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado. **Fundação Perseu Abramo**, Pesquisa de opinião pública, ago. 2010. Disponível

em: https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf. Acesso em: 28 jul. 2023.

JANSEN, M. Violência obstétrica: por que devemos falar sobre? **Politize!**, 19 set. 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/violencia-obstetrica/>. Acesso em: 28 jun. 2022.

MACHADO, J. S. Violência obstétrica: aspectos jurídicos no Brasil e o direito das mulheres a um parto humanizado. **Conteúdo Jurídico**, 20 jul. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58912/violencia-obstetrica-aspectos-juridicos-no-brasil-e-o-direito-das-mulheres-a-um-parto-humanizado>. Acesso em: 30 jun. 2022.

MATO GROSSO DO SUL. Secretaria do Estado de Saúde. Violência obstétrica. 2021. Disponível em: https://www.as.saude.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/livreto_violencia_obstetrica-2-1.pdf

MELO, C. Vítimas nem sempre percebem situação de violência obstétrica. **Jornal UFG**, 07 mar. 2018. Disponível em: <https://jornal.ufg.br/n/104512-vitimas-nem-sempre-percebem-situacao-de-violencia-obstetrica#:~:text=%22Elas%20pensam%20que%20faz%20parte,a%20pesquisadora%20Vitt%C3%B3ria%20Braz%20de>. Acesso em: 31 jul. 2023.

MPF. Ministério Público Federal de Alagoas. MPF/AL realiza audiência pública para discutir violência obstétrica. **Direitos do Cidadão**, 16 nov. 2016. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/al/sala-de-imprensa/noticias-al/mpf-al-realiza-audiencia-publica-para-discutir-violencia-obstetrica>. Acesso em: 28 jul. 2023.

MPSC. Ministério Público de Santa Catarina. **Campanhas**. 2023. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/campanhas/violencia-obstetrica#:~:text=A%20den%C3%Aancia%20pode%20ser%20feita,atendimento%20do%20plano%20de%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 03 ago. 2023.

MUNIZ, W. A violência obstétrica como forma de violência de gênero. **Jus.com.br**, 20 set. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/93346/a-violencia-obstetrica-como-forma-de-violencia-de-genero>. Acesso: 29 jun. 2022.

NUNES, A. B. C.; MARCHETTO, P. B. **Violência obstétrica análise jurisprudencial no TJ/SP**. Curitiba: Juruá Editora, 2022.

OLIVEIRA, G. C. de. Duas décadas de luta feminista anti-racista pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: CAMPOS, C. H. de; OLIVEIRA, G. C. de. **Saúde reprodutiva das**

mulheres: direitos, políticas públicas e desafios. Brasília: CFEME: IWHC, Fundação H. Boll, Fundação Ford, 2009.

ONU. Organizações das Nações Unidas. Resolução ONU nº 217-A (III). **Diário Oficial da União**, 10 dez. 1948. Disponível em: [https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-](https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html#:~:text=Todo%20indiv%3%ADduo%20tem%20direito%20%3%A0,liberdade%20e%20%3%A0%20seguran%3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%3%A9m%20ser%3%A1%20mantido%20em%20escravatura,todas%20as%20formas%2C%20s%3%A3o%20proibidos.&text=Ningu%3%A9m%20ser%3%A1%20submetido%20a%20tortura, tratamentos%20cru%3%A9is%2C%20desumanos%20ou%20degradantes..)

1948_94854.html#:~:text=Todo%20indiv%3%ADduo%20tem%20direito%20%3%A0,liberdade%20e%20%3%A0%20seguran%3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%3%A9m%20ser%3%A1%20mantido%20em%20escravatura,todas%20as%20formas%2C%20s%3%A3o%20proibidos.&text=Ningu%3%A9m%20ser%3%A1%20submetido%20a%20tortura, tratamentos%20cru%3%A9is%2C%20desumanos%20ou%20degradantes.. Acesso em: 04 ago. 2023.

PAES. F. D. R. Violência obstétrica, políticas públicas e a legislação brasileira. **Consultor Jurídico**, 8 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-08/mp-debate-violencia-obstetrica-politicas-publicas-legislacao-brasileira>. Acesso em: 20 out. 2022.

PONTES, T. da C. A.; SOARES, H. C. Um olhar sobre as formas de violência obstétrica no cenário dos partos brasileiros. **VII Seminário do corpo, gênero e sexualidade**, Universidade Federal do Rio Grande – FURG, 19-21 set. 2018. Disponível em: <https://7seminario.furg.br/images/arquivo/354.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2023. Acesso em: 30 jul. 2023.

PORTAL GELEDES. Um guia para entender o que é violência obstétrica, como denunciar e combater a prática. **Portal Geledes**, 05 ago. 2019. Disponível em: [https://www.geledes.org.br/um-guia-para-entender-o-que-e-violencia-obstetrica-como-denunciar-e-combater-a-pratica/#:~:text=Como%20denunciar%20e%20combater%20este%20tipo%20de%20viol%3%AAncia&text=Em%20casos%20em%20que%20a,o%20profissional%20que%20a%20violentou\).](https://www.geledes.org.br/um-guia-para-entender-o-que-e-violencia-obstetrica-como-denunciar-e-combater-a-pratica/#:~:text=Como%20denunciar%20e%20combater%20este%20tipo%20de%20viol%3%AAncia&text=Em%20casos%20em%20que%20a,o%20profissional%20que%20a%20violentou).) Acesso em: 30 out. 2022.

PORTAL VIVENDO A ADOLESCÊNCIA. Direitos Sexuais e Reprodutivos. **Portal Vivendo a Adolescência**, [20??]. Disponível em: <http://www.adolescencia.org.br/site-pt-br/direitos-sexuais-e-reprodutivos>. Acesso em: 30 jun. 2022.

PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO BRANCO. Lei nº 2.324, de 07 de agosto de 2019. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Município de Rio Branco e estabelece outras providências. 2019. Disponível em: <https://resolutividade.mpac.mp.br/storage/46/Lei-Municipal-no-2.324--de-07-de-agosto-de-2019..PDF>. Acesso em: 28 jul. 2023.

RIBEIRO, A. Violência obstétrica atinge cerca de 45% das mulheres na rede pública brasileira, vítimas perdem bebês e ficam com lesões. **O Globo**, 26 dez. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/violencia-obstetrica-atinge-cerca-de-45-das-mulheres-na-rede-publica-brasileira-vitimas-perdem-bebes-ficam-com-lesoes-25332302>. Acesso em: 08 ago. 2023.

RODRIGUES, T. Política de Saúde da Mulher comemora 25 anos: indicadores mostram os resultados da ampliação do acesso da mulher aos serviços de saúde. **Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio**, 12 mar. 2009. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/politica-de-saude-da-mulher-comemora-25-anos#:~:text=O%20Programa%20de%20Assist%C3%A2ncia%20Integral,de%20diagn%C3%B3stico%2C%20tratamento%20e%20recupera%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 03 ago. 2023.

SANTOS, R. O que é violência de gênero e como se manifesta. **Politize!**, 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/violencia-de-genero-2/#:~:text=A%20viol%C3%A2ncia%20de%20g%C3%A2nero%20se,de%20g%C3%A2nero%20ou%20orienta%C3%A7%C3%A3o%20sexual>. Acesso em: 29 jun. 2022.

TAVASSI, A. P. C. et.al. **A** história dos direitos das mulheres. **Politize!**, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/historia-dos-direitos-das-mulheres/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

UNIASSELVI. A violência obstétrica na percepção das mulheres é tema da próxima MasterClass UNIASSELVI. **UNIASSELVI Graduação e Pós**, 21 de mar de 2022. Disponível em: https://portal.uniasselvi.com.br/noticias/academico/a-violencia-obstetrica-na-percepcao-das-mulheres-e-tema-da-proxima-masterclass-uniasselvi?gclid=Cj0KCQjw54iXBhCXARIsADWpsG9PgQFUNcWExVleZYvpkDTuAvp7Tik52ere1jCWHgBHrg_cjeh0598aAj-yEALw_wcB. Acesso em: 28 jun. 2022.

MUNICIPALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA: A ATUAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ

SAMARA JACQUIMINOUTH TAVARES:

Bacharel em Direito -Advogada⁹⁶

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo a municipalização da segurança pública, com foco na atuação da guarda municipal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Será compreendido se é possível que os Guardas Municipais desempenhem atividade própria de segurança pública, atividade essa incumbida constitucionalmente aos órgãos policiais.

Palavras-chave: Guarda municipal. Segurança Pública. Jurisprudência.

ABSTRACT: The object of this article is to study the municipalization of public security, focusing on the performance of the municipal guard in the light of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. It will be understood if it is possible for the Municipal Guards to carry out their own public security activity, an activity that is constitutionally entrusted to the police agencies.

Keywords: Municipal guard. Public security. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais polêmicos referente à segurança pública é a municipalização da segurança pública. Na atualidade, a segurança municipal é desempenhada pelos Guardas Municipais que possuem a competência de proteger os bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município. Nota-se que não é competência da Guarda Municipal a segurança pública.

Caso o município integre o rol dos entes responsáveis pela segurança pública, pode haver a instituição de um policiamento a nível local. Como se trata de tema bastante discutido socialmente e doutrinariamente, ele chegou a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal Federal.

Assim, o presente artigo tem como objeto de estudo a municipalização da segurança pública, a partir do entendimento firmado pelo STF e pelo STJ em casos concretos.

DESENVOLVIMENTO

⁹⁶E-mail: samara.jacquiminouth.sj@gmail.com

Como dispõe a Constituição de 1988 o Município, na estrutura da República Federativa do Brasil, é a entidade político-administrativa autônoma, dotada de competências materiais e legislativas, para tratar de assuntos de interesse local. O ente possui algumas características como a autonomia política, autonomia administrativa, por exemplo.

De acordo com Foucault (2005), o crescimento da população em grandes centros urbanos é um desafio para o Estado, por isso se faz importante o trabalho do governo local, ou seja, dos municípios. Entretanto, os municípios, em sua grande maioria, ainda possuem gestão atrelada ao Estado e também a União.

Nesse contexto, surge a necessidade de compreender a municipalização da segurança pública.

O tema é encontrado em julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Importante analisar o entendimento de ambos os tribunais a respeito do tema.

A seguinte ementa é do STJ, e trata-se do Recurso Especial 1977119-SP:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ATUAÇÃO DAS GUARDAS MUNICIPAIS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CLARA, DIRETA E IMEDIATA COM A TUTELA DOS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 157 E 244 DO CPP. RECURSO PROVIDO. 1. A Constituição Federal de 1988 não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras “polícias municipais”, mas tão somente de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações. A exclusão das guardas municipais do rol de órgãos encarregados de promover a segurança pública (incisos do art. 144 da Constituição) decorreu de opção expressa do legislador constituinte – apesar das investidas em contrário – por não incluir no texto constitucional nenhuma forma de polícia municipal [...]

No julgado supracitado, houve a atuação de guarda municipal no âmbito da repressão criminal, situação que foi levada à julgamento pelo STJ. Na decisão, o relator deixou claro que o art. 144, § 8º, da Constituição Federal limita expressamente a atuação das guardas municipais à proteção de seus bens, serviços e instalações, e que eles não possuem a mesma amplitude de atuações das polícias. Assim, no caso em tela, a atuação

de guarda municipal, ao realizar busca pessoal em ilícito de tráfico de drogas, não encontra respaldo legal, e a prova colhida foi considerada ilícita.

A próxima ementa é do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA CIVIL MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS: FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (HC 212635 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 11/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 12-04-2022 PUBLIC 18-04-2022)

De acordo com o julgado, notadamente em seu relatório, configurada a situação de flagrante delito, não há que se cogitar de ilegalidade no ingresso dos guardas municipais no imóvel. O flagrante pode ser realizado por qualquer pessoa. Logo, não há que se falar em atuação policial por parte dos guardas municipais, o que seria, ilegal.

Nota-se, portanto, que p STF também entende que a segurança pública deve ser realizada nos moldes da Constituição Federal, e ela estabelece que a atuação do guarda municipal se limita à proteção de seus bens, serviços e instalações, e que eles não possuem a mesma amplitude de atuações das polícias.

CONCLUSÃO

Como visto, a municipalização da segurança pública ainda não é uma realidade no Brasil, a competência dos entes é muito bem delimitada pela Constituição Federal. De acordo com o art. 144 da Constituição Federal, a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.

Os Guardas Municipais não são responsáveis pela segurança pública, mas tão somente à proteção de seus bens, serviços e instalações, e que eles não possuem a mesma amplitude de atuações das polícias.

Ademais, esse tema é muito polêmico, e existem, inclusive, projetos de lei que visam a instituição da municipalização da segurança pública, mas até algum projeto seja aprovado, e a mudança seja instituída, o entendimento do STF e do STJ devem ser seguidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.**
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 abr. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** 21. Ed. Rio de Janeiro. Edições Graal, 2005.

CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE PRISÃO E DE PENHORA NA MESMA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

DANIELE CASTANHARO: Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul em 2017. Analista Judiciária no Tribunal Regional Eleitoral do Paraná97.

Resumo: Alimentos são as prestações necessárias para satisfação das necessidades básicas daqueles que não podem provê-las pelo próprio trabalho. Procedimentalmente, a execução de alimentos possui alguns meios executivos que a torna especial em relação à execução de obrigação de pagar quantia certa. Dentre tais meios, discute-se se seria possível a utilização simultânea do rito da expropriação e o da prisão civil, em razão de possível vedação legal e tumulto processual. O Superior Tribunal de Justiça, por recentes decisões de suas Terceira e Quarta Turmas, entendeu que não há qualquer impeditivo, desde que os atos processuais especifiquem a quais parcelas se referem – se alimentos pretéritos, com as consequências do rito da expropriação, ou se alimentos atuais, com as consequências da prisão civil.

Palavras-chave: Alimentos. Expropriação. Prisão Civil. REsp 1.930.593/MG. REsp 2.004.516/RO.

Abstract: Alimony is the provision necessary to meet the basic needs of those who cannot provide for themselves through work. Procedurally, the execution of maintenance has some executive means that make it special in relation to the execution of the obligation to pay a certain amount. Among these means, it is discussed whether the simultaneous use of the rite of expropriation and that of civil prison would be possible, due to possible legal prohibition and procedural turmoil. The Superior Court of Justice, by recent decisions of its Third and Fourth Panels, understood that there is no impediment, as long as the procedural acts specify which installments they refer to - whether past alimony, with the consequences of the expropriation rite, or whether alimony with the consequences of civil imprisonment.

Keywords: Alimony. Expropriation. Civil Prison. REsp 1.930.593/MG. REsp 2.004.516/RO.

Sumário: 1. Execução de Alimentos. 1.1. Rito Comum. 1.2. Prisão Civil. 2. Cumulação dos procedimentos da prisão e da penhora. 2.1. Posição tradicional – vedação à cumulação. 2.2. Possibilidade de cumulação. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Alimento encontra no latim (*alimentum*) sua origem etimológica: “significa sustento, alimento, manutenção, subsistência, do verbo alo, is, ui, itum, ere (alimentar, nutrir, desenvolver, aumentar, animar, fomentar, manter, sustentar, favorecer, tratar bem)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso..., 2013, p. 304 apud TARTUCE, Flávio, 2019, p. 786).

Flávio Tartuce (2019, p. 787) define alimentos como “as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio”.

Pontes de Miranda indica que alimentos “abrangem todo o necessário ao sustento, morada, vestuário, saúde e educação do ser humano”. (MIRANDA, 1983, p. 20)

Fredie Didier Jr (2017, p. 713) conceitua que “os alimentos consistem, assim, na prestação voltada à satisfação das necessidades básicas e vitais daquele que não pode custeá-las. E essa prestação pode ser devida por força de lei (CC, art. 1.694, prevista para parentes, cônjuges ou companheiros), de convenção (CC, art. 1.920) ou em razão de um ato ilícito (CC, arts. 948, II, e 950)”.

Assim, quem não pode prover suas necessidades pelo próprio trabalho, com vistas à pacificação social, deve tê-las providas por outros, sejam órgãos estatais, particulares, ou especialmente familiares que possam fazê-lo (PEREIRA, 2012, p. 527).

A doutrina (DIDIER, 2017, p. 714-717) traz algumas classificações acerca dos alimentos. As principais que podem ser apontadas são quanto à origem (legítimos, voluntários, indenizativos), quanto à estabilidade (definitivos, provisórios), à natureza (naturais, civis).

Quanto à origem, alimentos legítimos são previstos em lei, nos termos do Código Civil, artigo 1694 e Lei 9278 art. 7º, por parentesco, matrimônio ou união estável. Voluntários são devidos por negócio jurídico. Indenizativos são os devidos pela prática de ato ilícito, conforme Código Civil artigo 948, II, e art. 950.

Aqui, importante mencionar que entende a jurisprudência (BRASIL, 2011a) que execuções de alimentos indenizativos não podem se utilizar dos meios executivos da prisão civil e do desconto em folha de pagamento, que como será visto ao decorrer deste trabalho, são justamente os elementos que especializam a execução de alimentos em detrimento das execuções em comum. Nesse caso, só se aplicaria o artigo 533 do CPC:

“Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir

capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.” (BRASIL, 2015).

Há doutrina contrária a este entendimento. Neste sentido expõe Daniel Neves:

“Não concordo com tal entendimento, porque a necessidade especial do credor de alimentos não se altera em razão da natureza desse direito, não havendo sentido criar um procedimento mais protetivo limitando sua aplicação a somente uma espécie de direito alimentar” (NEVES, 2021, p. 1313).

Já quanto à estabilidade, os alimentos definitivos são aqueles determinados por sentença, enquanto os provisórios são aqueles fixados no decorrer do processo, de forma antecedente ou incidental. Vale dizer que os definitivos não necessariamente dependem de trânsito em julgado nos termos do artigo 1.012, §1º, II do CPC:

“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: II - condena a pagar alimentos (...)” (BRASIL, 2015).

Quanto à natureza, os naturais são os indispensáveis ao atendimento das nossas necessidades básicas. Já os civis compreendem as necessidades morais e intelectuais.

Uma vez reconhecida em juízo a obrigação alimentar, cabe ao alimentando-credor proceder à execução da sentença.

2. Execução de Alimentos

O Código de Processo Civil traz regras atinentes a diversos tipos de execuções e cumprimentos de sentença.

A execução de alimentos nada mais é que uma execução de pagar quantia certa, especializada por conta do elevado tratamento dado ao tema da prestação alimentar.

“A especialidade da execução de alimento dá-se principalmente em razão da previsão de atos materiais específicos a essa espécie de execução, sempre com o objetivo de facilitar a obtenção da satisfação pelo exequente” (NEVES, 2021, p. 1313).

O Código de Processo Civil indica como possíveis ritos da execução de prestação alimentícia o desconto em folha de pagamento (artigo 529); a expropriação (artigos 529,

§§8º e 9º, art. 523, art. 530, art. 831); o protesto (art. 529, §1º e 517) e prisão civil (art. 528, caput e §§ 3º a 7º).

A escolha de qual caminho meio executivo será seguido é de livre vontade do credor alimentando, com algumas exceções trazidas pelo STJ:

“O mesmo tribunal tem precedente no sentido de que escolha do credor pode ser desconsiderada em aplicação do princípio da menor onerosidade, desde que mantendo-se a eficácia da tutela executiva, mas que não cabe conversão de ofício para o procedimento comum com fundamento de adimplemento parcial ou de transcurso razoável de tempo para o ajuizamento da ação.” (BRASIL, 2017a, 2019, apud NEVES, 2021, p. 1314).

Para Fredie Didier Jr. (2017, p. 718) o meio eleito depende do caso concreto, devendo-se levar em conta a aptidão da medida a tutelar o direito do credor, bem como menor onerosidade para o devedor.

2.1 Rito Comum

O rito comum, encontra-se previsto no artigo 528 §7º e §8º do Código de Processo Civil.

Aqui, assim como as execuções em comum, busca-se bens do devedor para satisfação da dívida mediante penhora, ressaltando-se que uma das medidas que distinguem o rito da execução alimentícia de execuções comuns é a previsão do desconto em folha de pagamento (artigos 529 e 912 do CPC).

A aplicação deste rito acontece em duas hipóteses.

A situação trazida no Art. 528 §7º do CPC ocorre quando o débito alimentar se refere a prestações vencidas há mais de 3 meses, visto que a prisão só é possível quando se trata de prestações vencidas há menos de 3 meses. Isso porque a prisão se trata de medida extrema (NEVES, 2021, p. 1324).

Por sua vez, a hipótese contemplada pelo §8º diz respeito à opção do credor exequente pelo rito comum.

“Art. 528. (...) § 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito

suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.”

Aqui, o credor renuncia ao rito da prisão. Nesse caso, aplicam-se as regras do procedimento comum do cumprimento de sentença, ou execução de quantia certa se tratando de título extrajudicial conforme artigo 913 do CPC. É o que leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2021, p. 1317):

“(…) preferindo o exequente adotar o procedimento previsto pelo § 8o do art. 528 e pelo art. 913 do CPC, cabe a aplicação das normas referentes ao procedimento comum do cumprimento de sentença ou processo de execução de obrigação de pagar quantia certa, a depender da natureza do título executivo. Por outro lado, optando pelo procedimento previsto no § 3o do art. 528, em razão de sua incontestável especialidade, teremos um procedimento especial tanto no cumprimento de sentença como no processo de execução.”

O CPC traz ainda a possibilidade de desconto em folha de pagamento (art. 529 e 912), um dos elementos que tornam a execução de alimentos especial em relação às execuções de quantia certa em geral.:

“Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.”

Interpreta-se do texto legal que não cabe determinação de ofício, devendo ser requerido pelo exequente.

Para Araken de Assis (2007, p. 948), há responsabilidade solidária entre o devedor alimentante e o terceiro pagador (empregador) pelas quantias não retidas e descontadas. Ainda, não há interesse processual para que se insurja contra a determinação judicial de desconto (DIDIER 2017, p. 219) respondendo pelo crime de desobediência caso não dê cumprimento conforme parágrafo 1º do art. 529. (BRASIL, 2015).

2.2. Prisão Civil

Por outro lado, há também o rito da prisão civil. Encontra-se previsto no artigo 528, parágrafos 1º a 7º do Código de Processo Civil:

“Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado

pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.” (BRASIL, 2015).

Assim, vê-se que em um primeiro momento o juiz intima o executado para em 3 dias pagar ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Conforme entendimento doutrinário expresso no Enunciado 146 da II Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2018, conta-se este prazo em dias úteis:

“o prazo de 3 (três) dias previsto pelo art. 528 do CPC conta-se em dias úteis e na forma dos incisos do art. 231 do CPC, não se aplicando seu § 3.º” (BRASIL, 2018).

Decorrido o prazo, será determinado o protesto. Aplicam-se as mesmas regras acerca do protesto de sentença transitada em julgado. O protesto “tem como função pressionar psicologicamente o executado a cumprir a obrigação, se prestando a exercer a

mesma espécie de pressão por meio de ameaça de piora da situação do devedor no cumprimento de sentença de alimentos”. (NEVES, 2021, p. 1320).

Daniel Neves ainda critica a redação do §3º ao afastar o protesto no caso de aceitação da justificativa pelo não pagamento. Para o autor, o legislador confundiu protesto e prisão civil:

“A apresentação de justificativa evita a prisão imediata do devedor de alimentos, e sua rejeição a libera. Nada tem a ver com a existência do direito do exequente, mas apenas com o afastamento da prisão civil. Dessa forma, se o executado apresentar justificativa pelo não pagamento em 3 dias, ainda assim a sentença deverá ser protestada, a par do previsto no § 1º do art. 528 do CPC. Ser a justificativa acolhida ou rejeitada não terá qualquer relevância para tal protesto, que já terá ocorrido, a par da previsão do § 3º do art. 528 do CPC.” (NEVES, 2021, p. 1320).

Será ainda decretada a prisão civil por 1 a 3 meses, que ocorrerá em regime fechado, separado dos presos comuns.

Vale lembrar que a justificativa impede a prisão uma vez que, conforme nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVII, somente o inadimplemento voluntário autoriza a prisão civil por dívida.:

“(…) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;” (BRASIL, 1988).

Ademais, encontra-se tal prisão civil resguardada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, em seu artigo 7º:

“Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal (...) “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

Além disso, no caso de execução de alimentos avoengas – quando figura no polo passivo os avós – é possível prisão em regime semiaberto ou domiciliar, conforme Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, edição 77 (Alimentos – II), tese número 4:

“o cumprimento da prisão civil em regime semiaberto ou em prisão domiciliar é excepcionalmente autorizado quando demonstra” (BRASIL, 2017b)

Conforme já mencionado em tópico anterior, a prisão só é possível no caso de débito que compreenda até 3 prestações anteriores ao ajuizamento da ação.

Vale transcrever:

“Art. 528. (...)

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.”. (BRASIL, 2015).

Importante mencionar que este artigo foi inserido no Código de Processo Civil com a reforma de 2015, porém já era este o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, conforme se nota da súmula número 309 do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

“O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.” (BRASIL, 2006)

Tal súmula teve sua redação alterada, uma vez que anteriormente se entendia que seriam as 3 prestações anteriores à citação, o que era criticado por ser comum o devedor esquivar-se da citação para impedir sua prisão.

Por óbvio, o cumprimento da prisão não resulta em adimplemento das prestações alimentícias, como bem lembra Daniel Neves:

“Essa prisão não tem cunho satisfativo tampouco punitivo, sendo apenas um mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor, de forma que, mesmo preso, ó executado continua a ser devedor das prestações vencidas e vincendas (...)”. (NEVES, 2021, p. 1324).

3. Cumulação dos procedimentos da prisão e da penhora

Tecidos comentários acerca dos métodos executivos da dívida alimentícia, cabe verificar-se acerca da possibilidade específica de cumulação dos procedimentos de expropriação e de prisão civil no contexto de dívida alimentícia.

3.1. Posição tradicional – vedação à cumulação

Tradicionalmente, entende-se como impossível a cumulação dos ritos, por serem excludentes entre si. Caso o credor opte pela penhora, não será possível a determinação de prisão. Por todos, veja-se o posicionamento de Denis Donoso e Rodolpho Vannucci:

“Com o devido respeito, contudo, somos adeptos da opinião contrária – que rejeita a possibilidade de cumulação de execuções de alimentos sob ritos distintos – pois parece ser mais aceitável, não apenas porque os procedimentos são diferentes (e o art. 780 do CPC literalmente exige que sejam idênticos), mas especialmente pelo fato de que tal cumulação seria agressiva ao princípio da economia processual e à instrumentalidade do processo, fato que se torna mais grave quando o pleito é de alimentos. Não é exagero imaginar, por exemplo, que num determinado momento processual não se saberá mais o que se está cobrando ou a que título o executado fez um pagamento parcial (parcelas recentes ou pretéritas).

O direito aos alimentos, exatamente pelas qualidades que ostenta, deve estar blindado de discussões desnecessárias e contraproducentes que invariavelmente surgirão se admita a cumulação de execuções por técnicas distintas. (DONOSO; VANNUCCI, 2022, p. 399)

Há dois principais fundamentos que sustentam tal entendimento: tumulto processual, e expressa vedação legal constante do artigo 780 do CPC.

“Art. 780. O exequente pode cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, quando o executado for o mesmo e desde que para todas elas seja competente o mesmo juízo e idêntico o procedimento.” (BRASIL, 2015).

A título de comparação, verifica-se similaridade com o disposto no artigo 327 do CPC, acerca da cumulação de pedidos:

“Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:

- I - os pedidos sejam compatíveis entre si;
- II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;
- III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

§ 3º O inciso I do § 1º não se aplica às cumulações de pedidos de que trata o art. 326" (BRASIL, 2015).

Assim, argumenta-se não ser idêntico o procedimento da penhora e da prisão, o que inviabilizaria a cumulação de ambos os ritos. Senão vejamos, conforme passagem extraída de julgado do STJ no REsp 1.930.593/MG, estudado de forma aprofundada mais à frente:

"Segundo esse ponto de vista, por haver diversidade procedimental entre o rito da prisão e o da expropriação, seria inviável a junção dos ritos no âmbito da mesma execução de alimentos. Tal normativo teria justamente o intento de evitar o aparecimento de tumulto processual em razão da cumulação de execuções sob ritos diversos." (BRASIL, 2022a).

Daniel Amorim Assumpção Neves esclarece: "Se existem dois títulos, um expressando obrigação de fazer e outro de pagar quantia certa, é impossível a cumulação. Tal exigência decorre dos diferentes procedimentos para cada espécie de execução (tomando-se por base a natureza da obrigação do executado)".

Todavia, na jurisprudência já era possível encontrar precedentes do Superior Tribunal de Justiça admitindo a cumulação de execuções de pagar quantia certa e obrigação de fazer, em razão dos princípios da celeridade e efetividade processual (BRASIL, 2011b).

3.2. Possibilidade de cumulação

Contrariamente aos que defendem a impossibilidade de cumulação, há corrente que entende não haver vedação legal, incidindo a celeridade processual:

"Em sentido inverso estão os favoráveis à junção das técnicas. Defendem que não há vedação legal, que o novo CPC tem como escopo a flexibilidade procedimental, de que há incidência dos princípios da economia, celeridade, eficiência, além de não ser possível presumir a existência de prejuízo. Por fim, têm como principal fundamento o fato de

que a execução de alimentos foi prevista para prestigiar o alimentado, credor de alimentos e, por conseguinte, seria facultado a ele cumular ou não os ritos dentro do mesmo procedimento executivo” (BRASIL, 2022a).

Na jurisprudência, em 2022 o Superior Tribunal de Justiça enfrentou novamente a questão. No caso, em posição inovadora, decidiu a Quarta Turma da Corte pela possibilidade de cumulação no julgamento do REsp 1.930.593/MG.

Em seus argumentos, o Ministro Relator Luís Felipe Salomão, fez distinção entre os conceitos de técnica executiva e procedimento executivo. Assim, um procedimento executivo, representado em uma única pretensão de direito material, poderia abranger diversas técnicas executivas para alcançar o adimplemento.

“Conforme a doutrina, a análise sobre a cumulação de requerimentos em um cumprimento de sentença “exige que se olhe para o direito material, em primeiro lugar. Só se estará verdadeiramente diante de cumulação de ‘efetivações de direitos’ quando tenha havido mais de uma pretensão manifestada em juízo, inicialmente. Do contrário, estar-se-á apenas diante de verificação ou não da cumulabilidade de técnicas executivas (em relação a uma só pretensão)”. Não se pode baralhar os conceitos de técnica executiva e procedimento executivo, pois os instrumentos executivos servem, dentro da faculdade do credor e da condução processual do magistrado, justamente para trazer eficiência ao rito procedimental.” (BRASIL, 2022a).

Outro ponto trazido pelo Relator foi a importância do bem jurídico tutelado ao se tratar de execução de alimentos, devendo-se buscar efetividade na tutela jurisdicional.

“Dessarte, em razão da flexibilidade procedimental de nosso sistema processual e da relevância do bem jurídico tutelado em questão, deve-se adotar um posicionamento conciliatório entre as correntes divergentes, conferindo-se concretude à opção procedimental do credor de alimentos, sem se descuidar de eventual infortúnio prático a ser sopesado no caso em concreto, trazendo adequação e efetividade à tutela jurisdicional, tendo sempre como norte a dignidade da pessoa do credor necessitado.” (BRASIL, 2022a).

Com tais razões, decidiu a corte pela possibilidade de cumulação dos ritos, a depender do caso concreto, desde que não cause tumulto processual e não haja prejuízo ao devedor.

“Assim, em regra, é cabível a cumulação das medidas executivas da coerção pessoal e da expropriação no âmbito do mesmo procedimento executivo, desde que não haja prejuízo ao devedor (a ser devidamente comprovado por ele) nem ocorra qualquer tumulto processual, ambos a serem avaliados pelo magistrado no caso concreto.” (BRASIL, 2022a).

Para se evitar a ocorrência de tumulto processual, é importante a clareza na formulação dos pedidos, bem como na elaboração do mandado de citação e na defesa do réu.

Por outro lado, é recomendável que credor especifique, em tópico próprio, a sua pretensão ritual em relação a eles, assim como o mandado de citação/intimação deverá prever as diferentes consequências de acordo com as diferentes prestações. A defesa do requerido, por sua vez, poderá se dar em tópicos ou, separadamente, com a justificação em relação as prestações atuais e impugnação ou embargos para se opor às prestações pretéritas.

A delimitação do alcance de cada pedido é apta a afastar, em tese, algum embaraço processual, cindindo-se o feito diante das técnicas executivas pleiteadas de forma a permitir que a parte adversa tenha conhecimento de que e de como se defender.” (BRASIL, 2022a).

Importante ressaltar que a Corte entendeu que eventual prejuízo deve ser alegado e provado pelo próprio devedor. Neste caso, o ainda se o magistrado reconhecer a possibilidade de a cumulação dos meios executivos causar tumulto processual, haverá a cisão dos autos, sendo um dos requerimentos – expropriação ou prisão – apensados para tramitar em apartado.

“Apenas se houver demonstração de algum prejuízo pelo devedor ou se o magistrado vislumbrar a ocorrência de tumulto processual em detrimento da prestação jurisdicional é que se determinará a cisão do feito, como o apensamento em apartado de um dos requerimentos.” (BRASIL, 2022a)

Verifica-se, portanto, que o Tribunal da Cidadania optou por posicionamento que concilia as normas processuais civis acerca da cumulação de demandas, com os princípios que visam à efetividade processual.

“Tal solução atende a um só tempo os princípios da celeridade, da economia, da eficiência e da proporcionalidade, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade

da pessoa humana, nos termos exigidos pelo art. 8º do CPC/2015, prestigiando o alimentando na busca do recebimento do seu crédito alimentar (indispensável à sua sobrevivência), exatamente o ser vulnerável a quem o procedimento executivo visa socorrer.” (BRASIL, 2022a).

Poucos meses após, o Superior Tribunal de Justiça, dessa vez por sua 3ª Turma, enfrentou novamente tema quando do julgamento do REsp 2.004.516/RO. No caso, a corte acompanhou o entendimento da 4ª Turma.

Quanto ao argumento de que o artigo 780 do CPC vedaria a cumulação dos meios executivos, entendeu a Relatora Min Nancy Andrighi que na verdade esta regra está topologicamente na execução de título extrajudicial, aplicando-se ao cumprimento de sentença apenas no que couber, ou seja quando não houver regra acerca do tema dentro do capítulo do cumprimento de sentença.

Todavia, o artigo 531, §2º, do CPC, traz tal regra própria e “não faz nenhuma distinção a respeito da atualidade ou não do débito, de modo que essa é a regra mais adequada para suprir a lacuna do legislador no trato da questão controvertida” (BRASIL, 2022b). Senão vejamos:

“Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.

(...) § 2º O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença.” (BRASIL, 2015)

Ainda, o artigo 780 veda cumulação de execução fundada em naturezas distintas, sendo que no caso trata-se de natureza idêntica, qual seja alimentos fixados por sentença.

Por sua vez, mencionou a existência de argumento de que o art. 528, §8º do CPC, indicaria que o cumprimento de sentença sob a técnica da penhora e expropriação, ao impedir a prisão civil, também imporia a prisão procedimental.

“Art. 528(...) § 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.”

Porém, atacou tal argumento entendendo que o art. 528 §8º do CPC diz tão somente que não se admite a prisão civil quando o cumprimento de sentença se processar sob a

penhora e expropriação. Todavia, não dispõe a obrigatoriedade de cisão em dois processos autônomos na hipótese de cumprimento de sentença parte sob a técnica de prisão e parte sob o rito da penhora e expropriação.

Ademais, quanto ao argumento de tumulto processual e risco à celeridade, argumenta a Relatora que tal argumento é genérico, não especificando qual seria tal prejuízo. Trouxe como exemplo, todavia, a ausência de especificação sobre se determinado título se refere a alimentos pretéritos (com as consequências cabíveis pelo rito penhora e expropriação) ou atuais (com as consequências da prisão civil). Trouxe assim, como as seguintes soluções:

“31) Ao credor que porventura optar pela execução cumulada de alimentos pretéritos e atuais no mesmo processo, caberá especificar, detalhadamente, no requerimento do cumprimento de sentença e em suas demais manifestações, se a parcela cobrada se refere aos alimentos pretéritos, sobre os quais incidirá a técnica da penhora e expropriação, ou se se refere aos alimentos atuais, sobre os quais incidirá a técnica da prisão civil.

32) Ao julgador, caberá especificar, no mandado de intimação que será endereçado ao devedor, quais parcelas ou valores são referentes aos alimentos pretéritos e que, na hipótese de inadimplemento, ensejarão penhora e expropriação, e quais parcelas ou valores são referentes aos alimentos atuais e que, na hipótese de inadimplemento, resultarão na prisão civil do devedor.

33) Ao devedor, por sua vez, caberá, sobretudo nas hipóteses em que houver apenas a quitação parcial da dívida, especificar se o pagamento se refere aos alimentos pretéritos, que elidirão a possibilidade de penhora e expropriação, ou se se refere aos alimentos atuais, que impedirão a decretação de sua prisão civil, sob pena de ser lícito ao credor recebê-los na modalidade que melhor lhe convier” (BRASIL, 2022b).

A possibilidade de cumulação também é defendida por Fernanda Tartuce e Luiz Dellore:

“No sistema do Novo CPC, a sistematização soa facilitadora: há espaço para promover um único cumprimento de sentença que veicule cobrança de prestações antigas e novas. Assim, o exequente sempre será, segundo o art. 528, caput, intimado pessoalmente para em 3 dias pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. O § 1º do art.

528 prevê que, caso o pagamento não seja efetuado, provado ou tenha sua falta justificada, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial. O protesto, por óbvio, poderá ocorrer em relação a qualquer decisão que fixe os alimentos, seja sentença ou decisão interlocutória, tenha a decisão transitado em julgado ou não. Até aí, o processo segue da mesma maneira para as prestações novas e antigas. A diferença é apenas a determinação da prisão civil, que não soa incompatível com a determinação de penhora no mesmo processo. É prudente que o mandado preveja as diferentes consequências para as diferentes prestações.” (TARTUCE; DELLORE, 2016, p. 490)

Assim, acompanhando o entendimento recente da 4ª Turma, também a 3ª Turma julgou procedente o Recurso Especial para permitir a cumulação do rito de penhora e expropriação com o rito da prisão civil dentro de um mesmo cumprimento de sentença, cabendo apenas especificar quais parcelas se referem a alimentos pretéritos e quais se referem a atuais, bem como suas distintas consequências.

Conclusão

O tema da cumulação das técnicas executivas de penhora e prisão na mesma execução de alimentos, atualmente, a despeito divergências doutrinárias, parece encontrar-se pacificado na jurisprudência, tendo em vista as recentes decisões da 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Parece-nos que de fato a solução dada pela Corte é acertada, especialmente quando a 4ª Turma, na Relatoria do Min Luiz Felipe Salomão no REsp 1.930.593/MG, cria uma regra geral de admissão de diferentes técnicas executivas, imprimindo celeridade processual, mas sem se descuidar de eventual prejuízo ou tumulto processual, a ser aferido no caso concreto pelo juiz da causa, o que era exatamente o principal argumento de viés prático da corrente tradicional, contrária à cumulação.

Como bem apontado pela Relatora Min. Nancy Andrighi no REsp 2.004.416/RO, a nova legislação processual veio justamente buscar a simplificação processual, liberdade das formas, flexibilização procedimental, celeridade e efetividade da tutela de mérito, não cabendo ao judiciário ir de encontro com tais avanços de forma genérica, salvo se no caso concreto efetivamente se vislumbra a ocorrência de algum impeditivo.

Referências

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105/2015. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada de Direito Processual Civil. Enunciado 146**. Brasília: DF, 2018. Disponível em:
<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1276>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4a Turma. Processo sob segredo judicial. **Informativo n. 744 de 15/08/2022**. Rel. Min Luis Felipe Salomão. Julgado em 09/08/2022. Disponível em:
<<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1930593&livre=@docn&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 309** (alterada). 2ª Seção, 24/05/2005, publicada no DJ de 04/05/2005, p. 166. Alterada em sessão de 22/03/2006m publicada no DJ de 19/04/2006, p. 163.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 4a Turma, **HC n. 182.228**, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. em 01.03.2011, publicado no DJe de 11.03.2011

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5a Turma. **REsp n. 952.126/RS**, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 18.8.2011, publicado no DJe de 1.9.2011

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3a Turma, **HC 416.886/SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, j. 12/12/2017, DJe 18/12/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses. Edição 77: Alimentos - II**. Brasília: DF, 2017. Disponível em: <
https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2077%20-%20Alimentos%20II.pdf>

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3a Turma, **REsp 1.773.359/MG**, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13/08/2019, DJe 16/08/2019.

DONOSO, Denis; VANNUCCI, Rodolpho. **Cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de pagar alimentos** in Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos. (Coords.: Araken de Assis e Gilberto Gomes Bruschi). 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução** / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4• ed. São Paulo: RT, 1983, t. 9, § 1.000, n. 1, p. 20

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - Volume único** - 13. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <
<https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. V.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. **Execução de alimentos: do CPC/73 ao novo CPC in Coleção Repercussões do Novo CPC**, vol. 15: família e sucessões. Coords.: Fernanda Tartuce, Rodrigo Mazzei e Sérgio Barradas Carneiro. Salvador: Jus Podivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família** – v. 5 – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

O USO DA VIDEOCONFERÊNCIA EM AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

LUCIANA DE SOUSA TEIXEIRA:

Pós-graduada em direito penal e
direito processual penal.
Advogada⁹⁸

RESUMO: O objeto do presente estudo é a análise do impacto à integridade do instituto inaugurado há pouco na prática forense, que é a audiência de custódia, através da virtualidade da videoconferência. Como a implementação do sistema de vídeo poderia ou não reduzir custos sem prejudicar as garantias constitucionais dos acusados? Inicialmente, faz-se necessário adentrar a temática da Audiência de Custódia, no que ela consiste e quais seus objetivos. Depois, necessário analisar-se como a audiência de custódia poderia ou não se compatibilizar com o uso da videoconferência, utilizando-se para tanto, dos argumentos favoráveis e das críticas a essa tecnologia. Por fim, será analisada a importância do corpo numa audiência, e os limites que a tecnologia pode impor a ele. A metodologia a ser adotada no estudo será a de revisão de literatura, por meio de pesquisa bibliográfica e documental sobre matérias relacionadas à audiência de custódia no Brasil, à videoconferência, à experiência internacional com questões semelhantes e aos direitos do acusado. O resultado esperado é o que a videoconferência pode sim afetar garantias inerentes à audiência de custódia, como o direito de presença.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência; Tecnologia; Constitucionalidade.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the impact of videoconferencing on the recently inaugurated institute in forensic practice, which is the custody hearing. How would the implementation of the video system be able to reduce costs without undermining the constitutional guarantees of the accused? Initially, it is necessary to enter the theme of the custody hearing, what it consists and what its objectives are. Then, it is necessary to analyze how custody hearings could be compatible or not with the use of videoconferencing, using favorable arguments and criticisms of this technology. Finally, the importance of the body in an audience, and the limits that technology can impose on it, will be analyzed. The methodology to be adopted in the study is the literature review, through bibliographic and documentary research on matters related to the custody hearing in Brazil, to videoconference, to international experience with similar issues and to the rights of the accused. The expected result is that videoconferencing can indeed affect guarantees inherent to the custody hearing, such as the right of presence.

98 E-mail: luciana_steixeira@hotmail.com

KEYWORDS: Hearing; Technology; Constitutionality.

1 - INTRODUÇÃO

Segundo René Ariel Dotti (p. 23, 1999), a tecnologia não pode substituir o cérebro pelo computador, fazendo-se necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. Partindo desse ponto, mister analisar o possível impacto que a virtualidade da videoconferência poderia ter no recente instituto da audiência de custódia, visto que isso já se tornou prática comum na realidade forense.

Como a implementação do sistema de vídeo, a exemplo muitas reformas do sistema de justiça criminal, poderia ou não reduzir custos sem prejudicar os réus? Ou ainda, posto de outra forma, seria afetada a habilidade do juiz de averiguar questões inerentes à medida de conversão da prisão em flagrante em preventiva e quais são suas consequências diante do princípio da presunção de inocência? A utilização da videoconferência na audiência de custódia desnaturalizaria o instituto? Seria apenas mais um elemento de distanciamento ético para com o outro, e um retorno à sistemática anterior?

Como forma de aproximar-se ao tema, alguns elementos devem ser analisados. Primeiramente, com relação à natureza e aos objetivos da implementação da audiência de custódia em nosso ordenamento, tal procedimento surgiu com a proposta de racionalizar o juízo acerca da necessidade da prisão cautelar, dada a situação de calamidade dos presídios brasileiros. Portanto, significaria um controle de melhor qualidade pelo juiz da situação do acusado, tendo em vista seu caráter oral, acusatório e célere.

Em segundo lugar, sendo um dos principais fundamentos da audiência de custódia seu caráter humanitário, externalizado pela a oportunidade do contato pessoal do preso com o *seu* juiz, com a videoconferência, o poder comunicativo do corpo poderia ser diminuído, principalmente quando se observa que a medida alcança grupos vulneráveis pré-condenados, deixando clara sua condição biopolítica.

Discursos que fundamentam a defesa da utilização da videoconferência em audiência de custódia se orientam na maioria das vezes por uma lógica utilitarista que não se coaduna com a ordem constitucional atual, sendo certo que a qualidade da prestação jurisdicional não pode ser afastada com base em argumentos como baixo custo, celeridade e garantia de segurança pública.

Se existe algo sobre a presença física de um indivíduo que não pode ser reproduzido, nem mesmo com tecnologia moderna, então as audiências de custódia por videoconferência não podem evitar o sacrifício de informação que podem ameaçar sua qualidade, e ensejar a desumanização que encoraja uma resposta mais grave do que a que ocorreria se o juiz ficasse cara a cara com o indivíduo.

Por isso, demonstra-se necessária a realização de pesquisa sobre os reais custos e eficiências do uso da tecnologia de videoconferência na audiência de custódia, utilizando-se, para tanto, de contribuições acadêmicas sobre o assunto, tanto no plano nacional como no internacional.

2 – A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 - Aspectos Gerais

A implementação do instituto da audiência de custódia é algo relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de exigido desde 1992, ano da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil. Apenas no ano de 2015 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na resolução número 213, buscou efetivar o instituto, lançando as diretrizes nacionais para a realização da audiência, com a explicitação de seu conceito, objetivos e regras procedimentais. Além disso, o projeto trouxe a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, representando ao juiz opções a serem adotadas no lugar do encarceramento provisório.

Prevê o artigo 7.5 do Pacto de São Jose da Costa Rica, incorporado no sistema brasileiro como norma supralegal que

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Da mesma forma, o art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Diante disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que

O juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade, [...] o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no art. 7.5 da Convenção [Americana de Direitos Humanos], conforme explicitado no *caso Bayarri vs. Argentina*. (CIDH apud LOPES JR., 2014).

Diversos países deram então início a um processo sério de oralização das fases preliminares do processo penal, como forma de aprofundar a instalação da lógica do contraditório e de diminuir uso excessivo da prisão preventiva, de acordo com pesquisa realizada pelo CEJA, *Centro de Estudios de Justicia de Las Américas* (CEJA, 2011).

A título de exemplo, na Argentina o Código de Processo Penal federal exige que nos casos de prisão sem ordem judicial o detido seja levado a uma autoridade judicial competente dentro de seis horas. Já no Chile, quando um indivíduo é preso em flagrante, o mesmo deve ser levado dentro de 12 horas a um promotor, que deve liberá-lo ou levá-lo à presença de um juiz em até 24 horas a partir do momento da prisão. Na Colômbia, suspeitos presos em flagrante devem ser apresentados a um juiz em no máximo 36 horas. No México, esse período é de 48 horas.

No ordenamento brasileiro, o STF já decidiu, na ADI 5240 que

Ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada 'audiência de custódia' não havendo, pois, "qualquer inovação na ordem jurídica" concluindo o Ministro relator, ainda, que [as] audiências de custódia – que em sua opinião devem passar a ser chamadas de 'audiências de apresentação', têm se revelado extremamente eficiente como forma de dar efetividade a um direito básico do preso, impedindo prisões ilegais e desnecessárias, com reflexo positivo direto no problema da superpopulação carcerária. (STF, 2015, *apud* BALLESTEROS, 2016)

De tal modo, em 2011 deu-se início à tentativa legislativa para dar efetividade aos tratados internacionais de direito humanos acerca do tema. Não que esses tratados necessitassem de qualquer implemento normativo interno para adquirirem vigência, visto que a partir do momento que foram ratificados e promulgados, passaram, nessa época, a ter status supralegal. Todavia, destaca Lopes Jr. que "não se pode olvidar que a edição de

lei exerce um papel fundamental na *promoção* do direito, principalmente no caso da audiência de custódia". (LOPES JR., 2014).

De acordo com o texto do PLS 554/2011, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, o art. 306 do Código de Processo penal seria alterado para constar que

Art.306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pela autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, quando o autuado não indicar advogado, e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, a autoridade policial encaminhará o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado, à Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo estabelecido no §1º, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, a respectiva capitulação jurídica e os nomes do condutor e das testemunhas.

§ 3º Caso haja alegação de violação aos direitos fundamentais do preso, a autoridade policial, imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, determinará, em despacho fundamentado, a adoção das medidas cabíveis para preservar a integridade do preso, bem como a apuração das violações apontadas, instaurará de imediato inquérito policial para a apuração dos fatos e, se for o caso, requisitará a realização de perícias e exames complementares e determinará a busca do outras fontes de prova cabíveis.

§ 4º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz e será por ele ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventuais violações.

§ 5º Antes da apresentação do preso ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio por advogado ou defensor público, em local reservado para garantir a confidencialidade, devendo ser

esclarecidos por funcionário credenciado os motivos e os fundamentos da prisão e os ritos aplicáveis à audiência de custódia.

§ 6º Na audiência de custódia de que trata o § 4º, o juiz ouvirá o Ministério Público – que poderá requerer, caso entenda necessária, a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão –, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 7º A oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado – ou, se o preso não tiver ou não indicar advogado, na de defensor público – e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no §7º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§ 9º É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

§ 10º O prazo previsto no § 4º para a apresentação do preso perante o juiz competente poderá ser estendido para, no máximo, 72 (setenta e duas) horas, mediante decisão fundamentada do juiz, em decorrência de dificuldades operacionais da autoridade policial.

§ 11º Excepcionalmente, por decisão fundamentada do juiz competente e ante a impossibilidade de apresentação pessoal do preso, a audiência de custódia poderá ser realizada por meio de sistema de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de som e imagem em tempo real, respeitado o prazo estipulado no § 10.

§ 12º Quando se tratar de organização criminosa, nos termos definidos pela Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013, a autoridade policial poderá deixar de cumprir os prazos estabelecidos nos §§ 4º e 10, desde que, dentro daqueles prazos, designe, em acordo com o juiz competente, data para a apresentação do preso em no máximo 5 (cinco) dias.

§ 13º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso, quando de sua apresentação, no prazo estabelecido no § 4º, a autoridade custodiante ou a autoridade policial, por meio de seus agentes, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinará sua juntada aos autos, retornará com o preso e comunicará o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública, se for o caso, e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 14º Na hipótese do § 13, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente à data constante do recibo, devendo a autoridade custodiante ou a autoridade policial, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§ 15º Em caso de crime de competência da Polícia Federal, quando o Município do local de lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou a autoridade policial federal determinará a seus agentes que conduzam o preso ao juízo de direito do local de lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas, que serão encaminhados ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado, à Defensoria Pública.”

Diante urgência do tema e demora legislativa em aprovar o projeto de lei, surgiu, em 2015, o Projeto Audiência de Custódia com a resolução número 213 do CNJ, que hoje é a fonte legislativa que regula as audiências de custódia no Brasil. Tal resolução trouxe as diretrizes para a realização das audiências, numa tentativa de melhorar a qualidade do juízo acerca da necessidade da prisão cautelar.

Ela prevê que o preso em flagrante deve ser apresentado e entrevistado pelo magistrado, a autoridade munida de competência para controlar a legalidade da prisão, até o prazo máximo de 24 horas, por meio de audiência, estando também presentes o Ministério Público e a Defensoria Pública, ou o advogado do preso, que aduzirão, cada qual, suas razões pelas quais constrição cautelar deve ou não ser mantida.

Assim, serão analisados o cabimento e a necessidade de manutenção da prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere, e eventuais ocorrências de maus-tratos ou torturas, além de outras irregularidades, como forma de prevenção e punição à prática

de abusos físicos. Também será certificada a correta identidade da pessoa presa, dando-lhe ciência dos motivos que determinaram a eventual decretação de sua segregação cautelar, sendo colhidas informações sobre os fatos que determinaram essa medida extrema (CNJ, 2015).

Por fim, havendo requerimentos da acusação, o juiz irá decidir, fundamentadamente, sobre a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, e, só se averiguar que elas são insuficientes e inadequadas para o caso, irá decretar a prisão preventiva.

2.2 - Objetivos do Programa

O objetivo principal da Audiência de Custódia é o de dar efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil e aos princípios constitucionais, garantindo a acusatoriedade do sistema processual penal, ao introduzir oralidade nas etapas preliminares ao processo propriamente dito, de forma que com a concretização do contraditório com a participação efetiva de acusação e defesa, seja dada legitimidade à decisão do juiz de manutenção ou não da prisão cautelar e da mitigação princípio da presunção da inocência.

Ao garantir um espaço qualificado para discussão e decisão referente à prisão em flagrante, a audiência de custódia também tem como objetivo principal avaliar com mais segurança a questão do *status libertatis* da pessoa presa. Durante a audiência o juiz deve assegurar-se da excepcional necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, de modo que a prisão cautelar não seja deturpada por uma eventual antecipação de pena, devendo ser utilizada somente quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º, CPP).

Na sistemática processual penal anterior, o Código de Processo Penal brasileiro previa que após a realização de uma prisão em flagrante apenas os documentos policiais a ela referentes fossem encaminhados ao juiz responsável, e não o preso em pessoa. Dessa forma, o magistrado apenas contaria com documentos escritos para fundamentar sua decisão sobre a legalidade da prisão e de conversão ou não em preventiva, e sobre a aplicação de outras medidas cautelares. O acusado só teria seu primeiro contato com o juiz em sua primeira audiência, muitas vezes realizada meses após sua prisão.

Como é possível observar,

Tal sistemática se traduz em um controle de menor qualidade pelo juiz da situação do acusado. A discussão escrita com relação a este assunto gera um debate de qualidade inferior, onde situações como a delegação de funções, as defesas meramente formais e a própria

lógica do sistema inquisitorial, que pairava no sistema escrito, fazem com que o papel do juiz neste cenário seja quase nulo e que o acusado passe longos períodos na prisão sem julgamento. (CEJA, 2011, p. 59 - Tradução livre).

Conforme já foi explicado, as audiências de custódia permitem que os juízes tenham mais informações para decidir se alguém foi detido legalmente e se estão presentes os elementos para se determinar a prisão provisória. Nelas, os juízes devem decidir apenas sobre a aplicabilidade da prisão provisória, não sobre a suposta responsabilidade do suspeito pelo crime de que está sendo investigado.

Nesse sentido corrobora Toscano Jr.:

Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que é contamina de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a faticidade. (TOSCANO JR., 2015)

Dessa forma, viabiliza-se o respeito às garantias constitucionais, como o princípio constitucional do contraditório (Art. 5º, LV, CF), além de se consolidar o direito de acesso à justiça do acusado preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial da persecução penal, sem, no entanto, implicar antecipação do interrogatório, já que o projeto prevê expressamente a impossibilidade de que este depoimento preliminar em juízo seja usado depois para condenar o réu.

Conclui-se, portanto, que a audiência de custódia é medida necessária para diminuir o número de presos provisórios e controlar a nefasta política de encarceramento em massa do Estado, que coloca, no mesmo lugar, indivíduos que são réus primários e sem antecedentes criminais junto dos presos que pertencem a facções criminosas.

O DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), buscando analisar os primeiros impactos da introdução da audiência de custódia na rotina processual brasileira publicou no início de 2017 pesquisa intitulada "*A implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*", onde foi observado os pontos positivos e negativos dos dois anos iniciais de projeto e foram trazidas indicações do que ainda precisa melhorar.

Como primeiro ponto positivo, observou-se um maior cuidado na elaboração dos autos de prisão em flagrante feitos pela polícia, o que acabou por aumentar sua qualidade ao serem encaminhados ao judiciário. Além disso, delegados passaram a ser mais rigorosos na instrução dos procedimentos, o que levou ao estabelecimento de diretrizes gerais para a atuação das equipes da Polícia Civil em alguns estados, e até mesmo a um aumento do número de relaxamento das prisões em alguns outros (BALLESTEROS, p. 31, 2016).

Outra observação pertinente aos objetivos da audiência de custódia foi a que

Considerando que as prisões preventivas ainda não tem prazo máximo definido pela lei e que, ainda que amparados pelo ditame constitucional da duração razoável do processo, os homens presos provisoriamente chegavam a ficar, em média, 109 dias aguardando o primeiro contato com o juiz, e as mulheres, por sua vez, 135 dias sem nenhuma atenção judicial (RJC, 2013), a instituição da apresentação do preso a uma autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas por si só já representa um avanço extremamente relevante no cenário da justiça criminal. (BALLESTEROS, p. 25, 2016).

Dentro desse contexto, o *Manual de Gestão para Alternativas Penais: Medidas Cautelares Diversas da Prisão* (2016) publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em parceria com o DEPEN explicita que com o projeto de audiência de custódia “busca-se a diminuição efetiva do encarceramento provisório, (...) permitindo a ampliação da concessão da liberdade e melhores condições para que se analise as particularidades de cada caso” (LEITE, p. 12, 2016), de forma que as audiências sejam vistas sob a ótica de um processo de intervenção penal mínima, desencarcerador e restaurativo.

De tal maneira, presentes no caso concreto os requisitos legais que autorizam a conversão em liberdade com aplicação de medida cautelar, e na análise individualizada e fundamentada da situação levada a juízo, deve-se

Articular a aplicação das medidas cautelares com a inclusão das pessoas que passam pelas audiências de custódia na rede de políticas assistenciais e programas de proteção social destinada a cidadãos em situação de vulnerabilidade como forma de garantir que, havendo real necessidade de uma intervenção da justiça criminal na intermediação dos conflitos sociais, ela se dê de forma residual, restaurativa e pautada pelo primado da liberdade” (BALLESTEROS, p.23, 2016)

Isso torna claro o papel fundamental das audiências de custódia nas atuais iniciativas político-criminais brasileiras, com vistas à “I- promoção do desencarceramento e da intervenção penal mínima;^[1] II- enfrentamento à cultura do encarceramento e desenvolvimento de ações de sensibilização da sociedade e do sistema de justiça criminal sobre a agenda de alternativas penais e o custo social do aprisionamento em massa; III- ampliação e qualificação da rede de serviços de acompanhamento das alternativas penais, com promoção do enfoque restaurativo das medidas”, tal qual explicitou a portaria número 495 do Ministério da Justiça, de abril de 2016, sobre a Política Nacional de Alternativas Penais.

Por fim, como último objetivo, a Audiência de Custódia inibe a execução de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais, que violam os direitos fundamentais do cidadão, e apesar das providências tomadas contra estes atos nos últimos anos no Brasil, ainda são recorrentes os casos em que a tortura é praticada durante interrogatórios policiais.

De acordo com a Human Rights Watch, a tortura ainda é um problema sério no Brasil. Em uma pesquisa sobre o tema, foram encontradas evidências contundentes, em 64 casos de supostos abusos, de que as forças de segurança ou autoridades penitenciárias torturaram pessoas sob sua custódia ou contra elas dispensaram tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Os abusos frequentemente ocorreram nas primeiras 24 horas sob custódia policial. A Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos recebeu, por meio de um serviço telefônico, 2.374 denúncias de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ocorridos em prisões ou delegacias de polícia em 2014, um aumento de mais de 25 por cento em relação a 2013. (HRW, 2015).

Isso porque na sistemática anterior a única oportunidade que muitos presos possuíam de denunciar abusos sofridos para uma autoridade independente seria no seu interrogatório – meses após sua prisão, quando a comprovação da materialidade do delito tornava-se muito mais difícil. O estabelecimento de audiências de custódia em 24 horas da prisão é uma das principais recomendações no combate tortura.

Conforme a ONG Humans Right Watch observou no Maranhão:

As audiências de custódia também são cruciais para prevenir a tortura e os maus-tratos pela polícia – um sério problema no Brasil. O juiz Fernando Mendonça disse à Human Rights Watch ter identificado sinais de maus-tratos em três casos durante as audiências de custódia do programa piloto, os quais encaminhou ao Ministério Público. As evidências físicas dos maus-tratos provavelmente teriam

desaparecido se os presos tivessem que esperar meses até serem conduzidos à presença de um juiz. (HRW, 2015)

3 - DISCURSOS FAVORÁVEIS À VIDEOCONFERÊNCIA EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E RESPECTIVAS CRÍTICAS

3.1 – Da Celeridade Processual

O que se observa nos casos em que magistrados optaram por utilizar a videoconferência nas audiências de custódia é que seus argumentos são muito próximos daqueles que defendem o uso da tecnologia no interrogatório do réu, regulado no parágrafo 2º do artigo 185 do Código de Processo Penal, onde lê-se:

Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei no 11.900, de 2009) II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei no 11.900, de 2009)

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei no 11.900, de 2009)^[1] IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei no 11.900, de 2009)

Como pode ser observado, a excepcionalidade é regra para se usar a videoconferência hoje.

Aqueles que defendem a constitucionalidade dos referidos dispositivos alegam que a videoconferência não viola os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois não subtrai do acusado nenhuma de suas garantias (direito ao silêncio, à autodefesa, à defesa técnica, à defesa efetiva, a acompanhar a produção das provas), nem cerceia qualquer liberdade, pois não limita ou veda a comunicação entre o acusado e o juiz.

Ao mesmo tempo, defendem que a tecnologia contribui para a celeridade processual, reduz os custos estatais com transporte e escolta de presos, melhora a segurança pública, pois nos deslocamentos de detentos sempre existe a possibilidade de fugas e de tentativas de resgate, liberando os policiais e os agentes penitenciários hoje responsáveis pelas escoltas para a realização das audiências para outras atividades relacionadas à segurança pública.

Como Garcia (2013) observa em seu estudo sobre interrogatório por videoconferência:

Na questão da videoconferência, a doutrina nacional majoritária pode ser observada neste fragmento de DAMÁSIO DE JESUS: "A lei federal que autoriza esse sistema (...) representou, a meu ver, notável avanço no sentido de modernizar e agilizar a prática da Justiça Criminal, evitando gastos e riscos desnecessários, com deslocamentos de presos de alta periculosidade" (JESUS, 2009, pp. 28, 29).

Fazendo um levantamento rápido é possível identificar as palavras que usualmente servem de fundamento ao argumento favorável à videoconferência são elas: *modernização, agilidade ou celeridade, baixo curso, riscos com deslocamento, alta periculosidade* etc. (GARCIA, p. 70, 2013)

Portanto, os discursos favoráveis à adoção da videoconferência na sistemática processual penal perpassam, em primeiro lugar, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Isso pois, "inúmeras audiências criminais deixam de ser realizadas todos os dias no país por problemas logísticos, principalmente em virtude da inexistência ou insuficiência de escolta para conduzir todos os acusados presos até o fórum e da falta de veículos que possam transportar os detidos com segurança" (PRADO, p. 163, 2015).

Frustrada a realização da audiência, deverá o magistrado redesigná-la, agendando outra data, intimando todos os que devam comparecer e requisitando novamente a apresentação dos acusados presos. Evidentemente, isso provoca atraso no processo e repetição de atos processuais. Além disso, ainda existe o risco de, na nova data designada, acontecer novo motivo que impeça o comparecimento do preso

Quando esse julgamento em prazo razoável não ocorre, um dos efeitos é a soltura dos acusados presos, que por excesso de prazo da prisão provisória passam a responder ao processo em liberdade. Isso pode provocar, muitas vezes, a liberação de pessoas extremamente

perigosas, que vão colocar em risco a segurança pública. (PRADO, p.168, 2015).

Evidencia-se nesse argumento, como Garcia (2013) observou, a posição de que o principal elemento de morosidade no processo penal, e causa de impunidade, é a necessidade de deslocamento do preso à audiência. A videoconferência surgiria como alternativa de combate a essa morosidade e, logo, à impunidade.

Difícil negar o caráter meramente formal e punitivista presente no discurso, marcadamente inquisitorial. Fazendo uma relação evidente entre rapidez processual e punição, (...) fato é que a videoconferência se apresenta como instrumento de combate à impunidade, evidenciando sua aproximação com a acusação e não com a defesa. (GARCIA, p. 36, 2013).

Nesse sentido, há uma limitação argumentativa que preocupa-se mais com o “como” do que o “para quê” da prestação jurisdicional, ou seja, apesar de a videoconferência trazer sim rapidez, esta de nada garante qualidade da justiça, nem está alheia às consequências geradas.

O juiz no processo age, principalmente, como garante do Estado Democrático de Direito, devendo fiscalizar a legalidade de todos os atos processuais e o respeito aos direitos fundamentais. Por isso, faz-se necessária a apresentação física do réu em juízo, pois só assim poder-se-á verificar a legalidade da detenção e o modo como vem sendo exercida.

Conforme consignado por pesquisa empírica realizada nos EUA, país com grande histórico de uso de videoconferência no processo penal, Diamond, Bowman, Wong e Patton (2010), examinaram como a tecnologia impactou as *Bail Hearings*⁹⁹ no condado de Cook (cidade de Chicago), juntando informações sobre o período de oito anos e meio antes da implantação da videoconferência e de oito anos e meio depois, dos anos de 1991 a 2007.

O resultado achado mostrou que os presos foram consideravelmente prejudicados pelo uso da videoconferência nas audiências, tendo em vista que o valor de suas fianças para concessão de liberdade provisória após a implantação da medida teve aumento duradouro entre 54% e 90%, dependendo do crime (DIAMOND, BOWMAN, WONG e PATTON, p. 893, 2010).

Foi constatado que as audiências se tornaram extremamente breves: um

⁹⁹ Audiências preliminares realizadas após a prisão cautelar do agente, onde o juiz decidirá se libertará o acusado sob fiança ou o manterá na prisão enquanto aguarda seu julgamento.

grande montante de casos eram ouvidos e decididos rapidamente, em pouco tempo era impossível para o juiz dar qualquer consideração significativa e individualizada sobre a abundância de fatores que a lei julga relevante para concessão de liberdade provisória. Advogados criticaram a corte como sendo “uma grosseira e degradante ‘boiada’”. (DIAMOND, BOWMAN, WONG e PATTON, p. 893, 2010. Tradução livre).

Nesse contexto, foi inevitável uma preparação inadequada da defesa. Defensores públicos reclamaram que sua oportunidade de se reunirem com seus clientes antes das audiências era extremamente limitada. Num dia entre 100 e 150 casos eram ouvidos na corte, assistentes da defensoria encontravam cada preso por alguns segundos antes, anotavam seu caso e passavam ao defensor, que lia as informações enquanto a imagem do preso aparecia nos monitores. (DIAMOND, BOWMAN, WONG e PATTON, p. 893, 2010. Tradução livre).

Portanto, demonstra-se que o acusado pode sofrer uma perda significativa se o procedimento envolve mais do que uma atuação *pro forma*. A audiência de custódia se encaixa nessa categoria. Ela pode resultar numa decisão que priva o acusado de sua liberdade apesar da presunção de inocência, e pode interferir na sua defesa. Tornar célere tal procedimento sem respeitar suas garantias inerentes, como o direito de presença física, é desvirtuá-lo, retornando à sistemática inquisitorial. Como será explicitado no capítulo 3, o acusado possui muitas chances de ser prejudicado com a virtualidade da videoconferência, e isso não pode ser ignorado.

3.2 – Diminuição de Custos

Em segundo lugar, outro argumento favorável à videoconferência diz respeito à redução do ônus logístico e econômico do Estado no transporte dos acusados ao local de audiência. Nesse sentido, o tratamento a uma pessoa presa em flagrante “deve ser o menos oneroso e o mais rápido possível, legitimando a videoconferência como um instrumento *útil*” (GARCIA, p. 71, 2013).

Se existem diversas formas de realizar o mesmo ato, e se todas essas formas atendem à finalidade pretendida, é preciso descobrir quanto custa cada uma delas. Optar pelo meio menos oneroso pode reduzir significativamente os custos do Estado com a realização dos atos judiciais (PRADO, p. 28, 2015).

(...)

Uma das formas de descrever a racionalidade é dizer que as consequências de cada escolha proporcionam ao autor dessas

escolhas uma determinada utilidade e que, por isso, antevendo as consequências, é possível ao indivíduo racional optar pela alternativa que lhe proporciona maior utilidade (PRADO, p. 29, 2015).

(...)

Se a melhor decisão para o indivíduo é a que lhe dá máxima vantagem, a melhor decisão para a sociedade é aquela que garante a máxima vantagem para o maior número de pessoas (PRADO, p. 31, 2015).

Nesse argumento percebe-se claramente a utilização de uma lógica utilitarista. Por essa lógica, o Estado tem o dever de buscar da felicidade para o maior número de pessoas, entendendo os interesses da comunidade como a soma dos interesses de seus membros. (BENTHAN, p. 260, 2002). Ou seja, exige-se que as utilidades de diferentes pessoas sejam somadas para avaliar o estado de coisas, porém sem levar em conta inerentes desigualdades de uma sociedade pluralista.

Dessa forma, a limitação de liberdades individuais por parte do Estado pode ser considerada como justificada na medida em que suas consequências são úteis, de forma que o Estado tenda a promover o maior bem-estar ou felicidade da coletividade a ele submetida.

O uso da videoconferência estaria justificado por trazer vantagens a um maior número de pessoas: ao juiz que gasta menos tempo realizando as audiências, ao Estado que gasta menos dinheiro na logística de sua realização e à sociedade em geral, que tem a impressão de uma justiça mais eficiente. A limitação, portanto, do direito do preso em flagrante de encontro com a jurisdição estaria justificada.

Nesse contexto, como Garcia observa, “não é difícil perceber que os interesses do réu, considerado como altamente perigoso tanto pelo Judiciário como pela opinião pública, será sempre o menor elemento dessa soma, em cima do qual a ‘felicidade geral’ recairá com um peso diferente” (GARCIA, p. 71, 2013).

Justificar o uso da videoconferência numa audiência de custódia com base em critérios econômicos é limitar um direito arduamente conquistado, é insistir na arbitrariedade de um sistema criminal inquisitivo. Se a audiência de custódia veio para aproximar o preso e garantir sua presença num momento fundamental, de decretação ou não de sua prisão provisória, tal direito não deve ser sacrificado no cálculo dos interesses sociais.

Limitando-se à análise apenas das consequências do caso concreto, típica do consequentialismo, há um imediatismo que impede a visão do problema como algo

estrutural. Portanto, tem-se claro que utilizar videoconferência gera menos custos, porém não se leva em consideração

A possibilidade de um Judiciário altamente virtualizado, em que não somente um ou outro réu estarão atrás das câmeras, mas também o próprio juiz e o advogado, sob o argumento do *baixo custo com deslocamentos* ou o *risco* dos encontros. Nem se essas medidas de virtualizar o Judiciário podem ou não corresponder à crescente insensibilização para com o outro, em um ambiente onde a presença física não é mais uma necessidade, mas um problema. (GARCIA, p.71, 2013)

Como crítica a essa lógica, Hannah Arendt em sua obra “A Condição Humana” assevera que quando uma utilidade se torna fonte de significação, gera-se ausência de significado, visto que “é em nome da serventia geral que o *homo faber* julga e faz tudo em termos de ‘para quê’” (ARENDDT, 2007, p.167). Ou seja, reduzir a natureza e o mundo a simples meios priva-os de sua dignidade independente, acarreta a perda de seu valor intrínseco. O problema, portanto, está quando utilidade e serventia são estabelecidos como critérios últimos para a vida e para o mundo dos homens. Nessa ilimitada desvalorização de tudo o que é dado, posto que instrumentalizado, o ser humano também é reificado, perde sua significação e torna-se mero meio. (ARENDDT, 2007, p.168 a 170).

3.3 – Melhoria da Segurança Pública

Há, em terceiro lugar, o argumento que a utilização da videoconferência evitaria uma série de ocorrências indesejáveis que comprometem a segurança pública e colocam em risco a população em geral, especialmente a fuga e a tentativa de resgate daqueles que deixam os presídios para serem transportados e escoltados até os fóruns, além do deslocamento de força policial para a escolta e transporte dos presos, provocando uma significativa redução no policiamento ostensivo ou na investigação policial (PRADO, p. 238, 2015).

Esse argumento justifica-se pela instrumentalização do Direito Penal na função de exercer controle social, ou seja, corrigir e moralizar de forma eficiente. Num cenário de criminalidade descontrolada e caos generalizado, corroborado pela criminologia midiática, tal qual Zaffaroni explicitou (2011, p. 365), impulsiona-se uma política criminal que neutraliza politicamente a população excluída ou marginalizada. Baseando-se numa “etiologia criminal simplista assentada em uma causalidade mágica”, no caso, que o transporte de acusados pode aumentar a criminalidade, constrói-se um mundo de pessoas decentes que devem ser protegidas e amparadas contra uma massa de criminosos, diferentes, perversos, que estão sempre na saga à espera de sua próxima vítima.

Promovendo a criação do pânico moral, a criminologia midiática "sintetiza em seus estereótipos os piores preconceitos discriminatórios da sociedade e os manipula e os aprofunda para criar inimigos desta". (ZAFFARONI, 2011, p. 265)

A cultura do medo alimenta a política de enrijecimento penal. Nesse contexto, a retórica das novas tecnologias contribui para a construção política de uma penalização reforçada e ostensiva, encarregada de conter desordens. (GARCIA, p. 72, 2013). Assim, o avanço tecnológico, por apresentar uma maior possibilidade de controle, vigilância, agilidade e baixo-custo, flerta com um processo penal fortemente influenciado pelas demandas sociais por uma Justiça Criminal "eficiente". (GARCIA, p. 72, 2013)

Em síntese, pode-se dizer que, no Brasil, a utilização do medo como instrumento de gestão e controle social das classes populares pode ser analisada sob uma dupla perspectiva: primeiramente, o medo generalizado da violência gera um sentimento coletivo e cotidiano de insegurança, influenciando no processo de produção/alteração das normas penais, colimando, por um lado, a "tranqüilização" da sociedade frente aos perigos e, por outro, o restabelecimento na confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combater-los por meio do Direito Penal. Não se buscam medidas eficientes no controle da criminalidade, mas sim medidas que "pareçam" eficientes e que, por isso, tranquilizam (papel simbólico) não somente os grupos privilegiados, mas a sociedade como um todo. (WERMUTH, p. 7, 2010)

Nisso demonstra-se a lógica do eficientismo penal delineado por Baratta, onde a criminalidade violenta representa um mal ao qual o sistema deve reagir com rigor punitivo, visto que direcionado pelo medo (do crime) e insegurança (contra a criminalidade), resultando em um grande processo de expansão qualitativa (diversificação) e quantitativa (maximização) do controle penal formal e informal, e noutra via, minimização de garantias penais e processuais penais, levando ao encarceramento massivo.

Assim, tem-se uma resposta punitiva eficaz e célere, de forma simbólica, e, paralelamente, a flexibilização ou supressão de garantias penais estabelecidas pela Constituição ou tratados internacionais, sob o argumento de que isso é conveniente para que o sistema punitivo possa desempenhar mais fácil e eficazmente sua função de proteção social diante das novas formas assumidas pela criminalidade.

Nesse contexto, há a crença que o Estado seria incapaz de combater a criminalidade por meio de políticas criminais *lato sensu*, as políticas sociais, as quais teriam como foco os verdadeiros problemas criminógenos, e, desse modo, lança mão de políticas criminais estritas, se contentando com o punitivismo simbólico.

A melhor forma de atuação estatal não perpassa o direito penal do inimigo ou políticas como da lei e da ordem. Tais movimentos, nitidamente populistas, influenciados por argumentos como a de garantia da segurança pública visam afastar alguns direitos fundamentais dos desviantes. (RANGEL, 2013, p. 753)

4 – A IMPORTÂNCIA DA PRESENÇA CORPORAL NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Diante da adoção, pelo Brasil, de um processo penal constitucional, para além das vantagens que a videoconferência em audiência de custódia poderia propiciar, deve-se analisar, sobretudo, se direitos e garantias constitucionais podem ser limitados. Nem todo avanço tecnológico se encaixa dentro de restrições constitucionais ou das realidades dos processos criminais.

O Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direito Humanos, que garantem ao preso o direito de ser conduzido à presença do juiz (artigo 9º, número 3, Decreto n. 591/1992 e artigo 7º, número 5, Decreto n. 678/1992). Uma vez incorporados tratados internacionais que tratem de direitos e garantias do homem, não é possível limitar, nem mesmo por lei ordinária, tais direitos e garantias, sob pena de ofensa ao princípio de proibição do retrocesso (artigo 5º, §§ 2º e 4º, da CF/1988).

Portanto, a adoção de tecnologias para modernização dos atos processuais não pode ser utilizada para subtrair direitos constitucionais, dado que o processo penal é um instrumento que legitima o poder, e não uma forma de se retirar garantias mínimas do acusado. Entre essas garantias possivelmente ameaçadas pelo uso da videoconferência está a ampla defesa, principalmente na sua faceta de direito à presença do acusado diante do juiz natural ou o perigo de uma defesa técnica ineficaz (LOPEZ JUNIOR, 2005).

Como forma de perceber como essa limitação ocorreria, mister analisar novamente a contribuição de pesquisas internacionais sobre como a videoconferência influenciou os institutos análogos à audiência de custódia em outros países, respeitadas suas particularidades. Isso se faz necessário pois carecem pesquisas empíricas sobre o tema no Brasil, não havendo dados nacionais suficientes para serem analisados. Portanto, a experiência internacional pode ser uma grande aliada na compreensão do tema.

4.1 – Limitações Inerentes à Tecnologia

Diamond, Bowman, Wong e Patton (2010), em sua ampla pesquisa empírica sobre o impacto da videoconferência nas audiências de definição de fiança e encarceramento provisório, chegaram ao resultado que os presos foram consideravelmente prejudicados pelo uso da videoconferência. Isso pois há aspectos da

presença ao vivo que afetam a credibilidade de um indivíduo. Se existe algo sobre a presença física que não pode ser replicado, nem mesmo com tecnologia moderna, então as audiências por videoconferência não podem evitar o sacrifício de informação que podem ameaçar a qualidade delas, e a desumanização que encoraja uma resposta mais grave do que a que ocorreria se o juiz ficasse cara a cara com um indivíduo vivo. (DIAMOND, BOWMAN, WONG e PATTON, p. 893, 2010. Tradução livre).

Foi observado que, em primeiro lugar, o preso passou a ser privado da oportunidade de encontro físico, de confronto com acusação e juiz. Em segundo lugar, diminuiu-se a habilidade do juiz em averiguar diversos fatores, como a credibilidade do preso, seu bem-estar físico e mental, a capacidade do réu de entender os procedimentos ao qual estava sendo submetido e as eventuais renúncias de direitos que poderia ser chamado a fazer. Além disso, o juízo perdeu a oportunidade de resposta imediata à presença humana do réu, o que diminuiu a percepção da gravidade do processo, sendo certo que sentenciar um preso por videoconferência criou risco de desconexão pela perda da proximidade imediata de uma pessoa viva. (DIAMOND, BOWMAN, WONG e PATTON, p. 879, 2010).

A tecnologia nunca é neutra. Além dos casos em que ela pode falhar ao longo de uma transmissão, a videoconferência não pode garantir que a mesma impressão passada por um réu fisicamente presente no tribunal poderá ser reproduzida em vídeo (POULIN, 2004, p. 1106). Isso pois a tecnologia pode distorcer e manipular imagens ou eliminar sinais não-verbais, dependendo do enquadramento ou foco utilizado pela câmera, uma visão completa da sala não estará disponível.

Isso se torna mais patente pela falta de diretrizes e parâmetros que regulem o uso da videoconferência, de forma que diferentes jurisdições podem empregar diferentes configurações de vídeo. Portanto, os participantes da audiência não poderão ver toda a ação ao mesmo tempo, a menos que várias câmeras sejam configuradas, o que não é provável (POULIN, 2004, p. 1108).

Uma das principais preocupações gira em torno da própria tecnologia. Para que a videoconferência funcione, deve haver um fluxo constante e ininterrupto de conversação entre as partes. Tal como acontece com qualquer implementação de tecnologia, no entanto, há casos em que a tecnologia falha durante uma audiência. Tais falhas incluem a incapacidade do advogado de defesa, acusado ou juiz de ouvirem e verem um ao outro, o que pode fazer com que uma das partes perca informações importantes, auditivas e visuais. Nessas circunstâncias, se a tecnologia falhar durante a conferência, ela falhará em sua finalidade e afetará negativamente o réu (POULIN, 2004, p. 1105).

Mesmo que opere perfeitamente, na videoconferência a interação entre acusado e juiz é severamente limitada, com a perda de informações como a expressão

facial, olhar, postura e gestos. Tais sinais não verbais atendem a várias funções importantes. Eles transmitem atenção mútua, capacidade de resposta e comunicam atitudes interpessoais, representando uma parte importante do processo. Nisso inclui-se a transmissão ao juiz da capacidade de entendimento do procedimento pelo acusado, se este compreende os motivos que ensejaram sua prisão cautelar, o que é um dos objetivos fundamentais da audiência de custódia.

Quando um acusado aparece no tribunal por videoconferência, ele pode sofrer uma série de efeitos negativos, sejam eles tangíveis ou não. Uma comunicação baseada em tecnologia cria distância entre aqueles que interagem, privando-os da riqueza de informação de aspectos sociais e sensoriais que está disponível face a face.

Isso pois,

A criação de uma interação social na qual se pode perceber a identidade do outro é o que engendra sentimentos de engajamento ou conexão. As interações sociais são mais autênticas quando os indivíduos podem experimentar a identidade do outro de uma maneira que lhes faz lembrar sua própria humanidade ou quando podem formar uma conexão com outro (BENGTSSON, p. 3, 1999).

Impõe-se indagar, portanto, sobre como aqueles presentes no tribunal vão perceber o acusado, se este perderá credibilidade ou efetividade em sua autodefesa. Se a interação entre o juiz e o réu não se desenvolver corretamente ou estiver com alguma deficiência crítica, eles não poderão experimentar a humanidade de cada um. As interações face a face são cruciais pois permitem que os indivíduos adaptem sua fala e sua conduta de forma contínua para aumentar sua aparência de credibilidade, conforme estudo sobre o tema:

É plausível que os seres humanos tenham mais recursos comportamentais à sua disposição para alcançar um comportamento mais atraente e digno de confiança e que sejam mais capazes de adaptar sua conversa se houver indícios de que sua imagem está sendo danificada (BENGTSSON, p. 4, 1999).

Em vários estudos, descobriu-se que as interações em corpo físico são mais impactantes do que o fac-símile em vídeo, e que a capacidade do julgador de avaliar as características do arguido por meio de vídeo é prejudicada criticamente (DIAMOND, BOWMAN, WONG e PATTON, p. 869, 2010).

O contato olho a olho influencia a credibilidade e a confiabilidade do arguido,

e é um dos gestos não-verbais mais importantes para favorecer sentimentos de empatia. A logística de uma interação de videoconferência torna o contato visual impossível, agravando ainda mais a capacidade do juiz de formar uma avaliação adequada do réu na outra extremidade da câmera (TREADWAY e WIGGINS, p. 268, 2006).

Perceber o outro em termos de uma humanidade compartilhada ativa reações emocionais empáticas, tanto pela similaridade percebida, como pelo senso de obrigação social (BANDURA, p. 200, 1999). Com a menor possibilidade de interação social entre juiz e acusado na audiência por videoconferência, a percepção do primeiro sobre o segundo como uma pessoa social completa é impedida. Assim, um juiz será menos propenso a considerar as circunstâncias de vida de um acusado ou o impacto que o encarceramento terá sobre ele, o que acaba por diminuir suas chances de liberação pré-julgamento (WALSH e WALSH, p. 269, 2008). O réu se torna um personagem em miniatura em uma tela em vez de um ser humano.

4.2 – Potencialidade Lesiva do Ambiente Penitenciário

A videoconferência também suscita preocupações quanto ao ambiente em qual os acusados se encontram. Uma sala em um centro de detenção é muito diferente de uma sala de audiências, tendo em vista que a atmosfera física e psicológica da prisão é intrinsecamente coerciva (RABURN-RENFREY, 1994, p. 833). Assim, o uso de videoconferência afetaria a credibilidade do próprio sistema de justiça criminal, ao também diminuir a formalidade inerente à presença no tribunal, o que pode levar o acusado a não levar o processo tão a sério quanto deveria.

Se o réu estiver no centro de detenção, que dificilmente é uma reprodução de uma sala de audiências, ele pode se sentir acuado para denunciar eventuais ilegalidades, como tortura e maus-tratos, no momento da prisão, o que é um dos objetivos fundamentais da audiência de custódia. Isso é resultado do próprio ambiente. Um centro de detenção, por sua natureza, é um ambiente onde falta a dignidade e a imparcialidade do tribunal (RABURN-RENFREY, 1994, p. 833).

Não faz sentido que a comunicação entre uma eventual vítima de prisão arbitrária e o juiz se dê justamente no local em que a ilegalidade está sendo perpetrada, sem que sejam asseguradas as garantias indispensáveis para que o preso possa levar ao conhecimento do magistrado fatos ofensivos à lei e requerer sua atuação.

No mais, quando a sala de audiências é estendida ao estabelecimento de segurança através da tecnologia de videoconferência, o juiz pode não tomar conhecimento de possíveis condutas hostis, humilhantes ou potencialmente inconstitucionais por parte dos agentes policiais que escoltam o acusado. Tais agentes são responsáveis por manter a

ordem e não são encarregados do dever de proteger os direitos do incriminado, tal qual um juiz.

A Resolução CNJ n. 213/2015, em seus arts. 4º e 6º veda expressamente a presença de policiais seja durante o atendimento do preso pelo seu defensor, seja durante a realização da audiência de custódia. Porém, como Ballestros observou em sua pesquisa sobre a implementação das audiências de custódia no Brasil, "a polícia mantém uma proximidade bastante ostensiva que acaba interferindo tanto nas declarações do preso em relação à prisão quanto na narrativa de eventuais casos de tortura, mesmo quando o preso está conversando com seu defensor" (BALLESTEROS, p. 45, 2017). Esse panorama só tende a piorar em audiências por videoconferência.

4.3 – Prejuízos à Defesa

Outra preocupação séria é o papel que o advogado do acusado pode desempenhar na sua defesa, visto que ele ou estará presente no tribunal com juiz e promotoria, ou estará junto de seu cliente.

O arguido depende de seu advogado para argumentar o seu caso da forma mais eficaz possível. No primeiro caso, a comunicação e a privacidade intrínseca à relação cliente-advogado é prejudicada, pois se o acusado precisa falar em particular com sua defesa em alguns casos ele é forçado a fazê-lo na frente do tribunal por meio de vídeo (TOUTANT, 2005). Dessa forma, a dependência e a confiança criadas na relação é lesada pela tecnologia.

Além disso, mesmo que o arguido e o advogado possam comunicar-se em uma linha privada, o advogado sofrerá os mesmos problemas que um juiz pode encontrar quando a videoconferência é usada, ou seja, a incapacidade de detectar sinais não-verbais. Mais uma vez, há a chance de que, mesmo que comunicações privilegiadas possam ser fornecidas, o relacionamento e a conversa entre advogado e acusado podem ser negligenciados, o que limitará a capacidade de aconselhamento e comunicação e pesará injustamente contra o arguido (LEDERER, p. 1016, 1994).

Já no segundo caso, onde o advogado e acusado permanecem juntos, embora tal situação promova uma melhor comunicação entre a defesa, esta será impedida de uma interação plena com o tribunal (POULIN, 2004, p. 1131). Há ainda a possibilidade de se criar uma situação de "nós" contra "eles", onde o promotor está no tribunal com o juiz enquanto o arguido e o advogado de defesa estão conectados por uma tela de televisão (RABURN-RENFREY, 1994, p. 829). As mesmas limitações que a tecnologia impõe ao arguido - a diminuição da credibilidade e eficácia - agora são impostas ao advogado, o que pode impedir sua efetividade (POULIN, 2004, p. 1130), tornando a audiência de

custódia menos imparcial e justa.

A questão central é a de que se o Estado deve ser permitido a interferir e a restringir o direito do acusado à assistência de advogado, corolário do princípio da ampla defesa. A videoconferência desloca o advogado e seu cliente do arranjo tradicional no tribunal onde os dois têm a oportunidade de conversar em particular, antes, durante e depois da audiência. A incapacidade do advogado de representar seu cliente efetivamente é consequência direta de falhas inerentes a um sistema que foi criado para a conveniência do governo.

O acusado é o centro da defesa, pois são suas experiências, suas memórias e sua vida que estão sendo discutidas. A audiência é um processo fluido onde a informação é transmitida rapidamente, e um advogado precisa de uma contribuição contínua de seu cliente. Sem isso, aumenta-se a crença que o acusado em nada pode contribuir para seu próprio julgamento.

Aqueles que são incriminados, especialmente os hipossuficientes, muitas vezes sentem que são "estrangeiros" em vez de participantes na adjudicação de justiça. O sistema de justiça criminal é naturalmente intimidatório, e nesse contexto a videoconferência serve como mais uma barreira para a compreensão completa dos procedimentos, reforçando a desconfiança e a alienação (THAXTON, p. 197, 1993).

4.4 – Da Falta de Critérios Objetivos na Utilização da Videoconferência

A falta de critérios objetivos que autorizam o uso da videoconferência acaba por permitir que juízes se utilizem da conveniência e discricionariedade para fundamentar a necessidade da medida, tornando-a não excepcional, mas sim um procedimento padrão.

Isso pois, na busca por fundamentação para o uso da medida, muitos juristas se valem de uma lógica racional utilitarista não preocupada com a ampliação de direitos ou com a qualidade da prestação jurisdicional, mas sim voltada à redução de custos e celeridade, e por terem a concepção de que a presença corpórea do réu frente a frente do juiz é desnecessária, visto que a presença em tela seria um contato direto, com as feições percebidas de forma igual.

O fato é que ainda vigora entre os magistrados uma mentalidade punitivista, reflexo dos anseios da sociedade em enxergar no sistema penal um instrumento de segurança pública. Se a audiência de custódia surge como forma de melhorar o controle judicial sobre as prisões cautelares, garantir o contato do preso com seu magistrado e sua aproximação a um processo penal já tão excludente e alienador, logo a lógica do eficientismo penal alimentada pelo discurso de defesa social exposto por Baratta (2002, p. 17) toma seu lugar e dá margem à introdução de medidas como a videoconferência. Como

Garcia observa:

A videoconferência é a implementação da ideologia asséptica de um judiciário que nega o Outro enquanto um sujeito real. Sob os discursos que afastam a humanidade do réu, que já o coloca no sistema penitenciário longe das garantias legais, as medidas virtuais contribuem para efetivar e aumentar esse distanciamento com a Justiça.

(...)

Em síntese, a alienação frente aos possíveis problemas da aplicação das medidas virtuais corresponde à vitória de uma racionalidade burocrática e desumanizadora, representando a redução dos valores da dignidade humana e a reprodução do modelo inquisitorial (DUARTE, 2005). Muitas vezes o discurso refratário às medidas virtuais é visto como conservadorismo, mas, ao contrário, a crítica que se levanta é na intenção de que finalmente a Justiça efetive a prestação jurisdicional preocupada com os direitos fundamentais, e não como mero instrumento de persecução criminal.

Entende-se que a retaliação ao direito à presença corresponde à vitória do modelo inquisitorial, no qual a ampla defesa é apenas um requisito de formalidade, pois é na realização desse direito, a partir de sua corporeidade, que está a mais significativa defesa contra o poder biopolítico estatal. A videoconferência, na medida em que contribui para o desencontro com o preso, já submetido aos discursos objetificantes, é o caminho contrário que a Justiça deve seguir, o do encontro com o Outro enquanto um ser vivo. (GARCIA, p. 101-103, 2013)

Aqueles passíveis de serem segregados da sociedade ou da comunidade humana em si muitas vezes falam com uma voz muito fraca para ser ouvida acima da demanda da sociedade por punição. É o papel particular dos tribunais ouvir essas vozes, pois a Constituição declara que o coro majoritário não pode sozinho determinar as condições da vida social.

Os interesses estatais na substituição de audiências de custódia face a face por aquelas realizadas por videoconferência incluem promover a conveniência administrativa, economizar custos de transporte e de segurança e reduzir o perigo de danos associados ao processo de transporte do acusado. Por outro lado, o interesse da

liberdade do réu é fundamental e não pode ser facilmente sobrepujado. O risco de privação errada de liberdade é alto quando o acusado não está presente em sua própria audiência.

Presumivelmente, o estado está interessado em promover a eficiência. Esta, em geral, é cumprida pela harmonização de quantidade e qualidade. No entanto, o Estado está empregando procedimentos que se concentram na quantidade, não na qualidade das audiências. Aqueles que defendem a videoconferência dizem que ela é o melhor caminho para se respeitar o prazo máximo de 24 horas de apresentação do preso cautelar ao juiz. No entanto, o raciocínio do Estado para a utilização dessa tecnologia não é fornecer uma apresentação rápida, mas sim conveniente e breve.

A qualidade de uma audiência não é produzida ao se melhorar a resolução de uma televisão, mas sim ao garantir uma defesa eficaz e o direito à presença. São fundamentais as salvaguardas que impeçam o judiciário de transformar uma audiência individualizada em uma linha de montagem desumanizadora. O devido processo e a ampla defesa exigem que os acusados estejam presentes, em corpo, nas audiências de custódia, pois seus interesses de liberdade superam o interesse do Estado em aliviar seus encargos administrativos.

5 - CONCLUSÃO

Feitas todas essas considerações, pretende-se mostrar que todas as novas tecnologias - incluindo a videoconferência - têm o potencial de abuso. As modificações empreendidas no âmbito do sistema de justiça criminal, como a introdução da audiência de custódia, são extremamente relevantes e demandam esforço e vigilância contínua para evitar seu retrocesso.

Deve-se atentar para que as audiências de custódia sejam operadas de forma a respeitar os objetivos para que forem criadas em primeiro lugar: garantir acusatoriedade, ajuste aos tratados internacionais e respeito aos direitos do acusado, que incluem sua dignidade e presunção de inocência, sendo a prisão cautelar *ultima ratio*.

Para tanto, a prática forense não pode se valer de argumentos economicistas como "menor custo, mais rapidez", que são tão aclamados pelo brado comum, porém retiram por completo a função básica do processo penal como garantia do cidadão frente os interesses estatais por punição, e impõem no lugar um eficientismo ilusório e um paradigma de inquisitorialismo sistêmico.

As atrações da tecnologia convidam a implementar medidas aparentemente econômicas, porém, a aceitação precoce da tecnologia pode trazer custos ainda maiores: aumentando a quantidade de audiências, e diminuindo a possibilidade dos presos de obterem a liberdade, podem ser impostos gastos adicionais ao judiciário ao aumentar o

encarceramento cautelar de acusados que seriam soltos de outra forma. O judiciário deve confrontar sérias questões sobre o impacto da tecnologia nos direitos do acusado, com o desafio de não deixar se atrair tão facilmente por ela como uma solução para as ineficiências percebidas.

A presença física acrescenta integridade à audiência de custódia e é o fundamento sobre o qual os direitos constitucionais do acusado são baseados. O juiz deve levar em consideração que há potencialmente anos de encarceramento provisório em jogo para cada réu. Ao tomar decisões importantes que afetam tão profundamente a vida das pessoas, a humanidade do acusado é um fator crítico.

Pertinente a observação de **Laurence Dumoulin e Christian Licoppe**, em estudo próprio:

Um julgamento é um tipo de cenografia, um drama que reencena o conflito e opera de acordo com um processo de catarse (Garapon, 2001). As posições respectivas da vítima, do acusado e da testemunha refletem uma distribuição real de papéis no processo de julgamento. Distanciar um participante - seja uma testemunha ou o acusado e seus advogados - permitindo que contribua para a audiência de outro lugar, desestabiliza essa economia simbólica de justiça sem propor qualquer alternativa, colocando-a em algum lugar fora da organização espacial do julgamento (DUMOULIN e LICOPPE, p. 117, 2017. Tradução livre).

Ao excluir um acusado de sua própria audiência de custódia, sua humanidade e sua dignidade são esquecidas, pois ele está fora de vista e fora da mente. A alta quantidade de aprisionamentos cautelares reflete o desequilíbrio. Muitas jurisdições enfrentam alguma forma de justiça automatizada, que tende a desumanizar o acusado. A tendência em utilizar a videoconferência nos processos criminais levanta uma questão importante quanto ao equilíbrio adequado da eficiência judicial e dos direitos constitucionais de um réu criminal.

Assegurar maior velocidade, economia e conveniência na administração da lei colocando em risco princípios fundamentais da liberdade constitucional é um preço muito alto. Avanços tecnológicos são esperados, mas eles devem funcionar para aumentar a eficiência sem sacrificar a justiça. A dignidade humana não pode ser negligenciada à medida que a tecnologia avança.

Quando o sistema legal é pressionado por uma grande quantidade de casos e recursos limitados, a promessa de soluções rápidas por novas tecnologias ameaça ao invés de promover a justiça. A tecnologia oferece grandes esperanças, mas o processo penal é a

moeda de um sistema judicial justo e legítimo. A aproximação necessária ao tema é a de conduzir programas pilotos, de modo a avaliar a operação e o impacto das reformas propostas, no lugar de simplesmente impor mudanças amplas, dramáticas e potencialmente prejudiciais às garantias constitucionais.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDR, Hannah. **A Condição Humana**. 10ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

ASHDOWN, Gerald G. e MENZEL, Michael A. **The Convenience of the Guillotine: Video Proceedings in Federal Prosecutions**. Denver University Law Review, 2002. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/denlr80&div=11&id=&page=>>> Acesso em: 07 de dezembro de 2017

BABCOCK, Emily e JOHANSEN, Kate. **Remote Justice? Expanding the Use of Interactive Video Teleconference in Minnesota Criminal Proceedings**. William Mitchell Law Review: Vol. 37: Iss. 2, Article 17, 2011. Disponível em: <open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol37/iss2/17> .Acesso em 23 de novembro de 2017.

BALLESTROS, Paula. **Implementação das audiências de custódia no brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>> Acesso em: 25 de novembro de 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BENGTSSON, Bjorn et al., **The Impact of Anthropomorphic Interfaces on Influence, Understanding and Credibility**, 1999. Disponível em <<https://www.computer.org/csdl/proceedings/hicss/1999/0001/01/00011051.pdf>> Acesso em: 05 de dezembro de 2017.

BENTHAM, Jeremy. In MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito**. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002. pp. 260-287.

BORGES D'URSO, Luiz Flávio; COSTA, Marcos da. **Videoconferência. Limites ao direito de defesa**. Revista Jurídica Consulex. Ano XIII, número 292. 2009. 

CAPEZ, Fernando. **Interrogatório e outros atos processuais por videoconferência**. In Revista Jurídica Consulex. Videoconferência no Judiciário Criminal. Ano XIII – no 292. Mar/09

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). **Manual de Servicios de Antelación al Juicio Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares en materia penal** Santiago de Chile: CEJA, 2011.

_____. **La Reforma Procesal Penal em América Latina y su Impacto em el Uso de la Prisión Preventiva.** Santiago de Chile: CEJA, 2008.

CLÍNICA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (2015). **Brazil's Custody Hearings Project in Context: the right to prompt in-person judicial review of arrest across OAS member states.** Harvard University.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2015). Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

DIAMOND, Shari; BOWMAN, Locke; WONG, Manyee; PATTON, Matthew. **Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions.** *Journal of Criminal Law and Criminology*, 100(3), 2010.

DOTTI, René Ariel. **O Interrogatório à Distância.** Brasília: Revista Consulex, nº. 29, 1999.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Direitos Fundamentais Versus Atos Processuais On- Line: A Aplicação dos Princípios do Garantismo Penal às Novas Tecnologias de Comunicação.** In: Recrie: Arte e Ciência: Revista Crítica Estudantil- Ano 2, n. 3. Florianópolis: Instituto da Cultura e da Barbárie, Fundação Boiteux, 2005.

DUMOULIN, Laurence e LICOPPE, Christian. Grasping the Discrete Link between Filming and Videoconferencing in the Courtroom. Reflections from the French Case. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 112, p. 115-134, 2017.

GARCIA, Rafael de Deus. **O Interrogatório por Videoconferência e o Direito à Presença do Acusado.** Brasília: UnB/Faculdade de Direito, 2013.

HUMANS RIGHTS WATCH (HRW). **Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma.** Disponível em: <http://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/brasil-crise-penitenciaria-impulsiona-reforma>. Acesso em 17 de maio de 2015.

LEDERER, Frederick. **Technology Comes to the Courtroom, And...** Faculty Publications. Paper 639, 1994. Disponível em < <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emlj43&div=34&id=&page=>> Acesso em 05 de dezembro de 2017.

POULIN, Anne Bowen. **Criminal Justice and Videoconferencing Technology: The Remote Defendant.** *Tulane Law Review*, Vol. 78., 2004. Disponível em ≤ <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulr78&div=48&id=&page=>> Acesso em: 05 de dezembro de 2017.

JOHNSON, Molly Treadway e WIGGINS, Elisabeth C. **Videoconferencing in Criminal Proceedings: Legal and Empirical Issues and Directions for Research.** *Law and Police*, University of Denver, Vol. 28, Issue 2, 2006. Disponível em ≤ <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467->

[9930.2006.00224.x/full](#)> Acesso em: 07 de dezembro de 2017.

LEITE, Fabiana de Lima. **Manual de Gestão para Alternativas Penais: Medidas Cautelares Diversas da Prisão** (2016). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/manual-de-gestao-para-alternativas-penais-medidas-cautelares-diversas-da-prisao.pdf/view>> Acesso em: 30 de novembro de 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª edição. Editora Lumen Juris, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

LOPES JR, Aury e PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <<http://revistaliberdades.org.br/upload/pdf/22/artigo01.pdf>>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convencção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

_____. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque**, 1966.

PRADO, Wagner Junqueira. **Videoconferência no processo penal: aspectos jurídicos, políticos e econômicos [recurso eletrônico]**. Brasília : TJDF, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, São Paulo: Atlas, 2013

SALYZYN, Amy. **A New Lens: Reframing the Conversation about the Use of Video-conferencing in Civil Trials in Ontario**. *Osgoode Hall Law Journal*, 50(2), p. 429-463. 2012.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Acerca da Possibilidade de Utilização do Critério de Eficiência no Direito Penal**. In: SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

THAXTON, Ronnie. **Injustice Telecast. The Illegal Use of Closed-Circuit Television Arraignments and Bail Bond Hearings in Federal Court**. *Iowa Law Review*, Vol. 175, 1993. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ilr79&div=14&id=&page=>> Acesso em: 07 de dezembro de 2017.

TOSCANO JR., Rosivaldo. **Muito Mais que Uma Audiência de Custódia.** Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/>> . Acesso em 12 de maio de 2015.

TOUTANT, Charles. **Beaming in the Defendant: Counties' Press For Expansion of Videoconferenced Hearings Raises Public Defenders' Hackles.** New Jersey Law Journal, vol. 341, 2005.

WALSH, Frank M. e WALSH, Edward M. **Effective Processing or Assembly-Line Justice? The Use of Teleconference in Asylum Removal Hearings.** 2008. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geoimlj22&div=18&id=&page=>> Acesso em: 07 de dezembro de 2017

WERMUTH, Miguel Ângelo Dezordi. **A Dimensão Desumana do Direito Penal Brasileiro Contemporâneo: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares.** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33260-42322-1-PB.pdf>> Acesso em: 05 de dezembro de 2017.

ZAFFARONI, R. E. **La Palabra de Los Muertos. Conferencias Sobre Criminología Cautelar.** Buenos Aires: Editora Ediar, 2011.

DO COMPARTILHAMENTO DE DADOS FISCAIS ENTRE O FISCO E OS ÓRGÃOS DE PERSECUÇÃO PENAL E A (DES)NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

ANDRÉ AFONSO DE MOURA SOUZA CRUZ¹⁰⁰

RESUMO: O presente artigo abordará o Tema 990 do Supremo Tribunal Federal - Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário, bem como o alcance da tese fixada na referida Repercussão Geral à luz dos supervenientes precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: sigilo fiscal; compartilhamento de dados fiscais; (des)necessidade de autorização judicial.

ABSTRACT: This article will discuss the Theme 990 of the Federal Supreme Court - Possibility of sharing with the Public Ministry, for criminal purposes, the bank and tax data of the taxpayer, obtained by the Federal Revenue in the legitimate exercise of its duty to inspect, without prior authorization from the Power Judiciary, as well as the scope of the thesis established in the aforementioned General Repercussion in the light of supervening precedents of the Superior Court of Justice.

Keywords: tax secrecy; tax data sharing; need (or not) for court authorization.

1. INTRODUÇÃO

A garantia dos sigilos bancários fiscais é corolário do direito fundamental previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, que preconiza que 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.

Todavia, é lição basilar no direito que não possuem “caráter absoluto a garantia dos sigilos bancário e fiscal, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal” (AI 541265 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 04/10/2005).

A própria legislação infraconstitucional prevê a possibilidade de quebra de sigilo bancário quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de

100 E-mail: andremoura17@hotmail.com

extorsão mediante seqüestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa (art. 1º, § 4º, Lei Complementar n.º 105/2001).

Por sua vez, o Código Tributário Nacional prevê determinadas hipóteses de relativização do sigilo de dados fiscais dos contribuintes, especialmente para fins de: I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III - parcelamento ou moratória; e IV - incentivo, renúncia, benefício ou imunidade de natureza tributária cujo beneficiário seja pessoa jurídica (art. 198, § 1º, do CTN).

Acerca do tema, AMÉRICO BEDÊ JÚNIOR teve oportunidade de lecionar que “a privacidade é um importante direito fundamental, mas não pode servir de proteção para a prática de crimes. Não se devem criar barreiras desnecessárias ou equivocadas ao dever-poder investigativo do Estado. O princípio da proibição de proteção insuficiente serve para impedir atuações legislativas ou interpretações doutrinárias ou judiciais que inviabilizem uma proteção efetiva do Estado para com os bens penais” (BEDÊ JR., Américo. A retórica do direito fundamental à privacidade. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 83 - grifei).

O Supremo Tribunal Federal, desde longa data, já consolidou os pressupostos necessários à relativização desse direito fundamental:

[...] A primeira é que se exigem, ao lado dos requisitos da motivação (a) e da pertinência temática com o que se investiga (b), outros de não menor peso. Um deles é a necessidade absoluta da medida (c), no sentido de que o resultado por apurar não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova. Esta exigência é de justificação meridiana, suscetível de ser entendida por toda a gente, pela razão óbvia de que não se pode sacrificar direito fundamental tutelado pela Constituição - o direito à intimidade -, mediante uso da medida drástica e extrema da quebra de sigilos, quando a existência do fato ou fatos sob investigação pode ser lograda com recurso aos meios ordinários de prova. Restrições absolutas a direito constitucional só se justificam em situações de absoluta excepcionalidade. O outro requisito é a existência de limitação temporal do objeto da medida (d), enquanto predeterminação formal do período que, constituindo a referência do tempo provável em que teria ocorrido o fato investigado, seja suficiente para lhe esclarecer a ocorrência por via tão excepcional e extrema. [...] Ou seja - para que se não invoque nenhuma dúvida ao propósito -, a Constituição da República não

tolera devassa ampla de dados da intimidade do cidadão, quando, para atender a necessidade legítima de investigação de ato ou atos ilícitos que lhe seriam imputáveis, basta seja a quebra de sigilos limitada ao período de tempo em que se teriam passado esses mesmos supostos atos. (MS 25812 MC, Decisão monocrática do Min. Cezar Peluso, julgado em 17/02/)

Portanto, a quebra de sigilo fiscal exige, como regra, a intervenção do Poder Judiciário. Passaremos a abordar a evolução do entendimento dos Tribunais Superiores acerca dos requisitos e hipóteses para o “compartilhamento” daqueles dados para fins criminais, junto aos órgãos de persecução penal.

2. DA EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.859/DF

Ainda no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADI nº 2.859/DF, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, que impugnava normas federais que possibilitam a utilização, pela fiscalização tributária, de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo.

Na referida ação, foi alegada ofensa aos artigos 5º, incisos X (inviolabilidade da vida privada e da intimidade), XII (inviolabilidade do sigilo de dados), XXXV (inafastabilidade da jurisdição) e LIV (princípio do devido processo legal) e 145, § 1º, todos da Constituição Federal. Eis os principais fundamentos alegados pelo autor daquela ação:

- [...] a) a jurisprudência deste STF consolidou-se no sentido de não caber ao Poder Executivo determinar, sem interferência do Poder Judiciário, a quebra do sigilo bancário e fiscal;
- b) sendo os sigilos bancário e fiscal desdobramentos do direito à privacidade, o qual tem estatura constitucional, somente podem ser flexibilizados mediante ordem judicial devidamente fundamentada;
- c) a inviolabilidade do sigilo de dados, prevista no art. 5º, inciso XII, é absoluta, sendo relativa somente aquela concernente ao sigilo das comunicações telefônicas, que admite quebra por decisão judicial;
- d) a possibilidade do contribuinte acionar o Poder Judiciário apenas em momento posterior ao acesso aos dados bancários pela administração tributária viola o direito à inafastabilidade da jurisdição;

e) embora as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição possam ter exceções regulamentadas por leis infraconstitucionais, a legislação deve observar limites, tais como o respeito ao núcleo essencial e o respeito ao princípio da razoabilidade. As normas impugnadas violariam o princípio da razoabilidade, visto que a supressão da intimidade dos contribuintes, por meio do monitoramento de suas operações financeiras, não é medida indispensável à eficiente fiscalização tributária;

f) muito embora se reconheça a inexistência de direitos absolutos em face do interesse público, este não se confunde com o interesse da Fazenda Pública, colocando-se as garantias constitucionais como medidas de proteção das liberdades das pessoas contra o arbítrio do Estado;

g) os preceitos violam a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que promovem a quebra automática de sigilo de dados financeiros, sem a ocorrência de justa causa ou de indícios de irregularidades;

Para compreender o cerne da discussão, vale a pena destacar o seguinte trecho do voto condutor do acórdão, lançado pelo Ministro Dias Toffoli:

[...] Como salientei, mantenho o entendimento que em outras ocasiões já externei: para se falar em “quebra” de sigilo bancário pelos dispositivos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias.

Consoante assinalou o Procurador-Geral da República em seu parecer, “a afronta à garantia do sigilo bancário, como dito, compreendida no âmbito de proteção do inciso X do artigo 5º da Carta da República, não ocorre com o simples acesso a esses dados, mas verdadeiramente com a circulação desses dados”.

A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistente nos dispositivos impugnados, que consagram, de modo expresse, a permanência do sigilo das informações obtidas com espeque em seus comandos. É o que expressam o § 5º do art. 5º e o parágrafo único do art. 6º.

Como se vê, o envio de informações financeiras à administração tributária da União nos moldes da Lei Complementar nº 105/2001 não configura quebra de sigilo fiscal, mas sim mera “transferência de sigilo” entre as instituições, garantido a inviolabilidade da vida privada, da intimidade e do sigilo de dados, já que deve permanecer hígida a garantia de que tais informações não sejam publicadas indiscriminadamente e sem controle pelos órgãos competentes.

Nesse sentido, esclareceu ainda o eminente Ministro Dias Toffoli:

[...] Soma-se a isso o art. 10 da própria lei complementar, que estabelece que a divulgação de informações bancárias pelas instituições financeiras fora das hipóteses previstas na lei constitui crime, o qual é apenado com reclusão, de um a quatro anos, e multa. Além disso, a lei fixa, no art. 11, a responsabilização civil do servidor público que “utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar”, respondendo “pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial”.

A determinação de sigilo se estende, ainda, pela legislação tributária, apontada nos dispositivos questionados.

Observe-se que o Código Tributário Nacional, no art. 198, “[veda] a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”.

Questiono, então: de que tratam todos esses dispositivos, senão do sigilo das informações? Na percuciente definição da eminente Ministra Ellen Gracie, exposta durante o julgamento da AC nº 33, “o que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal.

Com base nessas premissas, portanto, a Suprema Corte julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF. Eis as principais conclusões do julgado:

[...] 4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresse, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição sine qua non para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa.

6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.

7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.”

2.2 TEMA 990 DE REPERCUSSÃO GERAL - POSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO PODER JUDICIÁRIO.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF restringiu-se à questão da transferência do sigilo de dados das instituições financeiras para a Administração Tributária, sem chegar a uma conclusão definitiva acerca da questão do compartilhamento de tais informações, para outras instituições e sem prévia autorização judicial, a exemplo dos órgãos de persecução criminal.

A controvérsia então foi dirimida com a fixação da tese de repercussão geral no tema 990 nos seguintes termos:

[...] 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

O voto condutor para a fixação da tese foi proferido pelo Min. Alexandre de Moraes. Merece destaque o seguinte trecho do voto, com os fundamentos pelos quais se chegou àquela conclusão:

[...] Não há, portanto, nenhuma ilegalidade no compartilhamento, entre Receita e Ministério Público, de todas as provas, todos os dados necessários, imprescindíveis, para conformação e lançamento do tributo.

Entendo que, por serem provas lícitas produzidas pela Receita e absolutamente necessárias para constituir a materialidade na infração penal material tributária, nos termos da Súmula Vinculante 24, podem ser compartilhados todos os dados, todas as provas, todas as informações necessárias que a fizeram chegar ao lançamento definitivo do tributo.

Se houver excesso, o excesso deve ser combatido, até porque - faço questão de salientar isso - sempre haverá uma supervisão posterior judiciária.

Essa interpretação coincide com o art. 198, § 3º, inciso I, ao dizer que não é vedada a divulgação de informações relativas a representações fiscais, ou seja, tudo que embasou o lançamento do tributo, tudo que embasou o procedimento administrativo.

3. DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APÓS A TESE DO TEMA 990

O Direito, como ciência social, inevitavelmente sofre influências dos fenômenos sociais. Não se está a dizer que assim deveria ser, mas como as coisas são.

Ao tentar ponderar os interesses antagônicos postos em discussão, o Direito está sujeito, portanto, às influências dos atores que participam do debate jurídico. A esse fenômeno alguns doutrinadores denominam movimento "pendular" do Direito. O papel da Justiça é, portanto, equilibrar na balança o peso desses interesses antagônicos.

No âmbito do Direito Penal, esses interesses antagônicos podem ser resumidos, grosso modo, como o interesse punitivista e o modelo garantista.

No ponto em discussão, não há dúvidas de que os julgados do Supremo Tribunal Federal ampliaram o leque e poder de investigação e fiscalização dos órgãos persecutórios. A tendência natural desses órgãos, dada suas naturezas, é interpretar os julgados da maneira mais favorável à investigação e persecução penal.

De fato, a prática forense tem se deparado com algumas práticas que extrapolaram a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo de requisições de dados fiscais

genéricas pelo Ministério Público, sem qualquer tipo de controle, esvaziando a direito fundamental ao sigilo fiscal.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a solucionar em caso envolvendo requisição direta de dados fiscais pelo Ministério Público junto ao Fisco, chegando à seguinte conclusão no bojo do RHC n. 83.233/SP:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO MAJORADO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. OBTENÇÃO DE DADOS FISCAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRETAMENTE À RECEITA FEDERAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. QUESTÃO NÃO COMPREENDIDA NO JULGAMENTO DO TEMA 990 PELO STF. ACESSO DIRETO PELO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS, PREVISTA LEGALMENTE E RECONHECIDAMENTE POSSÍVEL PELA CORTE SUPREMA. COMPARTILHAMENTO QUE OCORRE, DE OFÍCIO, PELA RECEITA FEDERAL, APÓS DEVIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM QUE, POSTERIORMENTE AO LANÇAMENTO DO TRIBUTO, VERIFICA-SE A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIME. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DOS DADOS OBTIDOS PELO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO E OS DELES DECORRENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, em sede de repercussão geral, firmou a orientação de que é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional (Tema 990).

2. Da leitura desatenta da ementa do julgado, poder-se-ia chegar à conclusão de que o entendimento consolidado autorizaria a requisição direta de dados pelo Ministério Público à Receita Federal, para fins criminais. No entanto, a análise acurada do acórdão demonstra que tal conclusão não foi compreendida no julgado, que trata da Representação Fiscal para fins penais, instituto legal que autoriza o compartilhamento, de ofício, pela Receita Federal, de dados relacionados a supostos ilícitos tributários ou previdenciários após devido procedimento administrativo fiscal.

3. Assim, a requisição ou o requerimento, de forma direta, pelo órgão da acusação à Receita Federal, com o fim de coletar indícios para subsidiar investigação ou instrução criminal, além de não ter sido satisfatoriamente enfrentada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, não se encontra abarcada pela tese firmada no âmbito da repercussão geral em questão. Ainda, as poucas referências que o acórdão faz ao acesso direto pelo Ministério Público aos dados, sem intervenção judicial, é no sentido de sua ilegalidade.

4. Hipótese dos autos que consiste no fato de que o Ministério Público Federal solicitou, diretamente ao Superintendente da Receita Federal, as declarações de imposto de renda da recorrente, de seus familiares e de diversas pessoas jurídicas, ou seja, obteve-se diretamente do referido órgão documentação fiscal sem que tenha havido qualquer espécie de ordem judicial.

5. A possibilidade de a Receita Federal valer-se da representação fiscal para fins penais, a fim de encaminhar, de ofício, os dados coletados no âmbito do procedimento administrativo fiscal, quando identificada a existência de indícios da prática de crime, ao Ministério Público, para fins de persecução criminal, não autoriza o órgão da acusação a requisitar diretamente esses mesmos dados sem autorização judicial.

6. Recurso provido para reconhecer a ilicitude dos dados (fiscais) obtidos pelo Ministério Público por meio da Receita Federal na Ação Penal n. 0003084-80.2016.4.03.6126, sem autorização judicial, devendo todos os elementos de informação e os deles decorrentes ser desentranhados da ação penal, cabendo ao Juízo de Direito da 3ª Vara Federal de Santo André/SP identificá-los, verificar em quais ações penais foram utilizados e analisar, pormenorizadamente, se as ações penais se sustentariam sem esses indícios.

(RHC n. 83.233/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 9/2/2022, DJe de 15/3/2022.)

De fato, da leitura da ementa do julgado, chega-se à conclusão de que ao órgão de acusação seria peremptoriamente vedado requisitar diretamente dados coletados no âmbito do procedimento administrativo fiscal encerrado ou não, para fins de persecução criminal.

Todavia, entendemos que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de maneira sistêmica. Nesse contexto, se a própria legislação impõe como um dever do fisco o encaminhamento da representação fiscal ao Ministério Público, depois de proferida a decisão final na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente, não há razão lógica para entender pela ilegalidade do envio dos dados quando ocorre a requisição direta pelo *Parquet*.

A controvérsia é tanta, que registraram votos divergentes os Ministros Laurita Vaz, Rogerio Schietti Cruz e Ribeiro Dantas por ocasião do RHC n. 83.233/SP:

[...] (VOTO VENCIDO) (MIN. RIBEIRO DANTAS) "No caso em que não houver Procedimento Administrativo Fiscal, ou de outra natureza, mas a Fazenda tiver informações que possam ser úteis para fazer prova em situação de claro interesse público, já sob exame judicial, tanto que o próprio fisco estaria juridicamente respaldado a fazer o respectivo compartilhamento com o Ministério Público, esse pode fazer, quanto a tais dados específicos, afastada, portanto, a hipótese de 'fishing expedition', um pedido direto ao órgão de administração fazendária, caracterizando-se, no caso, não quebra, mas mera transferência de sigilo, com todas as consequências daí decorrentes". (VOTO VENCIDO) (MIN. LAURITA VAZ) "[...] a requisição direta de dados sigilosos, feita no contexto de apuração de fatos ainda não judicializados, amparada em relevante interesse público concreta e objetivamente delimitado e realizada através de comunicação formal que possibilite a identificação do agente responsável, assim como a apuração de eventuais abusos através dos órgãos de controle interno e externo, resguarda o direito à privacidade e, ao mesmo tempo, confere aplicabilidade concreta aos dispositivos legais que autorizam o compartilhamento ou a requisição, independente de autorização judicial". (VOTO VENCIDO) (MIN. ROGERIO SCHIETTI CRUZ) "[...] o sigilo pode ser transferido para diversas autoridades sem necessidade de autorização judicial, em razão da dimensão do interesse público envolvido [...]". "[...] o raciocínio quanto à transferência dos dados fiscais e à obrigação de manutenção de sigilo pode ser também aplicado para o caso em que há requisição pelo Parquet, notadamente diante da prática de crimes que denotem a presença de relevante interesse público objetivo, que não pode ser confundido com o interesse público geral inerente à persecução penal do Estado por qualquer crime ou mesmo como interesse público secundário". "[...] entendo que a requisição direta dos dados fiscais feita pelo MP prescindiria de autorização judicial.". "[...] a

requisição deve ser compreendida não como quebra de sigilo, mas como a transferência dele, do mesmo modo que ocorre com o compartilhamento". "[...] também nas requisições em casos específicos como o dos autos e com a finalidade de dar um tratamento isonômico à forma de aquisição e conhecimento do conteúdo dos dados fiscais, o Ministério Público há de ter acesso a essas informações, ainda que sem autorização judicial, mormente porque já de posse de todos os dados bancários, cujo acesso foi deferido judicialmente".

Aliás, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em ocasião posterior, entendeu como regular a requisição direta dos dados fiscais pelo Ministério Público após o encerramento do processo administrativo fiscal, com a devida constituição do crédito tributário. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. COMPARTILHAMENTO DE PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO DA RECEITA FEDERAL. TEMA N. 990 DO STF. ACOMPANHAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXAURIMENTO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. SÚMULA VINCULANTE N. 24. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal, inquérito policial ou procedimento investigativo por meio do habeas corpus é medida excepcional. Por isso, será cabível somente quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. A tese de repercussão geral fixada no julgamento do RE 1.055.914/SP, em 4/12/2019, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (Tema 990) é a seguinte: é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em

procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

3. In casu, o Ministério Público, ao realizar pesquisas no Sistema de Administração Tributária (SAT) - amparado em Acordo de Cooperação Técnica entre o Poder Executivo e o Ministério Público - constatou a existência de notificação fiscal que, até então, apontava suposta infração administrativa e que, em tese, poderia configurar delito de sonegação fiscal. Houve instauração de notícia-fato em procedimento interno do Ministério Público e mero acompanhamento do processo administrativo conduzido pela Fazenda Pública, até que sobreveio a informação da constituição definitiva do crédito tributário, requisito essencial para o oferecimento da denúncia em crimes dessa espécie, nos termos da Súmula Vinculante n. 24, segundo a qual "[n]ão se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo".

4. O envio de informações ao Ministério Público decorre de dever legal imposto à autoridade fazendária de comunicar às autoridades competentes a ocorrência de crime contra a ordem tributária após o exaurimento da via administrativa e à constituição definitiva do crédito tributário. Sendo assim, as informações chegariam ao conhecimento do Ministério Público de qualquer maneira, por força do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 e do art. 198, § 3º, do CTN.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 178.668/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 2/6/2023.)

Desse modo, consoante registrado pelo Ministro Ribeiro Dantas por ocasião do seu voto no referido julgamento, não há qualquer ilegalidade no procedimento adotado, já que *"o envio de informações ao Ministério Público decorre de dever legal imposto à autoridade fazendária de comunicar às autoridades competentes a ocorrência de crime contra a ordem tributária após o exaurimento da via administrativa e à constituição definitiva do crédito tributário. Sendo assim, as informações chegariam ao conhecimento do Ministério Público de qualquer maneira, por força do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 e do art. 198, § 3º, do CTN."*

4.CONCLUSÃO

Portanto, não há qualquer ilegalidade quando o Ministério Público requisita diretamente à Administração Fazendária processo administrativo fiscal encerrado, com crédito tributário devidamente constituído, para que possa adotar as medidas criminais que entender cabíveis. Por outro lado, não pode o *Parquet*, sem qualquer crédito tributário constituído, solicitar diretamente ao Fisco informações fiscais sigilosas detalhadas sobre determinada pessoa, sem a prévia autorização judicial.

REFERÊNCIAS

BEDÊ JR., Américo. A retórica do direito fundamental à privacidade. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 83.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É ilegal a requisição, sem autorização judicial, de dados fiscais pelo Ministério Público. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/17f5e6db87929fb55cebeb7fd58c1d41>>. Acesso em: 05/09/2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). ADI 2.859/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>>. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). Recurso Extraordinário 1.055.941/SP. Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual Penal. Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais.

Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Revogada a liminar de suspensão nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: H.C.H e T.J.H. Relator: Min. Dias Toffoli, 4 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828>>. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 83.233/SP. Processual penal. Recurso em habeas corpus. Estelionato majorado, falsidade ideológica e uso de documento falso. Obtenção de dados fiscais pelo ministério público diretamente à receita federal sem autorização judicial. Questão não compreendida no julgamento do tema 990 pelo stf. Acesso direto pelo órgão da acusação, que não se confunde com a representação fiscal para fins penais, prevista legalmente e reconhecidamente possível pela corte suprema. Compartilhamento que ocorre, de ofício, pela receita federal, após devido procedimento administrativo em que, posteriormente ao lançamento do tributo, verifica-se a existência de indícios da prática de crime. Ilegalidade configurada. Reconhecimento da ilicitude dos dados obtidos pelo órgão da acusação e os deles decorrentes. Recorrente: Helena Plat Zukerman. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Júnior, 9 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700833385&dt_publicacao=15/03/2022>. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 178.668/SC. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Trancamento da ação penal. Compartilhamento de procedimento fiscalizatório da receita federal. Tema n. 990 do STF. Acompanhamento do procedimento administrativo pelo ministério público. Exaurimento. Constituição definitiva do crédito. Oferecimento da denúncia. Súmula vinculante n. 24. Agravo regimental desprovido. Agravante: S DE S. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 29 de maio de 2023. Disponível em: <http://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301005333&dt_publicacao=02/06/2023>. Acesso em: 05 set. 2023.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

SAMIRIAN SEBASTIANE PEREIRA FIGUEIREDO:
graduanda em Direito pelo Centro Universitário UMA¹⁰¹.

ALLAYANNA BEATRIZ MENDES MOTA

JUNIO DE SOUZA ALVES

(coautores)

JANAINA ALCANTRA VIELA.

(orientadora)

Resumo: Têm-se como objetivo principal do presente trabalho, a análise da responsabilidade civil dos influenciadores digitais e conseqüentemente os seus possíveis danos e prejuízos oriundos das suas atividades publicitárias. Foi examinado as relações de consumo na sociedade atual e qual foi o impacto que o influenciador causou nessas relações. Ao tratar da responsabilidade civil dos influenciadores digitais, explanou-se, em um segundo momento, acerca do conceito e os pressupostos da responsabilidade civil, para, então, adentrar na responsabilidade civil inerente aos influenciadores, pontuando-se alguns casos práticos envolvendo a temática. O método de abordagem adotado no estudo foi o dedutivo, e o procedimento adotado, o monográfico, baseado na ordem jurídica brasileira, partindo de pesquisas bibliográficas. Como resultado, observou-se a existência de três correntes, sendo elas, a responsabilização objetiva, subjetiva e solidária baseada na lei consumerista. Conclui-se pela responsabilidade objetiva e solidária dos influenciadores, visto que atuam efetivamente por meio da indicação de produtos e serviços, de modo a impactar a vida dos seus seguidores, moldar comportamentos e motivar escolhas de consumo.

Palavras-chave: Influenciadores digitais; Novas tecnologias; Responsabilidade civil; Código de Defesa do Consumidor.

Abstract: The main objective of this work is the analysis of the civil liability of digital influencers and consequently their possible damages and benefits from their advertising activities. It was to examine consumer relations in today's society and what was the impact that the influencer had on these relations. When dealing with the civil liability of digital influencers, it was explained, in a second moment, about the concept and budgets of civil liability, to then enter into the civil liability inherent to influencers, punctuating some practical cases involving the theme. The method of approach adopted in the study was the deductive one, and the procedure adopted, the monographic one, based on the Brazilian

101 E-mail: samira.pere.figue@gmail.com

legal system, based on bibliographic research. As a result, the existence of three currents was observed, namely, objective, subjective and joint liability based on consumerist law. In conclusion, the influencers are strictly responsible, since they act effectively by recommending products and services, in order to impact the lives of their followers, shape behavior and motivate consumer choices.

Keywords: Digital influencers. Advertising. Civil responsibility.

1. INTRODUÇÃO

No contexto da era digital ocorreu uma enorme transformação nas dinâmicas sociais, com grande destaque nas relações de consumo e comunicação. Nesse cenário um fenômeno emergente tem tomado um importante destaque, que é a ascensão dos influenciadores digitais, uma vez que através das suas redes sociais vêm exercendo grande influência sobre opiniões, estilo de vida e comportamentos de consumo de seus seguidores.

O presente artigo irá discorrer sobre essas personalidades atuantes nas redes sociais, o seu conceito e características, expor como é sua atuação e o seu impacto na sociedade em geral e como é realizada a promoção da publicidade e propaganda desses influenciadores.

Ainda, será analisado como seu comportamento influencia nas relações sociais e consumeristas da sociedade atual e como é potente e abrangente a sua essa influência. A partir disso, seguiremos com o seguinte questionamento: Os influenciadores devem ou não ser responsabilizados civilmente pelos produtos e serviços divulgados em suas redes sociais?

Antes da conclusão deste questionamento, será conceituado responsabilidade civil e seus pressupostos e analisado casos reais de influenciadores digitais e como ordenamento jurídico tem atuado nessas circunstâncias. Por fim, será concluído a análise realizada durante todo o artigo, se os influenciadores tem de fato responsabilidade, se sim, qual tipo de responsabilidade deve ser aplicada a essas figuras.

2.A ASCENSÃO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Nos últimos anos, tem-se presenciado uma significativa ascensão dos influenciadores digitais, essa ascensão está diretamente ligada ao crescimento das redes sociais e ao aumento da acessibilidade à internet. O crescimento das redes sociais no Brasil tem sido impulsionado por diversas tendências e padrões de uso.

Com o surgimento de plataformas como Instagram, YouTube, TikTok e outras, qualquer pessoa pode criar e compartilhar conteúdo com milhões de pessoas ao redor do

mundo. Isso abriu portas para que indivíduos com talento e criatividade pudessem construir sua própria marca pessoal e alcançar um grande número de seguidores, discutem sobre os mais variados assuntos, desde moda, lyfestyle, educação, tecnologia, entre outros temas.

No Brasil, destacam-se diversas personalidades, a Forbes, uma das revista de grande prestígio internacional, cita como principais influenciadores do país, no seu estudo de Censo de Criadores de Conteúdo do Brasil, que foi realizado pela empresa Squid no ano de 2022, nomeou a Virgínia Fonseca, Carlinhos Maia e a Bianca Andrade como os influenciadores mais lembrados e que, também, mais inspiram outros criadores de conteúdo.

Uma das principais razões para o sucesso dos influenciadores digitais é a autenticidade e a capacidade de se conectarem com seu público de maneira mais próxima e pessoal, isso cria uma sensação de intimidade e confiança entre o influenciador e seus seguidores, o que pode influenciar fortemente as decisões de compra e as preferências do público.

Diante disso, as marcas interessadas em promover seus produtos e serviços estabelecem parcerias com marcas e empresas para promover produtos e serviços em seus canais. Essas parcerias são geralmente vistas como mais autênticas e confiáveis do que anúncios tradicionais.

Esses contratos de parcerias podem chegar a valer milhões de reais. Uma pesquisa realizada pela a página online UOL, destacou a cantora Anitta como a *"influencer digital das mais poderosas"* sendo a única brasileira a fazer parte da SOCIAL 50 da Billboard Americana.

Nessa pesquisa foi apurada que um contrato anual com a cantora varia entre R\$ 4 milhões e R\$ 5 milhões de reais, sendo a influencer detentora de contratos milionários de diversas marcas, como o banco Nubank, Samsung, Cheetos, Rexona, Nielly Gold, C&A, Renault e O Boticário.

Dessa forma, fica explícito que a ascensão dos influenciadores digitais também trouxe mudanças significativas na indústria publicitária. As marcas estão cada vez mais reconhecendo o poder dos influenciadores e investindo em campanhas de publicidade como parte de suas estratégias, conseqüentemente, esse investimento impacta diretamente no aumento do consumismo da população em geral. Essa forma de publicidade tem se mostrado eficaz para atingir públicos específicos e engajar os consumidores de forma mais direta e eficaz.

2.1 INFLUENCIADOR DIGITAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Os influenciadores digitais geralmente possuem contas ativas em plataformas como Instagram, YouTube, TikTok, Twitter, Facebook, entre outras, eles criam e compartilham regularmente conteúdo relacionado aos seus interesses e áreas de especialização. Isso pode incluir moda, beleza, fitness, viagens, comida, tecnologia, jogos, finanças, entre muitos outros assuntos.

Para que se possa perceber o número alarmante do que se está tratando, atualmente o Instagram possui cerca de 500 milhões de usuários diariamente, 25 milhões de perfis corporativos ativos, mais de um milhão de anunciantes e seus stories hoje alcançam cerca de 200 milhões de usuários diariamente.

O objetivo principal dos influenciadores digitais é impactar e influenciar seus seguidores, eles fazem isso recomendando produtos e serviços, compartilhando dicas, tutoriais e perspectivas pessoais, seu público confia em sua opinião e muitas vezes seguem suas recomendações de compra e estilo de vida.

Procuram se concentrar em um nicho específico, se especializam em um interesse e constroem uma base de seguidores nesse campo, além de interagir de forma ativa e regular com seu público por meio de comentários, mensagens diretas, enquetes, "lives" e outras formas de envolvimento. Eles cultivam relacionamentos com seus seguidores e criam uma comunidade em torno de si, investindo tempo e esforço na criação de conteúdo atraente e envolvente para atrair e manter o interesse de seu público.

Esses fatores são fundamentais para garantir seguidores engajados e fieis, que confiam em suas recomendações e acompanham seu conteúdo diariamente, assim, esses profissionais detêm a capacidade de influenciar esses seguidores e, dessa forma, conseguem incentivar seus seguidores na compra de um produto ou apoiar uma causa.

Em resumo, os influenciadores digitais se tornaram figuras de destaque nas redes sociais e têm um impacto significativo nas preferências e decisões de seus seguidores. Portanto, é inegável que os influenciadores revolucionaram o mercado digital, as redes sociais e causaram grande impacto na sociedade atual.

2.2 A ATUAÇÃO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NA SOCIEDADE

Os influenciadores digitais têm o poder de influenciar as decisões de compra de seus seguidores ao compartilhar avaliações e recomendações de produtos e serviços, eles podem influenciar as escolhas dos consumidores, criando um impacto direto no comportamento de compra dos seus seguidores.

Como exemplo de o quanto os influenciadores digitais são poderosos, pode-se citar um caso envolvendo a influencer americana Kylie Jenner e a rede social Snapchat, onde um post da empresária no Twitter, inocentemente, casou á empresa um prejuízo de U\$1 bilhão, após as suas ações caírem 7% na bolsa de valores. Certa vez que a influencer disse no seu tweet que não acessava mais a rede social Snapchat e questionou aos seus seguidores se os mesmos também faziam o mesmo, fato que foi amplamente divulgado nas mídias e nos jornais no período.

Esse incidente evidencia a importância de uma estratégia sólida de gestão de imagem e reputação para as empresas, especialmente no mundo digital. Uma simples opinião ou declaração de um influenciador pode ter um impacto direto sobre a percepção do público e, por consequência, sobre a reputação e os resultados financeiros de uma empresa.

No entanto, é importante reconhecer que nem todos os influenciadores digitais utilizam sua influência de maneira positiva, alguns podem promover comportamentos negativos, disseminar desinformação ou se envolver em práticas questionáveis.

Portanto, as marcas, empresas precisam estar atentas ao gerenciamento de relacionamento com influenciadores, buscando parcerias estratégicas e estabelecendo diretrizes claras para evitar situações em que a opinião de um influenciador possa prejudicar sua imagem ou seus resultados.

Cabe aos influenciadores, às marcas e aos consumidores utilizarem essa influência de forma ética e responsável, visando o benefício mútuo e o fortalecimento da confiança entre as partes envolvidas.

3. CONSUMO NA SOCIEDADE ATUAL

A sociedade de consumo é impulsionada pela demanda do consumidor e caracterizada pela constante mudança e fluidez das formas de agir. As tecnologias digitais, como a internet e as redes sociais, intensificaram ainda mais o consumo, oferecendo aos consumidores uma infinidade de opções ao alcance de um clique.

Essa abundância de escolhas resultou em uma sociedade de consumo hedônico, na qual as pessoas buscam satisfação imediata e gratificação emocional por meio de suas compras. No entanto, é importante ressaltar que o consumo na sociedade atual vai além da aquisição de bens materiais, abrangendo também experiências, serviços e até mesmo identidades. Essas transformações geraram debates importantes sobre os impactos do consumo desenfreado no contexto social geral.

3.1 PUBLICIDADE E PROPAGANDA NA ERA DIGITAL

Para entender melhor o alcance das publicidades e propagandas promovidas pelos influenciadores, deve-se analisar a diferença entre elas. A publicidade é um modo de divulgação voltada ao público com a finalidade de incentivar o seu consumo. O seu conceito vai além de tornar conhecido bens e serviços, consiste em criar o interesse de aquisição no consumidor, por outro lado, a propaganda consiste em propagar, difundir e disseminar ideias e conceitos, sem necessariamente ter algum tipo de benefício econômico (DIAS, L. A.. L. M, 2018. p. 25.).

As potencialidades que as redes proporcionam para o mercado publicitário estão relacionadas, dentre outros fatores, com a possibilidade de conhecimento das preferências e desejos do consumidor a partir da investigação de seus hábitos de navegação da rede. Esse fenômeno se dá, pelo papel ativo do consumidor on-line, a interação é direta e imediata, ele se torna um personagem atuante e não meramente passivo.

O mercado publicitário percebeu que ao utilizar a estratégia de influência digital, pode alcançar o benefício da publicidade orgânica, criar sustentação da marca e influenciar as ações de outros consumidores de forma muito mais autêntica do que na publicidade tradicional e obter resultados lucrativos.

Nesse cenário tem grandes protagonistas, os influenciadores digitais, por ter visibilidade e grande poder de influência fecham contratos com marcas e empresas por meio de parcerias patrocinadas. Eles podem promover produtos e serviços em troca de pagamento ou outros benefícios, como produtos gratuitos ou descontos exclusivos. Essas parcerias ajudam as marcas a alcançar um público maior, mais e mais fiel, dessa forma, os seguidores também passam a se tornar consumidores.

Este é o tipo de publicidade foca mais os valores emocionais do que nos valores racionais, objetivando, assim, uma mudança de atitude por parte do consumidor. Consequentemente, os consumidores consomem o que lhe é oferecido para alimentar o desejo de aceitação, de conformidade e para reforçar a ideia de poder e de status.

É possível que uma campanha publicitária se torne conhecida por milhares de pessoas, em uma questão de minutos, a partir da divulgação de um conhecido influenciador digital. Exemplo atual, é Virgínia Fonseca, dona de um público de mais de 29 milhões de pessoas só no Instagram. Já estampou diversas campanhas publicitárias e em 16/09/2022 lançou um produto cosmético em suas redes e só nas quatro primeiras horas vendeu 30 mil unidades o equivalente a 125 produtos por minuto.

Portanto, é notório que publicidade e propaganda praticada pelos influenciadores digitais transformou revolucionou o mercado publicitário, gerando resultados extremamente satisfatórios e rentáveis.

3.2 O IMPACTO DOS INFLUENCIADORES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A influência digital é uma das mais recentes tendências nas mídias sociais. Alexandre Luzzi Las Casas define em seu livro Marketing Digital:

A influência digital é a capacidade de causar efeito, mudança de comportamento e dirigir resultados mensuráveis conectados. Os chamados influenciadores formam uniões fortes nas redes sociais e fortalecem essas conexões com valor e interação significativa. Esses influenciadores podem exercer essa função com base em diversos fatores: como os seguidores em redes sociais, ter status ou ser uma autoridade numa comunidade, e o tamanho ou a fidelidade de um público. (Luzzi Las Casas, 2021, 137)

Os influenciadores atualmente enquadram-se como um tipo contemporâneo de celebridade, nas palavras de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias *“emprestam a sua imagem e voz para o anunciante promover os seus produtos”*. Assim, utilizam seu estilo de vida para promover as marcas em seu dia a dia. Os influenciadores digitais utilizam seu poder de influência diante dos seus seguidores, para promover seu estilo de vida e conseqüentemente entrelaçam a isso a produtos e serviços de determinadas marcas. (DIAS, 2018, 432).

Dessa forma, os influenciadores digitais utilizam em suas redes uma linguagem dinâmica e criam conteúdos atrativos aos consumidores digitais conforme seu nicho escolhido e assim, conseguem atingir o objetivo de promover não só produtos, mas também um estilo de vida.

Para ter uma noção do impacto do poder de influência desses criadores de conteúdo, uma pesquisa da Invesp confirmou que 72% dos consumidores confiam mais em uma empresa depois que ela é recomendada por um influencer e 92% confiam em avaliações de influencers ao invés de em anúncios clássicos e recomendações de celebridades.

Pelo seu poder de influência e persuasão, podem causar uma mudança de comportamento e de mentalidade em seus seguidores, que tendem a ser facilmente influenciados, pois, confiam nas suas indicações.

Por conseguinte, são capazes de lançar tendências, de influenciar diretamente nas escolhas de consumo de seus seguidores e, ainda, capazes de ditar aquilo que vale a

pena ser comprado e aquilo que não compensa, explanam quais as marcas merecem o investimento do seu público e quais não.

Diante disso, surge então, o questionamento sobre qual tipo de responsabilidade que esses influenciadores digitais possuem diante das publicidades e propagandas divulgadas em suas redes sociais e até que ponto o influenciador deve ser responsabilizado diante de algum dano ou prejuízo sofrido pelo seu seguidor.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se aprofundar em como os influenciadores devem ser responsabilizados civilmente, primeiramente tem-se que analisar o conceito de responsabilidade civil e seus pressupostos.

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar o dano causado a outrem, seja por ação, omissão, negligência ou imprudência. Segundo o jurista Aguiar Dias, *"responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano, patrimonial ou moral, causado a alguém em virtude de ato ilícito, seja decorrente de ação ou omissão"* (DIAS, Aguiar. Forense, 2018).

Os fundamentos da responsabilidade civil estão alicerçados na ideia de que todo indivíduo tem o dever de agir de forma diligente e respeitar o direito alheio. Assim, quando alguém descumprir esse dever e causar danos a outro, surge a obrigação de indenizar, como forma de compensar o prejuízo sofrido.

No âmbito do direito, a responsabilidade civil é aplicada através do ajuizamento de ações judiciais com o objetivo de obter a reparação dos danos sofridos pela vítima. A legislação civil estabelece os requisitos e procedimentos necessários para a responsabilização do agente causador do dano.

Para exemplificar a aplicação da responsabilidade civil no contexto dos influenciadores, considere-se o seguinte cenário hipotético: um influenciador digital promove um produto de beleza, alegando que ele proporciona resultados satisfatórios e que foram devidamente testados. No entanto, vários consumidores que adquiriram o produto relatam danos à saúde e reações adversas graves após seu uso. Nesse caso, os consumidores prejudicados podem buscar reparação por meio de ações judiciais fundamentadas na responsabilidade civil.

Portanto, é fundamental analisar a responsabilidade civil no contexto dos influenciadores, considerando suas ações e o impacto que podem ter sobre seus seguidores, visando garantir a devida proteção dos direitos e a reparação dos danos causados.

4.1 PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da responsabilidade civil são elementos fundamentais para estabelecer a obrigação de reparação de danos, a conduta do agente, o dano sofrido pela vítima e o nexo de causalidade entre ambos são elementos que devem ser devidamente analisados para que se estabeleça a responsabilidade civil.

Um dos pressupostos básicos para a caracterização da responsabilidade civil é a presença de culpa ou dolo por parte do agente causador do dano. A culpa pode ser classificada em três modalidades: negligência, imprudência e imperícia.

4.1.1 Conduta

A conduta é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil e envolve qualquer ação ou omissão do agente que tenha causado o dano. A conduta pode ser voluntária, quando o agente age com intenção, ou involuntária, quando há negligência ou imprudência.

De acordo com Pontes de Miranda: *"Cada ato humano, seja lícito ou ilícito, é a fonte produtora de uma obrigação. A lei sanciona todos os atos ilícitos e até mesmo muitos atos lícitos, de tal modo que eles se tornam obrigatórios."* (PONTES DE MIRANDA, 2019, p. 45).

É uma categoria de comportamento ilícito que envolve a violação dos direitos de terceiros e pode ser classificada como uma ofensa civil ou criminal, dependendo da natureza e da gravidade do dano causado.

Quando alguém se envolve em uma conduta com dano, geralmente há uma infração de um dever legal ou uma violação de uma obrigação contratual, resultando em consequências adversas para outra parte envolvida. Por exemplo, um indivíduo que propositadamente danifica a propriedade de outra pessoa com intenção maldosa está cometendo uma conduta com dano. Isso pode envolver vandalismo, destruição de bens ou até mesmo agressão física, causando lesões corporais.

A conduta com dano também pode ocorrer por negligência, quando alguém falha em agir com o devido cuidado e causa prejuízos a outra pessoa. Por exemplo, um motorista que conduz imprudentemente e causa um acidente de carro resultando em danos materiais e ferimentos a terceiros está envolvido em uma conduta com dano por negligência.

As consequências legais da conduta com dano variam de acordo com a jurisdição e com a gravidade do dano causado. Em alguns casos, a parte prejudicada pode

buscar compensação financeira por meio de um processo civil, buscando reparação pelos danos sofridos.

4.1.2 Dano

O dano é a lesão ou prejuízo sofrido pela vítima em consequência da conduta do agente. Pode ser material, quando há uma diminuição patrimonial, ou moral, quando há um abalo psicológico ou atingimento de direitos da personalidade, conforme afirma Gonçalves: *"A obrigação de indenizar surge sempre que o dano é causado a alguém, ainda que decorra de um fato que, em si, não é ilícito."* (GONÇALVES, 2018, p. 72).

O dano é um elemento essencial para que uma pessoa possa buscar reparação ou compensação por um ato ilícito ou injusto. A existência de um dano real e mensurável é fundamental para estabelecer a responsabilidade civil ou penal de um indivíduo ou entidade. Por exemplo, em um processo de responsabilidade civil por negligência médica, é necessário comprovar que o paciente sofreu danos como resultado da conduta negligente do profissional de saúde.

O dano pode ser classificado de diferentes maneiras. Ele pode ser material, quando se refere a perdas ou danos tangíveis, como danos físicos a uma propriedade ou veículo. Também pode ser moral, envolvendo danos emocionais, sofrimento mental, angústia ou perda de reputação. Além disso, existem danos corporais, que se referem a lesões físicas ou danos à saúde de uma pessoa.

Em conclusão, o dano representa a perda, prejuízo ou lesão causada a algo ou alguém, tendo impacto em várias áreas da vida. É um elemento central na busca por justiça e reparação, sendo necessário comprovar sua existência e extensão para estabelecer responsabilidades e buscar compensação adequada.

4.1.3 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade estabelece o vínculo de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Deve existir uma relação de causa e efeito direta e imediata entre a ação ou omissão do agente e o resultado danoso. Segundo Diniz, *"a relação causal entre o comportamento do agente e o evento danoso é fator de suma importância na análise da responsabilidade civil."* (DINIZ, 2017, p. 120)

É necessário estabelecer o nexos de causalidade entre a conduta do influenciador e o dano sofrido pela vítima. Isso significa demonstrar que a conduta negligente ou imprudente do influenciador foi a causa direta do dano. Por exemplo, se um influenciador promove um produto sem mencionar seus possíveis efeitos colaterais e este provoca graves efeitos, o dano sofrido a esses consumidores é evidente e a conduta do influenciador que divulgou esse produto pode ser considerada negligente

Portanto, ao analisar esses elementos: conduta, dano e nexo de causalidade, é possível determinar a responsabilidade civil do influenciador pelos danos causados às vítimas. Esses pressupostos são cruciais para garantir a justiça e a proteção dos direitos daqueles que foram prejudicados pela influência negligente ou irresponsável.

Nesse sentido, um exemplo relevante de jurisprudência que aborda os pressupostos da responsabilidade civil é o Recurso Especial (STJ - REsp: 2012115, Relator: HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: 04/11/2022):

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRESSÃO FÍSICA. GOLPES DE FACÃO. DANO MORAL E ESTÉTICO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM MANTIDO.\n1. Nos termos do artigo 186 do código civil, os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva são a conduta culposa ou dolosa do agente, o nexo causal e o dano. As agressões físicas sofridas pelo autor são incontroversas. Tese de legítima defesa que não se sustenta. Dever de indenizar configurado.\n2. Valorando-se as peculiaridades do caso em concreto, sobretudo a gravidade dos fatos, já que o réu agrediu o autor com um facão, de ser mantido o valor fixado na origem - R\$ 10.000,00.\n3. Sentença de parcial procedência mantida.\nAPELAÇÕES DESPROVIDAS. (TJ-RS - AC: 50196112520198210001 RS, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Data de Julgamento: 24/06/2021, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 30/06/2021)

No Brasil, a responsabilidade civil é regulamentada pelo Código Civil de 2002, que estabelece os fundamentos e critérios para a caracterização da responsabilidade. O artigo 186 desse código, juntamente com o artigo 927, define as obrigações relacionadas a tal responsabilidade.

Como afirmou o jurista Sérgio Cavalieri Filho, "a responsabilidade civil se apresenta como uma arma poderosa para conter os abusos e assegurar a convivência harmônica entre os membros da coletividade" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017).

No ordenamento jurídico, existem diversos tipos de responsabilidade, cada um com suas características e requisitos específicos. Neste contexto, destacam-se três tipos fundamentais: a responsabilidade subjetiva, a responsabilidade objetiva e a responsabilidade solidária.

A responsabilidade subjetiva é aquela em que se exige a comprovação da culpa ou dolo do agente para que ocorra a responsabilização. Nesse caso, é necessário demonstrar que o indivíduo agiu de forma negligente, imprudente ou dolosa, causando um dano a outra pessoa. Como afirma o doutrinador Nelson Nery Junior, "a responsabilidade subjetiva baseia-se na culpa do agente e tem por fundamento o princípio da reparação integral do dano" (Nery Junior, 2018, p. 255).

À vista disso, um exemplo relevante de jurisprudência que aborda a matéria e embasa seus argumentos é o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no processo de Agravo Interno no Recurso Especial:

AGRAVO INTERNO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LOCADORA DO VEÍCULO (PROPRIETÁRIA) DIRIGIDO PELO CAUSADOR DO ACIDENTE E LOCATÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA. SÚMULA 492 DO STF. Em acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros. É dizer, provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes. (REsp 577902/DF, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 28/08/2006) 2. Com efeito, há responsabilidade solidária da locadora de veículo pelos danos causados pelo locatário, nos termos da Súmula 492 do STF, pouco importando cláusula eventualmente firmada pelas partes, no tocante ao contrato de locação. 3. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no REsp: 1598978 RS 2016/0119490-5, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 07/12/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2020).

Já a responsabilidade objetiva é aquela em que não se exige a comprovação da culpa do agente para que ocorra a responsabilização. Basta a comprovação do dano e do nexos causal entre a conduta e o resultado lesivo. Um famoso doutrinador, Sergio Cavalieri Filho, conceitua a responsabilidade objetiva como aquela em que "a obrigação de indenizar surge independentemente de culpa, bastando a relação de causalidade entre o dano e o comportamento do agente" (Cavalieri Filho, 2019, p. 275).

Por fim, tem-se a responsabilidade solidária, que ocorre quando várias pessoas são responsáveis por um mesmo dano, podendo ser exigido de qualquer uma delas o

cumprimento integral da obrigação. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves define a responsabilidade solidária como aquela em *que "a obrigação pode ser exigida de todos os devedores solidários ou de qualquer deles, em face de qualquer devedor ser igualmente responsável pela dívida"* (Gonçalves, 2020, p. 278).

Nesse contexto, destaca-se um exemplo relevante de jurisprudência:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. FRANQUIA. RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE TERCEIROS. APLICAÇÃO DO CDC. INCIDÊNCIA. 1. Os contratos de franquia caracterizam-se por um vínculo associativo em que empresas distintas acordam quanto à exploração de bens intelectuais do franqueador e têm pertinência estritamente inter partes. 2. Aos olhos do consumidor, trata-se de mera intermediação ou revenda de bens ou serviços do franqueador - fornecedor no mercado de consumo, ainda que de bens imateriais. 3. Extrai-se dos arts. 14 e 18 do CDC a responsabilização solidária de todos que participem da introdução do produto ou serviço no mercado, inclusive daqueles que organizem a cadeia de fornecimento, pelos eventuais defeitos ou vícios apresentados. Precedentes. 4. Cabe às franqueadoras a organização da cadeia de franqueados do serviço, atraindo para si a responsabilidade solidária pelos danos decorrentes da inadequação dos serviços prestados em razão da franquia. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1426578 SP 2012/0053099-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 23/06/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/09/2015)

É fundamental compreender e distinguir esses tipos de responsabilidade, pois cada um possui requisitos distintos para a configuração da responsabilização do influenciador digital. Ao analisar casos práticos envolvendo influenciadores, é preciso verificar qual tipo de responsabilidade é aplicável de acordo com as circunstâncias específicas.

4.2 O CONAR – CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA – E SUA ATUAÇÃO FRENTE AOS INFLUENCIADORES

Antes de abordar o tema em questão, é importante destacar que, no Brasil, ainda não existe uma lei específica para regulamentar as atividades dos influenciadores. Contudo, desde 05/05/1980 o país conta com o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), uma organização de autorregulamentação da publicidade.

O CONAR foi criado com o objetivo de zelar pela ética e a responsabilidade na comunicação publicitária no Brasil. Atualmente, o CONAR exerce um papel fundamental na regulação da publicidade e também na orientação dos influenciadores digitais.

Uma das principais funções do CONAR é a emissão de pareceres e recomendações às empresas e influenciadores envolvidos em casos denunciados. Eles buscam orientar e sugerir ajustes necessários para que a publicidade esteja em conformidade com as normas estabelecidas.

Essa autorregulamentação promovida pelo CONAR tem se mostrado eficaz na promoção da responsabilidade e da transparência na publicidade brasileira. Além disso, o órgão busca acompanhar as mudanças no cenário digital, adaptando suas normas e diretrizes para abranger as novas formas de publicidade, como as realizadas por influenciadores nas redes sociais.

No entanto, é importante ressaltar que as decisões do CONAR não têm caráter legal, ou seja, não têm poder de aplicar sanções ou multas. Ainda assim, o cumprimento das recomendações do CONAR é valorizado pelo mercado publicitário e pelos próprios influenciadores, uma vez que evidencia o comprometimento com a ética e a boa prática da comunicação publicitária. A partir disso, vamos analisar a atuação do CONAR nos casos de influenciadores digitais:

4.2.1 Conar mediante queixa de consumidor vs. Desinchá e Gabriela Pugliesi

No caso em questão, a CONAR recebeu uma queixa de um consumidor paulistano contra a empresa Desinchá e a influenciadora Gabriela Pugliesi. A reclamação estava relacionada a publicidades veiculadas nas redes sociais sobre o produto Desinchá, nas quais o consumidor alegava que poderia haver uma indução ao engano sobre a presença de diuréticos na fórmula do produto, omitindo possíveis riscos.

A partir dessa queixa, a CONAR iniciou o processo de análise do caso. A Desinchá argumentou que a postagem em questão não era uma publicidade, mas sim uma ação espontânea da influenciadora, que teria divulgado o produto após receber amostras.

No entanto, a relatora do caso, Conselheira Milena Seabra, não aceitou os argumentos da anunciante. Ela considerou que a postagem em questão se caracterizava como publicidade. Levando em conta o formato da publicação, que já não estava mais em exibição, a relatora propôs a aplicação de uma advertência tanto à Desinchá quanto a Gabriela Pugliesi.

A decisão da relatora foi acompanhada por unanimidade pelos membros da Sexta Câmara do CONAR. A advertência aplicada teve como base os artigos 1º, 3º, 6º, 23,

27 e 50, letra "a", do Código de Autorregulamentação Publicitária e seu Anexo H. Esses artigos estabelecem diretrizes e princípios éticos a serem seguidos pelos anunciantes.

A consequência direta da decisão foi a aplicação de uma advertência à Desincha e a Gabriela Pugliesi. Essa medida tem como objetivo alertar os envolvidos sobre o não cumprimento do princípio da veracidade na publicidade e ressaltar a importância de evitar enganos ao consumidor.

4.2.2 Conar mediante queixa de consumidor vs. Ana Clara e O Boticário

No caso em questão, a CONAR recebeu uma queixa de consumidor contra a blogueira Ana Clara e a empresa O Boticário. A consumidora, alegou que um anúncio veiculado nas redes sociais não estava claro e ostensivo quanto à sua natureza publicitária, o que contrariava as recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

O Boticário, em sua defesa, argumentou que a peça publicitária em questão era um exemplo de publicidade nativa, afirmando que os consumidores conseguem distinguir quando se trata de um conteúdo patrocinado. Além disso, eles destacaram que a blogueira adicionou a informação de que se tratava de uma "parceria paga" na postagem.

A conselheira relatora do caso, Mirella Caldeira Fadel, reconheceu a boa intenção das partes em corrigir a postagem após a reclamação, porém, recomendou a alteração do post original e impôs uma advertência à blogueira Ana Clara. Essa recomendação foi aceita por unanimidade pelas Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras do CONAR.

A decisão foi baseada em fundamentos legais, como os artigos Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30 e 50, letras "a" e "b", do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, os quais estabelecem diretrizes e normas para a publicidade no Brasil.

Portanto, os casos apresentados ilustram a crescente preocupação com a responsabilização dos influenciadores digitais em relação à publicidade e propaganda divulgada em suas redes. Ainda, existem desafios a serem enfrentados, como a adequação das regras de publicidade às peculiaridades das redes sociais. É fundamental que os influenciadores estejam cientes de suas responsabilidades e sigam as diretrizes estabelecidas pelo CONAR para garantir a transparência e a proteção do público consumidor.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES PELAS PUBLICIDADES E PROPAGANDAS DIVULGADAS

Essas publicidades divulgadas nas redes sociais tem a capacidade de desenvolver um comportamento no consumidor consciente e inconscientemente, gerando uma resposta imediata ao conceito e admiração que se tem daquela pessoa ou grupo que está promovendo o produto, dessa forma, a publicidade gera valores como: sucesso, riqueza, beleza, juventude, alegria e status.

Quando um influenciador digital indica algo, a sua imagem traz credibilidade e segurança sobre a qualidade daquele produto ou serviço que está sendo indicado. Nessa perspectiva, os influenciadores se posicionam como garantidores pelos produtos e serviços indicados.

Se porventura, as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não sejam condizentes com a realidade, o fator de persuasão dos influenciadores aparece de forma negativa e essa situação pode gerar danos e/ou prejuízos ao consumidor.

Partindo dessa premissa, surgem questões sobre a responsabilidade civil dos influenciadores digitais, o objetivo deste artigo é analisar a responsabilidade civil dos influenciadores digitais no contexto das redes sociais. Sobre o tema tem-se que:

A responsabilidade civil está relacionada ao conceito de não prejudicar outro, pode ser definida como tomar medidas para obrigar alguém a reparar danos causados a outros por suas ações ou omissões. (SANTOS, 2012).

A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. (RODRIGUES, 2003, p.6).

Nesse contexto, a responsabilidade civil dos influenciadores digitais está diretamente associada aos danos causados por suas ações ou omissões no exercício da promoção de produtos e/ou serviços. Esse tema é uma questão jurídica complexa, visto que envolve diferentes fundamentos a respeito de qual obrigação deve ser aplicada a esses influenciadores.

Juridicamente é a obrigação que acarreta, para o autor do ato ilícito, a reparação do dano, surgindo o dever de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. Trata-se de obrigação de natureza pessoal, em que o patrimônio do devedor será acionado.

De acordo com Paulo Jorge Scartezini Guimarães devem ser aplicadas às celebridades todas as diretrizes do Código de defesa do consumidor, inclusive no que concerne a responsabilidade em caso de violação aos direitos dos consumidores, tendo em vista que as celebridades são partes integrantes da cadeia de consumo, figurando ao lado de todos os outros agentes. (GUIMARÃES, 2001,p.98).

Posto isto, se faz necessário estabelecer se tal responsabilidade é objetiva ou subjetiva. Muitos afirmam que a responsabilidade é subjetiva, visto que contribuem e avaliam apenas com sua imagem: *“pouco razoável responsabilizar a celebridade objetivamente quando apenas anuncia determinado produto sobre o qual não possui conhecimento técnico para avaliá-lo”* (SPERANZA, 2012).

Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Ilegitimidade passiva do apresentador do produto adquirido em rede social conhecido com influenciador digital mantida. Impossibilidade de responsabilização pelo insucesso do negócio. Inexistência de danos morais indenizáveis. Ausência de constrangimento, ofensa à honra e/ou exposição dos autores a situação vexatória ou humilhante. Indenização por dano moral que deve ser reservada para os casos de dor profunda e intensa, em que ocorre violação aos direitos da personalidade. Multa. Conversão em perdas e danos. Astreintes que devem ser majoradas, pois seu objetivo é impor a parte a cumprir a decisão judicial. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte”. (TJ-SP - RI: 10069269220208260223 SP 1006926-92.2020.8.26.0223, Relator: Suzana Pereira da Silva, Data de Julgamento: 29/06/2021, 6ª Turma Cível - Santos, Data de Publicação: 29/06/2021)

Seguindo nessa linha de pensamento, Oliveira (2014) complementa: *“caso demandado, deverá, portanto, provar que não agiu com culpa ao participar da publicidade viciada”*.

Em contrapartida há doutrinadores que defendem que a responsabilidade é objetiva como por exemplo o magistrado e professor Paulo Jorge Scartezini Guimarães e por outros doutrinadores como Herman Benjamin e Fábio Henrique Podestá.

Algumas decisões judiciais têm trazido luz sobre a responsabilidade civil dos influenciadores digitais. A falta de responsabilidade civil acarreta diversas consequências negativas para os indivíduos e para a sociedade como um todo, nesse sentido, o TJRJ emitiu em março de 2020 um projeto de sentença no qual traz o seguinte entendimento:

Processo: 0019543-02.2019.8.19.0007

*Classe/Assunto: Procedimento do Juizado Especial Cível/Fazendário
- Dano Moral Outros - Cdc*

Autor: CARINA CALVANO CYRINO

Réu: PEDRO AFONSO REZENDE POSSO

Réu: VIRGINIA FONSECA

Réu: FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA

PROJETO DE SENTENÇA

19543-02 DECISÃO: Vistos. Dispensado o relatório, conforme artigo 38 da Lei 9.099/95. Examinados, Fundamento e decido.

Cuida-se de Ação de Conhecimento, pelo procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, por meio da qual a parte autora objetiva a condenação das rés em restituição de valor pago, e ao fim, compensação por dano moral, decorrente de ausência de entrega de produto exposto à venda em ambiente virtual com participação de todos os requeridos.

(...)

INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL, TRATANDO-SE DE RELAÇÃO ENTRE PARTICULARES, NA ESPÉCIE SE REVELA EM VERDADEIRA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL, NOS TERMOS DO ART. 927 DO CC/02.

No que tange ao mérito, entendo que assiste parcial razão ao postulante. Ao compulsar os autos verifico ser incontroversa a relação jurídica entre as partes, conforme o acervo probatório anexo às fls.22/53.

(...)

Em condensado resumo, aduz o "pedido" (art. 14 da Lei 9.099/95), que a parte autora em 12/08/2019 após examinar conteúdo publicitário de venda de um IPHONE 8 PLUS, descrito na peça vestibular, que foi intermediada e incentivada com aprovação de segurança e qualidade por influenciadora digital (fls.22/23), que, aliás, a autora segue nas mídias sociais. Narra que, após efetuar o pagamento do produto (fls.25), não recebeu o mesmo, tomando posteriormente ciência de que se tratava de um golpe aplicado em território nacional. Informa que realizou o R.O (fls.27/28), mas não obteve êxito na solução extrajudicial do fato porque não foi restituída do valor pago.

Por fim, constrói toda a sua tese jurídica dentro da solidariedade dos influenciadores digitais, bem como da plataforma do facebook/instagram, fls.05/09. De outro lado, os réus apresentaram suas defesas suscitando a preliminar acima rejeitada, e no mérito, pugnando pela improcedência do pleito, sendo o réu (facebook) alegando que apresenta apenas o espaço digital, e na senda de precedentes do Eg.STJ não tem responsabilidade jurídica; a ré (virgínia), na matéria de direito sustentou culpa exclusiva da autora.

Ora, no caso em apreço, não se pode olvidar que, ainda que estamos fora de uma relação de consumo, é possível subsistir a responsabilidade objetiva, conforme declara o art. 927 P.único do NCC/02, que:

"Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a ATIVIDADE NORMALMENTE DESENVOLVIDA PELO AUTOR DO DANO IMPLICAR, POR SUA NATUREZA, RISCO PARA OS DIREITOS DE OUTREM."

Assim, ao perscrutar os autos verifico que a ATIVIDADE NORMALMENTE DESENVOLVIDA pela requerida (Virgínia) implicar em expor produtos de terceiros a venda, sob sua chancela e indiscutível influência, posto que sem ela, não teríamos a contratação do produto, pois por ser seguidora desta é que a ré comprou o direcionado produto.

Portanto, é notório que a segunda requerida faz tal ato com habitualidade, conforme se apura em seu perfil virtual na plataforma do instagram, aliado a isso, essa ré não nega tal intermediação, mas apenas a questão do valor, permanecendo incólume a relação de intermediação, sobre a qual se lucra com habitualidade, o que atrai a responsabilidade normalmente desenvolvida pela mesma.

Ademais, a responsabilidade civil tem se tem ampliado ao repousar-se sobre a vítima, o que se denomina de primazia da vítima com fundamento na solidariedade dos ofensores, e isso por meio do princípio da solidariedade, que, aliás, tem matriz Constitucional, (art. 3ª, I da CFRB/88).

Aliado ao acima mencionado, a ré (Revel) não se desincumbiu de demonstrar a presença de fato que possa obstar, modificar ou

extinguir o direito subjetivo da demandante, na forma do artigo 373, inc. II, do NCPC, devendo RESPONDER PELOS RISCOS DO SEU EMPREENDIMENTO, CONSIDERANDO QUE QUEM RETIRA PROVEITO DE UMA ATIVIDADE DE RISCO, COM PROBABILIDADE DE DANOS, OBTENDO VANTAGENS, LUCROS, BENEFÍCIOS, DEVE ARCAR COM OS PREJUÍZOS DELES DECORRENTES.

Assim restou patente a responsabilidade da revel nesse caso em tela.

(...)

Dr. RAFAEL DA SILVEIRA THOMAZ Juiz Leigo Submeto ao Dr. Juiz de Direito nos termos do artigo 40 da Lei 9099/95.

Código de Autenticação: <2020013906/1254/1>. Este código pode ser verificado em: (www.tjrj.jus.br – Serviços – Validação de documentos)

Assim, a parte prejudicada pode buscar a reparação do dano por meio de ações judiciais, exigindo o ressarcimento dos prejuízos materiais e morais sofridos. Além disso, a ausência de responsabilidade pode afetar a reputação e a confiança nas relações sociais e comerciais, prejudicando a credibilidade do indivíduo ou da empresa envolvida.

Esses doutrinadores seguem o que é estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, que prevê que a responsabilidade é objetiva em decorrência da noção de vulnerabilidade do destinatário final dos produtos e serviços. Assim, pela simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de tomar as medidas cabíveis contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado, ou então a prestação do serviço.

Nesse sentido, algumas decisões judiciais têm trazido luz sobre a responsabilidade civil dos influenciadores digitais. Citações de casos notórios e suas respectivas jurisprudências podem enriquecer a discussão e demonstrar a aplicação prática do tema. Guimarães apresenta ainda o entendimento do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que decidiu: [...] *a teoria da confiança atribui responsabilidade àquele que, por seu comportamento na sociedade, gera no outro contratante justificada expectativa no adimplemento de determinadas obrigações. A publicidade integrará o contrato, de acordo com o art. 30 do CDC (GUIMARÃES, 2001, 167).*

Ainda, Marques disserta em sua obra que o Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade no que tange à publicidade se estende àqueles que a veiculam e àqueles que dela se aproveitam:

Tratando-se de risco profissional (responsabilidade própria do profissional), tratando-se de atuação à qual a lei impõe deveres especiais (através de normas de ordem pública) não transferíveis aos consumidores, nem mesmo através de previsão contratual (ex vi arts. 1º, 51, I, e 25 do CDC), terá o fornecedor de suportar a sua falha, responder pela informação mal transmitida, pelo inadimplemento contratual ou pelo ato ilícito eventualmente resultante da publicidade falha. E note-se que a jurisprudência do STJ tem considerado solidária a responsabilidade daquele que veicula e daquele que se aproveita da publicidade (art. 30 c/c 35 e art. 37 do CDC). (MARQUES, 2011, 629-630)

Nesse rol, os influenciadores digitais, assim como outras celebridades, devem ser responsabilizados por qualquer dano causado aos consumidores, pois, como mencionado anteriormente, os seguidores passam a comprar produtos e serviços com base na confiança e na boa-fé, que na verdade, são as diretrizes do direito do consumidor (GALLUCCI, 2021).

Conclui-se que a responsabilidade dos influenciadores digitais é objetiva. Afinal, possuem o poder de influência sobre seus seguidores e usuários da internet e recebem vantagem financeira com as suas atividades.

Além disso, a responsabilidade também é solidária tendo em vista o entendimento do STJ, que entende que a responsabilidade é daquele que veicula e que se aproveita da publicidade. Considerando princípios da solidariedade e boa-fé o consumidor que é a parte mais vulnerável em uma relação comercial deve ser protegido. Se os atributos de qualidade de um produto ou serviço não condizem com a realidade, os influenciadores podem ser vistos negativamente pelos consumidores, violando os princípios da boa-fé e confiança.

5.CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a ascensão dos influenciadores digitais, observando o seu impacto nas relações consumeristas e nas questões sociais em geral, uma vez constatado que o crescimento das redes sociais e a acessibilidade à internet são a causa principal desse fenômeno.

Uma vez que as marcas perceberam o poder desses influenciadores, conseqüentemente estabelecem parcerias com os mesmos, resultando em contratos milionários em campanhas mais autênticas, visando o bem-estar e o benefício comum.

Ficou comprovado a responsabilidade dos influenciadores, uma vez que os mesmos possuem um papel muito importante na sociedade atual, devendo agir de forma

ética e responsável ao se dirigir aos seus seguidores, após a uma ampla discursão a respeito do tema central, tendo em foco a divulgação de serviços e produtos nas redes sociais.

Mesmo que não exista uma legislação específica a respeito do tema, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) desempenha um papel importante na orientação e regulamentação da publicidade feita por influenciadores digitais, embora suas decisões não tenham caráter legal, o cumprimento de suas recomendações é valorizado pelo mercado publicitário e pelos influenciadores.

Para isso, é essencial promover um debate amplo e colaborativo, envolvendo influenciadores, órgãos governamentais, consumidores e especialistas jurídicos. Somente por meio desse processo será possível encontrar uma regulamentação que atendam aos interesses de todas as partes envolvidas, promovendo a transparência, a ética e a proteção dos direitos no ambiente digital.

6.REFERÊNCIAS

BRITO, D. P. **Publicidade Subliminar na Internet: Identificação e Responsabilização nas relações de consumo.** Tese apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife. Pernambuco: Recife, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21705/1/Tese%20-%20Finalizada%20-%20Dante%20Ponte.pdf>> Acessado em 17/05/2022 às 19:55

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. **Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor.** São Paulo: Cultura Paulista, 1996. p. 222

CANALTECH. **A evolução das redes sociais e seu impacto na sociedade - Parte 3.** Canaltech. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/redes-sociais/a-evolucao-das-redes-sociais-e-seu-impacto-na-sociedade-parte-3-109324/>>. Acesso em: 30 maio 2023.

CARVALHO, A. (2021). **Regulamentação e autorregulamentação na publicidade brasileira.** São Paulo: Editora ABC.

CASAS, Alexandre Luzzi L.**Marketing Digital.** Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2021, pg 138

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.Acessado em 16/05/2022 às 23:41

Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/secom/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/ca2digobrasdeautoregulanovo.pdf>>

CONAR. Publicidade nas redes sociais: um desafio para as normas tradicionais. **Revista de Comunicação e Marketing**, 25(2), 45-60.

DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Acessado em 16/05/2023 às 11:00

DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 p. 432.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 29ª ed. São Paulo: **Saraiva**, 2017. Acessado em 03/05/2022 às 11:00

FORBES.

Disponível em: <<https://forbes.com.br/forbeslife/2021/11/virginia-fonseca-vendemos-r-10-milhoes-em-seruns-em-apenas-um-mes/>> Acessado em 01/06/2023

GOMES, R. Responsabilidade das marcas na publicidade com influenciadores digitais. **Revista Brasileira de Marketing**, 2022. 18(2), 87-104.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 15ª ed. São Paulo: **Saraiva Educação**, 2018. Acessado em 17/05/2022 às 11:00

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: RT, 2001. p. 98.

GUIMARÃES, op. cit., p. 167. 80 **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 19, n. 1, p. 65-87, janeiro/abril 2019 - ISSN 1677-6402 7º MARQUES, op. cit., p. 629-63

LIMA, F. Ética na publicidade de influenciadores digitais: transparência e confiança. **Revista de Comunicação e Marketing**, 2020. 24(1), 32-47.

LOPES, T. E. P. A influência da publicidade enganosa nas relações de consumo. Trabalho de conclusão de curso da Faculdade de Ciência e Educação de Rubiataba. Goiás: Rubiataba, 2010. Disponível em: <<http://45.4.96.19/bitstream/aee/18694/1/2021%20-%20TCC%20-%20Tales%20Eduardo%20Pinheiro%20Lopes.pdf>> Acessado em 16/05/2022 às 10:45

MARTINS, L. (2023). **Adequação das regulamentações publicitárias às dinâmicas das redes sociais**. São Paulo: Editora XYZ.

Metrópole. Juliette surpreende ao recusar pegar iPhone por contrato com a Samsung | **Metrópoles**. Metrôpoles | O seu portal de notícias. Disponível em:

<<https://www.metropoles.com/celebridades/juliette-surpreende-ao-recusar-pegar-iphone-por-contrato-com-a-samsung>>. Acesso em: 30 maio 2023.

RIBEIRO, C. A importância da transparência na publicidade digital. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Comunicação**, São Paulo, Brasil, 2019, pp. 234-246.

SANTOS, N. F; SILVA, R. L. A exposição do consumidor à publicidade na internet: o caso das promoções de vendas no Twitter. Trabalho publicado nos **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, p. 3388-3416, nov. 2011, p. 3403.

SILVA, M. A autorregulamentação publicitária em tempos de redes sociais. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Comunicação**, São Paulo, Brasil, 2022, pp. 123-135.

SILVA, S. B. L. Da. **Influenciadores digitais: uma análise do seu impacto nas relações de consumo sob a visão do direito do consumidor**. Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2018.

Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/8372/TCC%20Final%20-%20Samara.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

THOMPSON, Marco Aurélio da, TOMPSON, Gisele de Andrade. **COMO SER INFLUENCIADOR DIGITAL**. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2019.

Uol. Anitta S/A. Disponível em: <<https://www.uol/entretenimento/especiais/anitta-e-o-mercado-publicitario.htm#menina-de-ouro>>. Acesso em: 1 jun. 2023.

A ABSORÇÃO PELO RGPS DOS TEMPOS DE SERVIÇO E CONTRIBUIÇÃO DOS MILITARES TEMPORÁRIOS, ORIUNDOS DAS FORÇAS ARMADAS

LAZARO RODRIGUES PEREIRA:

Militar da ativa, incorporado a Marinha do Brasil desde 2001; Graduando em Direito pela Estácio de Sá.¹⁰²

RESUMO: Dentro do contexto das Forças Armadas, destaca-se que todo indivíduo que ingressa no serviço militar, seja obrigatória ou voluntariamente, por tempo determinado, os chamados militares temporários, tem seus direitos e deveres garantidos, contudo, em se tratando do processo de aposentadoria desses profissionais, essa ocorre de maneira diferenciada. Desse modo, para o desenvolvimento do estudo, partiu-se da seguinte problemática: como ocorre a absorção pelo RGPS dos militares temporários? Assim sendo, para a produção do presente artigo e resolução do citado questionamento, estabeleceu-se como objetivo principal: demonstrar como ocorre de forma positivada essa mudança entre os sistemas e trazer um vislumbre de eventuais prejuízos ou direitos garantidos, que possam ser desconhecidos pela maioria dos militares temporários ou quaisquer interessados no assunto. A metodologia adotada foi de viés bibliográfico e qualitativo, utilizando por base, nomes relevantes de estudiosos sobre o assunto. Diante a análise realizada, verificou-se que apesar da diferenciação entre os militares ao dar-se o encerramento do serviço ativo, os temporários não sofrem nenhum prejuízo no que diz respeito seus direitos previdenciários, pois é garantida a absorção temporal e contributiva, haja vista a transferência entre os sistemas, gerando maior segurança a esses trabalhadores.

ABSTRACT: Within the context of the Armed Forces, it is noteworthy that every individual who enters military service, either obligatorily or voluntarily, for a specified period, the called temporary military, have their rights and duties guaranteed, however, when it comes to of the retirement process of these professionals, this occurs in a different way. Dessert In this way, for the development of the study, the starting point was the following problem: how does the absorption by the RGPS of the temporary military? Therefore, for the production of this article and resolution of the aforementioned question, established as the main objective: to demonstrate how this change between the systems occurs in a positive way and brings a glimpse of guaranteed benefits or rights, which may be unknown to most temporary military personnel or anyone interested in the matter. The methodology adopted was biased bibliographic and qualitative, using as a base, relevant names of

¹⁰² Email: lazaro.pereira@marinha.mil.br

scholars on the subject. In view of the analysis carried out, it was deserved that despite the differentiation between the military when giving the end of active service, temporary workers do not suffer any loss in terms of respect your social security rights, as temporal and contributory absorption is observed, whether in view of the transfer between the systems, generating greater security for these workers.

Palavras-chave: Militar Temporário. Previdência Militar. Regimes Previdenciários. Aposentadorias Especiais.

Key words: Military Temporary. Social Security Military. Pension Schemes. Special Pensions.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Os Militares Temporários no Contexto das Forças Armadas. 3. Os Militares Temporários e sua Proteção Previdenciária. 3.1. O Sistema de Proteção Social Dos Militares da Reserva Remunerada. 4. A Reforma da Previdência e a Nova Aposentadoria. 4.1. Tratamentos Especiais a alguns trabalhadores do RGPS. 5. O Militar Temporário reinserido no Regime Geral da Previdência Social. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente vem sendo adotado no meio castrense um modelo de captação de militares que dá preferência a inclusão no Serviço Ativo Militar, os profissionais com competências técnicas comprovada, aliando-se a necessidade de pessoal das Forças Armadas, eles são absorvidos como militares temporários e traz à tona um questionamento de como será a volta desses militares temporários ao Regime Geral da Previdência Social e como o INSS se comporta diante dessa transição entre Sistemas, no momento futuro da aposentadoria dos mesmos?

Seja de forma obrigatória ou voluntária, o fato é, que após incorporados as Forças Armadas, os militares que ingressam para servir por tempo determinado, tem acesso durante a vida militar, a todos os direitos e deveres inerentes a profissão, porém por conta da temporalidade do serviço, ocorre uma diferenciação específica com relação a aposentadoria desses trabalhadores, pois no momento do seu desligamento na Força Armada e sua transferência para inatividade, poderá ocorrer simultaneamente o regresso ao Regime Geral da Previdência e essa mudança entre sistemas, se dará ou não de forma pacífica, aproveitando a contribuição financeira e laboral desses trabalhadores durante o tempo do serviço militar.

O presente trabalho vem demonstrar como ocorre de forma positivada essa mudança entre os sistemas e trazer um vislumbre de eventuais prejuízos ou direitos garantidos, que possam ser desconhecidos pela maioria dos militares temporários ou quaisquer interessados no assunto. Para isso, é importante conhecer como funciona o ingresso dos militares temporários nas Forças Armadas, detalhando como se dá o processo

de captação e como eles se inserem no meio militar, esclarecendo como funciona o Sistema de Proteção Social dos Militares, de forma a subsidiar o entendimento com relação aos tratamentos dados entre esses militares temporários e os militares oriundos de concursos públicos e com estabilidade garantida, no que diz respeito as suas transferências para inatividade, conhecida como reserva.

Quando se trata de Previdência, não há como deixar de lado observações importantes sobre a Reforma da Previdência ocorrida no Brasil em 2019, e que mudou consideravelmente a contagem dos tempos de serviço e contribuição, além de fazer uma breve abordagem sobre alguns tipos de tratamentos diferenciados e especiais que o Regime Previdenciário confere a determinados trabalhadores, em razão do tipo de trabalho realizados pelos mesmos e como as atividades laborativas podem ou não fazer com que esses trabalhadores tenham regras diferentes para se aposentar.

Diante pois, dessa cada vez mais usual forma de ingresso de militares nas Forças Armadas, surge a necessidade de um estudo que demonstre se tal metodologia para incorporação de recursos humanos a vida militar, está perfeitamente amparada pelas normas legais, e que se em algum momento de suas vidas produtivas, esses trabalhadores militares, mas que ocasionalmente, voltarão a ser civil, poderão descansar o fardo de uma vida inteira de trabalho, independente do sistema.

A metodologia aplicada na construção desse artigo foi embasada em uma pesquisa bibliográfica, elaborada com fundamentos e ideias dos principais doutrinadores da área do Direito Previdenciário e Administrativo, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Jorge Luiz Nogueira de Abreu, Hely Lopes Meirelles, Wladimir Novaes Martinez, Fábio Zambitte Ibrahim, além do estudo da Lei do Serviço Militar (Lei de nº 4.3750/64), e o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), passando pela Constituição Federal de 1988, até as alterações trazidas pela Lei da Reforma da Previdência em 2019, que formulou a alteração 103/2019 da CF, assim como também pesquisas em artigos jurídicos de estudiosos do assunto, além de Decretos, Sentenças de Magistrados e Jurisprudências pacificadas, inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, e que substanciam a Pesquisa Documental do artigo para definir que os militares temporários, possuem particularidades com relação a contagem do tempo de serviço e do tempo de contribuição, quando reinseridos no mercado de trabalho fora dos quartéis, chegando finalmente a uma conclusão sobre o tema abordado.

2. OS MILITARES TEMPORÁRIOS NO CONTEXTO DAS FORÇAS ARMADAS

Antes de que qualquer esclarecimento, é importante ressaltar a existência de duas modalidades no serviço militar: o serviço militar obrigatório ou inicial e o serviço militar

facultativo ou voluntário. O serviço obrigatório é o que está previsto na Constituição Federal, no art. 143: "O serviço militar é obrigatório nos termos da lei".¹⁰³

O serviço obrigatório deve ser prestado por brasileiro nato ou naturalizado, incorporados em Organizações Militares ou por aqueles que sejam devidamente matriculados em Órgão de Formação da Reserva durante um período original de 12 (doze) meses a contar da data da incorporação. Já o serviço militar voluntário ou facultativo, se dar mediante o ingresso através de concurso público.

O militar temporário é definido como aquele que, passado o período obrigatório do serviço militar, é facultado a esse optar pelo engajamento, tornando-se assim um agente honorífico, que por sua honorabilidade ou sua capacidade profissional visível, são designados para prestar esse serviço, preceituado na Lei nº4.375/64:

Art. 33. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, **desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo**, uma ou mais vezes, de acordo com a conveniência da Força Armada interessada. (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)¹⁰⁴. [grifo nosso]

As contribuições no serviço militar, na categoria de militar temporário, dão-se por decorrência de duas situações distintas: I – imposição legal e constitucional, ou seja, quando o indivíduo é convocado para o serviço obrigatório, de acordo com as condições e período exigidos; II – após o período obrigatório, voluntariamente o cidadão serve ou prorroga o serviço militar como oficial ou praça¹⁰⁵.

De acordo com a Lei nº 4.375/1964, os incorporados que desejarem, após o período obrigatório, poderão solicitar prorrogação desse tempo, por mais de uma vez, seja como engajados ou reengajados, obedecendo as necessidades das Forças Armadas. Os prazos serão determinados por meio de regulamentos, conforme o artigo da Lei:

¹⁰³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 4.375**, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Presidência da República: Brasília, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹⁰⁵ PERIN, Jair José. Regime jurídico aplicável ao militar temporário das Forças Armadas. Revista de Informação Legislativa, 43(170), 41 – 55. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92453>>. Acesso em: 30 de setembro de 2022.

Art. 33. (...)

Parágrafo único. **Os prazos e condições de engajamento ou reengajamento serão fixados em Regulamentos**, baixados pelos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica¹⁰⁶. [grifo nosso]

De acordo com o apresentado no parágrafo único do referido artigo, verifica-se que o magistrado deixou que o Poder Executivo, por meio das autoridades competentes, através de seu poder discricionário, determine condições e prazos para o processo de engajamento e reengajamento, etapas essas realizadas após o período ajustado do serviço obrigatório.

Como é sabido, essa liberdade garantida pela legislação ao gestor público, para a adoção de ações administrativas, é conhecida como poder discricionário, abordado nos apontamentos de Hely Lopes Meirelles:

Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.” Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo¹⁰⁷.

Destaca-se que o conjunto de militares temporários presentes nas três Forças Armadas, são impactados por elementos condicionantes e limitantes segundo previsto em suas legislações. Para que não ocorra demoras no enfrentamento de cada normatização específica das referidas Forças Armadas, o Exército Brasileiro, dispôs na Lei nº 7.150/1983, chamada Lei de Efetivos em tempos de paz, quem são considerados militares temporários e qual procedimento em caso de militares excedentes em algum cargo ou graduação:

Art. 2º. Os efetivos a vigorarem em cada ano serão fixados por decreto do Poder Executivo, observado o disposto no artigo anterior, e preenchidos por militares de carreira e temporários.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 4.375**, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Presidência da República: Brasília, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 176.

§ 1º Na aplicação do disposto neste artigo e no art. 6º desta Lei, **se vier a ocorrer**, temporariamente, **excesso de militares** de determinado posto ou graduação em quadro, arma, serviço ou qualificação militar, o efetivo desse posto ou graduação **será considerado provisório** até que se ajuste ao novo efetivo fixado.

§ 2º Para efeito desta Lei, **são considerados militares temporários**:

- a) os oficiais da reserva não remunerada, quando convocados;
- b) os oficiais e praças de quadros complementares admitidos ou incorporados por prazos limitados, na forma e condições estabelecidas pelo Poder Executivo;
- c) as praças da reserva não remunerada, quando convocadas ou reincluídas;
- d) as praças engajadas ou reengajadas por prazo limitado;
- e) os incorporados para prestação do serviço militar inicial¹⁰⁸. [grifo nosso]

Desse modo, percebe-se que a discricionariedade do Executivo foi cumprida a partir da regulamentação da Lei do Serviço Militar, além do momento que cada uma das três Forças Armadas decreta seus respectivos regulamentos, instruções ou diretrizes especiais, bem como outras normatizações aplicáveis quando ocorra prorrogação dos temporários.

Anualmente, as Organizações Militares devem publicar Avisos de Convocações para processos seletivos destinados aos militares temporários, para o preenchimento das suas necessidades temporárias, com base no conhecimento técnico dos inscritos. Os candidatos que forem aprovados e classificados de acordo com o número de vagas serão convocados para um período inicial de 12 (doze) meses, prestado na forma de estágio, e após concluírem o respectivo Curso de Formação, estarão vinculados a uma Organização Militar em caráter transitório e regional, com encargos de acordo com a conveniência da Organização, cuja as funções deverão ser previamente definidas, aqueles que no final desse período não atingirem avaliações satisfatórias mínimas em seu currículo, serão licenciados *ex officio*, por conveniência do serviço¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 7.150**, de 01 de dezembro de 1983. Fixa os efetivos do Exército em tempo de paz e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7150.htm> Acesso em: 29 de setembro de 2022.

¹⁰⁹ Art. 50. Serão licenciados do SAM, *ex officio*, por conveniência do serviço:

A critério dos Comandos Militares, o tempo de serviço dos militares temporários poderão ser prorrogados por períodos iguais e sucessivos, desde que essa prorrogação no serviço ativo, não ultrapasse o tempo máximo de 96 (noventa e seis) meses, de forma contínua ou não, sendo computado inclusive o tempo do efetivo Serviço Militar já prestado em qualquer outra Força Armada, anteriormente. Essa limitação temporal, se dar por conta da estabilidade que ocorre para os militares efetivos e aprovados em concursos públicos, para as praças a estabilidade se dar na forma da Lei nº 6.880/80¹¹⁰, após 10 (dez) anos ou mais de tempo de efetivo serviço. Já para os oficiais a estabilidade é adquirida logo após a conclusão do estágio probatório a que são submetidos quando se formam em uma das escolas de Formação de Oficiais das Forças Armadas. Porém, há diversos julgados, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, com decisões diversas a essas regras, como é o caso por exemplo do não provimento do Ministro Castro Meira, na decisão proferida em acórdão:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. DECÊNIO LEGAL CUMPRIDO. ESTABILIDADE. 1. O militar temporário tem direito à estabilidade profissional, quando decorridos dez anos de efetivo serviço, conforme dispõe o art. 50, inciso IV, alínea a, da Lei nº 6.880/80. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1.265.237 - RS 2011/0126799-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 16/08/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2012). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp. XXXXX, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Publicação: DJ 02/02/2011). [grifo nosso]

Uma importante observação a ser feita no que diz respeito ao tempo de serviço dos militares temporários, é o fato de que os mesmos, terão somente até os 45 (quarenta e cinco) e 63 (sessenta e três) anos de idades, para exercer esse tipo de serviço como

I - o Oficial ou o Guarda-Marinha RM2 ou RM3 que:

d) for considerado incapaz de atender aos requisitos de conceitos profissional e moral; BRASIL. **Decreto nº 4.780**, de 15 de julho de 2003. Aprova o Regulamento da Reserva da Marinha e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4780.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹¹⁰ Art. 50. São direitos dos militares:

IV - nas condições ou nas limitações impostas por legislação e regulamentação específicas, os seguintes: (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019).

a) a estabilidade, somente se praça de carreira com 10 (dez) anos ou mais de tempo de efetivo serviço; (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019). BRASIL. **Lei nº 6.880**, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Presidência da República: Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

oficial subalterno ou praça temporária e oficial superior, respectivamente, mesmo em tempo de paz esse tempo não será prorrogado:

Art. 27. Os Comandantes das Forças Armadas poderão, em qualquer época do ano, autorizar a aceitação para o serviço militar temporário de voluntários, reservistas ou não. (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019).

§ 1º Os voluntários inscritos serão submetidos a processo seletivo simplificado para incorporação no serviço ativo como **oficial subalterno ou praça temporário**, observados os seguintes requisitos: (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

I - a idade máxima para o ingresso será de 40 (quarenta) anos; e (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

II - **a idade-limite para permanência será de 45 (quarenta e cinco) anos**. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

§ 2º (...)

I - a idade máxima para o ingresso dos voluntários para a prestação do serviço militar como **oficial superior temporário** será de 62 (sessenta e dois) anos e **a idade-limite de permanência será de 63 (sessenta e três) anos**; e (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019) ¹¹¹. [grifo nosso]

Uma decisão do Ministro Gurgel de Faria do Superior Tribunal de Justiça, para Recurso Especial interposto, trata exatamente dessa previsão legal, o recorrente interpôs o recurso especial, pedindo o efeito suspensivo do acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento a sua apelação acerca da prorrogação do serviço militar temporário, acima do limite de 45 (quarenta e cinco) anos¹¹².

Na decisão que negou provimento a apelação, o magistrado registra que quando do ingresso nas Forças Armadas, o autor tinha ciência de tal limitação, além de destacar

¹¹¹ BRASIL. **Lei nº 4.375**, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Presidência da República: Brasília, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹¹² BRASIL. **Recurso Especial nº 1988932 – SP (2022/0060995-4)**. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1467404123/decisao-monocratica-1467404158>>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

sua ciência com relação do vínculo não efetivo ou estável, portanto não podendo ser caracterizado o direito adquirido a sucessivos reengajamentos.

Outro argumento alegado pelo recorrente nos autos, se baseia na premissa de que o Decreto nº 57.654/66, que estabelece também tais limites, não se constituem por si só Lei, uma vez que foi instituído por órgão da Administração Pública Direta que não possui a função primária de legislar:

Art. 19. A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o brasileiro completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que **completar 45 (quarenta e cinco) anos**¹¹³. [grifo nosso]

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em sua decisão caracterizou a discricionariedade do ato, pertencer as Forças Armadas e destacou que o serviço militar temporário tem a natureza jurídica de vínculo precário e transitório do militar com a Administração Militar, não gerando, portanto, qualquer expectativa de permanência ou estabilidade, além de confirmar que alteração trazida por lei posterior, manteve as regras previstas no que diz respeito ao limite de idade, não reconhecendo o recurso especial, e negando a atribuição do efeito suspensivo requerido.

Os militares temporários incorporados, poderão ter acesso as promoções de forma gradual e sucessivas, baseada na hierarquia militar e ainda obedecendo ao critério da antiguidade, uma vez que preenchem os requisitos previstos na Lei nº 13.954/2019¹¹⁴, que alterou dispositivos legais militares. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua obra Curso de Direito Administrativo, corrobora essa peculiaridade militar quando discorre sobre carreira, segundo o autor: “quando se verifica a existência de mais de uma classe que

¹¹³ BRASIL. **Decreto nº 57.654**, de 20 de janeiro de 1966. Regulamenta a lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964), retificada pela Lei nº 4.754, de 18 de agosto de 1965. Presidência da República: Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d57654.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.954**, de 16 de dezembro de 2019. Altera a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), a Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, a Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, a Lei nº 12.705, de 8 de agosto de 2012, e o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para reestruturar a carreira militar e dispor sobre o Sistema de Proteção Social dos Militares; revoga dispositivos e anexos da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, e da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13954.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

desempenha as mesmas atividades e apresentam funções hierárquicas, constitui-se em uma carreira ou série de classes¹¹⁵”.

Os militares temporários não poderão acumular em hipótese alguma, nenhum outro cargo, emprego ou mesmo função pública nas esferas das administrações Federais, Estaduais e Municipais, com exceção aos profissionais de saúde devidamente regulamentados. Cabe salientar que uma vez encerrada a prestação do serviço militar, não fica assegurado o retorno ao emprego anterior, caso houvesse, uma vez que a característica do serviço é primordialmente voluntária.

Uma vez cumprido o tempo de serviço militar seja ele somente no período inicial do estágio ou mesmo renovado anualmente até o limite legal, os militares temporários serão licenciados do serviço ativo militar, pelo Comandante da respectiva Força a que ele tiver subordinado, na forma estabelecida no Estatuto dos Militares, na Lei do Serviço Militar, além das regulamentações específicas de cada força, a pedido destes de forma voluntária, desde que tenham sido prestado pelo menos 6 (seis) meses do serviço ativo e que também não venha a trazer prejuízo para o serviço da Organização Militar ou *ex-officio*, nos casos previstos no artigo do **Decreto nº 4.780/2003**:

Art. 48. Licenciamento do SAM é o ato pelo qual os Oficiais RM2 ou RM3 incorporados e as Praças da ativa são excluídos do SAM e incluídos na RNR.

§ 1º Os militares RM2 e RM3 incorporados serão **licenciados do SAM** pelos Comandantes dos Distritos Navais, na forma estabelecida no Estatuto dos Militares e na legislação que trata do SM, nas seguintes situações:

II - *ex officio*, nos seguintes casos:

(...)

c) por concluírem tempo de serviço ou estágio;

d) por conveniência do serviço;¹¹⁶. [grifo nosso]

¹¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 289.

¹¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 4.780**, de 15 de julho de 2003. Aprova o Regulamento da Reserva da Marinha e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4780.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

Uma vez desligados, não terão direito a nenhuma remuneração e serão incluídos ou reincluídos na reserva militar, e poderão ser convocados em tempo de guerra ou urgente necessidade, conforme o artigo do Estatuto dos Militares:

Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

(...)

§ 3º Os militares temporários não adquirem estabilidade e **passam a compor a reserva não remunerada das Forças Armadas** após serem desligados do serviço ativo. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)¹¹⁷. [grifo nosso]

O serviço militar nas Forças Armadas tem como premissa preparar parte dos cidadãos brasileiros para o rígido desempenho das funções impactadas pela Constituição Federal e pela Legislação Infraconstitucional¹¹⁸. Portanto, é necessário ressaltar, que norma específica precisa versar acerca do regime jurídico dos militares, levando em consideração as particularidades das ações afetas às Forças Armadas. Desse modo, diante do que já foi demonstrado, dentro da Legislação Infraconstitucional, há previsão de dois tipos de militares, os de carreira e os militares temporários¹¹⁹, porém, destaca-se ainda, a precariedade do vínculo jurídico entre os militares temporários e as Forças Armadas, já que cada uma das Forças, além dos critérios apontados pela legislação, diante do poder discricionário arbitrado pela lei, determinando os requisitos para a realização desse serviço¹²⁰.

3. OS MILITARES TEMPORÁRIOS E SUA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Enquanto servindo como militar ativo, todos os militares são protegidos por um Sistema de Proteção Social, uma vez que na Constituição Federal, não há qualquer menção

¹¹⁷ BRASIL. **Lei nº 6.880**, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Presidência da República: Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

¹¹⁸ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

¹¹⁹ ASSIS, Jorge Cesar de (coord.). **Estatuto dos Militares comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980**. Curitiba: Juruá, 2019.

¹²⁰ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. 2 ed., ver., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

a um regime previdenciário a qual eles pertençam. O que é possível encontrar na Constituição Federal de 1988¹²¹, é uma referência sobre a transferência dos militares para a inatividade, com seus respectivos direitos e deveres, e apenas uma alusão na Lei nº 6.880/1980, que estabelece o Estatuto do Militares e na Lei nº 3.765/1960¹²², que trata acerca das Pensões Militares.

A transferência dos militares para a inatividade nos leva ao conceito de reserva, que poderá ser remunerada ou não. O Estatuto dos Militares, nos traz a situação em que os militares podem encontrar-se na inatividade, fazendo jus a uma reserva remunerada, isso acontece quando os mesmo pertencem à reserva das Forças Armadas e não mais ao quadros de militares efetivos, e ainda continuam recebendo a remuneração da União, estando os mesmo passíveis de serem convocados de volta ao serviço na ativa:

Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

b) **na inatividade:**

I - os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e **percebam remuneração da União**, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização¹²³. [grifo nosso]

Já para os militares que ingressam nas Forças Armadas de forma temporária, essa transferência para a inatividade ocorre nos mesmos moldes, porém com a diferença significativa de que eles não recebem remuneração, fazem parte de uma reserva não

¹²¹ Art. 142. (...)

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998).

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade **e outras condições de transferência do militar para a inatividade**, os direitos, os deveres, (...). (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998). BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹²² BRASIL. **Lei nº 3.765**, de 04 de maio de 1960. Dispõe sobre as Pensões Militares. Presidência da República. Brasília, 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3765.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

¹²³ BRASIL. **Lei nº 6.880**, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Presidência da República: Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

remunerada, uma vez que o vínculo com a Instituição Militar é desfeito. Essa designação de reserva não remunerada, é considerada por Eliezer Pereira Martins, apenas por uma questão de honra ao militar temporário, uma vez que não consta como condição de inatividade essa classificação, pois a inatividade é inerente apenas aos militares pertencentes a reserva remunerada ou aos reformados¹²⁴.

Como o Estatuto dos Militares não possui essa designação de reserva não remunerada, para os militares temporários quando eles se aposentam, há de se concluir que legalmente eles não poderiam mas ser considerados militares, poderia-se então dizer, que eles voltam a sua condição anterior a incorporação e passam a ser civis novamente¹²⁵.

É necessário salientar que após ser incorporado, o militar temporário, passa a ser remunerado de acordo com o posto a qual ele se inscreveu e foi aprovado na Convocação, gozando de todos os direitos e por consequência os deveres previstos para todos os militares no Serviço Ativo, porém essa equiparação acaba no momento em que ocorre a inatividade, uma vez que os militares temporários, não mais poderão ser incluídos no rol de proteção social permanente do Estatuto dos Militares:

Art. 50-A. O Sistema de **Proteção Social** dos Militares das Forças Armadas é o conjunto integrado de direitos, serviços e ações, **permanentes** e interativas, de remuneração, pensão, saúde e assistência, nos termos desta Lei e das regulamentações específicas. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)¹²⁶. [grifo nosso]

A Carta Magna, traz outro indicador da premissa de que os militares temporários na condição de reserva não remunerada, não se equiparam aos demais, quando denomina taxativamente os militares, e mais uma vez não faz qualquer menção a condição a qual os militares temporários se encontram, quando do seu desligamento com a Força que estava inserido:

¹²⁴ MARTINS, Eliezer Pereira. Da impossibilidade jurídica de instauração de Conselho de Justificação para apurar conduta de oficial da reserva não remunerada. **Revista Direito Militar**, n. 32, p. 6-10, nov./dez. 2001.

¹²⁵ SILVA, Douglas Pereira da. **A situação jurídica do oficial da reserva não remunerada: status de civil, a quem a lei concedeu uma patente militar?** [On-line]. 2015. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44731/a-situacao-juridica-do-oficial-da-reserva-nao-remunerada-status-de-civil-a-quem-a-lei-concedeu-uma-patente-militar>>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

¹²⁶ BRASIL. **Lei nº 6.880**, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Presidência da República: Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

Art. 142. (...)

§ 3º Os membros das Forças Armadas são **denominados militares**, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de **transferencia do militar para a inatividade**, (...) (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998) ¹²⁷. [grifo nosso]

Esse mesmo entendimento é possível ser verificado em outros ditames legais como por exemplo, quando o Regulamento Disciplinar do Exército, o Decreto nº 4.346/2022, não fala sobre os militares da reserva não remunerada, estarem sujeitos ou não, ao que determina esse regulamento disciplinar: “Art. 2º - Estão sujeitos a este Regulamento os militares do Exército na ativa, na reserva remunerada e os reformados”¹²⁸.

Diante de todo arcabouço jurídico demonstrado, em que se pôde verificar a constante ausência dos militares temporários na condição de reserva não remunerada, é possível portanto afirmar que após o seu desligamento, tendo cumprido seja qual for o tempo no serviço ativo das Forças Armadas, esses militares ao serem desligados voltam a sua condição anterior, mas especificamente, voltam a ser civis, e por consequência, não podendo usufruir do mesmo sistema, e não se submetendo aos Serviços de Proteção Social que os militares pertencentes a reserva remunerada estão sujeitos.

Os militares temporários quando estiverem na condição de reserva não remunerada, estão, pois, novamente na condição de servidores civis, estarão submetidos aos Regimes Previdenciários atualmente existentes para proteção e seguridade da maioria da população, seja ele o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) ou o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS), além de qualquer outra forma de amparo previdenciário,

¹²⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹²⁸ BRASIL. **Decreto nº 4.346**, de 20 de agosto de 2022. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 2022. Disponível em: <[Boletim Conteúdo Jurídico v. 1167 de 09/09/2023 \(ano XIV\) ISSN - 1984-0454](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm#:~:text=D4346&text=Aprova%20o%20Regulamento%20Disciplinar%20do,4)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=%C3%82m%20bita%20de%20Aplica%C3%A7%C3%A3o-Art.,das%20pra%C3%A7as%20recursos%20e%20recompensas.>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.</p></div><div data-bbox=)

contemplado no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive os planos de Previdência Privada.

3.1. O SISTEMA DE PROTEÇÃO SOCIAL DOS MILITARES DA RESERVA REMUNERADA

A Reforma Previdenciária que ocorreu em 2019 no Brasil, trouxe ao debate, um antigo questionamento sobre os militares das Forças Armadas, terem ou não um Sistema de Previdência. Muitos estudiosos do assunto já demonstraram não ser possível fazer um paralelo entre os Regimes de Previdência Civil e o Sistema Previdenciário dos Militares, principalmente com o advento da Emenda a Constituição nº 18/1998¹²⁹, onde determina que a transferência dos militares para inatividade será definida em Lei, assim como também na Emenda a Constituição nº 41/2003¹³⁰, ambas vem eliminar, definitivamente, qualquer comparação que pudesse ser feita entre o Regime de Previdência dos Servidores Cíveis e o Regime adotado pelo militares.

A Emenda a Constituição nº 18/1998, vem trazer de forma clara, a separação que existe entre os militares das Forças Armadas e os demais servidores públicos, principalmente no tocante aos seus respectivos Regimes Previdenciários:

Art. 3º. O inciso II do § 1º. do art. 61 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações:

¹²⁹ Art. 4º. Acrescente-se o § 3º. ao art. 142 da Constituição:

"Art. 142.....

§ 3º. Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, (...); BRASIL. **Emenda Constitucional nº 18**, de 5 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o regime constitucional dos militares. Presidência da República. Brasília, 1998. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc18.htm#:~:text=Emc18&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20constitucional,do%20art.>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.

¹³⁰ Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo"; BRASIL. **Emenda Constitucional nº 41**, de 19 de dezembro de 2003. Presidência da República. Brasília, 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.

Art. 61.....

§ 1º.....

II -

c) **servidores públicos** da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e **aposentadoria**;

.....

f) **militares das Forças Armadas**, seu regime jurídico, (...), Reforma e **transferência para a reserva**¹³¹. [grifo nosso]

pois os militares, possuem um Regime Constitucional, com características próprias, definidas por Lei Ordinária e não devem ser enquadrados como servidores públicos, dando fim de uma vez por toda ao tratamento igualitário que existia entre os servidores.

Atualmente a Constituição Federal de 1988¹³², nos leva ao entendimento de que no Brasil, grande parte da população ativa laboral, é protegida pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, e que ao final de todo o seu período de trabalho, onde devem ser cumpridos todos os requisitos, poderão usufruir de todos os direitos que esse sistema previdenciário engloba, no que diz respeito a aposentadoria desses servidores. Porém, diversos outros trabalhadores, possuem regime diferente do RGPS, e por conta da peculiaridade em que estão inseridos, no momento em que terão direito as suas aposentadorias, terão acesso a um regime previdenciário próprio, e é nesse conceito que se enquadram os militares das Forças Armadas, com exceção dos militares que exerçam atividade inserida no RGPS simultaneamente com sua atividade militar, nesse contexto eles deverão contribuir de forma obrigatória para ter direito a seguridade inserida nessa atividade, conceito firmado no artigo da Lei nº 8.212/1991:

¹³¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 18**, de 5 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o regime constitucional dos militares. Presidência da República. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc18.htm#:~:text=Emc18&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20constitucional,do%20art.>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.

¹³² Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019). BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

Art. 13. (...)

§ 1º Caso o servidor ou o militar venham a exercer, concomitantemente, uma ou mais atividades abrangidas pelo Regime Geral de Previdência Social, **tornar-se-ão segurados obrigatórios** em relação a essas atividades. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999)¹³³. [grifo nosso]

A remuneração a que tem direito os militares, inseridos na reserva remunerada, é custeada integralmente por dinheiro da União. Atualmente, a contribuição de 10,5% do soldo que é feita pelos militares de forma contínua e mensal, descontada em seu pagamento, é exclusivamente revertida na forma de pensão, a ser paga a quem de direito no caso de morte do militar, essa contribuição é descontada também durante toda a reserva do militar.

Um das peculiaridades dos militares, e que diz respeito a sua condição quando os mesmos estão na reserva remunerada, é o fato de que os militares uma vez que haja a necessidade, eles poderão ser convocados de volta a ativa do serviço militar. Outra característica na aposentadoria dos militares reside na prerrogativa de que, no momento da sua transferência para a inatividade, os militares terão direito a receber uma quota de seus soldos, de acordo com os anos de trabalho militar, até o limite máximo de 35 (trinta e cinco) anos, novo tempo definido pela Reforma no Estatuto dos Militares que ocorreu em 2019, que alterou o art. 56 dessa Lei¹³⁴, prorrogando o tempo de serviço na ativa do militares, que antes era de 30 (trinta) anos.

São diversas as condições próprias em que os militares exercem suas atividades e que servem de embasamento para a defesa de um regime de previdência própria, como no caso das definições positivadas no sistema legislativo brasileiro, uma delas previstas no Decreto nº 3.452/2000¹³⁵, em que define expressamente o entendimento sobre os

¹³³ BRASIL. **Lei nº 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 25 de outubro de 2022.

¹³⁴ "Art. 56. Por ocasião de sua passagem para a inatividade, o militar terá direito a tantas quotas de soldo quantos forem os anos de serviço computáveis para a inatividade, até o máximo de 35 (trinta e cinco) anos, ressalvado o disposto nas alíneas "b", "c" e "d" do inciso II do caput do art. 50 desta Lei". BRASIL. **Lei nº 13.954**, de 16 de dezembro de 2019. Altera a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), (...) Presidência da República: Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13954.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

¹³⁵ "Art. 10.§ 3º Entende-se por regime próprio de previdência social o que assegura pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no art. 40 da Constituição Federal." (NR). BRASIL. **Decreto nº 3.452**, de 09 de maio de 2000. Altera

regimes próprios de Previdência Social, como sendo o sistema que garante as aposentadorias constitucionalmente previstas, assim como muitas doutrinas reforçam esse entendimento, como no caso do professor Fábio Zambitte Ibrahim¹³⁶, que traz em um dos seus estudos uma importante observação sobre a aposentadoria dos militares, afirmando a dificuldade em se criar um regime securitário executável, segundo o autor, isso se dá devido a aposentadoria regularmente precoce, tendo como os principal motivo para essa recorrência, o aspecto físico.

Tendo cumprido todos os requisitos que o sistema próprio exige, é assegurado aos militares, a aposentadoria ou comumente conhecida na vida castrense, a reserva, a quantia que irá receber, será a definida em lei no momento em que estes forem inseridos na inatividade militar, e tiverem seu direito adquirido, por preencher todos os requisitos necessários, entendimento pacificado e sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade **regulam-se pela lei vigente ao tempo** em que o militar, ou o servidor civil, **reuniu os requisitos necessários**, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária¹³⁷. [grifo nosso]

4. A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E A NOVA APOSENTADORIA

Diante a modernização, na estrutura de proteção social não era mais cabível a aplicabilidade de dois tipos diferentes de aposentadoria, como era praticado no Brasil em período anterior a Reforma. A aposentadoria no Brasil poderia ocorrer por tempo de contribuição (35 anos para homens e 30 anos para as mulheres) sem a obrigatoriedade de idade mínima, também havia a possibilidade de o trabalhador escolher pela aposentadoria por idade (65 anos para homens e 60 anos para mulheres), além de carência de 15 anos de contribuição.

É pertinente destacar que diante as mudanças no ordenamento previdenciário, também nota-se transformações no comportamento daqueles segurados que estão na melhor idade, no que concerne a escolha da profissão. Haja vista, que quando esses deixam precocemente o mercado de trabalho, por meio do benefício por tempo de contribuição,

o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Presidência da República. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3452.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

¹³⁶ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. Niterói: Impetus, 2009. p. 767.

¹³⁷ BRASIL. **Súmula 359 (alterada)**. 2013. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1580>>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

é penoso, já que os trabalhadores que assim agem deixam de aproveitar seu potencial, gerando danos para a sociedade¹³⁸.

A aposentadoria será a prestação pecuniária previdenciária, voltada a compensação pelo declínio do rendimento laboral, estimulada pela suspensão ou diminuição da aptidão profissional. As características desta casualidade dar-se quando o trabalhador atinge a idade legal decretada, como indicativo para a cessação do exercício laboral.

Desse modo, apresenta-se a nova normativa originada pela legislação brasileira, ao preconizar uma aposentadoria híbrida, unificando idade e tempo de contribuição e extinguindo as duas formas antigas de benefício por idade e por tempo de contribuição.

Ressalta-se que, segundo as mudanças previstas pela Reforma, a idade mínima para mulheres é de 62 anos e 65 anos para homens, para aqueles que fizerem sua primeira contribuição depois do dia 13 de novembro de 2019:

Art. 201. (...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)¹³⁹. [grifo nosso]

Neste ritmo, para os trabalhadores que já eram contribuintes do sistema previdenciário, existe cinco normas distintas de transição para que tenham a aposentadoria assegurada. Esta normatização, majoritariamente já cobra a obrigatoriedade da idade, o que causa um aumento considerável no tempo de contribuição para além dos 35 e 30 anos que são exigências básicas para que se observe a razoabilidade no tempo de contribuição. Assim, pode-se apontar que diante essa conjuntura, é perceptível o desrespeito aos direitos do trabalhador segurado, haja vista que eleva bastante o período de contribuição pela

¹³⁸ LEME, Maria Carolina da Silva; MÁLAGA, Tomás. Entrada e saída precoce da força de trabalho: incentivos do regime de previdência brasileiro. **Revista Brasileira de Economia**, v. 55, n. 2, abr. 2001.

¹³⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 27 setembro de 2022.

exigência da idade, sem considerar os aspectos relacionados a proporcionalidade e razoabilidade¹⁴⁰.

A Reforma da Previdência que aconteceu em 2019, que culminou na edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, trouxe diversas e significantes alterações nos limites do tempo de contribuição e no tempo laboral dos servidores que estão inseridos no Regime Geral de Previdência Social. A situação em que se encontrava o Sistema Previdenciário no Brasil, indicava um colapso eventual, por causa de diversos fatores, como aumento na expectativa de vida da população brasileira, a taxa de natalidade reduzida consideravelmente, além da inserção de novos contribuintes, acontecer cada vez mais tarde.

A principal mudança da Reforma, está no fato de ser excluído a aposentadoria apenas por tempo de contribuição, sem idade mínima, hoje em dia, a regra geral é que seja necessário alcançar integralmente o tempo de serviço, que é de 65 (sessenta e cinco) anos para os homens e 62 (sessenta e dois) anos para as mulheres, cumulativo ao tempo de contribuição de 15 (quinze) anos para mulheres e 20 (vinte) anos para os homens, exceto os que ainda não estiverem contribuindo efetivamente, que passa ser igual ao das mulheres.

Outra importante alteração trazida pela Reforma, está na alteração dos percentuais que deverão ser recebidos pelos beneficiários, o cálculo é feito tomando como parâmetro uma média aritmética simples, que deverá levar em consideração os salários e remunerações de todo o período em que o trabalhador tenha contribuído, esse entendimento está inserido na referida Reforma:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, **será utilizada a média aritmética simples** dos salários (...), **correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo** (...) ¹⁴¹. [grifo nosso]

De forma sucinta, a nova regra prevê basicamente que, para os homens e mulheres que tiverem cumprido os tempos mínimos exigidos de contribuição, será assegurado o

¹⁴⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A Reforma da Previdência Social e os direitos de cidadania dos segurados. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba.V.3, p.223-249, Jul-Set. 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4180/371372>>. Acesso em: 2 de outubro de 2022.

¹⁴¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Presidência da República. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

recebimento de 60% do cálculo extraído dessa média aritmética e caso esses desejem receber o valor integral de 100% dessa média, limitado ao teto máximo estabelecido no Regime Geral, deverá cumprir um tempo de contribuição total de 40 (quarenta) anos para os homens e 35 (trinta e cinco) anos para as mulheres.

A renovação do sistema previdenciário, por meio de frequentes Reformas previdenciárias não é o caminho mais assertivo para se alcançar os objetivos desejados, ou seja, o enfrentamento e redução das desigualdades sociais, no que diz respeito às políticas de proteção social, haja vista que o Brasil tem dentre suas características, ser um dos países mais desiguais do mundo.

4.1. TRATAMENTOS ESPECIAIS A ALGUNS TRABALHADORES DO RGPS

Algumas categorias possuem um tratamento diferenciado com relação a esses tempos laborais e que devem ser considerados, como é o caso dos professores que diante da Reforma feita em 2019, continua com uma aposentadoria especial, depois de devidamente comprovado o exercício do magistério durante 25 anos, seja ele no ensino infantil, fundamental e médio, a exceção é feita para com os professores universitários, que se enquadram na regra geral, e terá direito a uma redução de 05 (cinco) anos na idade mínima exigida para poder se aposentar, e terão direito a 100% do valor da média contributiva de seu período docente.

Uma outra categoria muito importante e que possui um tratamento previdenciário especial, são os trabalhadores rurais previstos na Constituição Federal de 1988, que são amparados pelo Sistema da Seguridade Social, uma forma de arrecadação, onde toda a sociedade e o Estado é contribuinte necessário para o pagamento do seguro aos beneficiários. Nos termos do artigo, é necessário compreender que apenas o pequeno produtor rural ou pescador artesanal, que possui uma labuta exclusivamente familiar, de pelo menos 15 (quinze) anos comprovadamente, mesmo que de forma descontinuada, pode ser beneficiário desse regime especial:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social

mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) ¹⁴². [grifo nosso]

Para esses trabalhadores rurais é previsto o pagamento de aposentadoria, na importância de um salário mínimo, mediante ou não a sua contribuição individual. O limite de idade se manteve o mesmo, uma vez que a Reforma da Previdência de 2019, em nada alterou esse requisito, mantendo os 60 (sessenta) e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, respectivamente para homens e mulheres.

Constitucionalmente, foi previsto pelo legislador as aposentadorias especiais de fato, que engloba os trabalhadores que exercem suas atividades em condições únicas e que possam trazer danos a suas saúdes:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672)

§ 10. Os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias terão também, **em razão dos riscos inerentes às funções desempenhadas, aposentadoria especial** e, somado aos seus vencimentos, adicional de insalubridade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 120, de 2022)¹⁴³. [grifo nosso]

Essas condições de trabalho devem ser devidamente comprovadas e realizadas continuamente e de forma não eventual. Os riscos de que trata o referido artigo, não possuem uma previsão normativa específica, inclusive como observado pelo previdenciarista Fábio Zambitte Ibrahim,¹⁴⁴ algumas correntes procuram clarear um entendimento, para subsidiar esse benefício, de acordo com o estudioso, há quem aponte o benefício, como o equivalente a aposentadoria por invalidez precocemente concedida, pois o segurado ainda não apresenta nenhum tipo de limitação devido suas atribuições. Já para outros, significa uma aposentação por tempo de contribuição, relacionada as

¹⁴² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹⁴³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹⁴⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário, 17. edição. Niterói: Impetus, 2012. p. 622

atividades nocivas a que o segurado estava exposto. Contudo, também existem os defensores de uma aposentadoria nova, diferente das já praticadas

Por conta da exposição a que estão submetidos os trabalhadores inseridos nessa condição especial, é preciso que seja assegurado a eles a proteção laboral, e nesse sentido, considera-se ser mais plausível considerar coerente, o entendimento da última corrente, que sugere um benefício aos trabalhadores, levando em consideração a exposição a esses agentes nocivos, presentes no seu local de trabalho.

O financiamento para essas aposentadorias especiais, fica a cargo das empresas, por previsão legal da Lei nº 8.212/1991¹⁴⁵ e também por determinação constitucional, previsto no art. 195, inciso I¹⁴⁶. Outra questão importante a ser observada, é o entendimento sumulado do Superior Tribunal Federal¹⁴⁷, que aplicou ao servidor público as mesmas regras da aposentadoria especial, que foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 103.

Para as aposentadorias especiais, os trabalhadores segurados pelo RGPS, deverão permanecer nessa condição nociva, e deverão possuir ao menos, 15 (quinze) anos de contribuição, combinado com a idade mínima estabelecida de 55 (sessenta anos) para ambos os sexos, é o que determina a EC nº 103/2019, e a remuneração recebida por esses

¹⁴⁵ Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, (...) (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998). BRASIL. **Lei nº 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 25 de outubro de 2022.

¹⁴⁶ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998). BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

¹⁴⁷ BRASIL. **Súmula 33**. A L. 1.741, de 22.11.52, é aplicável às autarquias federais. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1963. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1464>>. Acesso em: 26 de setembro de 2022.

beneficiários será de 60% da média dos salários recebidos durante o período efetivo laboral.

Art. 19. (...)

§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, **durante, no mínimo, 15 (quinze)**, 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

a) **55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição**¹⁴⁸. [grifo nosso]

Ao se falar em aposentadorias especiais, é possível entender que o Sistema Previdenciário, busca tratar de forma igualitária todos os trabalhadores, fornecendo condições para que todos possam exercer suas atividades laborais, e ainda permitir que tenha a atenção necessária no momento de suas aposentadorias.

5. O MILITAR TEMPORÁRIO REINSERIDO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Diante da abordagem feita sobre a forma como se entende o Sistema Previdenciário dos Militares e uma sinóptica explanação sobre o Regime Geral de Previdência Social, é necessário agora traçar um paralelo e observar como os militares temporários são absorvidos pelo Sistema Geral, após seu desligamento das Forças Armadas, pois é de fundamental importância, esclarecer de que forma acontece e se é possível destacar vantagens ou prejuízos a esses trabalhadores, por ocasião de seu regresso a vida civil.

¹⁴⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Presidência da República. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

Os militares temporários, quando retornarem ao mercado de trabalho e assim foram novamente inseridos no RGPS, terão computado a esse regime, o tempo de serviço nas Forças Armadas, é o que determina a Lei nº 8.213/1991¹⁴⁹, esse computo, serve como tempo de contribuição, no momento em que eles preencherem os requisitos necessários para se aposentar pelo Regime Geral. Vale destacar que a Lei, só menciona a contagem absorvida do tempo de serviço, em nenhum momento a Lei faz referência ou deixa claro, que esse tempo, também serviria caso fosse preciso utilizá-lo como carência, para os diversos benefícios que esse trabalhador reinserido no mercado de trabalho terá direito, porém o Tribunal Regional Federal, da 1ª Região, traz luz a esse questionamento, quando em suas decisões, os Desembargadores deixam claro que é possível essa contagem para fins de carência:

PJe – PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. CONTAGEM DO TEMPO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO PARA FINS DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA.(...) **3. O tempo de serviço militar, além de expressamente computar como tempo de serviço/contribuição, nos termos do artigo 55, I, da Lei 8.213/91, e artigo 60, IV, do Decreto 3.048/99, também deve ser considerado para fins de carência. (...)** 6. Tendo em vista ser, o serviço militar inicial, de natureza compulsória para os cidadãos do sexo masculino, **não é razoável admitir que o convocado tenha que ser sacrificado com possível exclusão previdenciária decorrente da não contagem para fins de carência daquele período em que esteve servindo à Pátria. (...)** (AC 1023508-60.2018.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA, TRF1 – PRIMEIRA TURMA, PJe 03/07/2019 PAG.)¹⁵⁰. [grifo nosso]

¹⁴⁹ Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

I - o tempo de serviço militar, inclusive o voluntário, e o previsto no § 1º do art. 143 da Constituição Federal, ainda que anterior à filiação ao Regime Geral de Previdência Social, desde que não tenha sido contado para inatividade remunerada nas Forças Armadas ou aposentadoria no serviço público; BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

¹⁵⁰ BRASIL. **APELAÇÃO CÍVEL (198) n. 1023508-60.2018.4.01.0000. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal** 1º Região. Brasília, 2019. Disponível em:

Outro entendimento do poder judiciário e que vale a pena ser ressaltado, está contido em acórdão da turma do Conselho da Justiça Federal, que acolheu ao Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei.

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO DE SERVIÇO MILITAR. **CÔMPUTO PARA FINS DE CARÊNCIA**. POSSIBILIDADE. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO, PARA RESTABELECEM A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, COM BASE NA. QUESTÃO DE ORDEM N. 38/TNU. (TNU, PUIL n. 0527059-78.2017.4.05.8100/CE, Sessão de 27.06.2019)
¹⁵¹. [grifo nosso]

Conforme já foi demonstrado, os militares que entram nas Forças Armadas, de forma temporária, assim o fazem voluntariamente, e apesar dessa condição, são regidos pelos mesmos dispositivos que os militares inseridos no meio castrense de forma obrigatória, por tanto, e conforme determinação legal mencionada, seu tempo de serviço militar será contado nos mesmos moldes, para aposentadoria no RGPS, se necessário. Esse tempo de serviço militar, é considerado também como tempo de contribuição por força normativa do Decreto nº 3.048/1999¹⁵², que foi inserido pelas alterações no Regulamento da Previdência Social, feita pelo Decreto nº **10.410/2020**¹⁵³.

Importante destacar que, após o término do serviço militar obrigatório, é garantido aqueles que anteriormente estavam inseridos no Regime Geral, os benefícios da Previdência Social, de acordo com previsto na Lei nº 8.213/1991, até 03 (três) meses após

<<https://pje2g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=1235f132c476795d3b86fc56d17c7ecdf3514b941871596be7886e02f75f71258fe0a58e58874e61dd6db080208300af44c4d26b63132389&idProcesoDoc=19124979>>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

¹⁵¹ BRASIL. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (TURMA) nº 0527059-78.2017.4.05.8100/CE**. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização. Porto Alegre, 2019. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/05270597820174058100.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

¹⁵² Art. 19-C. Considera-se tempo de contribuição o tempo correspondente aos períodos para os quais tenha havido contribuição obrigatória ou facultativa ao RGPS, dentre outros, o período: (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020). BRASIL. **Decreto nº 3.048**, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

¹⁵³ BRASIL. **Decreto nº 10.410**, de 30 de junho de 2020. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Presidência da República. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10410.htm>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

o desligamento das Forças Armadas, porém o artigo não faz referência ao serviço militar voluntário:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

V - **até 3 (três) meses após o licenciamento**, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar¹⁵⁴; [grifo nosso]

Com relação a troca de informações entre os sistemas governamentais, o que ocorre na prática é que, por conta da inviabilidade nos sistemas das Forças Armadas e no cadastro do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, não é possível a integração das informações, no que diz respeito ao trabalho realizado pelos militares temporários, nesse período de serviço militar. Por diversas vezes, essa benesse, que é direito desses trabalhadores, acaba sendo prejudicada, pois os mesmos quando necessitam se aposentar após os anos decorridos de trabalho, não consta esse tempo militar no seu Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, uma vez que não foi apresentado pelo mesmo, a Certidão de Serviço Militar, oriunda da respectiva Força a que estava inserido.

É importante destacar, que durante todo o tempo em que estiver servindo, na remuneração do militar temporário, é descontado de seus soldos pela Organização Militar, parcelas mensais, que corresponderá aos recolhimentos devidos para a Previdência. Para que tenha acesso a todos os direitos e benefícios do Regime Geral da Previdência Social, como demonstrado, é assegurado aos trabalhadores desse sistema, a contagem recíproca do tempo de contribuição, e também haverá, a devida compensação financeira, que será feita ao sistema em que o beneficiário estiver inserido no momento da sua aposentadoria, entendimento taxativo, encontrado na Lei 8.213/1991:

Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público **é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição** na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, **hipótese em que os diferentes sistemas de previdência**

¹⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

social se compensarão financeiramente. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98).

§ 1º **A compensação financeira** será feita ao sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício pelos demais sistemas, em relação aos respectivos tempos de contribuição ou de serviço, conforme dispuser o Regulamento. (Renumerado pela Lei Complementar nº 123, de 2006)¹⁵⁵. [grifo nosso]

Essa contagem recíproca dos tempos, encontra entre seus principais defensores, o doutrinador Wladimir Novaes Martinez¹⁵⁶, que em sua obra jurídica, elucida que o período somente não é aproveitado, caso o segurado o tenha utilizado para a Reforma das Forças Armadas ou para a aposentação no serviço público por tempo de serviço.

Outro importante dispositivo legal que esclarece essa ligação entre os sistemas previdenciários, e os recolhimentos numerários do militar temporário, é vista na Lei nº 4.375/1964, a Lei do Serviço Militar, que determina em seu texto normativo, a transferência para o RGPS, dos recolhimentos feitos através da pensão militar, descontada no decorrer da carreira desses militares, quando estes forem transferidos para a inatividade e por consequência para o estado de trabalhador civil, evitando assim quaisquer prejuízos futuros:

Art. 27-A. Por ocasião do licenciamento do militar temporário das Forças Armadas, o tempo de atividade e **as contribuições recolhidas para a pensão militar serão transferidos ao Regime Geral de Previdência Social**, para fins de contagem de tempo de contribuição, na forma estabelecida em regulamento a ser editado pelo Poder Executivo federal. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)¹⁵⁷. [grifo nosso]

Essa inserção normativa, veio trazer ao ordenamento jurídico, tranquilidade e segurança a esses trabalhadores militares, que em algum momento de suas vidas laborais, farão a transição entre os Regimes Previdenciários. Esse importante

¹⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

¹⁵⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 365.

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 4.375**, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Presidência da República: Brasília, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

entendimento foi novamente recepcionado na Emenda Constitucional nº 103/2019, que veio mais uma vez ordenar essa contagem recíproca e compensação financeira devida entre os Sistemas Previdenciários, respeitado os critérios estabelecidos em Lei:

Art. 201. (...)

§ 9º-A. O tempo de serviço militar exercido nas atividades de que tratam os arts. 42, 142 e 143 e o tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social ou a regime próprio de previdência social **terão contagem recíproca** para fins de inativação militar ou aposentadoria, e a **compensação financeira** será devida entre as receitas de contribuição referentes aos militares e as receitas de contribuição aos demais regimes¹⁵⁸. [grifo nosso]

Resta claro que a transição do militar temporário, no momento em que esse deixar o serviço ativo militar e voltar sua condição anterior de servidor civil, e protegido pelo RGPS, não deve incorrer em prejuízo previdenciário para o mesmo, e com relação aos proventos que esses deverão receber ao tempo de sua aposentadoria, esse entendimento encontra-se sumulado e pacificado pelo Superior Tribunal de Federal¹⁵⁹, que determina sua regulamentação pela Lei vigente no tempo de sua aposentadoria.

6. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi demonstrado, acerca dos militares temporários e como cada vez mais eles estão se inserindo no Serviço Ativo Militar, enriquecendo as Forças Armadas com profissionalismos únicos, no que diz respeito aos seus conhecimentos técnicos ou mesmos as suas experiências acumuladas em um mercado de trabalho diferente do meio militar, foi possível verificar que o aprofundamento feito, sobre como esses trabalhadores são tratados enquanto ativos no serviço militar, e mais importante, como serão absorvidos de volta ao Regime Geral da Previdência, se mostrou fundamental, para que não reste dúvida de que em nenhum momento presente ou futuro de suas vidas laborais, eles não serão prejudicados por conta dessa transição obrigatória que é feita entre sistemas, que

¹⁵⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Presidência da República. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

¹⁵⁹ Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários. BRASIL. **Súmula 359 (alterada)**. 2013. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1580>>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

possuem abordagens diferentes no tratamento de seus beneficiários, no momento das suas aposentadorias.

Como demonstrado, ao ingressar na vida castrense todos são tratados com isonomia, por força das Normas, sejam elas a própria Constituição Federal, ou mesmo os ordenamentos infraconstitucionais, inclusive os que são anteriores a Carta Magna vigente, além de como também observado, há uma diversidade vasta de entendimentos de nossos egrégios tribunais, que culminaram em decisões que iluminaram nosso conhecimento, acerca desse tratamento igualitário entre os militares concursados e os temporários durante o serviço ativo.

Foi possível compreender inclusive que, quando os militares com estabilidade passam para a inatividade e continuam a receber seus proventos, diferente dos militares temporários, que ao serem desligados do serviço militar, não terão acesso a uma reserva remunerada, ainda assim, conforme os ditames positivados, eles estão seguros de que ao chegar também em um momento futuro, ao fim de suas jornadas laborais, e estarem prontos para se aposentar, poderão assim fazer, pois todo serviço prestado, seja ele no meio militar ou de forma geral no meio civil, poderá ser contabilizado totalmente sem gerar prejuízo algum financeiro ou temporal a esses trabalhadores.

No momento em que se abordou a Reforma da Previdência ocorrida no Brasil em 2019, ao se debruçar sobre algumas mudanças importantes que ocorreram no RGPS, além do que foi ligeiramente evidenciado sobre os tratamentos especiais dados a alguns trabalhadores, que por suas peculiaridades laborais fazem jus a esses tratamentos, foi compreendido que o Sistema Previdenciário no Brasil, realiza um tratamento igual aos trabalhadores desiguais, incluindo portanto, indiretamente, os militares temporários, que durante sua vida de labor, apesar de que por algum lapso temporal determinado, tenha saído do sistema e depois regressado a ele, ainda assim, será reconhecido esse trabalho, não desqualificando-os frente aos trabalhadores que tiveram uma vida inteira dentro do sistema.

Por força da paridade obrigatória de tratamento entre todos os militares, durante seus serviços ativos, os descontos previdenciários são feitos, porém, são assegurados a esses militares temporários, o repasse contributivo, com a devida compensação financeira, ao sistema que estes estiverem inseridos no momento que se tornarem aptos ao benefício da aposentadoria, assim como também a contagem recíproca dos tempos, apesar de como explanado, as informações não fluem de forma automática entre os sistemas, mas a mera comprovação do serviço militar, já assegura a esse trabalhador os direitos adquiridos.

Conclui-se, que mesmo ocorrendo uma diferenciação entre os militares, ao ser encerrado o serviço ativo dos mesmos, os militares temporários em nada serão prejudicados em seus direitos previdenciários, pois a garantia de absorção temporal e

contributiva, por conta da transferência entre os sistemas, traz uma segurança reconfortante a esses trabalhadores.

Como a característica essencial do serviço militar temporário é a disposição voluntária desses militares, para aprimorar as Forças Armadas com suas capacidades e conhecimentos técnicos, além de muitas vezes representar uma satisfação pessoal para esses civis que, veem no serviço militar uma forma de servir à pátria, não seria justo, que os mesmos fossem desamparados pelo ordenamento jurídico e jurisdicional, e assim não foram, pelo contrário, são tratados com todo respeito e igualdade, pelo Sistema Previdenciário Brasileiro, que busca incansavelmente, encontrar uma forma de equilibrar as possíveis desvantagens, que venha acontecer no labor diário de todos os tipos de trabalhadores ou em suas futuras aposentadorias.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. 2ª ed., ver., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ASSIS, Jorge Cesar de (coord.). **Estatuto dos Militares comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2019.

BARRETO, Raquel de Oliveira; FERREIRA, Lucas. **“Luto e Melancolia”**: contribuições psicanalíticas para o entendimento dos reflexos da aposentadoria na subjetividade dos indivíduos. In: ENANPAD, 35ª ed., 2011, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro: ANPAD, 2011.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 14ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 365.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

Constituição

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 18**, de 5 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o regime constitucional dos militares. Presidência da República. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc18.htm#:~:text=Emc18&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20constitucional,do%20art.>>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 41**, de 19 de dezembro de 2003. Presidência da República. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Presidência da República. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

Leis e Decretos

BRASIL. **Decreto nº 3.048**, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 3.452**, de 09 de maio de 2000. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Presidência da República. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3452.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.346**, de 20 de agosto de 2022. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 2022. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm#:~:text=D4346&text=Aprova%20o%20Regulamento%20Disciplinar%20do,4\)%20e%20d%C3%A1%20outras%20pr](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm#:~:text=D4346&text=Aprova%20o%20Regulamento%20Disciplinar%20do,4)%20e%20d%C3%A1%20outras%20pr)>

ovid%C3%AAncias.&text=%C3%82mbito%20de%20Aplica%C3%A7%C3%A3o-
,Art.,das%20pra%C3%A7as%2C%20recursos%20e%20recompensas.>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.780**, de 15 de julho de 2003. Aprova o Regulamento da Reserva da Marinha e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4780.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.410**, de 30 de junho de 2020. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Presidência da República. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10410.htm>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 57.654**, de 20 de janeiro de 1966. Regulamenta a lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964), retificada pela Lei nº 4.754, de 18 de agosto de 1965. Presidência da República: Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d57654.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.765**, de 04 de maio de 1960. Dispõe sobre as Pensões Militares. Presidência da República. Brasília, 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3765.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.375**, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Presidência da República: Brasília, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.880**, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Presidência da República: Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.150**, de 01 de dezembro de 1983. Fixa os efetivos do Exército em tempo de paz e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7150.htm>> Acesso em: 29 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 25 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.954**, de 16 de dezembro de 2019. Altera a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), a Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, a Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, a Lei nº 12.705, de 8 de agosto de 2012, e o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para reestruturar a carreira militar e dispor sobre o Sistema de Proteção Social dos Militares; revoga dispositivos e anexos da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, e da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13954.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

Deliberações e Súmulas

BRASIL. **APELAÇÃO CÍVEL (198) n. 1023508-60.2018.4.01.0000. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal 1º Região. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://pje2g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=1235f132c476795d3b86fc56d17c7ecdf3514b941871596be7886e02f75f71258fe0a58e58874e61dd6db080208300af44c4d26b63132389&idProcessoDoc=19124979>>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.**

BRASIL. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (TURMA) nº 0527059-78.2017.4.05.8100/CE.** Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização. Porto Alegre, 2019. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/05270597820174058100.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

BRASIL. **Recurso Especial nº 1988932 – SP (2022/0060995-4).** Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1467404123/decisao-monocratica-1467404158>>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

BRASIL. **Súmula 33.** A L. 1.741, de 22.11.52, é aplicável às autarquias federais. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1963. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1464>>. Acesso em: 26 de setembro de 2022.

BRASIL. **Súmula 359 (alterada)**. 2013. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2013. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1580>>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

REVISTAS

MARTINS, Eliezer Pereira. Da impossibilidade jurídica de instauração de Conselho de Justificação para apurar conduta de oficial da reserva não remunerada. **Revista Direito Militar**, n. 32, p. 6-10, nov./dez. 2001.

LEME, Maria Carolina da Silva; MÁLAGA, Tomás. Entrada e saída precoce da força de trabalho: incentivos do regime de previdência brasileiro. **Revista Brasileira de Economia**, v. 55, n. 2, abr. 2001.

PERIN, Jair José. Regime jurídico aplicável ao militar temporário das Forças Armadas. **Revista de Informação Legislativa**, 43(170), 41 – 55. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92453>>. Acesso em: 30 de setembro de 2022.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A Reforma da Previdência Social e os direitos de cidadania dos segurados. **Revista Jurídica Unicritiba**. Curitiba.V.03, n.60, p.223-249, Jul-Set. 2020. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4180/371372506>>. Acesso em: 02 de outubro de 2022.

SITES CONSULTADOS

LEITE, Isabella. **Tempo de serviço do militar conscrito**. [On-line]. 2022. Disponível em: <<https://saberalei.com.br/tempo-de-servico-do-militar-conscrito/>>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.

MAG SEGUROS. **Novas regras da aposentadoria: entenda aqui quais são**. [On-line]. 2021. Disponível em: <<https://mag.com.br/blog/longevidade/artigo/novas-regras-da-aposentadoria>>. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

SILVA, Fernanda dos Santos Rodrigues. **Cômputo de tempo de serviço militar para fins previdenciários**. [On-line]. 2020. Disponível em: <<https://Previdenciarista.com/blog/computo-de-tempo-de-servico-militar-para-fins-Previdenciarios/>>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.

SILVA, Douglas Pereira da. **A situação jurídica do oficial da reserva não remunerada: status de civil, a quem a lei concedeu uma patente militar?** [On-line]. 2015. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44731/a-situacao-juridica-do-oficial-da-reserva-nao-remunerada-status-de-civil-a-quem-a-lei-concedeu-uma-patente-militar>>. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

AS PECULIARIDADES QUE ENVOLVEM O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS

JOÃO GABRIEL PEREIRA CRISPIM:
Graduado em Direito – Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduado em Direito Público – Faculdade EducaMais.

RESUMO: O presente artigo tem por fim abordar as particularidades que envolvem o controle de constitucionalidade de leis municipais, examinando os mecanismos e desafios relacionados à verificação de validade das leis com a Constituição. Nele aborda-se sobre a importância do Município na República Federativa Brasileira, tratando sobre a importância da municipalização dos serviços públicos na ótica do Constituinte, a descentralização administrativa imposta pela Constituição de 1988 e o crescimento da autonomia dos Municípios frente os Estados e a União. Ademais, trata-se sobre a importância do exercício controle de constitucionalidade, sendo este um pilar fundamental para a manutenção do Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais, concentrando-se, em seguida, nas especificidades que envolvem as leis municipais. São apresentados os principais modelos de controle de constitucionalidade, dando-se enfoque ao controle repressivo exercido pelo Poder Judiciário e as peculiaridades que envolvem o seu exercício no contexto municipal. Por fim, o artigo conclui ressaltando a importância de um sistema eficaz de controle de constitucionalidade no nível municipal para garantir a harmonia entre as normas locais e a Constituição nacional, enfatizando a necessidade de fomento a educação jurídica local e capacitação de agentes públicos para fortalecer o entendimento e a aplicação adequada desse controle.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Municipalização das Políticas Públicas; Autonomia Municipal; Controle Repressivo de Constitucionalidade.

ABSTRACT: *This article aims to address the specificities surrounding the control of constitutionality of municipal laws, examining the mechanisms and challenges related to verifying the validity of laws against the Constitution. It discusses the importance of municipalities in the Brazilian Federative Republic, addressing the significance of the municipalization of public services from the perspective of the Constituent Assembly, the administrative decentralization imposed by the 1988 Constitution, and the growing autonomy of municipalities in relation to states and the federal government. Furthermore, it delves into the importance of exercising constitutionality control, which constitutes a fundamental pillar for upholding the Rule of Law and safeguarding fundamental rights. The focus then shifts to the specifics involving municipal laws. The main models of constitutionality control are presented, with an emphasis on the repressive control*

exercised by the Judiciary and the peculiarities that come into play when practicing it in the municipal context. The research also discusses the practical challenges faced in constitutionality control of municipal laws, such as the lack of specialized legal resources in certain localities, the complexity of technical issues, and the potential influence of local political interests. In conclusion, the article underscores the importance of an effective system of constitutionality control at the municipal level, ensuring harmony between local norms and the national Constitution, as well as protecting citizens' rights. It also emphasizes the need for local legal education and the training of public officials to enhance understanding and appropriate application of such control.

1.INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é definido como aquele em que o Estado se submete a um ordenamento jurídico que respeita, obedece e assegura garantias e direitos fundamentais aos cidadãos.

Entre as várias espécies de normas fundamentais, uma possui destaque: a Constituição. Tida como o regramento máximo do Estado, esse instrumento de corporificação do direito trata-se de um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as suas respectivas garantias¹⁶⁰.

No exercício desse controle, dois grandes sistemas se destacam: o difuso e o concentrado. Enquanto o primeiro decorre do modelo norte-americano, no qual todo e qualquer juiz ou tribunal pode decidir pela compatibilidade, ou não, do ato normativo com a Constituição, o segundo decorre do modelo austríaco, só podendo ser realizado por um tribunal que tenha por finalidade precípua a proteção do texto constitucional.

Com a promulgação da Constituição de 1988, os municípios passaram a ter uma importância equiparável à dos Estados e da União na criação de políticas públicas, passando a ter autonomia nos aspectos administrativos, financeiros e de auto-organização. Como resultado, ganharam a capacidade de estabelecer suas próprias leis e administrar os assuntos de interesses locais.

Assim, com o surgimento de um novo ente capaz de elaborar leis, o sistema jurídico brasileiro precisou se adequar para possibilitar que tais atos normativos sofressem um controle de constitucionalidade, seja no âmbito estadual ou no âmbito federal, o que,

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37-38.

inclusive, fez com que surgisse um inédito instrumento de controle: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Neste sentido, o presente artigo tem por finalidade definir os conceitos que envolvem o controle de constitucionalidade das leis municipais, indicando as peculiaridades que envolvem o seu exercício no âmbito dos Tribunais de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e as recentes decisões da Suprema Corte sobre o assunto.

2.O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 trouxe significativas mudanças no status e no papel dos municípios no ordenamento jurídico brasileiro. Tais mudanças foram fundamentais para a consolidação do sistema federativo e para fortalecer a autonomia local através da independência política, administrativa e financeira em face dos demais entes. Com isso os municípios passaram a legislar sobre assuntos de interesse local, gerir seus próprios recursos e criar políticas públicas.

A doutrina mais recente define que o Constituinte realizou verdadeira municipalização das políticas públicas, podendo tal instituto ser definido como o processo de transferência de responsabilidades e competências do governo central ou estadual para os municípios, visando à implementação e gestão de diversos serviços e programas que impactam diretamente a vida das comunidades locais.

Tal processo está intimamente ligado ao conceito de descentralização administrativa e à ideia de que as questões de âmbito local são melhor geridas pelas autoridades municipais, que estão mais próximas dos cidadãos e têm um conhecimento mais aprofundado das necessidades locais.

Ademais, embora a municipalização traga várias vantagens para aqueles que se encontram na ponta da cadeia, ela também apresenta desafios. Isso porque, nem todos os municípios possuem a mesma capacidade administrativa, financeira e técnica para lidar com as responsabilidades transferidas, sendo essencial garantir que eles recebam o apoio necessário em termos de capacitação, recursos e assistência técnica para desempenharem efetivamente seus novos papéis.

Em resumo, a Constituição Federal reforçou a importância dos municípios como entes autônomos e fundamentais para a vida democrática e a governança eficiente no Brasil. Ela concedeu aos municípios uma posição central no sistema federativo, permitindo que exerçam suas competências de maneira independente e atendam às necessidades específicas de suas comunidades.

3.ASPÉCTOS GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

a. Controle abstrato de constitucionalidade.

Existem dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado. Por muito tempo o Brasil se restringiu a adotar o sistema de controle difuso, tendo o sistema concentrado sido incorporado ao nosso ordenamento tão somente sob a égide da Constituição de 1946.

Embora possuam, em linhas gerais, a mesma finalidade, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade de leis, esses sistemas possuem algumas especificidades que justificam a adoção do sistema misto pelo Constituinte de 1988.

Quando fazemos alusão ao controle concentrado de constitucionalidade, estamos nos referindo àquele que, exercido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF, tem como finalidade declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Aqui, não se julga uma relação jurídica específica, mas sim a validade da norma *in abstracto*. Tem-se como objeto a própria regra, sem considerar a sua aplicação em determinado caso concreto. Ou seja, o principal objetivo da ação é ver declarada inconstitucional a lei que afronta o próprio ordenamento jurídico e, por consequência, os mais variados direitos da coletividade.

Em vista disso, o controle concentrado é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao tribunal competente a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. Nesses casos, o tribunal se limita a examinar abstratamente o confronto entre a norma suscitada e a supremacia da Constituição¹⁶¹. Por isso que, nos dizeres de Zeno Veloso¹⁶², “o controle concentrado se realiza através de um processo “objetivo”, para usar a expressão da doutrina alemã”.

Dentre esses meios de impugnação, a CRFB/88 inovou na ordem constitucional e trouxe cinco diferentes ações que, pela via principal, podem objetivar confirmar ou retirar determinada lei ou ato normativo do ordenamento jurídico, ou ainda autorizar a intervenção da União nos Estados-membros, quais sejam: (i) a ação direta de inconstitucionalidade (ADI); (ii) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO); (iii) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); (iv) a ação declaratória

161 DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, 1969 – *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: JUSPODIVM, 2006.

162 VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999. Pag. 67-68.

de constitucionalidade (ADC) e (v) a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva).

No entanto, diferentemente do que tínhamos ao tempo da Constituição de 1946, na qual todo o poder de iniciativa se encontrava concentrado na figura do Procurador-Geral da República, hoje essas ações possuem um amplo rol de legitimados, tendo todos como principal objetivo zelar pelo equilíbrio das instituições democráticas.

O Constituinte ampliou de forma considerável o rol dos legitimados e dispôs no art. 103 do texto constitucional de 1988 que podem propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de inconstitucionalidade: (i) o Presidente da República; (ii) a Mesa do Senado Federal; (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (vi) o Procurador-Geral da República; (vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (viii) partido político com representação no Congresso Nacional; e a (ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No entanto, embora a legitimidade *ad causam* seja extensa, a competência para julgamento é restrita. Isso porque, no Brasil, em linhas gerais, a competência para exercer a jurisdição constitucional no controle abstrato de constitucionalidade é exclusiva do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, restringindo-se ao primeiro as hipóteses em que lei ou ato normativo federal ou estadual afronte o texto da Constituição da República (art. 102, I, alínea "a", CRFB/88), e aos segundos as hipóteses em que lei ou ato normativo estadual ou municipal afronte o texto da Constituição Estadual (art. 125, § 2º, CRFB/88).

b. Controle concreto de constitucionalidade.

Consagrado no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1891, o controle difuso de constitucionalidade só pode ser arguido de maneira incidental, por qualquer das partes envolvidas na lide, e perante qualquer órgão jurisdicional, seja ele um juiz de direito ou um tribunal, um órgão de jurisdição administrativa ou um órgão que componha o Poder Judiciário.

Consiste em um controle que, via de regra, terá eficácia *inter pars*, com efeitos endoprocessuais, devendo sempre ser analisado como uma questão prejudicial de mérito. Isso porque, diferentemente do que ocorre no âmbito do controle abstrato, aqui o objetivo do processo não é ver declarada inconstitucional a lei ou o ato normativo, mas sim afastar a sua aplicação naquele caso concreto.

É antecedente lógico, uma *conditio sine qua non*, já que, sem a existência de uma lei válida para cobrar determinada ação da parte que suscita a sua inconstitucionalidade, não poderia este ser obrigado a fazer algo que não possui compatibilidade com a Constituição.

Trata-se de um controle que, nos dizeres de Dirley da Cunha Júnior¹⁶³, tem efeito meramente declaratório, retroagindo à origem mesma do ato impugnado para pronuncia a sua nulidade.

Luís Roberto Barroso, quando leciona a respeito do controle difuso de constitucionalidade, assim aduz:

Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: Porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal¹⁶⁴.

Da mesma forma, entendendo de maneira diversa de Pontes de Miranda, Dirley da Cunha Júnior¹⁶⁵, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt¹⁶⁶ e muitos outros doutrinadores, indicam que é requisito de validade para o exercício desse controle “a existência de um conflito de interesses discutida no bojo de uma ação judicial, na qual uma das partes alegue a inconstitucionalidade de uma lei ou ato que a outra pretenda ver aplicado no caso”.

Tal controle foi fruto do neoconstitucionalismo. Isso porque, diferentemente do que tínhamos no constitucionalismo clássico (final do século XVIII), no qual a Constituição servia unicamente para limitar o poder do Estado, no neoconstitucionalismo busca-se garantir sua máxima efetividade, deixando o texto constitucional de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

163 DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, 1969 – *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: JUSPODIVM, 2006, pag. 143.

164 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

165 DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, 1969 – *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: JUSPODIVM, 2006, pag. 99.

166BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio – *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis* – cit., p. 36-37 e 46. *Apud.* MENDES, Gilmar Ferreira – *Curso de direito constitucional*// Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

Porém, embora esse seja o seu enfoque, o neoconstitucionalismo também trouxe a ideia da supremacia da Constituição e a necessidade do seu texto se irradiar sobre todo o ordenamento, passando ela a ser o fundamento de validade de todas as normas e atos jurídicos em um Estado Democrático de Direito.

Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso¹⁶⁷:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. (...) Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Isto é, a Constituição passou a ser o centro do sistema jurídico, sendo o seu conteúdo capaz de dirigir, condicionar e convalidar o exercício do Direito, estabelecendo as diretrizes de atuação de todos os órgãos que compõe o Estado. Passou a ser o topo do ordenamento do ponto de vista formal e o paradigma interpretativo de todos os ramos do Direito.

Fazendo referência à obra de autoria do Ministro Roberto Barroso¹⁶⁸, o ilustre ministro continua:

“Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento. O Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição. (...) *Sem embargo da razoabilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevaleceram. (...) Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar*

¹⁶⁷BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em:

< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 27 de outubro 2022.

¹⁶⁸BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91; 93

aplicação à Constituição. A tese é reforçada por outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.”.

Em suma, em complemento ao controle abstrato, o controle difuso desempenha um papel fundamental na preservação da harmonia, legalidade e supremacia da Constituição, garantindo a proteção dos direitos fundamentais, a autonomia política dos entes, a preservação do Estado Democrático de Direito e o equilíbrio entre os poderes, sendo o seu exercício em face de leis municipais um importante garantidor do equilíbrio do pacto federativo.

c. Natureza jurídica da Lei Orgânica.

A Lei Orgânica Municipal é um instrumento jurídico de natureza normativa que possui características específicas e um papel fundamental na organização e no funcionamento dos municípios. Ela é fruto do poder de auto-organização dos Municípios, visto que estabelece as normas básicas e os princípios fundamentais que regem a estrutura política, administrativa e institucional do ente.

Embora possua formalmente natureza jurídica de lei ordinária, a Lei Orgânica possui um status hierarquicamente superior às demais leis e atos normativos municipais. Isso porque, além de possuir um processo legislativo de criação diferenciado – aprovação em dois turnos de votação por 2/3 dos vereadores, com intervalo mínimo de 10 dias (art. 29 da CF) –, ela tem como propósito definir os limites de atuação do poder municipal, estabelecer a forma de organização dos poderes e tratar sobre temas de interesse local.

Desta forma, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha definido em reiteradas situações que a Lei Orgânica não pode servir como parâmetro superior de constitucionalidade, já que não é fruto do Poder Constituinte Derivado, ela pode servir como parâmetro de controle de legalidade, visto que possui especial hierarquia frente às demais leis municipais.

Portanto, a Lei Orgânica Municipal tem natureza jurídica distinta, sendo um ato normativo fundamental que molda a estrutura, os poderes e as responsabilidades do governo local, não sendo fruto do Poder Constituinte, mas que pode servir como parâmetro para o exercício do controle de legalidade das leis municipais.

4. PECULIARIDADES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS

Conforme disposto alhures, as leis municipais podem sofrer dois tipos de controle pelo poder judiciário: o difuso e o concentrado. Tais métodos de controle são instrumentos repressivos, visto que, além de dependerem da existência de uma lei, têm por fim declarar a nulidade do ato normativo, retirando-o do ordenamento jurídico.

No Brasil, adota-se a teoria da nulidade no controle de constitucionalidade, segundo a qual quando um ato normativo é declarado inconstitucional, ele é considerado inválido desde o momento de sua criação. Isso significa que o ato já nasceu com um defeito grave e, portanto, não pode produzir efeitos legais válidos. A decisão que declara a inconstitucionalidade tem o papel de apenas afirmar essa incompatibilidade entre o ato e a Constituição, e por consequência, essa decisão gera efeitos retroativos.

Como os municípios não possuem Poder judiciário, o exercício do controle de constitucionalidade das leis municipais fica ao encargo, via de regra, dos Tribunais de Justiça, podendo ele ser exercido de maneira difusa ou concentrada. Quando exercido de maneira difusa, o Tribunal deve observar a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e os regramentos dispostos nos arts. 948 e seguintes do CPC.

Quanto à cláusula de reserva de plenário é de se destacar que ela só deve ser observada quando o tribunal buscar declarar a inconstitucionalidade da norma. Nas hipóteses em que se declarada a recepção – ou não – do ato normativo, em que se decide pela constitucionalidade da norma, que se julga em conformidade com um entendimento já consolidado do Tribunal, ou quando, no bojo de um Recurso Extraordinário, o Tribunal *a quo* já a efetuou, não é preciso observá-la. Isso porque, para o STF, o art. 97 da Constituição é claro ao estabelecer que tal quorum de votação só deve ser observado quando o tribunal busca declarar a inconstitucionalidade da norma.

Neste sentido, verifica-se que enquanto a Suprema Corte vem buscando reafirmar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, estabelecendo mecanismos e interpretações mais rigorosas para o reconhecimento da inconstitucionalidade, ela também vem facilitando o reconhecimento da constitucionalidade, sendo prova disso o fato de que nos casos de empate no julgamento a validade da norma deve prevalecer, visto que não se observou o quorum de maioria absoluta do art. 87 da CF.

Lado outro, quando exercido de maneira concentrada, é preciso observar os regramentos dispostos na lei 9.868/99 – por ser competência da União legislar sobre direito processual (art. 22, I, do CPC) – e no art. 125, §2º, da CF, que prevê que cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Inclusive, embora não haja previsão expressa neste sentido, o STF entende que os Estados-membros da Federação, no exercício da competência outorgada pela Constituição Federal (art. 25, caput, c/c art. 125, § 2º, CF), não podem afastar a legitimidade ativa do Chefe do Ministério Público Estadual para propositura de ADI's estaduais.

Isso porque, no entender do STF (ADI 5.693/CE)169, "a ordem constitucional de 1988 erigiu o Ministério Público à condição de guardião independente da Constituição, defensor dos direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos, protetor da higidez dos atos praticados pelo Poder Público, outorgando-lhe um papel proeminente e indispensável à tutela efetiva do ordenamento jurídico-constitucional."

Mas afora esta questão, qual é o parâmetro superior de controle no âmbito estadual? Via de regra, é a Constituição Estadual, não podendo a Constituição Federal ou a Lei Orgânica Municipal servir como parâmetro superior de controle. No entanto, caso se trate de uma norma de reprodução obrigatória, o STF admite que a Constituição Federal seja utilizada como parâmetro superior.

Por normas de reprodução obrigatória entende-se as disposições presentes na Constituição Federal que possuem a peculiar característica de necessitarem ser incorporadas também nas Constituições Estaduais. Essas normas, como o próprio termo indica, precisam ser replicadas nos âmbitos estaduais, e são por vezes denominadas de "normas de observância obrigatória" ou "normas centrais".

É fundamental esclarecer que, caso uma norma seja categorizada como de reprodução obrigatória, ela é considerada parte integrante da Constituição Estadual, mesmo que a carta estadual não faça menção explícita. Por exemplo, a Constituição Federal de 1988 estipula que os Municípios detêm autonomia (artigo 18). Essa é uma norma que se enquadra na categoria de reprodução obrigatória. Isto implica que, mesmo na ausência de uma menção específica na Constituição Estadual sobre a autonomia dos Municípios, ainda assim essa regra é tida como incorporada na Constituição Estadual.

Embora não exista um artigo da Constituição Federal que diga quais normas são de reprodução obrigatória, o STF vem definindo quais seriam essas hipóteses, já tendo indicado como exemplo, dentre outras, as normas que tratam sobre organização político-administrativa, divisão de competências, separação dos Poderes, servidores públicos e processo legislativo.

169 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Os Estados-membros da Federação não podem afastar a legitimidade ativa do Chefe do Ministério Público estadual para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3dfa05a594c0e171bc690aa9101496b6>>. Acesso em: 24/08/2023

Vejamos o que Marcelo Novelino¹⁷⁰ entende sobre o assunto:

"(...) Diversamente da Carta anterior, que as relacionava expressamente (CF/1967-1969, art. 13, I, III e IX), na Constituição de 1988 as *normas de observância obrigatória* não foram elencadas de forma textual. Adotou-se uma formulação genérica que, embora teoricamente conferira maior liberdade de auto-organização aos Estados-membros, cria o risco de possibilitar interpretações excessivamente amplas na identificação de tais normas. (...)

(...)

As normas de observância obrigatória são diferenciadas em três espécies. Os *princípios constitucionais sensíveis* representam a essência da organização constitucional da federação brasileira e estabelecem limites à autonomia organizatória dos Estados-membros (CF, art. 34, VII). Os *princípios constitucionais extensíveis* consagram normas organizatórias para a União que se estendem aos Estados, por previsão constitucional expressa (CF, arts. 28 e 75) ou implícita (CF, art. 58, § 3.º; arts. 59 e ss.). Os *princípios constitucionais estabelecidos* restringem a capacidade organizatória dos Estados federados por meio de limitações expressas (CF, art. 37) ou implícitas (CF, art. 21)."

Cabe ressaltar que em tais hipóteses é possível que uma ADI estadual em que se discuta a constitucionalidade de uma lei municipal chegue ao STF por meio de um Recurso Extraordinário. Isso porque, embora o STF só possua competência para julgar ADI's propostas em face de leis estaduais e federais, quando uma lei municipal viola uma norma de reprodução obrigatória ela está na verdade violando a própria Constituição Federal, o que atrai a competência do STF por ser dele a atribuição de decidir, com definitividade, sobre a afronta, ou não, do texto constitucional.

Além desta hipótese, o STF já decidiu que até mesmo a afronta a normas de reprodução facultativa autoriza a interposição de Recurso Extraordinário. Para Celso de Mello¹⁷¹, admite-se a possibilidade de "(...) se invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos

¹⁷⁰ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspdodivm, 2015, p. 82.

¹⁷¹ STF - ARE: 1130609 SE - SERGIPE 0005294-41.2015.8.25.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/05/2018, Data de Publicação: DJe-120 18/06/2018. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/867923916>. Acesso em 25/08/2023.

estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro.”.

Ele ainda completa: “com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o ‘corpus’ constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2.º, da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo.”.

E quanto à legitimidade dos recursos? Pode o Procurador da Câmara Municipal interpor recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça em defesa de lei ou ato normativo municipal? Para o STF, sim. No RE 1126828 AgR/SP172, a Segunda Turma deu provimento a agravo regimental para reconhecer a legitimidade de procuradores para interposição de recursos em ADI’s.

O colegiado entendeu que por o ajuizamento da ação ser uma decisão política, somente os legitimados do art. 103 da Constituição Federal, ou, por simetria, os que estejam previstos na constituição estadual, podem propor ações diretas de inconstitucionalidade. Ressaltou, entretanto, que os atos de natureza técnica, subsequentes ao ajuizamento da ação, devem ser empreendidos pelos procuradores da parte legitimada. No julgado citou-se precedente do próprio STF, no qual se decidiu que recursos em ação direta de inconstitucionalidade podem até vir assinados pelo legitimado conjuntamente com o procurador, mas que seria essencial a presença do advogado.

Além dessas hipóteses, o STF também pode decidir, de forma originária, sobre a constitucionalidade ou não de uma lei municipal em face da própria Constituição Federal. Para isso, é preciso que um dos legitimados ajuíze uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que é uma ação de controle concentrado.

Inicialmente cabe destacar que a ADPF é uma ação tipicamente brasileira, não existindo qualquer ação similar no direito comparado. Foi criada pelo Constituinte de 1988, que a previu no parágrafo único do art. 102 da CF/88, dispositivo esse que foi posteriormente renumerado para § 1º do mesmo art. 102, pela EC 03/93173.

172 STF - AgR RE: 1126828 SP - SÃO PAULO 0019255-27.2012.8.26.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 04/02/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-038 21-02-2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/815421418/inteiro-teor-815421428>. Acesso em 25/08/2023.

173 “Art. 102. (...) § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”.

Por o referido dispositivo constitucional ser lacônico, o legislador precisou editar a lei 9.882/99 regulamentando-o. Nela dispôs-se sobre os pressupostos da ADPF, que são os seguintes: (i) existência de um ato praticado pelo Poder Público violando um preceito fundamental, (ii) uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, (iii) a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade, e (iv), no caso da ADPF incidental, a existência de uma lide.

Quanto à legitimidade da ação, a lei definiu que seriam os mesmos da ADI. Assim, apesar da ADPF poder atacar atos municipais, os Prefeitos não têm legitimidade para mover ADPF, conforme já decidiu o STF. Contudo, nas hipóteses em que a violação ao preceito fundamental se dá incidentalmente em um processo, cabe às partes, no caso o Prefeito, pedir a um dos legitimados que ajuíze a ação incidental.

Portanto, diversas são as nuances que envolvem o controle de constitucionalidade das leis municipais, seja no âmbito do controle difuso seja no âmbito do controle concentrado. É salutar fomentar o debate para que a verificação de compatibilidade das leis municipais com a Constituição Federal se dê através das mais diversas frentes, garantindo-se a higidez do texto constitucional, a proteção dos direitos fundamentais, a separação dos poderes e a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme patente na presente exposição, o controle de constitucionalidade das leis municipais apresenta uma série de peculiaridades que refletem a complexidade do sistema legal descentralizado. Ao abordar questões locais e específicas, as leis municipais desempenham um papel fundamental na regulamentação da vida cotidiana das comunidades. No entanto, essa autonomia normativa deve ser exercida em consonância com os princípios e valores estabelecidos na Constituição Federal.

Em uma sociedade em constante evolução, as leis municipais desempenham um papel crucial na adaptação das normas à dinâmica local. No entanto, esse papel não pode se sobrepôr à integridade do sistema constitucional. O controle de constitucionalidade das leis municipais emerge como um elemento-chave para manter a coerência e a legitimidade do ordenamento jurídico, respeitando a diversidade das comunidades locais sem comprometer os direitos fundamentais e os valores consagrados na Constituição.

Ao assegurar a supremacia da Constituição, o controle de constitucionalidade desempenha um papel crucial na manutenção da igualdade perante a lei. Além de impedir a criação ou a aplicação de normas que discriminem, prejudiquem grupos minoritários ou violem direitos fundamentais, ele se traduz na constante vigilância sobre a

constitucionalidade das leis e promove a previsibilidade jurídica, fundamental para a segurança das relações sociais e econômicas.

O entendimento das peculiaridades que envolvem o controle das leis municipais é salutar para se garantir uma harmonia no sistema jurídico e impedir que ações validamente propostas esbarrem em questões processuais, impedindo que leis que afrontam direitos e garantias fundamentais continuem produzindo efeitos em razão da não observância das peculiaridades que envolvem esse tipo de ação.

Portanto, a compreensão dessas particularidades é essencial para a construção de uma estrutura legal sólida, que promova a descentralização sem abrir mão dos princípios fundamentais que sustentam o Estado de Direito. É por meio desse equilíbrio delicado que as leis municipais podem verdadeiramente cumprir seu propósito de servir ao bem-estar das comunidades, dentro dos limites da legalidade e da constitucionalidade.

6. REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37-38.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, 1969 – *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: JUSPODIVM, 2006.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999. Pag. 67-68.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, 1969 – *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: JUSPODIVM, 2006, pag. 143.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, 1969 – *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: JUSPODIVM, 2006, pag. 99.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio – *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis* – cit., p. 36-37 e 46. *Apud*. MENDES, Gilmar Ferreira – *Curso de direito constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em:

< <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 29 de agosto de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91; 93

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Os Estados-membros da Federação não podem afastar a legitimidade ativa do Chefe do Ministério Público estadual para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3dfa05a594c0e171bc690aa9101496b6>>. Acesso em: 24/08/2023

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspdodivm, 2015, p. 82.

STF - ARE: 1130609 SE - SERGIPE 0005294-41.2015.8.25.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/05/2018, Data de Publicação: DJe-120 18/06/2018. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/867923916>. Acesso em 25/08/2023.

STF - AgR RE: 1126828 SP - SÃO PAULO 0019255-27.2012.8.26.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 04/02/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-038 21-02-2020). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/815421418/inteiro-teor-815421428>. Acesso em 25/08/2023.

HOMICÍDIO PRATICADO COM DOLO EVENTUAL E COMPATIBILIDADE COM AS QUALIFICADORAS DE MEIO PREVISTAS NO ART. 121, §2º, IV, CP

PEDRO CESAR VIEIRA CAMILLO:

Procurador Legislativo Municipal. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Ananaguera. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

RESUMO: A finalidade do presente trabalho é averiguar a congruência das qualificadoras previstas no art. 121, §2º, inciso I, Código Penal (traição, emboscada e dissimulação ou outro meio que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido) com o homicídio praticado com dolo eventual (dolo indireto), considerado que neste o agente não persegue o resultado objetivamente, mas assume o risco de sua produção, de forma que, *a priori*, há contrassenso imputar qualificadores que pressupõem surpresa a agente que unicamente assumi risco de produção do resultado morte.

Palavras-chave: homicídio – qualificadoras de meio traição, emboscada, dissimulação ou outro meio que dificulte ou impossibilite a defesa – dolo eventual.

ABSTRACT: The purpose of this work is to verify the congruence of the qualifiers provided for in art. 121, §2, item I, Penal Code (betrayal, ambush and dissimulation or other means that make it difficult or impossible for the victim to defend himself) with homicide committed with eventual intent (indirect intent), considering that in this case the agent does not pursue the result objectively, but assumes the risk of its production, so that, *a priori*, it makes no sense to impute qualifiers that presuppose surprise to the agent who only assumed the risk of producing the result of death.

Keywords: homicide - qualifiers of treachery, ambush, dissimulation or other means that make defense difficult or impossible - eventual deceit.

1. INTRODUÇÃO

O dolo eventual, espécie de dolo indireto, pressupõe a assunção do risco de produção do resultado, verdadeira indiferença com a sua ocorrência. Logo, o agente não persegue imediatamente a produção do resultado.

De acordo com a Fórmula de Frank, o dolo eventual é caracterizado pelo seguinte raciocínio: “seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei”.

De outra banda, as qualificadoras em comento pressupõem elementos intelectual e volitivo voltados a assim agir, ou seja, a princípio, seria impossível “assumir o risco” de matar mediante traição, emboscada, dissimulação ou outro meio que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

Assim sendo, averiguar-se-á a viabilidade de imputação das referidas qualificadores daquele que age com dolo eventual.

2. COMPREENSÃO DO DOLO EVENTUAL

Primeiramente, importante trazer à baila a distinção entre dolo direto e indireto eventual.

No dolo direito, dolo por excelência, o agente busca praticar a conduta descrita no tipo, quer encher os elementos objetivos descritos no tipo penal. Já no dolo eventual, embora não queira objetivamente praticar a infração penal, não se abstém de agir, de modo que assume o risco de produzir o resultado objetivamente previsto e aceito (GRECO, 2022)174.

No mesmo rumo (PRADO, 2014, p. 300-301)175:

a) Dolo direto: o agente quer o resultado como fim de sua ação e o considera unido a esta última, isto é, o resultado produz-se como consequência de sua ação (vontade de realização). A vontade se dirige ao perfazimento do fato típico principal (tipo objetivo) querido pelo autor. Engloba também, em certas hipóteses, as consequências secundárias necessariamente vinculadas à prática da ação (dolo mediato ou de consequências necessárias). A vontade reitoria - finalidade - abrange, além do resultado diretamente visado como fim principal do agente, outras consequências derivadas de modo necessário da execução da conduta típica.

b) Dolo eventual (*dolus eventualis*): significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela. O agente não quer diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou provável - "assume o risco da produção do

174 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022. Livro Eletrônico.

175 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – 13 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

resultado" (art. 18, I, in fine, CP). O agente conhece a probabilidade de que sua ação realize o tipo e ainda assim age. Vale dizer: o agente consente ou se conforma, se resigna ou simplesmente assume a realização do tipo penal. Diferentemente do dolo direto, no dolo eventual "não concorre a certeza de realização do tipo, nem este último constitui o fim perseguido pelo autor". 71 A vontade também se faz presente, ainda que de forma mais atenuada.

Interessante a problemática no aspecto prático quanto ao dolo eventual (Idem, 2022):

No entanto, embora, aparentemente, não se tenha problema em conceituar o dolo eventual, sua utilização prática nos conduz a uma série de dificuldades. Isto porque, ao contrário do dolo direto, não podemos identificar a vontade do agente como um de seus elementos integrantes, havendo, tão somente, a consciência, o que levou Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée a concluir que, na verdade, o dolo eventual não passa de uma espécie de culpa com representação, punida mais severamente.

Assim sendo, parece ser incompatível aceitar que o agente, sem buscar imediatamente o resultado, assumiria o risco de causá-lo por meio de traição, emboscada e dissimulação, isso porque intrinsecamente exigiriam uma conduta preordenada no aspecto volitivo.

3. QUALIFICADORAS DE TRAIÇÃO, EMBOSCADA E DISSIMULAÇÃO OU OUTRO MEIO QUE DIFICULTE OU IMPOSSIBILITE A DEFESA

Consideradas como qualificadoras pelos "modos" de execução por dificultarem ou impossibilitarem a defesa da vítima, a **traição** está atrelada à deslealdade por meio de ataque de forma súbita, sorrateira e sem demonstrar a intenção hostil; a **emboscada** ao ocultamento, que veladamente aguarda a vítima para fins de surpreendê-la e facilitar a obtenção do resultado, o agente se oculta para surpreender a vítima e atingi-la mais facilmente; já na dissimulação, há o encobrimento da intenção delitiva, de modo que torna mais difícil a defesa da vítima (PRADO, 2014, p. 640).

Outro meio que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima, em função de interpretação analógica admitida na seara penal, que não se confunde com o emprego de analogia, cuida-se de fórmula genérica após enunciações casuísticas, entende-se que para enquadramento indispensável a presença de "surpresa" no modo de agir (BITENCOURT, 2019):

A surpresa constitui um ataque inesperado, imprevisto e imprevisível; além do procedimento inesperado, é necessário que a vítima não tenha razão para esperar a agressão ou suspeitar dela. A surpresa assemelha-se muito à traição. Não basta que a agressão seja inesperada; é necessário que o agressor atue com dissimulação, procurando, com sua ação repentina, dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima.

Para se configurar a surpresa, isto é, recurso que torna difícil ou impossível a defesa do ofendido, é necessário que, além do procedimento inesperado, não haja razão para a espera ou, pelo menos, suspeita da agressão, pois é exatamente a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de defesa da vítima que fundamenta a qualificadora.

Por vezes, a surpresa confunde-se com a traição. Por exemplo, matar a vítima dormindo ora pode caracterizar traição, ora pode caracterizar surpresa, dependendo das circunstâncias. Por exemplo, ao matar a vítima dormindo, violar a confiança e a lealdade que esta lhe depositava, como é o caso de quem convive sob o mesmo teto. No entanto, haverá surpresa se o sujeito ativo, ao procurar a vítima para matá-la, encontra-a adormecida, exterminando-lhe a vida.

Como exemplos elucidativos, menciona-se caso de tentativa de homicídio por meio da qualificadora de traição:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A VIDA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. QUALIFICADORAS DA TRAIÇÃO MANTIDA. DEMAIS QUALIFICADORAS AFASTADAS. [...] 2. **Quanto ao crime cometido à traição, deve ser mantida, sendo a situação mais genérica que descreve, em tese, o caso dos autos. Réus e vítima conviviam e coabitavam na mesma residência, tendo os acusados se aproveitado da circunstância para cometer o delito. A quebra de confiança revela-se em conduta desleal que se dirige contra vítima naturalmente descuidada, no recesso do lar, confiante e de boa-fé na normalidade das relações. Guarda baixa, desprevenida a vítima, propicia-se maior segurança para os agentes perpetrarem o desígnio criminoso.** [...] 4. Por fim, tampouco há como submeter à apreciação dos jurados a questão

atinente ao crime cometido mediante dissimulação. Veja-se que o fato de os réus simularem amizade e, com isso, ministrarem substância que fez com que a vítima adormecesse já foi considerado para a configuração do quadro de traição, não podendo ser novamente valorado, sob pena de indevido bis in idem. A traição foi descrita na denúncia como agir de forma infiel, aproveitando-se da relação de confiança, afeto dissimulado, evidentemente e coabitação que tinham com a vítima. **Portanto, todas as condutas descritas confluem, em termos de qualificação, para um crime traiçoeiro, remanescendo uma única incidência do inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal.** Os atos que, articulados, progressivamente aproveitaram a situação e possibilitaram o início da execução hão de ser considerados, se for o caso, em termos de maior censurabilidade, com reflexos na culpabilidade e, por conseguinte, na dosimetria da pena pela tentativa de homicídio qualificado, e não, por amor à clareza, por tentativa de homicídio triplamente qualificado. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-RS - RSE: 70075622951 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 13/12/2017, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/02/2018)

Quanto à dissimulação:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECOTE DA QUALIFICADORA. DISSIMULAÇÃO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. NECESSIDADE. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. DADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Tendo havido discussão e luta corporal entre vítima e acusado momentos antes do réu retornar ao local dos fatos, desafiar a vítima e esta se dirigir a ele com intuito de contenda e sofrer facadas, tal dinâmica desnatura a qualificadora da dissimulação, razão pela qual o caso é de anulação da sentença condenatória, por considerar que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, devendo o acusado ser submetido a novo julgamento. 2. Recurso provido. Julgamento cassado. V.V. APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - DISSIMULAÇÃO - TRIBUNAL DO JÚRI - DECISÃO AMPARADA NA PROVA DOS AUTOS - ACOLHIMENTO DA TESE MINISTERIAL PELO CONSELHO DE SENTENÇA - CONDENAÇÃO MANTIDA. - **A qualificadora do crime de homicídio referente à dissimulação deve ser compreendida como a ocultação da intenção da prática delitiva,**

surpreendendo, então, a vítima. - Age em dissimulação o acusado que, após calorosa briga, vai à sua residência, arma-se com uma faca, escondendo-a em seu corpo, volta ao local do crime, chama a vítima para conversar, e, ao aproximarem-se, alveja-a com facadas. - O Conselho de Sentença é livre na escolha e valoração da prova, podendo optar pela tese (defensiva ou acusatória) que entender correta, sendo certo que somente quando a decisão for completamente equivocada, divorciada do contexto probatório produzido, será possível a cassação do veredicto popular. (TJ-MG - APR: 10175100000389002 Conceição do Mato Dentro, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 11/09/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 19/09/2014)

No que tange à emboscada:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO (CP, ART. 121, § 2º, IV, C/C ART. 14, II). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. QUALIFICADORA PELA EMBOSCADA CORRETAMENTE RECONHECIDA. AFASTAMENTO DA TESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. POSSIBILIDADE DO CONSELHO DE SENTENÇA ACOLHER UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS. NULIDADE AFASTADA. - Não cabe anulação do decreto condenatório quando os jurados optam por uma das correntes apresentadas - **A emboscada é reconhecida quando há tocaia, tendo o sujeito ativo premedita o homicídio e aguardado ocultamente a passagem ou chegada da vítima, que se encontra desprevenida, para o fim de atacá-la - Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovemento do recurso - Recurso conhecido e desprovido.** (TJ-SC - APR: 20090534151 Itaiópolis 2009.053415-1, Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 14/07/2011, Quarta Câmara Criminal)

Em relação a meio que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima:

E M E N T A – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – FEMINICÍDIO NA PRESENÇA DE DESCENTE DA VÍTIMA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA INCLUSÃO DE QUALIFICADORAS DO MEIO CRUEL, RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E MOTIVO FÚTIL – IMPOSSIBILIDADE – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA – RECURSO

IMPROVIDO. A repetição de golpes de faca (nove golpes) contra vítima não é circunstância capaz de autorizar a imposição da qualificadora do meio cruel, que só ocorre quando haja prova do meio que aumenta o sofrimento da vítima, revelando a crueldade por parte do ânimo calmo do agente, na escolha dos meios capazes de infligir o maior padecimento desejado. **A qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima deve assemelhar-se à traição, emboscada ou dissimulação, não bastando para sua configuração, que a vítima esteja em desvantagem de força ou de arma, sendo necessária a demonstração da surpresa.** Desse modo, se a vítima percebeu que o réu estava armado com uma faca, logo após uma discussão, e teve oportunidade de entrar em luta corporal com seu algoz, chegando até mesmo a feri-lo, **descaracterizada a surpresa na ação e via de consequência a respectiva qualificadora.** Tratando-se de um só crime, não há como coexistir duas qualificadoras de natureza subjetiva, tais como a do motivo fútil e a do feminicídio, dada a manifesta incompatibilidade lógica delas. Afasta-se, portanto, a qualificadora do motivo fútil e mantém a do feminicídio, por ser esta mais abrangente. Recurso improvido, contra o parecer. (TJ-MS - RSE: 00003336320168120039 MS 0000333-63.2016.8.12.0039, Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro, Data de Julgamento: 05/09/2017, 1ª Câmara Criminal)

Assim sendo, no aspecto volitivo, não parece crível aceitar que alguém “assumiria o risco” de agir trair, emboscar, dissimular ou agir por outro meio que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima, isto é, como conciliar modo de agir dotado de surpresa com um resultado não diretamente buscado.

4. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Tradicionalmente, tanto decisões do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal se revelam contrárias à admissão de dolo eventual nas referidas qualificadoras (CAVALCANTE, 2023):

O dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (traição, emboscada, dissimulação). Para que incida a qualificadora da surpresa é indispensável que fique provado que o agente teve a vontade de surpreender a vítima, impedindo ou dificultando que ela se defendesse. Ora, no caso do dolo eventual, o agente não tem essa intenção, considerando que não quer matar a vítima, mas apenas assume o risco de produzir esse resultado. Como o agente não deseja a produção do resultado, ele não direcionou sua

vontade para causar surpresa à vítima. Logo, não pode responder por essa circunstância (surpresa). STF. 2ª Turma. HC 111442/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/8/2012 (Info 677).

A qualificadora de natureza objetiva prevista no inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal não se compatibiliza com a figura do dolo eventual, pois enquanto a qualificadora sugere a ideia de premeditação, em que se exige do agente um empenho pessoal, por meio da utilização de meio hábil, como forma de garantia do sucesso da execução, tem-se que o agente que age movido pelo dolo eventual não atua de forma direcionada à obtenção de ofensa ao bem jurídico tutelado, embora, com a sua conduta, assumo o risco de produzi-la. STJ. 6ª Turma. EDcl no REsp 1848841/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 2/2/2021.

A discussão ganha mais contornos em delitos envolvendo morte resultante da direção de veículo automotor.

Nesse rumo, no Recurso Especial n. 1.829.601 – PR, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestou favoravelmente à concordância do dolo eventual com a qualificadora de meio cruel (art. 121, §1º, inc. III, CP):

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PRONÚNCIA. DOLO EVENTUAL. QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL. COMPATIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Consiste a sentença de pronúncia no reconhecimento de justa causa para a fase do júri, com a presença de prova da materialidade de crime doloso contra a vida e indícios de autoria, não representando juízo de procedência da culpa. 2. Inexiste incompatibilidade entre o dolo eventual e o reconhecimento do meio cruel para a consecução da ação, na medida em que o dolo do agente, direto ou indireto, não exclui a possibilidade de a prática delitativa envolver o emprego de meio mais reprovável, como veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel (AgRg no RHC 87.508/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 03/12/2018). 3. É admitida a incidência da qualificadora do meio cruel, relativamente ao fato de a vítima ter sido arrastada por cerca de 500 metros, presa às ferragens do veículo, ainda que já considerado ao reconhecimento do dolo eventual, na sentença de pronúncia. 4. Recurso especial provido para restabelecer

a qualificadora do meio cruel reconhecida na sentença de pronúncia. (REsp n. 1.829.601/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, **Sexta Turma**, julgado em 4/2/2020, DJe de 12/2/2020)

Ocorre, no caso em comento, que se tratou de atropelamento de vítima arrastada por mais de quinhentos metros nas ferragens do veículo devido à tentativa de fuga do local do crime. Evidentemente não justificável ao aspecto jurídico, pressupõe-se que as características do caso concreto e a busca por maior rigorismo podem ter altamente influenciado o desfecho da decisão.

Recentemente, neste ano de 2023, a Sexta Turma indica ter guinado para o entendimento de compatibilidade do eventual com as qualificadoras previstas no inciso IV, §1º, art. 121, CP:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 483, II E § 4º, 564, III, K E PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CPP. TESE DE NULIDADE NA INVERSÃO DA ORDEM DOS QUESITOS. DEFESA QUE NÃO SUSCITOU ILEGALIDADE NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. JURADOS QUE TIVERAM A OPORTUNIDADE DE MANIFESTAR ACERCA DA TESE DEFENSIVA DA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 18, I, 121, § 2º, IV, AMBOS DO CP E 593, III, D, DO CPP. TESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. PLEITO DE SUBMISSÃO A NOVO JÚRI. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE RATIFICOU A CONDENAÇÃO, APRESENTANDO SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO A JUSTIFICAR A ESCOLHA ADOTADA PELO JÚRI. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. **PLEITO DE DECOTE DA QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIDADE COM O DOLO EVENTUAL ADMITIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR.** VIOLAÇÃO DO ART. 65, III, D, DO CP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA, AINDA QUE NÃO CONSIDERADA COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. RECENTE JURISPRUDÊNCIA DA QUINTA TURMA. RESP 1.972.098/SC, DJE 20/6/2022. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE SE IMPÕE. VIOLAÇÃO DO ARTS. 14, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP E 492, I, C, DO CPP. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO DE PENA. VERIFICAÇÃO DO ITER CRIMINIS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

[...]

12. Não obstante a existência de julgados desta Corte Superior a respeito da incompatibilidade entre o dolo eventual e a qualificadora objetiva referente ao recurso que dificultou a defesa da vítima, tem-se a **recente orientação** no sentido de que: "elege-se o posicionamento pela compatibilidade, em tese, do dolo eventual também com as qualificadoras objetivas (art. 121, § 2º, III e IV, do CP). Em resumo, as referidas qualificadoras serão devidas quando constatado que o autor delas se utilizou dolosamente como meio ou como modo específico mais reprovável para agir e alcançar outro resultado, mesmo sendo previsível e tendo admitido o resultado morte" (AgRg no AgRg no REsp 1.836.556/PR, Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe de 22/6/2021). [...] No caso, as instâncias de origem fundamentaram adequadamente a preservação da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, notadamente diante dos suficientes indicativos de que os golpes de instrumento cortante realizados pelo acusado teriam ocorrido de inopino, sem a vítima esperar ataque semelhante, sendo incabível, portanto, a sua exclusão no presente momento processual (AgRg no HC n. 678.195/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 20/9/2021). [...] (REsp n. 1.903.295/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 6/3/2023.)

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça sinaliza na mesma direção:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 315, § 2º, E 619 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. QUESTÃO PREJUDICADA. DOLO EVENTUAL. SÚMULA 7/STJ. **TENTATIVA E QUALIFICADORAS DO PERIGO COMUM E DO MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. COMPATIBILIDADE COM O ELEMENTO SUBJETIVO.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Inexiste ofensa aos arts. 315, § 2º, e 619 do CPP, pois o Tribunal de origem se pronunciou sobre todos os aspectos relevantes para a definição da causa. Ressalte-se que o julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos das partes, bastando que resolva a situação que lhe é apresentada sem se omitir sobre os fatores capazes de influir no resultado do julgamento. 2.

Proferida a decisão de pronúncia, torna-se prejudicada a discussão quanto à inépcia da denúncia.

3. "O elemento psíquico do agente é extraído dos elementos e das circunstâncias do fato externo. Não há como afastar o decisum que reconheceu o dolo eventual em crime de homicídio na direção de veículo automotor, de forma fundamentada e com base nas provas dos autos, ao apontar sinais concretos do agir doloso, a saber, a ingestão de álcool, o excesso de velocidade e a indiferença do recorrente ante o resultado danoso. A investigação conclusiva sobre a alegada ausência do elemento subjetivo do tipo demandaria incursão vertical sobre o extenso material probatório produzido sob o crivo do contraditório, vedada pela Súmula n. 7 do STJ" (REsp n. 1.358.116/RN, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2016, DJe de 10/10/2016.) 4. A tentativa e as qualificadoras do perigo comum e do meio que dificultou a defesa da vítima são compatíveis com o dolo eventual. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 2.001.594/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.)

No que tange ao Supremo Tribunal Federal, considerando que a maioria esmagadora das decisões não se posicionam, mas apenas remetem à competência do tribunal do júri sob pena de supressão de instância, encontra-se decisão que expressamente afastou a convivência do dolo eventual com as qualificadoras em comento:

Habeas corpus. 2. Homicídio de trânsito. Embriaguez. Alta velocidade. Sinal vermelho. 3. Pronúncia. Homicídio simples. 4. Dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (traição, emboscada, dissimulação). 4. Ordem concedida para determinar o restabelecimento da sentença de pronúncia, com exclusão da qualificadora.

(HC 111442, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012 RJTJRS v. 47, n. 286, 2012, p. 29-33)

Quanto ao cerne da fundamentação empregada na decisão:

Pois bem. No dolo eventual, a despeito de o agente ter assumido o risco de produzir o resultado, por certo não o quis (frise-se, se o desejasse, o dolo seria direto e não eventual). Nesse sentido, se não

deseja a produção do resultado, muito mais óbvio concluir que o agente não direciona sua vontade para impedir, dificultar ou impossibilitar a defesa do ofendido. É exatamente neste ponto que reputo residir a incompatibilidade entre o dolo eventual e a qualificadora da surpresa, prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal indica ser consonante à doutrina majoritária, bem como mais coeso à lógica jurídica empregada no dolo eventual, no qual o agente não busca diretamente a produção do resultado.

4. CONCLUSÃO

Assim sendo, o homicídio praticado com dolo eventual não pode servir como instrumento ao direito penal simbólico, como forma de recrudescimento das consequências do fato para servir aos anseios de casos que causam comoção ou repercussão social. O dolo eventual, assunção de risco de produzir o resultado, no sentido jurídico, demonstra ser incompatível com o agir imbuído de “surpresa”, característica indispensável à traição, à emboscada, à dissimulação ou outro meio que dificulte ou impossibilite a defesa do ofendido. Na conjectura atual, as decisões no âmbito do Superior Tribunal de Justiça têm aplicado o entendimento de compatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras previstas no art. 121, §2º, inc. IV, CP nos casos de delitos de trânsito, mas sempre é prudente destacar que a interpretação elástica e nitidamente forçada não impede futuramente que seja adotada em outras hipóteses distintas, praticamente uma onda de enrijecimento do direito penal. De forma não técnica, referidas decisões muitas vezes servem a um falso anseio de busca por justiça, obviamente uma falsa justiça, tendo em vista que o homicídio na forma simples ou culposa possui pena muito aquém quando comparada à forma qualificada no homicídio doloso.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A SUA RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LUIS FELIPE DA SILVA MATHIAS:
Advogado e Encarregado de Dados (DPO)
da AACRIMESC.¹⁷⁶

RESUMO: O presente artigo aborda o histórico das legislações digitais protetivas e o surgimento da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. Com enfoque na historicidade das normas atinentes ao direito de privacidade, este artigo visa coadunar os alicerces das novas legislações com os impactos sociais decorrentes de uma implementação recente. O método de abordagem foi o dedutivo, em que se partiu de uma perspectiva macro das legislações digitais protetivas já publicadas anteriormente para delinear os aspectos jurídicos da legislação brasileira a respeito do tema. A pesquisa ostenta caráter qualitativo, enfatizando a subjetividade do assunto e com maior interesse pelo processo (análise crítica) do que pelos resultados. A técnica de pesquisa foi a de revisão bibliográfica de fontes primárias e secundárias, por meio da qual se buscou material em livros temáticos, artigos científicos publicados em periódicos diversos, assim como análise legislativa.

Palavras-chave: Histórico legislativo digital. Lei Geral de Proteção de Dados. Implementação. Agentes de Tratamento.

Introdução

A preocupação com a privacidade não é algo recente. Há décadas os países estrangeiros já vinham disciplinado a questão através de regulamentos próprios, diretivas, ou até mesmo normais de cunho autorregulatório. Privacidade, portanto, não é um tema afeto à tecnologia, como muito se difunde. Em verdade, a separação das informações em consonância com sua estreita finalidade já era praticada muito antes da difusão da própria comunicação extrapolar fronteiras.

Conforme se verá nesse excerto, não basta legislar. É preciso que as entidades jurídicas possuam meios sancionatórios e coercitivos para outorgar efetividade àquilo que foi legislado. Abordando parte desses métodos, o artigo se propõe a traçar paralelos com a realidade legislativa e sua evolução ao longo das últimas décadas, para então descortinar a atual realidade voltada ao ordenamento brasileiro.

Por fim, será delineado qual o papel dos agentes de tratamento – delegações legais – para assegurar a proteção de dados no Brasil, e quais os impactos decorrentes de uma recente implementação.

176 E-mail: advtech.mathias@gmail.com

Histórico das legislações digitais e a origem da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/19) foi inspirada na *General Data Protection Regulation* (GDPR) – legislação europeia que tem como escopo regular a proteção de dados de usuários, fito semelhante ameadado no teor da versão brasileira.

Todavia, a inspiração normativa não advém apenas do regulamento europeu, eis que o Direito Digital teve como marcos inaugurais diversas outras normativas no passado, que foram evoluindo através do tempo até culminar na famígera regulamentação atual, que dispõe de maneira ampla e sintética do conglomerado que é a privacidade e a autodeterminação informacional.

Permitindo-se a retrospectiva histórica no que tange às legislações em privacidade, tem-se como norma precursora conhecida a Diretiva 46 de 1995 do Parlamento e Conselho Europeu, cujo teor estabeleceu os primeiros princípios e normas aplicados hoje em dia. Isso em uma época em que a Internet era pouquíssimo difundida para cidadãos comuns, excetuados os serviços e pesquisas acadêmicas que já demandavam a combinação binária para otimizar seus resultados.

Conforme se destrinchará no delinear desta pesquisa, os princípios que hoje são utilizados na Lei Geral de Proteção de Dados já tiveram seu prematuro nascimento quando da publicação da Diretiva Europeia. Dentre eles, frisa-se: Princípio da finalidade, qualidade (licitude), legitimidade, dentre outras garantias que dizem respeito ao livre acesso à informação.

Nessa senda, exprimem-se tais princípios do enaltecimento Europeu de 1995, em seus itens 25 e 26:

(25) Considerando que os princípios de protecção devem encontrar expressão, por um lado, nas obrigações que impendem sobre as pessoas, as autoridades públicas, as empresas, os serviços ou outros organismos responsáveis pelo tratamento de dados, em especial no que respeita à qualidade dos dados, à segurança técnica, à notificação à autoridade de controlo, às circunstâncias em que o tratamento pode ser efectuado, e, por outro, nos direitos das pessoas cujos dados são tratados serem informadas sobre esse tratamento, poderem ter acesso aos dados, poderem solicitar a sua rectificação e mesmo, em certas circunstâncias, poderem opor-se ao tratamento;

(26) Considerando que os princípios da protecção devem aplicar-se a qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável; que, para determinar se uma pessoa é identificável, importa considerar o conjunto dos meios susceptíveis de serem razoavelmente utilizados, seja pelo responsável pelo tratamento, seja por qualquer outra pessoa, para identificar a referida pessoa; que os princípios da protecção não se aplicam a dados tornados anónimos de modo tal que a pessoa já não possa ser identificável; que os códigos de conduta na acepção do artigo 27º podem ser um instrumento útil para fornecer indicações sobre os meios através dos quais os dados podem ser tornados anónimos e conservados sob uma forma que já não permita a identificação da pessoa em causa;

Dessarte, depreende-se que desde 1995, em âmbito internacional, houve um olhar de preocupação e regulamentação em privacidade, estabelecendo normas precursoras da modalidade jurídica no ordenamento global. Da publicação da Diretiva 46/95/CE até hoje foram anos de inovação e abruptas mudanças no globo. Do rompimento de fronteiras até a era da internet o mundo seguiu em constante erosão social, fato que possui desdobramentos complexos e muito relevantes até o presente momento.

A tecnologia apareceu imersa nesse ideário, de tal forma que se pensava que poderia vir a "alterar o mundo, transformar os nossos empregos, revolucionar as nossas famílias e educar os nossos filhos [...] mudar os métodos agrícolas e médicos tradicionais, assim como modificar os genes dos organismos vivos, talvez mesmo o organismo humano" (WINNER, 2003, p. 79).

A era digital, por sua vez, pode ser comparada ao termo "automatização", ou até mesmo "virtualização", a qual está intimamente ligada ao novo estilo de comunicação, no sentido de divulgação de produtos e informações de maneira exponencial.

"A era digital difundiu uma nova forma de comunicar-se, de levar conhecimento a inúmeros pontos antes nunca mensurados ou conhecidos." (CARVALHO, 2014, p. 132). Em outras palavras, o avanço tecnológico tende a crescer mais ainda, pois está acelerando as práticas de mercado pela transposição dos negócios do físico ao virtual, as notícias de legítimas para dubitáveis (pois emergem de inúmeras fontes não verificadas), e a lei em um fenômeno obsoleto. E, assim, aqueles que não acompanharem esse ritmo ficaram relegados às intempéries de uma nova era, talvez cegados pela nebulosidade da disrupção.

Segundo Berçott (2014),

os países que acompanham o crescimento acelerado desta “Era”, apostam suas guinadas no investimento pesado de suas estruturas em tecnologia, as empresas estão focando suas propagandas nos meios on-line e baseando pesquisas de nicho de mercado a partir de coletas virtuais de dados.

Com efeito, o termo *disrupção*¹⁷⁷ também pode ser entendido como o ato de romper, de interromper o curso natural, de gerar uma ruptura. A etimologia da palavra “disrupção” vem do latim “*disruptio onis*”, ou seja, fratura ou quebra. Adicionalmente, o fato de existirem diversas definições de inovação aumentam o desafio para correta interpretação do termo (MICHAELIS, 2020). O resultado é o que acontece quando as palavras são mal utilizadas pelas massas: a palavra assume o significado mal utilizado. Assim é com a lei.

No período compreendido entre a publicação da Diretiva 46/95/CE até o ano de 2011, em que pese o distanciamento regional e diplomático da normativa europeia, o Brasil estava desamparado por qualquer regulamentação interna. Isso foi suprido parcialmente pela vigência da Lei de Acesso à Informação (LAI).

Diferentemente da diretiva europeia, cujos princípios foram ressignificados ou simples reproduzidos por legislações *a posteriori*, a Lei de Acesso à Informação incluiu o inciso XXXIII no art. 5º da CF/88:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Consolidou portanto, o acesso à informação como direito fundamental constitucional (art. 3º, caput, da Lei 12.527/11). Nesse ponto em específico, há de se frisar que o Código de Defesa do Consumidor já previa o dever de informação como direito básico do consumidor, e, portanto, já havia ônus por parte das empresas e organizações, já estava estampado no ordenamento pátrio (art. 6º, III, do CDC).

Todavia, o dever informacional na hipótese consumerista estava correlacionada à hipossuficiência técnica do indivíduo nas relações consumeristas, sem que

¹⁷⁷Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/disrup%C3%A7%C3%A3o/>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

necessariamente fosse uma preocupação precípua à privacidade de dados do titular, e sim sua defesa de possíveis violações meramente comerciais.

Ressalvados os benefícios e peculiaridades de cada legislação, o fato é que a Lei de Acesso à Informação teve reflexo social no âmbito brasileiro, pois foi também motivada e impulsionada pelo clímax de insatisfação política ocasionada pelos diversos escândalos de corrupção, culminando em diversas passeatas e protestos ao redor do país, tais como o conhecido movimento do “gigante acordou”, no ano de 2013. Em que pese o caráter político das manifestações, de maneira técnica, a insatisfação se dava pela ingerência de recursos públicos mediante a ausência completa de transparência na obtenção de vantagens e desvios financeiros, dentre outros.

Não é objeto desta pesquisa adentrar-se nos meandros da política brasileira, e sim salientar que as crises sociais políticas têm origem íntima e indissociável com o tratamento e disposição de dados pessoais, ao passo que o legislador vem tentando, de maneira recalcitrante (e talvez inócua), corrigir os efeitos de uma sociedade que é eminentemente movida pela informação. Dados movem pessoas e transformam países. Todo o estado democrático depende de sua gerência. Se assim não o fosse, a discussão sobre censura e fake news nos dias atuais não estaria tão acentuada.

Esgotadas as breves considerações acerca dos reflexos sociais da proliferação informacional, surge a ampla difusão do ecossistema de todos os dados: a Internet.

O advento dos gadgets, dos smartphones e do 3G (à época) fez com que o segmento majoritário brasileiro aderisse ao uso desenfreado da rede mundial de computadores. Outro marco notável foi a produção de conteúdo em plataformas como o Youtube, o Instagram, estímulo jornalístico pelo Twitter, dentre outras. Sem lei específica que a regulasse, a Internet passou a ser um antro de violações dos direitos autorais, de crimes contra a honra, exposição de pessoas, etc.

Esse “caos” mais uma vez demandou uma regulação legislativa. Cumpre ressaltar novamente, que o fato social ocorreu, teve seus impactos no cerne da comunidade e, somente depois, nasceu a Lei, com natureza reativa. Essa premissa será ratificada ao longo de toda esta pesquisa, eis que seu caráter moroso foi mote para a publicação da segunda legislação vultosa no Brasil no que tange aos dados pessoais, e, de certa maneira, à privacidade.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) surgiu com o escopo de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet do Brasil (art. 1º, MCI). À época, havia a intenção de incluir um dispositivo de lei obrigando a guarda de dados dos usuários brasileiros no país, mas não chegou a ser aprovado. Desse modo, pela lei aprovada, ficou estipulado no art. 11 que:

Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorre em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos a privacidade, a proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Em outras palavras, o Marco Civil da Internet, sem sombra de dúvidas, estatuiu muitos dos princípios legislativos que pairam sobre a Lei de Dados, muito embora a segunda lei decorra quase que totalmente de uma inspiração internacional, assim como ocorreu com o MCI de 2014.

À época, já estava sendo deliberada no parlamento europeu a confecção de uma legislação específica em privacidade de dados (GDPR), ao passo que no Brasil estava sendo implementada uma certa cultura de cautela no uso da Internet. Permitindo o desafogo normativo, não se faz aqui uma crítica infundada à eficiência do legislativo brasileiro, mas sim, a vinculação estrita à demonstração histórica pelos marcos temporais legislativos e seus reflexos sociais. Foram fatores sociais específicos que deram azo à quebra da inércia estatal para regulamentar a privacidade, e portanto, compõem as razões de ser das violações sofridas por titulares hoje em dia, que na data de publicação desta pesquisa permanecem ocorrendo.

Com efeito, gozando das prerrogativas de um status pioneiro na regulamentação de dados pessoais, o Conselho Europeu aprovou o Regulamento Geral de Proteção de Dados (General Data Protection Regulation - GDPR) em abril de 2016. Com tempo de *vacatio legis* muito semelhante ao do Brasil (aproximadamente dois anos), o regulamento passou a vigorar em maio de 2018.

Alicerces e figuras centrais da regulamentação em dados foram inaugurados no regulamento europeu, até por esse motivo se justifica a grande atribuição da importância do GDPR, quais sejam: a criação de agências centrais, a distinção dos profissionais de dados (figuras legais), o estabelecimento de boas práticas, aplicação de multas e sanções não-pecuniárias, etc.

Além das figuras legais, foi ratificada uma tremenda importância para a manifestação de vontade do titular de dados. Em outras palavras, o consentimento, quando do fornecimento de dados, passou a exigir alguns rígidos requisitos, a exemplo a manifestação livre, informada e inequívoca, respeitando-se a granularidade dos serviços utilizados, sem que o serviço seja obstado. Descumprir este importante requisito para tratar

dados fez com que diversas empresas internacionais fossem sancionadas, dentre elas, o gigante Google:

O Google é a primeira grande “vítima” do GDPR, o rigoroso conjunto de regras sobre privacidade que entrou em vigor na União Europeia em maio do ano passado: a companhia foi multada em € 50 milhões por reguladores franceses sob acusação de não explicar de forma clara como informações de usuários são usadas e não exigir consentimento explícito para acesso a esses dados. Essa não é a primeira multa baseada no GDPR, mas é, até agora, a maior. A CNIL, agência francesa de proteção de dados responsável pela punição, [...] concluiu que o Google não cumpriu com o princípio da transparência do GDPR: detalhes como propósito para a coleta de dados e período de armazenamento de informações até existem, mas estão distribuídos em muitos documentos, obrigando o usuário a acessar vários links para encontrá-los. Além disso, esses detalhes foram propositalmente redigidos de modo obscuro, no entendimento da CNIL. O GDPR exige uso de linguagem clara, concisa e transparente para que qualquer pessoa possa compreender como seus dados são tratados. Outra violação apontada pela CNIL está no aspecto do consentimento. Essa “diluição” das informações sobre tratamentos de dados acaba fazendo o usuário concordar com aspectos pouco claros quando, na verdade, o GDPR exige que o serviço faça solicitações específicas e inequívocas de consentimento. (ALECRIM, 2019)

Inobstante a vultosa cifra ter significado um impacto financeiro relativamente significativo para a empresa, os principais efeitos de uma sanção podem não ser financeiros. A reputação da companhia no âmbito virtual é muito mais importante, eis que os usuários apenas irão frequentar os portais e utilizar ferramentas da companhia acaso encontrem segurança digital. Se não há confiança no mundo de dados, não há lucro.

Por outro lado, a multa pecuniária também pode ser extremamente impactante, como foi o caso do Facebook. O escândalo da Cambridge Analytica que desestabilizou as eleições americanas no ano de 2018 utilizou-se de dados sensíveis dos eleitores norte-americanos para privilegiar o destino eleitoral do então presidente Donald Trump.

Segundo SUMARES (2018, p. 86), esses dados foram usados para criar padrões utilizados pela empresa e também manipular pessoas. De igual modo, era possível ter ciência do tempo de exposição dos usuários, do seu perfil de resistência à anúncios e aos conteúdos disparados.

Com efeito, essa prática ocasionou a indigesta multa pecuniária de US\$5 bilhões ao Facebook, perdendo grande parte da credibilidade dos usuários. Em que pese sua predominância majoritária em grande parte do mundo, talvez de maneira sugestiva ante o ocorrido, os investimentos do CEO Mark Zuckerberg migraram para outras plataformas da empresa, “diversificando” a atenção dos usuários.

Não por acaso, em terras brasileiras, o fomento dos escândalos começou a tomar vulto, desencadeando um sentimento de urgência para que culminasse na elaboração da Lei brasileira. Ato contínuo, alinhavando o espírito de todas as normativas pregressas, seus princípios e objetivos, é que de maneira reativa a Lei Geral de Proteção de Dados emergiu no ordenamento brasileiro. Isso porque serviu de resposta ao fenômeno imparável e avassalador de proliferação da informação. Desse modo, uma vez delineada objetivamente a trajetória legislativa até que se chegasse à Lei de Dados vigente, há de se voltar olhares concisos sobre seus fundamentos e objetivos.

Fundamentos, definições e objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei detém normas de interesse nacional, devendo ser observadas por todas as unidades do pacto federativo. De forma precípua, o animus legislativo preza pelos direitos fundamentais de liberdade individual e privacidade, de modo a desenvolver, de maneira livre, a personalidade da pessoa natural. Ou seja, se aplica às pessoas vivas, em que pese dialogar com a personalidade jurídica de algumas empresas e instituições.

Em seu art. 2º, preconiza:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A fim de elucidar o objeto protetivo da Lei, qual seja, os dados dos usuários, faz-se necessária a definição e distinção de dados em suas espécies. Dado pessoal é todo aquele relacionado à pessoa natural ou identificável (art. 5º da Lei 13.709/19). Assim, qualquer informação relativa à pessoa física, como por exemplo: CPF, RG, idade, etc., que estabeleça liame entre o dado e uma característica própria do indivíduo, é considerado dado pessoal.

O dado pode ser dotado de característica anonimizada, isto é, são relativos ao titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis para blindar sua conexão (ou imputação) a outrem na ocasião de seu tratamento (art. 5º, II, da Lei nº 13.709/19).

Tais informações podem ser classificadas em dados não-sensíveis e sensíveis.

Dados não-sensíveis, em princípio, pertencem ao domínio público e são suscetíveis de apropriação por qualquer pessoa; em regra, podem ser armazenados e utilizados sem causar danos – por exemplo, nome, estado civil, domicílio, profissão, filiação a grupos associativos etc. De outra parte, dados sensíveis estão substancialmente ligados à esfera da privacidade. Informam, por exemplo, a origem racial, saúde física e mental, características genéticas, adesão à ideologias políticas, crenças religiosas, opiniões filosóficas, manias, traços da personalidade, orientação sexual, histórico trabalhista, assuntos familiares, registros policiais, patrimônio, rendimentos, vida financeira, dentre outros.

A apropriação, a difusão e o compartilhamento indevido de ambas as “categorias” causam danos à privacidade. Entretanto, maior cautela reside nos dados pessoais sensíveis, que estão diretamente ligados à esfera íntima das pessoas físicas. São, por conseguinte, os que merecem maior proteção. E a informação será tão ou mais sensível quanto maior potencial tiver de causar dano a um indivíduo em razão de sua divulgação ou uso.

Evidenciada a definição do objetivo da Lei e da definição do seu objeto, é importante frisar o alicerce em análise previsto nesse diploma legal que dará ensejo para as temáticas a serem abordadas no decorrer desta pesquisa, mormente no que tange ao consentimento.

Para que haja a coleta e o tratamento de dados cibernéticos, é necessário (fundamentalmente) o elemento subjetivo da pessoa humana, sua autorização. Têm-se como consentimento: a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular

concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (art. 5º, XII da Lei nº 13.709/19).

Como condição indispensável à utilização de serviços e plataformas digitais, o consentimento funciona cedendo parte dos dados do usuário em detrimento de personalização, customização e entretenimento digital, o que ocorre consoante os termos de política e privacidade que usualmente são assinalados previamente ao uso.

Nesse ponto em especial, é tecida a crítica principal à (i)legalidade perene que atinge diversas plataformas, pois, ao não evidenciar de maneira clara e destacada (conforme determina o §1º do art. 8 da Lei nº 19.709/19) os termos escritos de consentimento, os usuários acabam submetendo-se ao escancaro de suas informações privadas, atingindo o núcleo constitucional que a Lei visa proteger, portanto, mitigando sua liberdade individual.

A legislação, que sofreu diversas alterações na data da de vigência, ainda enfrenta obstáculos para efetivamente proteger o titular, eis que a agência reguladora ainda está carente de mecanismos sancionatórios a contento. A principal razão que obsta a implementação imediata (que sobrestou em muito a *vacatium legis*) e sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro é a inexistência, até hoje, de uma Agência Reguladora operante, conforme dispõe o ditame tecnológico.

Nos termos do art. 55-A da Lei supracitada:

Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

Entretantes, em que pese ter sido criada por Lei, o funcionamento da “ANPD” depende de nomeação de cargos, estrutura física, arcabouço financeiro, etc. E, não estando efetivado todo esse aparato, uma premente descrença pode pairar com relação à sua eficácia e chancela social, vez que a norma, enquanto reguladora, depende de implementação social a fim de garantir sua finalidade.

As multas e sanções previstas na legislação às empresas por exemplo (ainda que não objeto de estudo deste projeto), serão efetivadas pelo órgão estatal. Porém, sem regulação, a norma permanece imperfeita, vez que não detém sanção em caso de descumprimento.

Consoante já firmado, a LGPD por si, define, garante e regula, tendo claro condão protetivo. Todavia, ao não efetivar as sanções previstas de maneira operante em caso de

descumprimento, relega sua eficácia ao bom senso dos usuários, cuja ausência de *expertise* pode importar em violação da privacidade, ferindo suas liberdades individuais.

Desdobramentos de uma implementação recente

A fim de contextualizar o cenário digital que emoldura a recepção citada nos capítulos anteriores, torna-se inarredável discorrer sobre o impressionante fluxo de dados que permeia a sociedade atual.

Nesse sentido, independentemente de ser ou não um entusiasta da tecnologia, estar ou não submetido às inovações do mundo digital, o fato é que a sociedade está em constante transformação, e o Direito, enquanto norma reguladora, fica relegado à míngua do moroso sistema legislativo, cuja eficácia é questionável.

Portanto, para Harari (2015, p. 377), se a burocracia jurídica não atinge a velocidade da disseminação de dados e plataformas, a impressão dos usuários deve ser atentamente observada:

[...] é muito mais difícil mudar um sistema existente do que intervir enquanto ele ainda está sendo concebido. Além disso, enquanto a desajeitada burocracia governamental fica matutando a respeito de uma regulação cibernética, a internet se metamorfoseou dez vezes. A tartaruga governamental não é capaz de se emparelhar com a lebre tecnológica. Ela é soterrada pelos dados.

Para garantir o funcionamento de proteção e a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana, o diploma elencou 03 (três) figuras de especial importância, denominados agentes de tratamento: (i) o controlador de dados, (ii) o operador, ambos incumbidos do dever de manter registro das operações de tratamento de dados pessoais (com a ressalva de que o operador realiza o tratamento sob as ordens do controlador), e o (iii) encarregados de dados (ou *Data Protection Officer* – DPO), que tem como dever aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos, adotar providências, receber comunicações da autoridade nacional, dentre outras.

Isso impacta diretamente na forma como a mídia digital será comprada. É a partir dos dados de usuários que aplicações de análise digital, inteligência artificial, publicidade online, e ferramentas em geral funcionam. Antes, as companhias usavam os dados como bem quisessem. Agora existem regras e sanções.

A LGPD altera o processo de coleta, utilização e armazenamento das informações que são de propriedade do usuário. Um dos principais aspectos decorrentes dessa grande mudança reside na cautela empregada no manejo dos dados. Com a nova Lei, eventual exposição ou violação exigirá notificação célere ao titular, sob pena de multa, por exemplo.

Diverso dados outrora coletados, tais como: IP, orientação sexual, dados financeiros, idade, estado civil, endereço etc., eram analisados e submetidos ao crivo empresarial para a adoção de determinada medida. Com a implementação e a vigência do diploma, a coleta deve ser obrigatoriamente estratégica e específica, de modo cristalino, e mediante a conscientização inequívoca dos indivíduos com relação à destinação do dado.

Embora muito se fale em *e-commerces* ofertando produtos, hoje em dia quase todas as vertentes profissionais estão contidas na disciplina legal, sendo inarredavelmente dependentes da gestão de dados, quer seja para publicidade, segmentação consumerista, ou até mesmo com fins meramente informativos. Desse modo, uma implementação recente como a do Brasil, impactará, direta ou indiretamente, todos os setores sociais.

Neste impacto extremado, uma das várias barreiras a serem encaradas pelos agentes de tratamento será o consentimento dos titulares, onde, em um ambiente selvagem de concorrência pela atenção, um simples pedido de acesso por parte do consumidor/titular pode significar o esvaziamento das plataformas, o abandono de uma marca, e até mesmo o fim de uma empresa.

Ainda em fase de estruturação a Autoridade Nacional não dispõe de meios tangíveis para fiscalizar a contento a demanda digital. São poucos processos administrativos em trâmite, um papel cultural reduzido e uma atuação extremamente tímida¹⁷⁸, muito distante do ritmo de países vizinhos.

Considerações Finais

Não há como se descurar de uma necessidade hipertrófica na proteção de dados. Proteger significa preservar, manter incólume. E é assim que o núcleo central do novo direito fundamental à privacidade (art. 5º, LXXIX, da Constituição Federal de 1988) deve ser enxergado. Alegoricamente, deve ser visto como um objeto sensível que deve possuir seus entraves protetivos, sob pena de ofuscar sua natureza, e esvaziar seus poderes. Não está aqui se falando dos efeitos constitucionais dos direitos fundamentais, nem tampouco debatendo-se sua eficácia constitucional, mas sim, dando o enfoque pragmático de uma necessária salvaguarda.

Conclui-se, portanto, que são necessárias mudanças na maneira com que se disciplina os casos de inadequação legal. Isto é, defende-se um recrudescimento das fiscalizações, para que somente após, forme-se a cultura pretendida. Imperioso salientar que não há cultura sem lapidação, sem aperfeiçoamento, e sem consequências. O espelho

¹⁷⁸ ANPD divulga lista de processos sancionatórios. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-lista-de-processos-sancionatorios>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

jurídico da norma deve ser equânime, respondendo à ação com sua reprimenda – caso prejudicial – ou recompensando a atitude benéfica daquele que preveniu ilícitos.

Acreditar cegamente em “maturidade espontânea” é um grave erro que pode ser observado nos programas recentes de implementação propostos pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que inarredavelmente pode ser interpretado como: incompetência; ausência de aparato; ou de *animus* fiscalizatório. Espera-se, por fim, a difusão crítica dos paradoxos normativos em sintonia com a prática jurídica, pois somente esta – através dos mecanismos de constante validação – é apta a corroborar e contribuir com a teoria da norma proposta, justificando ou invalidando seus métodos.

Referências:

ALECRIM, Emerson. **Google recebe multa de 50 milhões de euros na França por violar GDPR.** Disponível em: <https://tecnoblog.net/275817/google-multa-gdpr-franca/> Acesso em: 10 out. 2020.

ANPD divulga lista de processos sancionatórios. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-lista-de-processos-sancionatorios>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BERÇOTT, Tamara. **A Era Digital.** Disponível em: http://www.vestibularfatec.com.br/download/prova_ant/redacao_71_1.pdf. Acesso em: 10. Nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **Lei de Acesso à Informação.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 13.709**, de 14 de agosto de 2019. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Marco Civil da Internet.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm Acesso em: 18 jun. 2020.

CARVALHO, Freedy. **Você na era digital: os desafios da revolução da comunicação.** Disponível em: <http://www.mk2.com.br/mk2/voce-na-era-digital-os-desafios-darevolucao-na-comunicacao.asp>>. Acesso em: 10. Nov. 2020.

Facebook é condenado a pagar U\$ 5 bilhões por caso cambridge analytica. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/facebook-e-condenado-a-pagar-us-5-bilhoes-por-caso-cambridge-analytica-144841/> Acesso em: 19 out. 2020.

General Data Protection Regulation – GDPR. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

HARARI, Yuval Noah. **"Homo Deus – Uma breve história do amanhã"**. Trad. Geiger Paulo. São Paulo: Cia. Das Letras, 2016.

O ano em que o gigante acordou: Tarifas de transporte foram estopim para protestos no Brasil. Disponível em: <https://exame.com/brasil/o-ano-em-que-o-gigante-acordou/> Acesso em: 11 set. 2020.

Privacidade e Lei Geral de Dados. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5343/4545> Acesso em: 12 ago. 2020.

SUMARES, Gustavo. **Cambridge Analytica: tudo sobre o escândalo do Facebook que afetou 87 milhões, 2018.** Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/cambridge-analytica/74724> Acesso em: 15 jun. 2020.

VELEDA, Raphael. **Empresas especializadas em vender dados pessoais serão "travadas" por nova lei.** Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/empresas-especializadas-em-vender-dados-pessoais-serao-travadas-por-nova-lei>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

WINNER, Langdon. **Duas visões da civilização tecnológica.** In: MARTINS, Hermínio; GARCIA, José Luís (Orgs.). Dilemas da civilização tecnológica. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2003.

REFLEXOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA NA DESIGUALDADE SOCIAL

CINTHIA DE OLIVEIRA FERNANDES:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Assessora jurídica na Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.¹⁷⁹

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar as mudanças ocasionadas pela reforma previdenciária no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, decorrente da PEC nº 06/2019, que posteriormente foi convertida na Lei nº 13.846/2019, a qual trouxe inúmeras alterações nas regras para aquisição e manutenção de benefícios aos segurados do Instituto Nacional da Seguridade Social. No tocante à modificação do cenário social e econômico do país, o artigo trará inúmeros apontamentos e críticas exemplificadas desfavoráveis a reforma previdenciária, tendo em vista os grandes obstáculos oriundos da reforma da previdência para o acesso aos benefícios.

Palavras-chave: Reforma previdenciária; Desigualdade Social; Impactos.

1. INTRODUÇÃO

No cenário atual, é notório como a expectativa de vida da população brasileira teve um grande crescimento, o que resultou em uma população predominantemente idosa. Como efeito desse crescimento, acabou-se gerando um déficit enorme nas contribuições previdenciárias, visto que, era esperado ter um grupo jovem trabalhando e contribuindo efetivamente, na mesma proporção da população idosa do país, para o INSS (autarquia previdenciária), e assim manter o giro de contribuições e benefícios concedidos, o que não tem ocorrido de forma eficaz, visto que conforme dados do IBGE, em 2019, as aposentadorias e as pensões representavam 20,5% dos rendimentos da população brasileira, sendo o trabalho a principal fonte de renda do país, respondendo por 72,5% do total em 2019.

No entanto, é claro, que apesar do avanço na expectativa de vida, não tem sido garantida uma qualidade de vida favorável para os idosos, que cada vez mais demonstram o quanto se faz necessário e essencial a prestação do benefício da aposentadoria, para garantir-lhes o básico para viver, ademais, de acordo com o artigo 8º da Lei 10.741/2003,

179 E-mail: cinthia_fernandes@msn.com

o envelhecimento como direito personalíssimo é essencial para resguardar a dignidade das pessoas idosas e garantir igualdade.

Entre os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, encontram-se os direitos sociais elencados no artigo 6º, ramo ao qual pertence a seguridade social. A última é composta pela saúde, assistência e previdência social e corresponde ao conjunto integrado de ações para garantir a operacionalização dessas esferas, e por mais importância que tenha a previdência social para a garantia da existência digna, a reforma previdenciária foi apresentada pela PEC nº 06/2019 e promulgada pela emenda nº 103 de 2019, alterando o sistema da previdência social, estabelecendo novas regras de transição e disposições transitórias.

Com as alterações que foram realizadas no texto constitucional, devido a reforma previdenciária, há que se considerar que a população sofrerá fortes impactos financeiros, principalmente a população idosa, que por vezes precisa garantir a sua sobrevivência por meio de um salário-mínimo mensal.

Portanto, o presente trabalho fará uma análise crítica acerca da desigualdade social que ficará ainda mais evidente no cotidiano das pessoas, e sobre a grande instabilidade financeira que será amplificada pela reforma previdenciária, onde os impactos serão devastadores, apontando uma revisão estrutural econômica acerca do sistema capitalista e a aplicabilidade dos princípios fundamentais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.A SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

A previdência surgiu em 1824, quando houve a primeira previsão constitucional neste sentido, consagrando como dispositivos na então Carta Imperial, os socorros públicos aos indivíduos vulneráveis, que necessitavam de assistencialismo e saúde pública, surgindo então, posteriormente, o chamado “Mongeral” – Montepio Geral da Economia dos Servidores do Estado, de caráter privado, e tinham como objetivo assegurar tutela securitária para uma determinada categoria. Após, foi inserido na Constituição de 1891 novo dispositivo, com regras claras em defesa da seguridade social aos funcionários que estavam a serviço da nação, dando surgimento a primeira regra no que diz respeito a aposentadoria por invalidez. (IBRAHIM, 2006)

No ano de 1911, foi promulgado um decreto, de nº 9.284/1911 para desenvolver então a Caixa de Pensão do Operário da Casa da Moeda e em consonância, tem-se o Decreto 3.274/1919, que regularizou as obrigações dos acidentes de trabalho, iniciando, dessa forma, uma tentativa de proporcionar a dignidade humana para os cidadãos. Com o desenvolvimento desse tipo de direito previdenciário, ficou claro que não se tinha a

finalidade de trazer uma indenização para o trabalho prestado, mas sim de alívio mínimo as necessidades sociais básicas (JÚNIOR, 2005).

Ainda, de acordo com Santos (2017), a história do sistema previdenciário no Brasil pode ser dividida em três fases, sendo iniciado na década de 1920 e ficando caracterizado pelo sistema de aposentadoria e Fundos de Pensão (CAP's), e sua criação, que se deu no âmbito de empresas públicas e privadas.

Já a segunda fase teve início no final da década de 1920, sendo mais desenvolvida durante as décadas de 1930 e 1940 com a fundação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPS), que estavam vinculados às categorias profissionais.

Em 1996 foi iniciada a terceira fase do sistema previdenciário no Brasil, tendo como principal característica a extinção de vários IAP's e CAP's e sua centralização em um único público para a organização de pensões. Já o sistema de CAP's, que ficava restrito ao grande público privado e às empresas, em 1937, contavam com cerca de 200 entidades em funcionamento, e dessa forma, as contribuições estavam chegando de três fontes, por meio dos empregados, dos empregadores e pelo governo federal.

O CAP's era um sistema de pensões, que tinha como ideia principal ser totalmente capitalizado, e os benefícios deveriam ser baseados nos retornos dos investimentos, ademais, os CAP's, além da aposentadoria por tempo de serviço, havia o fornecimento dos seguintes serviços aos seus membros: serviços médicos e hospitalares, assistência farmacêutica, empréstimos para aquisição de casa própria, assistência funeral e pensão para herdeiros. A precariedade do plano financeiro dos CAP's, devido ao número reduzido de segurados e recursos insuficientes para cumprir suas obrigações levou a extinção do sistema, ficando as IAP's e CAP's unificadas no Instituto Nacional de Previdência Social.

Posteriormente, em 1988, com advento da Carta Magna promulgada, a seguridade social passa a incorporar as esferas da saúde, da previdência social e da assistência social, esta última até então reduzida e controlada pelos órgãos privados e políticas estatais. O direito à saúde, uma vez conectado à lógica contributiva, é estabelecido como universal e, da mesma forma, a assistência social é dirigida àqueles que dela necessitem. Por outro lado, a previdência social no Brasil mantém seu status contributivo, e é assegurada aos empregados que detêm a qualidade de contribuinte, sendo este modelo previdenciário influenciado pelo *bismarckiano*, uma vez que é oriundo do direito do trabalho, garantindo acesso restrito aos "segurados" e, por vezes, às suas famílias, visto que quem está devidamente inserido no mercado formal de trabalho, tendo como principais características a contribuição prévia para seu acesso e os benefícios com valor proporcional ao contribuído, perfaz a qualidade de segurado da então previdência social, tendo direito à seguridade social ofertada (Boschetti, 2009).

O Brasil possui dois regimes principais de previdência social, ambos organizados em regime de repartição simples, o RGPS (Regime Geral da Previdência Social), que cobre trabalhadores da iniciativa privada, enquanto os RPPS (Regime Próprio de Previdência Social) atendem servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos estados, inclusive militares e magistrados. Municípios podem fazer a opção por terem regimes próprios ou por se filiarem ao regime geral (Caetano 2016). Esses Regimes de previdência nunca foram considerados bons para minimizar a desigualdade social existente no país, mas de certa forma, o texto da lei previdenciária 8.213/1991 era mais inclusivo e assertivo em seus requisitos de concessão de benefícios.

Portanto, acerca das reformas da previdência, em consonância com Teixeira (2019), aumentaram as idades de aposentadoria, prolongaram os períodos de contribuição e, muitas vezes, incorporaram mecanismos automáticos (fatores de sustentabilidade) com a finalidade de adequar os sistemas em um caminho mais sustentável. As reformas realizadas também visavam melhorar a justiça, cujo objeto era a correção de diversos problemas no momento da concessão de um benefício, visto que eram proporcionados grandes benefícios aos trabalhadores que contribuía pouco e levaram muitos a reivindicar benefícios antecipadamente. De forma concomitante, grande parte das reformas protegeram as pensões para aqueles que possuíam rendimentos mais baixos, enfraquecendo a ligação entre contribuições e benefícios, mas infelizmente a nova reforma sancionada não condiz com esse objetivo, como será abordado no decorrer do trabalho.

3.AS MUDANÇAS OCASIONADAS PELA REFORMA

Inicialmente cabe destacar que o sistema previdenciário brasileiro possui dois regimes principais de previdência social, ambos organizados em regime de repartição simples, o RGPS que abrange os trabalhadores da iniciativa privada, e os RPPS, que atendem servidores públicos da União, do Distrito Federal, dos estados, inclusive militares e magistrados e em alguns casos, os Municípios, visto que podem optar pela criação de regimes próprios ou por se filiarem ao regime geral. (Caetano 2016).

De acordo com Cunha (2019) a reforma da Previdência no Brasil foi uma proposta do governo brasileiro para alterar a Constituição para a reforma do sistema de seguridade social do país. Ao mudar a constituição do país, ele teve que ser aprovado nas duas casas do Congresso Nacional por maioria absoluta. A reforma foi criada para combater o gigantesco déficit do sistema previdenciário, de mais de R\$ 194 bilhões em 2018, e o rápido envelhecimento da população brasileira.

O texto original foi entregue pelo Presidente da República Jair Bolsonaro ao Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia em 20 de fevereiro de 2019 para iniciar

o rito jurídico. A proposta de reforma foi aprovada pelo Senado Federal em 22 de outubro de 2019, tornando-se lei e entrando em vigor automaticamente.

Até a reforma ser aprovada em 2019, outros governos tentaram aprovar suas propostas. Na história mais recente do Brasil, o país vem debatendo a reforma previdenciária a cada dez anos, em alguns casos as propostas foram simplesmente arquivadas como extremamente impopulares, em outros foram feitas minirreformas, mas com efeitos nulos de longo prazo.

Para ilustrar de forma mais compreensiva, devem ser observados os tipos de aposentadoria de cada regime, iniciando pelo RGPS, que possui dois tipos de aposentadoria regular: a) por idade, a partir dos 65/60 anos (homens/mulheres), para quem cumpriu tempo mínimo de contribuição de 15 anos; e b) por tempo de contribuição, para quem contribuiu durante 35/30 anos (homens/mulheres), sem exigência de idade mínima. Ademais, a Constituição de 1988 também instituiu critérios específicos para os trabalhadores rurais (agricultores familiares e pescadores artesanais, em condições específicas), que tem direito apenas à aposentadoria por idade, mas podem requerer a aposentadoria com cinco anos a menos e tem contribuição não individualizada, sobre a ocasional comercialização da produção.

A PEC nº 287/2016 foi a mais ampla e inclusiva proposta de reforma previdenciária apresentada entre as demais, tinha como objetivo reduzir o crescimento das despesas do RGPS e acelerar a convergência entre os RPPS e o regime geral. Seu texto original foi alterado pelo substituto do relator da comissão especial e, posteriormente, pela emenda substitutiva global da Câmara dos Deputados.

A redação original da PEC nº 287 continha em seu texto legal, previsão para que os segurados especiais (agricultores familiares e pescadores artesanais) realizassem contribuições individuais para a previdência social, com alíquota reduzida. A idade de aposentadoria seria de 65 anos para ambos os sexos, todavia a emenda substitutiva global suprimiu essas alterações. Em relação aos segurados urbanos, a redação original da reforma propôs a extinção da aposentadoria por tempo de contribuição. O texto original previa a idade mínima de 65 anos para homens e mulheres, igualmente, e o aumento do tempo mínimo de contribuição de 15 para 25 anos, ainda, que os cálculos dos benefícios também seriam alterados: respeitada a vinculação entre o piso previdenciário e o salário mínimo, o benefício corresponderia à média ajustada dos salários de contribuição multiplicada por uma porcentagem que seria equivalente a 51%, mais 1 ponto percentual por ano de contribuição, sujeito ao limite de 100%. A aposentadoria especial do professor, de igual forma, seria extinta. A idade mínima subiria um ano sempre que houvesse aumento equivalente da expectativa de sobrevida aos 65 anos.

O texto da emenda aglutinativa global reintroduziu as diferenças nas idades de aposentadorias urbanas para homens e mulheres, mas em patamar inferior ao de hoje (passando a ser de três anos, isto é, 65/62 anos), e estabeleceu a idade de 60 anos para a aposentadoria do professor (ambos os sexos). O tempo mínimo de contribuição, no caso do RGPS, voltou a ser de 15 anos (regra vigente). Para os RPPS, a exigência de 25 anos de contribuição, presente na redação original, foi mantida. A exigência de maior tempo de contribuição para servidores faz sentido, já que não são passíveis de demissão e necessariamente contribuem todos os meses.

A fórmula de benefícios foi alterada em relação à redação original. No caso do RGPS, ficou respeitado o piso previdenciário, e o valor do benefício para aqueles com 15 anos de contribuição será de 60% da média dos salários de contribuição. A partir desse cálculo, todo ano adicional de contribuição aumenta essa porcentagem de acordo com faixas de tempo, atingindo 100% aos 40 anos de contribuição, já no caso dos RPPS, o valor da aposentadoria será de 70% da média dos salários de contribuição para aqueles que contribuíram 25 anos (tempo mínimo nesses regimes), atingindo 100% também aos 40 anos de contribuição.

No que tange às pensões por morte, segundo o texto original, teriam valor de 50% da aposentadoria de origem (no caso de segurados não aposentados, da aposentadoria por invalidez que o segurado receberia naquela data), mais 10% por dependente, limitado a 100%. A vinculação entre o valor mínimo das pensões e o valor do salário mínimo deixaria de existir. Finalmente, estaria vedada a acumulação entre aposentadoria e pensão, preservado o direito de optar pelo benefício de maior valor. O texto da emenda aglutinativa retomou a vinculação entre o valor mínimo das pensões e o salário mínimo, e permitiu o acúmulo de aposentadorias e pensões até o valor de 2 salários mínimos.

Na redação original, os benefícios assistenciais teriam seu valor desvinculado do salário mínimo, como por exemplo no caso do BPC pago ao idoso, a idade mínima saltaria de 65 para 70 anos, idade que seria acrescida de um ano a cada elevação de um ano na expectativa de sobrevivência aos 65 anos. O texto da emenda aglutinativa aboliu qualquer alteração no BPC. Dessa forma, o benefício assistencial continuará a ser pago aos 65 anos e manterá o valor de 1 salário mínimo.

E, enfim, ambas as propostas (texto original e emenda aglutinativa) previram a vinculação dos parlamentares ao RGPS, com aplicação imediata aos novos mandatos.

Com o objetivo de reduzir o número de indivíduos dependentes da assistência governamental, manter os sistemas de previdência acessíveis e ajudar os beneficiários se tornarem autossuficientes. Liberais e conservadores clássicos, geralmente argumentam que o

bem-estar e outros serviços financiados por impostos reduzem os incentivos ao trabalho, exacerbam o problema do carona e intensificam a pobreza. Por outro lado, os socialistas geralmente criticam a reforma da previdência porque geralmente minimiza a rede de segurança pública e fortalece o sistema econômico capitalista. A reforma da previdência é constantemente debatida por causa das opiniões divergentes sobre o equilíbrio determinado do governo entre fornecer benefícios de bem-estar garantidos e promover a autossuficiência. (MARQUES 2018 p.22).

Para Silva (2017), primeiramente, é preciso destacar que o sistema previdenciário público no Brasil é o responsável por transformar a pobreza na velhice um problema residual. Existem correções importantes que devem ser realizadas, especialmente no que diz respeito às pensões dos funcionários do serviço público, como os militares, todavia no cenário atual, uma mudança radical para um modelo de capitalização pode ter efeitos distributivos importantes, incluindo o aumento da pobreza.

Cunha (2019) menciona que além disso, se faz necessário compreender o déficit fiscal brasileiro no cenário das maiores crises da história recente do país, onde as medidas de austeridade tiveram um papel importante. A seguridade social não pode ser responsabilizada pela queda acentuada das receitas devido à crise, ou ao aumento do desemprego e à informalidade, existem muitos outros fatores a se considerar, por este motivo a restauração de um cenário normal de crescimento e aumento do emprego são importantes para um ajuste fiscal saudável, sendo necessário pensar no impacto das medidas de ajuste fiscal sobre o crescimento, além do seu impacto distributivo. No presente contexto, uma reforma previdenciária equilibrada e inclinada para a minimização de privilégios pode garantir importante contribuição fiscal no médio prazo, porém, só reduzir os privilégios não é a solução de curto prazo mais sensata para a economia brasileira.

Para Cassar (2017) o mercado quer que o brasileiro trabalhe infinitamente mais, por salários baixos e quando chegue seu momento de gozar de sossego, por ter trabalhado uma vida inteira, ganhe menos com os planos de previdência do governo. Para os políticos que aprovaram a reforma previdenciária, o pensamento deve ser que escaparam de uma recessão prolongada, todavia o maior problema nunca foi dos aposentados que recebem um salário mínimo, a crise econômica se dá devido as aposentadorias mais altas, que beneficiam justamente quem sempre ganhou mais.

4. REFLEXOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA NA DESIGUALDADE SOCIAL

A previdência social é um dos instrumentos mais relevantes na garantia da existência digna e integra mecanismo de redução da desigualdade social. Logo, ignorar

sua importância implica incorrer em retrocesso, que nessa altura, é inadmissível, violando a justificativa ética e normativa do Estado brasileiro, sendo importante destacar, ainda, que a previdência é o que faz a economia girar na maioria dos municípios brasileiros, sendo a política pública de maior peso para o combate à miséria e a principal responsável pela redistribuição de renda no país.

Como forma de reconhecer isso, em uma das votações do texto da emenda pela Câmara dos Deputados, a respeito do corte de gastos proposto pelo Governo Federal como “justificativa” para a aprovação da reforma, o Deputado Ivan Valente do PSOL-SP afirmou que:

“Quando você tira 1 trilhão do RGPS, você tira da economia. Não há consumo, o comércio vai mal, a indústria vai mal, é um ciclo desvirtuoso, é criminoso fazer uma reforma para agradar o mercado financeiro!”

Na visão de Teixeira (2019) levando em consideração as reflexões anteriores, fica evidente que há uma questão moral nessa situação, de ‘como a sociedade deve recompensar seus empregados?’ e a resposta para esta questão, deve estar alinhada com três princípios, quais são:

- 1. Garantir proteção com cobertura adequada, sem deixar ninguém para trás.*
- 2. Garantindo um nível de suficiência dos benefícios concedidos.*
- 3. Moldar um sistema financeiramente sustentável.*

Quando se ignora qualquer um dos princípios citados acima, acontece um desequilíbrio em toda sociedade, em última análise, o objetivo de conceder proteção social aos mais necessitados se esvai.

É importante destacar que a atual reforma, em suas duas versões, está voltada à redução das despesas previdenciárias e eventuais impactos distributivos serão consequência do número de pessoas atingidas, da magnitude da redução de rendimentos e de sua posição na distribuição de renda.

Todavia, a ideia de urgência para efetivação de um conjunto de reformas, tais como a trabalhista e a previdenciária, ao contrário do afirmado pelo Ministro da Economia, Paulo Guedes, não era da sociedade brasileira, mas sim do grande capital financeiro que pressionava diariamente o governo federal, e essa pressão revela uma crise no sistema capitalista baseado na financeirização desenfreada que impacta diretamente o mercado de

trabalho, na medida em que, para se compensar a queda nas taxas de lucro, intensifica a exploração do trabalho.

Acerca do tema, Nilo Beiro declara que a reforma é uma fraude previdenciária:

Regras uniformes, que desconsideram as particularidades da vida de homens e mulheres, de pessoas ricas e pobres, daquelas que trabalham na cidade e no campo, não geram igualdade. Pelo contrário, geram injustiça e agravam a desigualdade social que assola o país. Desigualdade esta que, por mandamento constitucional, deve ser reduzida, como, aliás, reconhece o Ministro da Economia na exposição de motivos da PEC nº 06/2019 ao afirmar que "rico se aposentará na idade do pobre" como sinônimo de justiça, isso é um trocadilho ou um engodo?

Em consonância, Ibrahim (2018), explica que a desigualdade de remunerações vigente entre as categorias e os demais brasileiros não é provocada pela previdência social, todavia é evidente dizer que se uma pessoa, ao ter remunerações elevadas ao longo da vida, poderá contribuir muito mais, e com isso, assegurar aposentadorias maiores, sendo uma consequência da desigualdade social desde o trabalho, perdurando até o momento de se aposentar.

Ainda, cabe frisar que os impactos dos trabalhos não formalizados e que possuem baixos salários, vão reduzir as contribuições à previdência, aumentar o adoecimento dos trabalhadores e a demanda por auxílio doença, e quando isso acontecer, essa demanda será reprimida pela Medida Provisória nº 8716, que visa combater fraudes mediante incentivos financeiros a médicos peritos e técnicos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para enrijecer os controles sobre benefícios, dificultando ainda mais o acesso ao benefício.

A Reforma da previdência não trouxe nenhuma regra que tornasse o sistema previdenciário sustentável em longo prazo, os resultados não serão imediatos, e tampouco essas regras durarão. O mercado financeiro foi atendido com a economia de quase 1 trilhão de reais, e em resumo, a fórmula que foi utilizada é a mesma usada nas reformas anteriores: aumentar a alíquota de contribuição e a idade para aposentadoria e reduzir o valor do benefício. E, para solucionar ou amenizar o quadro econômico brasileiro, a Reforma, na realidade, aprofunda ainda mais a crise existente e suprime do texto constitucional direitos sociais fundamentais da classe trabalhadora.

Um dos principais impactos na desigualdade social que a reforma causa, é quando aumenta a idade de aposentadoria por idade de homens e mulheres para 65 e 60 anos, respectivamente, e fazer com que os servidores públicos tenham que trabalhar 40 anos

para receber sua pensão integral, acrescentando 10 anos para as mulheres e 5 para os homens pela legislação em vigor, e analisando essa mudança, pode-se dizer que os trabalhadores nem mesmo poderão usufruir da aposentadoria nas regiões mais pobres, visto que a expectativa de vida nesses lugares não ultrapassa os 65 anos.

Para Franco (2019), além da desigualdade social que a reforma ocasiona, ainda há que se falar na desigualdade de gênero que é gerada quando se aumenta a idade mínima de aposentadoria das mulheres, pois em nenhum momento o legislador considera a jornada dupla - até tripla - que o sexo feminino enfrenta, pois para a maioria das mulheres brasileiras, não existe apenas jornada de trabalho fora de casa, há a jornada de trabalho como dona de casa, mãe, esposa, entre tantas outras funções que apenas as mulheres executam. Como regra geral, a idade mínima das mulheres aumentou de 60 para 62 anos. Segundo o IBGE, em 2018, as mulheres trabalhadoras gastavam em média 8,2 horas semanais a mais do que os homens no trabalho doméstico.

Ainda, nas categorias de professores, uma classe que é tão desmerecida, que sofre com salários baixos, enfrenta violência de alunos e familiares de alunos em sala de aula, agora tem seu direito à aposentadoria ainda mais distante, visto que reforma ocorrida na Previdência Social aumenta em 7 anos a idade mínima das mulheres e em 5 a dos homens, é importante frisar que a reforma da previdência era necessária depois de tantos anos sem ser reformulada, porém, pelas especificidades da profissão, os professores deveriam ter obtido um reconhecimento maior, pois quando chegar o momento de se aposentarem, dificilmente estarão em condições sadias, fisicamente e psicologicamente, devido ao desgaste da profissão.

Para ilustrar a profundidade do problema e da desigualdade social que a reforma causa, cabe analisar que dentro de São Paulo - a cidade mais rica do Brasil, capital do seu estado mais rico - a idade média de morte na Cidade Tiradentes, um bairro pobre, é de 57,3 anos, enquanto em Moema, uma das mais ricas, é 80,57 (Rede Nossa São Paulo, 2019). A distância física entre os bairros é inferior a 30 km. Além do evidente absurdo da defasagem de mais de 23 anos, esses números mostram que a maioria da população de Cidade de Tiradentes não conseguirá se aposentar, mesmo que tenham trabalhado desde a infância. Essas perspectivas são ainda mais dramáticas quando se analisa cidades pobres em regiões pobres.

Uma reforma justa e mais inclusiva, ampliaria a base de financiamento e se esforçaria para proteger a população marginalizada do país, aumentando a abrangência aos benefícios e serviços oferecidos pela Seguridade Social, todavia, a Reforma aprovada tem viés puramente econômico, que favorece de forma massiva a elite brasileira, e retira a responsabilidade do Estado quanto às aposentadorias dos servidores públicos,

pretendendo erradicar os direitos sociais da população brasileira, suprimindo direitos sociais e se esvaindo do pacto constitucional, que estava pautado em patamares internacionais de dignidade mínima e cedendo capital financeiro em desfavor da classe trabalhadora empobrecida e fragilizada do país.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, demonstra que a reforma previdenciária retira direitos sociais e concentra renda no Brasil, que é um dos países mais desiguais do mundo. E para elucidar a desigualdade, a reforma trouxe em uma de suas regras a elevação do tempo mínimo de contribuição de 15 para 25 anos, o que retirará o acesso à previdência pública de grande parte da população que trabalha parte da sua vida no mercado informal.

Salienta-se que as reformas não visam recuperar a economia, mas transformar o Estado brasileiro, impedindo a promoção de políticas sociais e de forma consequente inibe o crescimento financeiro de uma parcela da população.

O Brasil está atravessando um período de crescente autoritarismo, se parecendo muito com o neoliberalismo, e a reforma da previdência pública se insere nesse contexto. Um governo ilegítimo, que apresenta um conjunto de reformas não apenas impopulares ou prejudiciais à grande parte da sociedade, mas antidemocráticas, pois desmonta o pacto social firmado na Constituição de 1988. Esse compilado de reformas atende às demandas de uma minoria da população, cujos interesses são defendidos pela mídia e por um pequeno grupo de economistas, que desejam fortalecer um sistema capitalista de forma desenfreada, buscando criar falsos consensos, tentando persuadir as pessoas que isso seria a solução para a crise financeira do país.

As desigualdades sociais devem ser suscitadas para o centro do debate não apenas para garantir que o sistema seja mais sustentável, mas também para lembrar a base fundamental do regime de pensões de velhice: a garantia do bem-estar das pessoas que atingiram a velhice após uma vida inteira de trabalho.

Diante de tantas incertezas, de medidas que agravam as condições de vida e sem garantias de benefícios gerais para a população, a reforma aprovada pelo governo enfrenta muitas resistências na sociedade, principalmente para a condição de saúde dos brasileiros, pois os malefícios são óbvios, com riscos de agravamento das condições de vida de idosos e beneficiários da previdência, de mulheres em especial.

Portanto, o principal caminho, se não o único caminho, para alcançar um sistema de pensões justo e inclusivo é criá-lo sob a perspectiva dos direitos comuns e fundamentais, visto que ao ampliar o número de idosos que não serão segurados do Estado, resultará em um aumento drástico da dependência deles para com o governo, uma

“passiva social” com dois caminhos prováveis: ou se tornará à força um “passivo financeiro”, e o Estado terá que moldar programas de assistência para poder garantir a dignidade para essas pessoas, ou haverá uma “convulsão social” e terão que reformular novamente a seguridade social.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEIRO, Nilo. Análise: **A Reforma da Previdência é justa e melhor para o Brasil?** LBS-Advogados (Artigo Online) Disponível em: <<http://lbs.adv.br/artigo/analise-reforma-da-previdenciae-justa-e-melhor-para-o-brasil>. > Acesso em 04 ago. 2022.

BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação.** In: CFESS; ABEPSS (Org.). Serviço social: direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

CAETANO, M. A.-R. 2016. **“Solvência fiscal de longo prazo dos regimes próprios de previdência dos estados e municípios”** Texto para Discussão – Ipea 2195. Brasília.

CASSAR, Vólia Bomfim.; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CUNHA, Ana Rita. **A Situação da Previdência Social em 6 Gráficos.** Aos Fatos, São Paulo. 2019, p 2. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/noticias/a-situacaodaprevidencia-social-em-6-graficos/>. Acesso em: 05 de ago. 2022.

FRANCO, Alex Pereira. **Reforma da Previdência Social: O Estado Contemporâneo e a Reconfiguração do Sistema Previdenciário.** Curitiba: Juruá, 2019.

IBRAHIM, Fábio. **O que comemorar nos trinta anos de Seguridade Social?** In ANFIP – Associação Nacional dos Auditores da Receita Federal do Brasil. 30 anos de seguridade social: avanços e retrocessos. Brasília: ANFIP, 2018. p. 9. Disponível em:https://www4.anfip.org.br/doc/publicacoes/Livros_22_11_2018_19_00_32.pdf.

Acesso em 05 ago. 2022.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 7ª ed. Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2006.

JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário.** 5ª ed. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2005.

MARQUES, João Pedro. **Dano estético e responsabilidade civil.** Ed. Constante. Rio de Janeiro 2018.

SANTOS, C. H. M., et all (2017). **A dinâmica do déficit dos regimes próprios de previdência dos estados brasileiros nos anos 2006-2015.**

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social.** Leme: Imperium, 2019.

DIREITO EDUCACIONAL E AÇÕES NO CENTRO DE REFERÊNCIA EM TURISMO, CULTURA, EDUCAÇÃO E ECOLOGIA KM 30: PROGRAMA DE CIRCUITOS ECOLÓGICOS E CULTURAIS NO ENTORNO DA SERRA DA PIEDADE, CAETÉ - MG

VAGNER LUCIANO COELHO DE LIMA ANDRADE:

Coordenador de Ecologia Guia de Turismo Regional/Nacional com experiências em guiamentos receptivos e pedagógicos. Graduado em Geografia pela UNIBH e Mestre em Turismo e Desenvolvimento Sustentável pela FUNIBER

FLÁVIA HENRIQUES DE SOUZA¹⁸⁰

CÍNTIA FERNANDES PASSOS¹⁸¹

BEATRIZ DOS SANTOS MENEZES¹⁸²

(coautores)

RESUMO: A proposta Circuito Serra da Piedade, em Caeté - MG objetiva repensar a apropriação do meio ambiente e a reconfiguração do espaço geográfico pelo processo de produção urbano-industrial capitalista: suas projeções e desdobramentos, numa perspectiva interdisciplinar entre Ecologia, Geografia e História. O público alvo são estudantes do ensino médio, técnico, graduação e especialização. a região a ser potencializada encontra-se a cerca de 40 km de Belo Horizonte, em Ravena, distrito de Sabará, próximo da Serra. Discute sua revitalização e recuperação para aproveitamento do turismo escolar. a ideia é ter o KM 30 como referência para a visita da região: Brumal e Santa Bárbara, Caeté e Raposos, Caraça, Catas Altas, Cocais e Barão, Itabira e Ipoema, Mariana e Bento Rodrigues, Ouro Preto, Piedade e Sabará, Serra do Gandarela

INTRODUÇÃO

Uma vez que, a construção e a difusão de conhecimentos são pilares básicos da escola, o processo educativo propicia a formação de agentes socioambientais e culturais, que por sua vez se

180 Coordenadora de Cultura Guia de Turismo Regional/Nacional com experiências em guiamentos receptivos e pedagógicos. Graduada em História pela Newton Paiva e especialista em Turismo e Desenvolvimento Sustentável pelo IGC-UFMG

181 Coordenadora de Educação Guia de Turismo Regional/Nacional com experiências em guiamentos receptivos e pedagógicos. Graduando em Ciências Biológicas pela UNA

182 Coordenadora de Turismo. Guia de Turismo Regional/Nacional com experiências em guiamentos receptivos e pedagógicos. Graduada em Gestão de Turismo pela UNINTER.

consolidarão como pessoas conscientes e atuantes na sociedade em que vivem. Nesta perspectiva, o Turismo Escolar (Figura 01) é uma concepção inovadora para a reformulação imediata da prática pedagógica tradicional que por sua vez privilegiava a “construção” da aprendizagem, efetuada mediante o sujeito que reconhece no objeto, sua fonte de conhecimento, limitando-se a ele. Sala de aula, giz, quadro, livros e cadernos são, portanto, recursos necessários, mas limitantes em sua totalidade. Assim, o Turismo Escolar tende a ser um processo mais interessante para o aluno, pois permite que o mesmo, descubra e desenvolva habilidades sem ser taxado ou imposto a uma sequência de conceitos teoricamente organizados em disciplinas. Evidencia-se, aqui um posicionamento contrário à compartimentação do conhecimento em esferas vazias e disciplinas sem conexão, com a realidade vivenciada e com as demandas da vida social. Destaca-se aqui a proposta de repensar o ensino não a partir de disciplinas, mas, sobretudo, na conexão continua entre elas construindo continuamente diálogos. Pensar em inovar e renovar a educação tradicional é uma temática se que sobressai com o advento das inteligências múltiplas¹⁸³, uma nova abordagem didático-pedagógica que contribui para promover mudanças significativas no processo de aprendizagem dos alunos, desde o nível individual até o coletivo.

Figura 01 - Alunos em viagem pedagógica

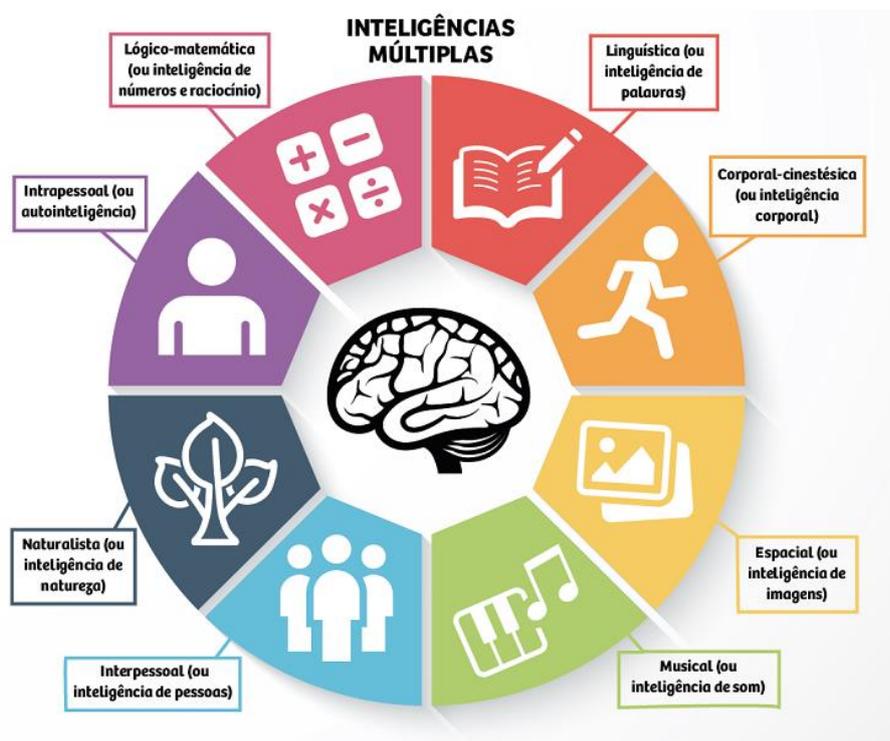


http://checkthetrip.com/lion-park-guia-turistico-por-um-dia/img_5171_1024x683/

183 São oito, as Inteligências múltiplas propostas por Gardner (2005: a) Inteligência linguística b) Inteligência lógico-matemática c) Inteligência espacial d) Inteligência corporal-cinestésica e) Inteligência musical f) Inteligência intrapessoal g) Inteligência interpessoal h) Inteligência naturalista. Detalhes sobre elas estão presentes no livro de Linda Campbell. **Ensino e aprendizagem por meio das Inteligências Múltiplas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

Nesta concepção de multiplicidade, o conhecimento no Turismo Escolar vem acompanhado de múltiplos sentidos, sendo necessário que os alunos reconheçam sua importância, enquanto sujeitos no tempo e no espaço de aprendizado. Assim educar, é promover uma reflexão profunda que os levem a distinguir diferentes situações e realidades. Ao empreender tal proposta, prima-se pela ideia de que o conhecimento não é dividido em compartimentos, como se fossem gavetas onde seriam guardados os diferentes saberes, sem discernir se os mesmos servirão e terão aplicação em sua vida. Assim é preciso, imediatamente romper com os currículos predominantes que vertem para uma formação limitada apenas em matemática e português. Na educação da atualidade, pautada numa perspectiva que integra Interdisciplinaridade, Transdisciplinaridade e Transversalidade, é necessário ampliar e integrar as áreas de Artes, Cultura, Cidadania, Ecologia, Esportes, Ética, Geografia, História, Lazer, Literatura, Linguagem, Lógica, Religiosidade e Saúde (Figura 02).

Figura 02 - Inteligências Múltiplas



www.altoastral.com.br%2Fconheca-teoria-inteligencias-multiplas%2F&psig=AFQjCNERAHbbV-yfE2r0RdRvZz92LoGzA&ust=1504524948565623

Ao se analisar estratégias de didatização do conhecimento histórico-científico, a partir de uma visita pedagógica interdisciplinar, nota-se que a principal proposta não vem sendo cumprida como deveria. O excesso de informações acadêmicas permanece inalterado, com realocação da sala de aula para o ônibus e dos livros didáticos para atrativos, lugares e paisagens. O verdadeiro sentido em educar

se perde por completo. É a mesma empresa de ônibus, o mesmo restaurante, os mesmos guias, os mesmos atrativos, a mesma programação, só muda a cor da camisa. Educar é criar sentidos e sentimentos que se tornem únicos e inesquecíveis para os alunos. Daquele passado pedagógico, não deverá restar nem sombras, visto que educar é agregar e integrar atitudes, conceitos e procedimentos que efetivem e motivem a vida em sociedade. É com enorme prazer que apresenta-se aqui uma proposta temática sobre o turismo escolar tradicionalmente institucionalizado. A ideia central é promover visitas aliadas ao descanso, ao entretenimento, à contemplação e à interação no qual se aprenda de forma lúdica e divertida, com responsabilidade e segurança. Com o intuito de formatar vários circuitos ecológicos e culturais no entorno da serra da Piedade, borda norte do Quadrilátero Ferrífero, onde pretende-se socializar novas propostas, programas e ações que inovem o turismo escolar na Grande BH. O programa tem sua origem ligada à iniciativa do Espaço de Turismo do antigo KM 30, que respaldado em anos de solidez, compromisso e qualidade propõe ações culturais e ecológicas nas localidades mineiras adjacentes à Serra da Piedade, todas inseridas em área da Messorregião Metropolitana de Belo Horizonte oficialmente definida pelo IBGE para diferentes públicos da educação regular, educação de jovens e adultos, ensino técnico-profissionalizante e educação superior. A ideia é oferecer uma programação na parte da manhã com café da manhã e visita pedagógica (Figura 03) em dez localidades do entorno (Quadro I) e na parte da tarde, o almoço e a tarde lúdica em Caeté. Roteiros a serem propostos: Brumal e Santa Bárbara, Caeté e Raposos, Caraça, Catas Altas, Cocais e Barão, Itabira e Ipoema, Mariana e Bento Rodrigues, Ouro Preto, Piedade e Sabará, Serra do Gandarela

Figura 03 - Clube Free Time localizada na região deste estudo



<http://sindibel.com.br/convenio-free-time-sindibel-prorroga-periodo-de-adesao-ate-1302/>

Essas dez localidades foram escolhidas pelo fato de se localizarem em uma área de prioridade máxima para a preservação ambiental, o município de Caeté, mais especificamente, o Conjunto Arquitetônico e Paisagístico da Serra da Piedade (Figura 04) e adjacências, apresentou as melhores

condições para receber uma unidade de formação, qualificação, aperfeiçoamento e atualização em Turismo Sustentável. Caeté tornou-se vila em 29 de janeiro de 1714, e atualmente engloba uma área de 541, 094 km² e uma população de 40.715 habitantes em 2010. Situada na região Administrativa de Belo Horizonte, estando distante da capital do Estado, em aproximadamente 50 km, com viagens de 60 minutos, aproximadamente, pela BR 381/262. Localiza-se entre 05 importantes cidades mineiras: Ipatinga, Itabira, Joao Monlevade, Mariana e Ouro Preto.

A Serra da Piedade faz parte do conjunto da Serra do Curral, com elevação de 1.746 metros, sendo o marco-guia dos primeiros bandeirantes que chegaram à região por volta de 1673. A paisagem cultural da serra é concebida pelo simbolismo religioso atribuído, que surgiu devido à lenda de uma aparição da figura da Virgem com Jesus nos braços no alto da Serra. A capela construída em homenagem a Nossa Senhora da Piedade fica no topo da Serra, teve sua construção iniciada em 1767, e foi concluída somente em 1778. O Conjunto Arquitetônico compreende a Igreja Nossa Senhora da Piedade, a Casa dos Romeiros, o Cruzeiro com imagem da cena do calvário, edificação usada como lanchonete, outra como restaurante e, a Igreja-Abrigo da Serra da Piedade (projeto do arquiteto Alcides Rocha Miranda) e outras edificações. O tombamento estadual do Conjunto Paisagístico da Serra da Piedade foi declarada como monumento natural em 1989 com homologação de seu tombamento em 2006 com inscrição no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, no Livro do Tombo de Belas Artes e Livro do Tombo Histórico, das obras de Artes Históricas e dos Documentos Paleográficos ou Bibliográficos.

O tombamento estadual da Serra da Piedade e sua declaração como monumento natural foram instituídos pelo art. 84 dos Atos das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989. O tombamento foi homologado em 19 de maio de 2006, com inscrição no Livro de Tombo n.º I, do tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro de Tombo n.º II, do tombo de Belas Artes; Livro de Tombo n.º III, do tombo Histórico, das obras de Arte Históricas e dos Documentos Paleográficos ou Bibliográficos.

A Serra da Piedade faz parte do conjunto da Serra do Curral, com elevação de 1.746 metros, sendo o marco-guia dos primeiros bandeirantes que chegaram à região por volta de 1673. A geologia da serra é constituída por formações ferríferas, sendo o minério de ferro o seu principal recurso. A formação do relevo e das rochas da Serra da Piedade remonta a história geocológica da Terra, configurando patrimônio geológico, considerado como Sítio da História da Geologia e da Mineração. Esse sítio integra o programa de Sítio Geológico e Paleontológico do Brasil – gerido pela Comissão Brasileira de Sítios

Geológicos e Paleobiológicos (SIGEP). A paisagem cultural da serra é concebida pelo simbolismo religioso atribuído, que surgiu devido à lenda de uma aparição da figura da Virgem com Jesus nos braços no alto da Serra. O português - oficial de cantaria - Antônio da Silva Bracarena foi quem construiu a capela em homenagem a Nossa Senhora da Piedade, no topo da Serra. Para esse fim, contou com o apoio do Dr. Manoel Coelho Santiago na aquisição da provisão para a ereção do templo, assinada pelo Cônego Ignácio Corrêa de Sá. Iniciada em 1767, a capela foi concluída somente em 1778. O Conjunto Arquitetônico compreende a Igreja Nossa Senhora da Piedade, a Casa dos Romeiros (retiros-projeto do arquiteto mineiro Ivo Porto de Menezes), o Cruzeiro com imagem da cena do calvário, edificação usada como lanchonete, outra como restaurante e, a Igreja-Abrigo da Serra da Piedade (projeto do arquiteto Alcides Rocha Miranda). Complementa o conjunto, o edifício que abriga o observatório astronômico Frei Rosário da Universidade Federal de Minas gerais – UFMG e as instalações e atividades de proteção ao voo comercial e militar na região Sudeste do país, através das antenas do Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo – CINDACTA.

Figura 04 - Serra da Piedade, Caeté



<http://casalturista.com/serra-da-piedade/>

O CENTRO DE REFERENCIA EM TURISMO, CULTURA, EDUCAÇÃO E ECOLOGIA KM 30 amplia as atividades lúdico-pedagógicas da Unidade Caeté no âmbito de atuação turística do KM 30. Esta ação indica pela primeira vez, uma política de formação pedagógica conjunta baseada em três perspectivas universais de desenvolvimento interdisciplinar (áreas biológica e cultural, educacional e pedagógica,

histórica e social) objetivando a oferta regular e posterior ampliação de vagas de qualificação, aperfeiçoamento e atualização de alunos matriculados na educação infantil, educação básica, ensinos técnico e superior, das redes pública e privada. O local pretende se tornar um centro com foco na legislação vigente sobre meio ambiente evidenciando as diferentes certificações sustentáveis na concepção de suas atividades. O CENTRO DE REFERENCIA EM TURISMO, CULTURA, EDUCAÇÃO E ECOLOGIA KM 30, devido a excelência de ações e eventos em gestão e treinamento empresarial terá como principais atividades a serem formatadas e ofertadas:

- 1) criar organizar e desenvolver projetos em turismo escolar diferenciado;
- 2) elaborar estudos sobre as técnicas de contemplação, entretenimento, lazer e recreação;
- 3) potencializar práticas nas áreas de turismo, eventos, gastronomia e hotelaria;
- 4) planejar e desenvolver projetos turísticos voltados à preservação da cultura local, da ruralidade e do meio ambiente;
- 5) repensar as praticas em turismo escolar redefinindo roteiros e otimizando tempo de visitação para conciliar a ludicidade ao aprendizado;
- 6) repassar experiências em técnicas de turismo para grupos com características especiais;

Tecnicamente, a unidade tem se adaptado às tendências e necessidades de preservação e recuperação de áreas degradadas evidenciando a necessidade de tratamentos de afluentes e rejeitos. Pelo turismo e para o turismo, a ideia é formatar um centro difusor de sustentabilidade e educação ambiental com foco na cultura e diversidade. Assumindo o papel universal de identidade com o interior mineiro e suas paisagens naturais e culturais, o CENTRO DE REFERENCIA EM TURISMO, CULTURA, EDUCAÇÃO E ECOLOGIA KM 30 elaborou uma proposta de ampliação de vagas, no período 2018-2020, contemplando, entre outros feitos, a criação e implementação de uma nova unidade para dar suporte a visitas educacionais e cursos para diferentes públicos desde crianças até universitários. Um grupo acadêmico de estudos científicos sobre a potencialidade da paisagem local (Figura 05) foi convocado para diagnosticar a unidade Caeté e suas adjacências, evidenciando-a como espaço potencializador para experiências humanas favoráveis a perspectiva de um turismo justo e sustentável. Neste contexto, o turismo surge como alternativa sustentável na perspectiva de um trabalho educativo diferenciado e humano na paisagem local.

Figura 05 - Ônibus desce a serra da Piedade



<http://onibusbrasil.com/foto/3670832/>

Essa região entre Mariana e Itabira sempre foi apontada por diferentes estudos como possuidora de alta demanda regional para o Turismo Sustentável. Assim receber alunos da formação básica, qualificação, aperfeiçoamento e atualização na área da Unidade Municipal de Caeté (Figura 06) justifica a instalação de um centro de referência sintonizado com as grandes questões do mundo contemporâneo, marcadas pela harmonização e consecutiva potencialização das relações entre o homem, a cultura, a educação e o meio ambiente. Assim ao se pleitear a criação do CENTRO DE REFERENCIA EM TURISMO, CULTURA, EDUCAÇÃO E ECOLOGIA KM 30 pretende-se disponibilizar ao mercado, visitas e cursos diferenciados que formem, capacitem, qualifiquem, aperfeiçoem e atualizem os alunos para que os mesmo possam dominar diferentes procedimentos, meios e mecanismos para práticas sustentáveis e interdisciplinares, tanto em termos regionais, quanto globais. É o turismo contribuindo de forma sustentável para renovar a formação pedagógica humana.

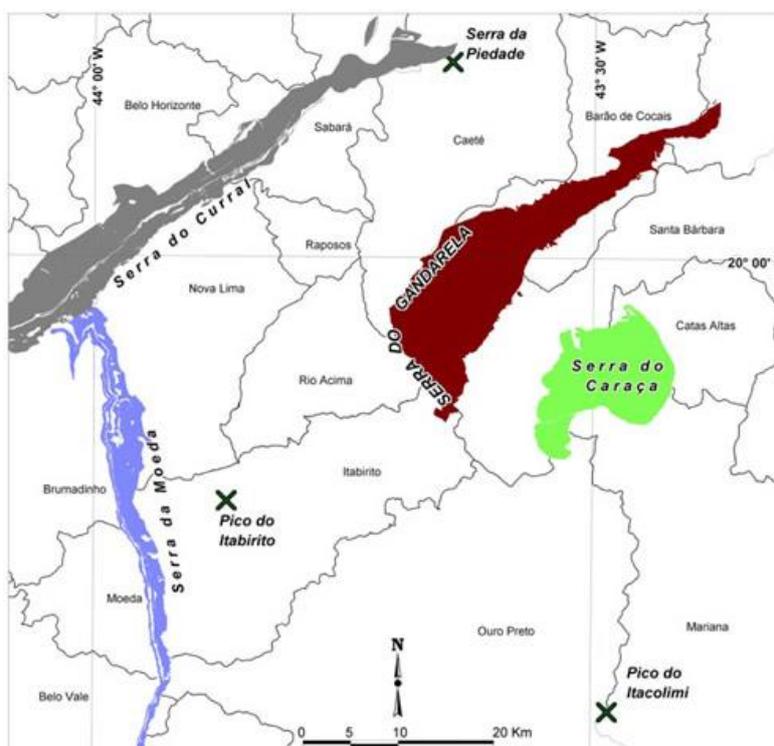
Figura 06 - Circuito Turístico do Ciclo do Ouro



<http://www.baraodecocais.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/conheca-as-belezas-de-barao-de-cocais/6485>

O turismo direcionado aos atrativos culturais e ambientais tem mostrado um crescimento muito grande nestes últimos anos. Esta modalidade de Turismo Sustentável onde o Complexo Gandarela/Caraça aflora potencialidade (Figura 08) encontra algumas variações ou denominações distintas como: Ecoturismo, Turismo Ambiental, Turismo de Aventura, Turismo Náutico, Turismo Verde, Turismo Rural, entre outros. No Brasil, outra modalidade que também tem se desenvolvido bastante na última década, é o Turismo Rural, um grande potencial de Minas Gerais. Neste cenário, o CENTRO DE REFERENCIA EM TURISMO, CULTURA, EDUCAÇÃO E ECOLOGIA KM 30 e suas propostas de visitas pedagógicas, atenderão a uma demanda cada vez maior de pessoas ligados a essas modalidades turísticas.

Figura 08 - Complexo Turístico Gandarela/Caraça



<http://www.rioacima.com/txt/16/a-serra-do-gandarela.html>

A região norte do Quadrilátero Ferrífero passa por um período de mudanças no perfil socioeconômico, principalmente, com a conclusão das obras de novos empreendimentos minerários, altamente impactantes. Com essa mudança, que gera descaracterização de paisagens únicas e relevantes desponta a vocação turística da região e, a necessidade do desenvolvimento das atividades e projetos turísticos de forma ordenada, planejada, interdisciplinar e sustentável. A criação de vários programas de formação, qualificação, aperfeiçoamento e atualização no Município de Caeté, justifica-se pelo interesse dos Governos municipal, estadual e federal em implementar políticas de desenvolvimento sustentável para a região do Centro mineiro onde se insere o Quadrilátero Ferrífero (Figura 09) e a Região Metropolitana de Belo Horizonte. Uma destas ações está definida a instalação da unidade do CENTRO DE REFERENCIA EM TURISMO, CULTURA, EDUCAÇÃO E ECOLOGIA KM 30 em Ravena aproveitando infraestrutura existente no local, composta por edificações do complexo de lazer. Além das visitas escolares, o CENTRO DE REFERENCIA EM TURISMO, CULTURA, EDUCAÇÃO E ECOLOGIA KM 30 pretende instalar um laboratório de práticas existenciais e vivências coletivas na área, conforme programa já desenvolvido com executivos de diferentes empresas de mercado. As atividades práticas a serem concebidas no local se orientam a partir da prática sociocultural de jogos colaborativos, dinâmicas grupais, desafios e resolução de problemas. A área em questão tem potencial para ser centro de educação ambiental contemplando a análise e interpretação de paisagens através da percepção e tem atividades formatadas que abordam os seguintes temas: trilhas do asfalto - leitura e interpretação de paisagens urbanas; trilhas da terra - leitura e interpretação de paisagens rurais; trilhas da mata - percepção e análise de elementos bióticos; trilhas da água - percepção e análise de elementos abióticos.

O cenário da região da serra da Piedade possibilitará enfoque no melhor aproveitamento dos atrativos turísticos naturais e construídos. Este enfoque turístico, expresso nas atividades curriculares a serem formatadas e ofertadas, proporcionará a formação de alunos diferenciados, preparados para atuar em setores e projetos sociais voltados ao Meio Ambiente, à Cultura e à Ruralidade.

Figura 09 - Parque Nacional Serra do Gandarela



www.dicadaarquitectura.com.br%2F2017%2F06%2Fdoacao-de-mudas-para-acao-de.html&psig=AFQjCNEFSF2FYaA3v-1BJcJ66W72d_j0iw&ust=1504525831652551

1.1. ESTRUTURA CURRICULAR

A Organização Curricular das atividades pedagógicas interdisciplinares na área de Turismo, Ecologia e Cultura encontra-se em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, aprovado em 20/12/1996. Reforça-se ainda o indicativo de novas discussões das diretrizes curriculares inicialmente propostas neste documento para ampliar a formação, qualificação, aperfeiçoamento e atualização dos alunos formados e/ou em formação em Cursos Técnicos e de Graduação, além daqueles que frequentam modalidade da educação Infantil e Básica. Os programas e ações com ênfase interdisciplinar em Turismo Pedagógico, Geológico, Ecológico e Rural poderão atender ainda alunos da Educação Inclusiva e da modalidade Educação à distância. Serão atividades externas ou internas nas quais a infraestrutura disponível de Turismo, Gastronomia e Hotelaria permitam acoplar conforto e segurança à atividade pedagógica, além de ludicidade (Figura 10).

Figura 10 - Complexo de Lazer Free Time



<http://auarquitetura.com/portfolio/ampliacao-de-parque-aquatico/>

Com respeito às atividades curriculares, pretende-se realizar visitas técnicas a cidades históricas coloniais, unidades de conservação (Figura 11), locais de contemplação da natureza, localidades que se destacam no cenário turístico mineiro e outros locais considerados de interesse para o aperfeiçoamento profissional, pessoal e cultural do corpo discente. Estas viagens técnicas serão organizadas e executadas, preferencialmente, pelo conjunto de professores do período semestral em curso. Com relação a apropriação desses meios turísticos, a oferta de atividades se orienta ao cuidado com a questão socioambiental, com ênfase nos processos culturais de controle, preservação e recuperação dos recursos cultural e ambiental disponíveis. Os programas a serem formatados e ofertados abordarão interdisciplinarmente estratégias, métodos e técnicas utilizadas na gestão educacional, integrando o aprendizado teórico à realidade, a partir do recorte espacial local, em especial o KM 30, local de futuras experiências e vivências em Turismo, Ecologia e Cultura.

Figura 11 - Parque Estadual da Mata do Limoeiro



<http://www.viagemcomemocao.com.br/cachoeiras-na-estrada-real-ipoema/>

2.6.2. CENTRO DE REFERENCIA EM TURISMO, CULTURA, EDUCAÇÃO E ECOLOGIA KM 30: ampliação das ações pedagógicas

Quanto à natureza, o projeto conceitua-se como laboratório aplicado, uma vez que definirá novos métodos ou maneiras de conhecer a realidade local da cidade de Caeté e adjacências a partir de sua tradição turística. Quanto à abordagem, caracteriza-se, primeiramente, como qualitativa, uma vez que o turismo escolar está relacionado ao contexto no qual o espaço está inserido, a paisagem cultural e natural e seus patrimônios. Posteriormente, a pesquisa terá, também, uma abordagem quantitativa, tendo em vista a coleta de dados a ser realizada sistematicamente. Para este levantamento de dados, usarão questionários e entrevistas, aplicados antes e depois das atividades sequenciais do projeto, tendo em vista a aferição dos conhecimentos adquiridos pelos atores envolvidos no respectivo Projeto. No que diz respeito ao método de pesquisa, afirma-se que o Projeto possui diversas personalidades, a saber:

- pesquisa de campo: os dados serão obtidos diretamente dos informantes, por meio de questionários e entrevistas;

- pesquisa documental/bibliográfica – verificará estudos e trabalhos já realizados a respeito do tema;
- pesquisa experimental – verificará, com a aplicação destes instrumentos de coleta de dados, os efeitos dessa intervenção no contexto local;
- pesquisa participante – envolverá os atores do projeto de pesquisa em todas as fases do mesmo, desde sua concepção;
- pesquisa-ação – proporá formas de intervenção para que a pesquisa ofereça relação entre os conteúdos e sua aplicação no contexto em que serão ministrados.

Para a consecução das atividades do Projeto, alguns procedimentos metodológicos se farão necessários, com destaque para:

- apresentação do projeto de pesquisa à instituição financiadora para aprovação;
- pesquisa bibliográfica sobre a temática do turismo escolar;
- formatação das atividades metodológicas a serem desenvolvidas;
- coleta de dados anteriormente às atividades do projeto;
- aplicação e monitoramento das atividades propostas;
- coleta de dados posteriormente às atividades do projeto;
- mapeamento das potencialidades turísticas locais;
- sistematização e avaliação dos resultados;
- proposição de modelos de ação;
- socialização dos resultados em artigos, congressos e eventos.

Ao final do Projeto, e com as atividades desenvolvidas e os dados da pesquisa coletados, espera-se contribuir para a elevação dos conhecimentos da comunidade acerca das questões socioambientais desenvolvidas no projeto de pesquisa com bases de pesquisa aplicada na geração do modelo. Espera-se ampliar o movimento pedagógico no contexto da localidade em questão, para que os atores envolvidos com o Projeto se sintam motivados e engajados em prosseguir com as proposições, contribuindo para a disseminação das ideias de apropriação pedagógica do espaço turístico (Figura 12).

Figura 12 - Itabira - MG: itinerários turísticos

<https://www.freetime.com.br/clube-free-time/>

Com o crescimento da demanda de mercado na área de turismo sustentável e a preocupação com o meio ambiente, hoje o mercado de trabalho nessa área, vem cada vez mais dando ênfase as qualificações do turismo voltadas à gestão dos recursos culturais (Figura 14) e naturais, além disso, existem legislações voltadas à preservação ao meio ambiente que devem ser observadas e cumpridas no planejamento da atividade turística. Assim sendo, ter uma formação diferenciada vem sendo um diferencial e caminha para se tornar uma das obrigatoriedades profissionais no mercado empresarial contemporâneo, fazendo com que o campo de trabalho para este novo profissional encontre-se em pleno desenvolvimento.

figura 14 - Igreja de Santo Antônio, em Santa Bárbara - MG



https://www.tripadvisor.com.br/LocationPhotoDirectLink-g2348939-d6582563-i155632323-Matriz_De_Santo_Antonio-Santa_Barbara_State_of_Minis_Gerais.html

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do Projeto, e com as atividades desenvolvidas e os dados da pesquisa coletados, espera-se contribuir para a elevação dos conhecimentos da comunidade acerca das questões socioambientais desenvolvidas no projeto de pesquisa com bases de pesquisa aplicada na geração do modelo. Espera-se ampliar o movimento pedagógico no contexto da localidade em questão, para que os atores envolvidos com o Projeto de Pesquisa se sintam motivados e engajados em prosseguir com as proposições, contribuindo para a disseminação das ideias de apropriação pedagógica do espaço turístico suscitadas na pesquisa, aproximando-se assim o conceito de pesquisa associada com extensão.

Referências Bibliográficas

AMATUZZI, Mauro Martins. **Apontamentos acerca da pesquisa fenomenológica. Estudos de Psicologia.** 1996, Vol. 13, nº 1, p.5-10.

- AZENHA, M. G. (1994). **CONSTRUTIVISMO: De Piaget a Emilia Ferreiro**. 2. ed. São Paulo: Ática.
- BARREIRA, C. (2001). **Avaliação das Aprendizagens em contexto escolar: Estudo das atitudes dos docentes face ao modelo de avaliação do ensino básico**. Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade de Coimbra.
- BARREIRA, C. (2005). **Soluções para a prática da avaliação formativa**. *Revista Portuguesa de Pedagogia*. Ano 39 – nº. 2. Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade de Coimbra.
- BIDARRA, M. G. A. & FESTAS, M. I. F. (2005). **CONSTRUTIVISMO(S): Implicações e Interpretações Educativas**. *Revista Portuguesa de Pedagogia*. Ano 39 – nº. 2. Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade de Coimbra.
- BORTOLOTTI, Karen Fernanda da Silva. **História da Educação**. In: *Pedagogia – Módulo 2.1: Fundamentos Históricos e Psicológicos da Educação*. Ribeirão Preto: COC, 2007. p.
- BOSSI, Marina Millard de Souza. **A contribuição do Turismo para o aprendizado e o desenvolvimento cognitivo de uma criança: Um olhar no Turismo Pedagógico** (Monografia final de curso de graduação em TURISMO). Instituto de Geociências. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.
- BRASIL. **Lei federal nº 8623/1993**. Regulamenta a profissão de guia de turismo e dá outras providências.
- BRASIL. **Lei federal nº 9496/1996**. Define a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
- BREGUNCI, M. G. C. (1996). **CONSTRUTIVISMO: grandes e pequenas dúvidas**. Belo Horizonte: CEALE.
- CARRETERO, M. (1997). **Construtivismo e educação**. Porto Alegre: Artes Médicas.
- DICIONÁRIO AURÉLIO (2001) **Verbete da palavra Cognição**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 171
- FREIRE, P. (2003). **PEDAGOGIA DA AUTONOMIA: saberes necessários à prática educativa**. 11ª. Ed. São Paulo: Paz e Terra. Glaserfeld (1995)
- GLASERSFELD, E. V. (1995). **CONSTRUTIVISMO RADICAL: Uma forma de conhecer e aprender**. Instituto Piaget. Lisboa.
- Graças, Elizabeth Mendes das. **Pesquisa qualitativa e a perspectiva fenomenológica: fundamentos que norteiam sua trajetória**. *Revista Mineira de Enfermagem, Universidade Federal de Minas Gerais*. 4 . (1,2): 28-33, Jan-dez. 2000.
- LAJONQUIÉRE, L. (1996). **DE PIAGET A FREUD: Para repensar as aprendizagens: A (psico) pedagogia entre o conhecimento e o saber**. 5ª. ed. Petrópolis: Vozes.

MAGRO, Carina Maria Terra Alves. **CONCEPÇÕES DO DESENVOLVIMENTO: inatista, ambientalista, interacionista.** In: Curso de Pedagogia – Módulo 2.1: Fundamentos Históricos e Psicológicos da Educação – Disciplina Psicologia da Educação. Ribeirão Preto: COC, 2007. pp. 114-116

MAGRO, Carina Maria Terra Alves. **TEORIAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO: Piaget, Vygostky, Freud e Wallon.** In: Curso de Pedagogia – Módulo 2.1: Fundamentos Históricos e Psicológicos da Educação – Disciplina Psicologia da Educação. Ribeirão Preto: COC, 2007. pp. 119-133

MATUI, J. (1995). **CONSTRUTIVISMO: teoria construtivista sócio-histórica aplicada ao ensino.** São Paulo: Ed. Moderna.

MONTOYA, A. O. D. (2005). **PIAGET: Imagem Mental e Construção do Conhecimento.** Coleção: PROPG 1ª edição. UNESP – S.P.

PASSARINO (2000) PASSERINO, Lílana M. **Interação Social em Ambientes Telemáticos.** Aprendizagem. Disponível em: <<http://www.niee.ufrgs.br/cursos/topicos2000/alunos2000/Liliana/aprendizagem.htm>> Acesso em 14/10/2016

Piaget. J. **Seis estudos de Psicologia**, (1995)

RABELLO, E.T. e PASSOS, J.S. **Vygotsky e o desenvolvimento humano.**(2008) VYGOTSKI, L. S. (1999). **A Formação Social da Mente.** São Paulo: Martins Fontes.

YVES, B. (2001). **Teorias Contemporâneas da Educação.** Instituto Piaget.

ZABALA, A. (1998). **A PRÁTICA EDUCATIVA: como ensinar.** Porto Alegre: Artmed. <http://www.iepha.mg.gov.br/index.php/institucional/organograma/14-patrimonio-cultural-protetido/bens-tombados/159-conjunto-paisag%C3%ADstico-da-serra-da-piedade>