

LUANA MAYARA DE SOUZA BRANDÃO
(ORGANIZADORA)

DIREITO:

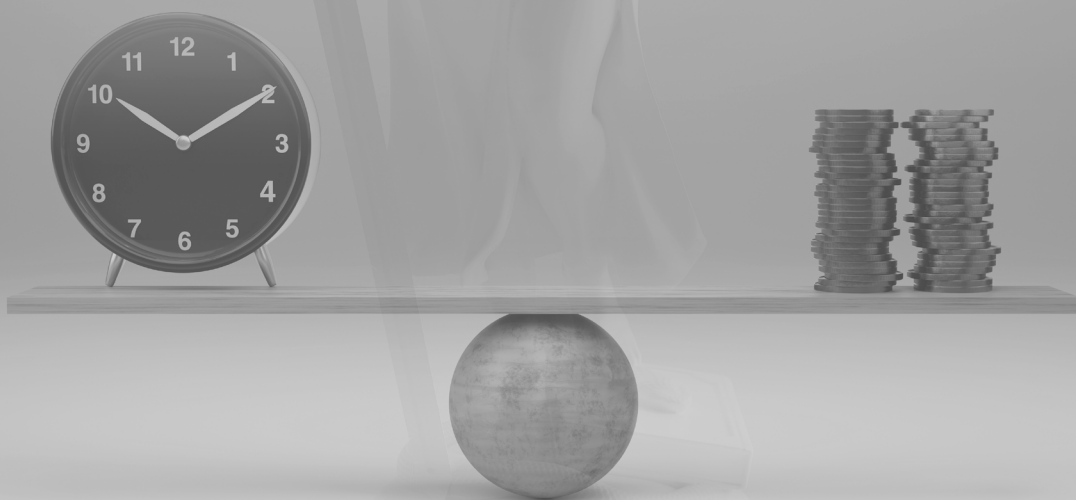
PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS



LUANA MAYARA DE SOUZA BRANDÃO
(ORGANIZADORA)

DIREITO:

PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS



Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Bruno Oliveira

Camila Alves de Cremona

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena

Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador
 Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
 Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
 Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
 Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
 Prof^ª Dr^ª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
 Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
 Prof^ª Dr^ª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
 Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
 Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
 Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
 Prof^ª Dr^ª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie di Maria Ausiliatrice
 Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
 Prof^ª Dr^ª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
 Prof^ª Dr^ª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
 Prof^ª Dr^ª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
 Prof^ª Dr^ª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
 Prof^ª Dr^ª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
 Prof^ª Dr^ª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
 Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
 Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
 Prof^ª Dr^ª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Prof^ª Dr^ª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
 Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
 Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
 Prof^ª Dr^ª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
 Prof^ª Dr^ª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
 Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
 Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Direito: pesquisas fundadas em abordagens críticas

Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Yaiddy Paola Martinez
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizadora: Luana Mayara de Souza Brandão

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
D598	Direito: pesquisas fundadas em abordagens críticas / Organizadora Luana Mayara de Souza Brandão. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022. Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-0716-4 DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.164221111 1. Direito. 2. Lei. 3. Constituição. I. Brandão, Luana Mayara de Souza (Organizadora). II. Título. CDD 340
Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.







A coleção “Organização Direito: Pesquisas fundadas em abordagens críticas” é um e-book que possui estudos que versam sobre temas relevantes para o direito, para sociedade e para o campo científico. Este volume tem obras interdisciplinares que apresentam estudos atuais e pertinentes que abordam sobre a garantia e a materialização de diversos direitos essenciais para a comunidade.


Temáticas importantes são apresentadas nessa obra, com estudos desenvolvidos por docentes, discentes de pós-graduação *Lato sensu* e *Strictu sensu* e de graduação, por doutores e juristas, isto é, uma coleção com diversidade de autores e de temas. Os estudos foram elaborados de forma bem estruturada e objetiva, de forma que fazem o leitor refletir e questionar acerca de vários aspectos dos direitos abordados, bem como foram desenvolvidos em várias instituições de ensino e pesquisa do país. Os artigos versam sobre problemáticas que necessitam ser discutidas e pesquisadas, como direito da mulher, direito à cidade, direitos trabalhistas e violência doméstica na pandemia do coronavírus, as implicações das *fake news* nos regimes democráticos, responsabilidade civil, aborto legal, bem-estar animal enquanto prerrogativa constitucional brasileira, dentre outros.

Assuntos nevrálgicos para a sociedade são, assim, discutidos nesse e-book de maneira clara, objetiva e de forma a despertar a reflexão dos leitores sobre direitos e temas atuais e relevantes para o campo científico, acadêmico e jurídico e para a sociedade. Assim, é fundamental ter uma obra que disponha de trabalhos com temáticas e objetos de estudos sobre os quais versam direitos muito importantes.

Desse modo, os artigos apresentados nesse e-book possuem discursões sobre direitos sociais e fundamentais que necessitam ser refletidos, discutidos e debatidos pela sociedade em geral, por docentes, por discentes, por pesquisadores e por juristas.

Luana Mayara de Souza Brandão


CAPÍTULO 1	1
A AUDIÊNCIA PÚBLICA AMBIENTAL NO PARADIGMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
Luiz Felipe Radic	
Samuel Lopes Nunes Soares Santana	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1642211111	
CAPÍTULO 2	8
A INFIDELIDADE CONJUGAL E O DIREITO À INTIMIDADE NA ERA DA CONECTIVIDADE DIGITAL	
Rosilda Aparecida Oliveira	
Edison França Lange Jr	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1642211112	
CAPÍTULO 3	21
A JUSTIFICATIVA TEÓRICA DE RONALD DWORKIN PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	
Júlio Eduardo Damasceno Medina	
Rafael Hekave	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1642211113	
CAPÍTULO 4	35
A CONTRIBUIÇÃO DA UNIVERSIDADE ABERTA PARA SE ENVELHECER COM QUALIDADE DE VIDA	
Estela Duveza Teixeira Tanaka	
Geisikély Medeiros Palácios	
Eliotério Fachin Dias	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1642211114	
CAPÍTULO 5	45
A CORREALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: APLICAÇÃO E MEMÓRIA	
José Luiz Gavião de Almeida	
Karina Cesana Shafferman	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1642211115	
CAPÍTULO 6	58
A PERÍCIA CRIMINAL EM LOCAIS DE SUICÍDIO	
Rubens Alex de Oliveira Menezes	
Sílvia Maria Mathes Faustino	
Pablo Abdón da Costa Francez	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.1642211116	
CAPÍTULO 7	74
A PROPRIEDADE DA TERRA E A DEMOCRACIA	
Kauê Ruviano Vieira	

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1642211117>

CAPÍTULO 884

A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA EM TEMPOS DE COVID-19: A PRISÃO DOMICILIAR DE PRESOS CONDENADOS COMO MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA PARA CONTER A PROPAGAÇÃO DO VÍRUS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Jhennifer Lobato Carvalho


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1642211118>

CAPÍTULO 9 104

A POSSÍVEL DISPENSABILIDADE DA FIANÇA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Mário de Oliveira Melo Junior

Jéssica Carla Rocha de Araújo

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.1642211119>


CAPÍTULO 10..... 107

CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS – SOBRETUDO NO ÂMBITO DA SAÚDE

Adelcio Machado dos Santos

Herneus João de Nadal


Anderson Antônio Mattos Martins

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.16422111110>

CAPÍTULO 11114

CONSENSUALIDADE E SIPLIFICAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO


Rodrigo Borges Nogueira

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.16422111111>

CAPÍTULO 12..... 120

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988: VEDAÇÃO, NA FORMA DA LEI, DAS PRÁTICAS QUE SUBMETAM OS ANIMAIS À CRUELDADE


Nilsen Aparecida Vieira Marcondes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.16422111112>

CAPÍTULO 13..... 147

A CONFISSÃO DO INVESTIGADO COMO CONDIÇÃO PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL


Liane Rose Balog de Lima

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.16422111113>

CAPÍTULO 14.....161

CONTRATOS DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL E O DEVER DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL

Maria Angélica Valadão Arruda Quelhas


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.16422111114>

CAPÍTULO 15.....191

EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SEUS ASPECTOS ATUAIS

Estela Duveza Teixeira Tanaka


Ademos Alves da Silva Júnior

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.16422111115>

CAPÍTULO 16.....206

ENTRE A NEUTRALIDADE E A CENSURA: AS NUANCES DA REGULAÇÃO NA INTERNET

Humberto Goulart Neto

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.16422111116>

SOBRE A ORGANIZADORA 218

ÍNDICE REMISSIVO..... 219

A AUDIÊNCIA PÚBLICA AMBIENTAL NO PARADIGMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Data de submissão: 26/08/2022

Data de aceite: 01/11/2022

Luiz Felipe Radic

Graduando pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Pesquisa Responsabilidade Ambiental: Civil e Internacional 2022, liderado pelos Professores Doutores André de Paiva Toledo e Romeu Faria Thomé da Silva, secretariado por Luiz Felipe Radic. Escola Superior Dom Helder Câmara Belo Horizonte - Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/3211920204743709>
<https://orcid.org/0000-0002-5844-2173>

Samuel Lopes Nunes Soares Santana

Graduando, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Escola Superior Dom Helder Câmara Belo Horizonte - Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/3721188125364638>

RESUMO: Com a implementação formal do Estado Democrático de direito, em 1988, tornou-se necessário incorporar práticas de fiscalidade plena em todas as atuações estatais. Assim, por ser um procedimento administrativo, o licenciamento ambiental também deve contar com a participação popular. Foi realizado um recorte, focando na audiência pública e em duas de

suas características, que aparentam ser obstáculos à participação popular. Portanto, discute-se se as adequações ao atual modelo de Estado foram adequadamente realizadas, ou se o instituto jurídico ainda carece de reformas democráticas. A pesquisa pertence à vertente metodológica jurídico-dogmática do tipo jurídico-descritivo, e predominará o raciocínio dialético.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência pública; Estado Democrático de Direito; Licenciamento ambiental.

THE PUBLIC ENVIRONMENTAL HEARING IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW PARADIGM

ABSTRACT: With the formal implementation of the Democratic Rule of Law in 1988, full taxation practices into all state actions became necessary. As it is an administrative procedure, environmental licensing must also rely on popular participation. A cut was made, focusing on the public hearing and on two of its characteristics, which appear to be obstacles to popular participation. Therefore, it is discussed whether the adjustments to the current State model were properly carried out, or whether it still lacks

democratic reforms. The research belongs to the legal-dogmatic methodological branch of the legal-descriptive type, and dialectical reasoning will predominate.

KEYWORDS: Public hearing; Democratic rule of Law; Environmental licensing.

1 | INTRODUÇÃO

Em 1981, a Lei nº 6.938, instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), sendo que a Constituição de 1988 (CF/88) a recepcionou integralmente. Os instrumentos para a efetivação da PNMA, elencados no artigo (art.) 9º da lei, ganham relevância por se tratarem de instrumentos de proteção das populações afetadas, ao possibilitarem que a sociedade seja informada das consequências ambientais de novos empreendimentos e participe do processo decisório.

Nesse sentido, de acordo com a teoria neoinstitucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal (2017), marco teórico deste estudo, o atual paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe a necessidade de o Estado sempre se justificar, ao agir. Isso implica que a participação constitucionalmente deferida à população seja exercida em perfis de fiscalidade plena nos atos estatais. Nesse paradigma, então, a fiscalidade legítima a atuação estatal e faz com que ela não consista em uma arbitrariedade.

Dessa feita, para parte da doutrina, a audiência pública compreendida no procedimento de licenciamento ambiental é um instrumento para assegurar esse direito. Todavia, outra parcela da literatura especializada sustenta que, em razão de certas peculiaridades do instituto jurídico, a audiência pública não está incluindo as populações direta e indiretamente afetadas na condução do licenciamento ambiental de forma adequada, sendo preciso repensá-la de tal forma a torná-la efetivamente democrática (THIBAU, 2020).

É em razão dessa divergência doutrinária, então, que a seguinte pesquisa pertencente à vertente metodológica jurídico-dogmática do tipo jurídico-descritivo, conforme Witker (1985) e Gustin, Dias e Nicácio (2020), em que predominará o raciocínio dialético, se propõe a discutir se a audiência pública prevista no procedimento de licenciamento ambiental é efetivamente democrática. Para tanto, serão analisadas fontes primárias e secundárias, mediante um raciocínio predominantemente dialético.

2 | O MODELO TRIFÁSICO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL E A AUDIÊNCIA PÚBLICA

Mediante o seu art. 10, a Lei nº 6.938/1981 introduziu o processo de licenciamento ambiental, no ordenamento jurídico brasileiro. A PNMA também deu ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), a competência para um prévio licenciamento, sendo que o licenciamento ambiental propriamente dito é competência das secretarias de meio ambiente. Contudo, apenas na resolução Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997, que ficam mais claras as atribuições destes órgãos (FARIA, 2011, p. 6-7).

Esta resolução, em seu art. 4º, dita que compete ao IBAMA o licenciamento

ambiental. Além disso, no mesmo artigo, a resolução discorre que o licenciamento será realizado após a consideração do exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento (BRASIL, 1997).

De acordo com os arts. 8 e 18 da Resolução CONAMA nº 237/1997, a emissão de licenças, então, é realizada em três etapas. Primeiramente, é concedida a Licença Prévia (LP). O projeto é iniciado a partir da solicitação desta licença. Esta é realizada na fase preliminar do empreendimento, representando a aprovação do órgão regulamentador quanto à localização e à concepção do projeto. É nessa fase do procedimento que é exigida a elaboração da avaliação de impacto ambiental por parte do empreendedor (FARIS, 2011).

A LP apresenta uma resposta binária. Ou ela é concedida, ou não é. Caso não seja, o processo é encerrado. Contudo, quando a resposta é afirmativa são exigidas certas condicionantes a serem cumpridas pelo empreendedor, sendo, o cumprimento destas, pré-requisito para a fase seguinte do licenciamento, a Licença de Instalação (LI) (FARIA, 2011).

A LI representa a autorização para o início das obras. Isto deve ocorrer de acordo com as especificações, programas e projetos que fazem parte das medidas de controle ambiental. Finalmente, a Licença de Operação (LO), é o que permite que o empreendimento seja operado, ou seja, entre em funcionamento após o cumprimento das exigências anteriores (FARIA, 2011)

Esclarecido o procedimento de licenciamento ambiental, retome-se a avaliação de impacto ambiental e a sua relação com a audiência pública. No Brasil, há vários tipos de avaliação, sendo a mais notória o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) seguido do respectivo Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA), documentos técnicos que objetivam realizar um panorama completo dos impactos socioambientais do empreendimento.

Nesse sentido, a audiência pública é uma das etapas para a avaliação de impacto ambiental que se propõe a integrar a participação do povo no procedimento de licenciamento, pelo debate a respeito do EIA e do RIMA (THIBAU, 2020, p. 86). Proposta primordialmente em 1981, na PNMA, e sendo reforçada em 1988 pela Constituição Federal, as audiências públicas são, então, introduzidas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, por mais que introduzidas no ordenamento, as audiências públicas ainda eram dependentes da discricionariedade do agente público, que as convocava quando julgasse necessário. Foi apenas na Resolução de nº 9 do CONAMA que a realização das audiências foi possibilitada de ocorrer por iniciativa própria do Ministério Público, de entidade civil, ou de, pelo menos, cinquenta cidadãos, quando acharem pertinente (THIBAU, 2020).

Percebe-se, portanto, que tal resolução ampliou a possibilidade de os cidadãos interferirem no destino jurídico ambiental de suas vidas. Entretanto, é válido pontuar que ao decorrer do tempo mostrou-se que esta resolução, isolada, não seria o suficiente para cumprir o objetivo pelo qual se formulam as audiências públicas. Por outro lado, é notório o avanço em relação à outras regulamentações, como a resolução nº 1 da CONAMA (THIBAU, 2020).

3 I OBSTÁCULOS À FISCALIDADE PLENA NA AUDIÊNCIA PÚBLICA

3.1 Problemas de manifestação

A participação popular se manifesta na realização de Consultas e Audiências Públicas. Contudo, é determinado que apenas poderá participar ativamente de tais eventos cidadãos devidamente informados sobre os projetos, o que vai contra a proposta inicial do instituto jurídico, qual seja integrar a participação do povo. Desta forma, a problemática das manifestações está diretamente ligada ao acesso à informação (LIMA, 2015).

A liberação da consulta às informações quanto ao projeto ocorre a partir de certo órgão público que divulga que um empreendimento deseja obter a LP. Além disso, outro marco para a liberação de informações é quando o RIMA se encontra disponível para a consulta de interessados. Abre-se, então, prazo para a solicitação de Audiência Pública. Este período de tempo seria o suficiente para que os interessados busquem se informar (LIMA, 2015).

Assim, diversas informações se fazem necessárias, tais como, qual o grau de poluição que aquele empreendimento trará para a localidade, se o trânsito será influenciado pela situação, as condições de funcionamento, se ele tem o poder de valorizar ou desvalorizar os imóveis da região, além de outros aspectos, como quais serão as medidas tomadas para diminuir as consequências ambientais causadas por aquela inovação. Ou seja, tudo que pode impactar fisicamente, socialmente e politicamente é de interesse popular (LIMA, 2015).

Vale salientar, dessa forma, quais seriam os interessados – este grupo é extremamente variado. Podendo ser formado, por exemplo, por moradores de uma região próxima de uma empresa que quer se instalar com potencial poluidor, ou organizações de defesas ambientais, bem como políticos com mero interesse em se informar ou para fins eleitorais (LIMA, 2015).

Isto faz com que os estudos técnicos ambientais devam desenvolver uma linguagem técnica capaz de atingir a capacidade intelectual de grupos de indivíduos extremamente heterogêneos. Nota-se que um estudo que não consegue cumprir com esta necessidade torna dificultosa ou impossível a participação de certos grupos sociais, já que há integrantes da população que não serão capazes de assimilar as informações ali presentes (LIMA, 2015).

Contudo, o que se percebe, na prática, é exatamente aquilo que não se busca: as equipes técnicas responsáveis por desenvolver os estudos ambientais não os fazem de forma acessível. Os estudos são muitas vezes mal elaborados, incompletos ou ambíguos, com uma redação demasiadamente técnica e que não consegue refletir a realidade da localidade em que o empreendimento pretende se alocar. Consequentemente, a população não consegue se manifestar, já que para tanto, é preciso ter conhecimento sobre o estudo (LIMA, 2015).

O problema principal não é a dificuldade de acesso à informação da população. Com o avanço tecnológico, os órgãos licenciadores costumam disponibilizar os materiais de consulta na internet. Além disso, eles ainda podem ser acessados fisicamente através de

exemplares em bibliotecas e secretarias. O problema, na realidade, é a desconsideração com pessoas com em grau menor de escolaridade que seriam impactadas com o empreendimento, mas não serão capazes de se manifestar pela difícil formatação do projeto (LIMA, 2015).

3.2 Caráter consultivo da audiência pública

O art. 11 da Resolução nº 01/1986 do CONAMA (BRASIL, 1986) indica, na parte final do §2, que a realização de audiência pública é uma decisão que cabe ao órgão licenciador, o que significa dizer que ela é uma etapa optativa no procedimento. Vale destacar, portanto, que, por esse motivo, a audiência não pode ser considerada como vinculante no processo decisório. Em mesmo sentido, o art. 10, V, da Resolução nº 237/1997 determina que o procedimento de licenciamento ambiental obedecerá à “audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente” (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Esses dois dispositivos legais apontam para o caráter consultivo da audiência pública, todavia, é o art. 5º da resolução nº 09/1987 que mais deixa essa característica evidente: “a ata da(s) Audiência(s) Pública(s) e seus anexos, servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto” (BRASIL, 1987, grifo nosso). A partir os artigos acima, portanto, Luis Enrique Sánchez deixa claro que:

Uma audiência pública nunca é deliberativa. Nada se vota nem se decide, uma vez que a decisão caberá ao órgão licenciador. No entanto, os debates e questionamentos ocorridos podem influenciar a decisão, até naquilo que se refere à mitigação ou compensação de impactos adversos, assim como acerca de compromissos que possam ser publicamente assumidos pelo empreendedor, mesmo que não venham a constar das condições da licença ambiental. (SANCHÉZ, 2008, p.419-420)

Percebe-se, na lição do autor, a sua confiança no poder da manifestação do povo de alterar a decisão final do órgão licenciador. O mesmo sentimento é identificável na obra de Paulo Affonso Leme Machado (2013), que salienta que a audiência pública e os argumentos nela desenvolvidos deverão ser considerados pelo órgão licenciador, passível de nulidade do ato administrativo autorizador quando o mesmo deixar de conter os motivos administrativos favoráveis ou desfavoráveis ao conteúdo da ata e de seus anexos.

De fato, os referidos juristas não estão equivocados no que dizem, contudo, por se estar a lidar com uma discricionariedade da Administração Pública, não é possível fiscalizar os seus fundamentos, mesmo que a motivação seja apontada na redação da licença, conforme manda a lei. Por esse motivo, é preciso cautela ao se enaltecer a audiência popular como instrumento de mudança nas mãos do povo e ulterior atenção ao chamar esse instituto de democrático.

Cabe frisar que motivar e fundamentar não são sinônimos: o motivo remete a um esforço retórico que busca a adesão do destinatário do texto pela sedução gerada por um discurso instrumental pensado para dificultar a interlocução crítica que poderia ser suscitada; por outro lado, o fundamento está relacionado a uma justificativa teórica de

existência, atingida mediante um raciocínio lógico e reproduzível (LEAL, 2012, p.381). E se dá o caso que a nulidade do ato administrativo autorizador trazida por Machado está em função da presença da motivação, e não da fundamentação, demonstrando-se em desacordo com o Estado Democrático de Direito.

Assim, pode-se inferir que, ora da audiência pública, são conferidos ao povo os meios para se posicionar em face do empreendimento pretendido, mas, ao final, não será a comunidade direta ou indiretamente afetada a decidir, deixando-se essa incumbência à sensibilidade do poder público, a qual pode se voltar para os interesses da população, ou para os do Estado, em igual medida, a depender da base axiológica sobre a qual o órgão licenciador se apoiará ao decidir e da conjuntura política, no momento da decisão.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, foi efetuado um recorte temático quanto aos obstáculos à fiscalidade plena na audiência pública. Abordaram-se, primeiramente os problemas de manifestação. Estes explanam as problemáticas contidas quanto ao acesso da população às audiências, uma vez que possuem uma série de restrições. Como exemplo, pode-se dar a linguagem dificultosa, excessivamente técnica, que desconsidera leigos e aqueles com baixa escolaridade.

Outro obstáculo é fato da audiência pública ter um caráter apenas consultivo no procedimento de licenciamento ambiental. Isto, pois, esperava-se que a população tivesse uma função mais ativa dentro das audiências, fazendo com que fossem capazes de influenciar diretamente nas decisões. Contudo, a realidade é que elas apenas podem argumentar, mas quem terá o real poder de decisão é o Poder Público, que pode, ou não, levar em consideração os questionamentos apresentados pela população, na deliberação.

Assim, a partir dessa discussão pode-se inferir que a audiência pública é um instituto jurídico importante para a participação popular, mas que ainda carece de adequações para se tornar um instituto efetivamente alinhado ao Estado Democrático de Direito, de acordo com a teoria neoinstitucionalista do processo. Esta incentiva a participação popular contra possível arbitrariedade do poder público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional Do Meio Ambiente. **Resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997**. Diário Oficial da União, Brasília, 19 dez. 1997. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237_191297.pdf. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional Do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA n. 9, de 3 de dezembro de 1987**. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Diário Oficial da União, Brasília, 5 jul. 1990. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/licenciamento/documentos/1987_Res_CONAMA_9.pdf. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional Do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA n. 001, de 17 de fevereiro de 1986**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 fev. 1986. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2018/09/res-conama-01-1986.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

FARIA, Ivan Dutra. **Ambiente e Energia**: Crença e Ciência no Licenciamento Ambiental - Parte III: Sobre Alguns dos Problemas que dificultam o Licenciamento Ambiental no Brasil. Textos para Discussão 99. Editora Geral. Senado Federal. 2011.

GARBACCIO, Grace Ladeira; SIQUEIRA, Lyssandro Norton; ANTUNES, Paulo de Bessa. Licenciamento ambiental: necessidade de simplificação. Vol. 32, n. 3. Passo Fundo: **Revista Justiça Do Direito**, 2019, p. 562-582. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v32i3.8516>. Acesso em: 24 set. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5^a. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

LEAL, André Cordeiro. **A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo Código de Processo Civil**. In: CASTRO, João Antônio Lima. (Coord.) Direito processual. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Ed. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. Ed. 21. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental**: conceitos e métodos. São Paulo: Oficina de Textos, 2008.

THIBAU, Vinícius Lott. Devido processo e audiência pública no procedimento de licenciamento ambiental. In NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici. **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Vol. 2. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

A INFIDELIDADE CONJUGAL E O DIREITO À INTIMIDADE NA ERA DA CONECTIVIDADE DIGITAL

Data de aceite: 01/11/2022

Rosilda Aparecida Oliveira

Discente do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados/MS – UNIGRAN

Edison França Lange Jr

Docente no curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados/MS - UNIGRAN

RESUMO: O presente artigo abordará uma análise das consequências jurídicas da infidelidade conjugal conexas a era digital onde a interação social ofertada pela tecnologia gera impactos nos relacionamentos e esta presente como um meio facilitador da ação de infidelidade. A contemporaneidade e a dinâmica da tecnologia proporciona que as informações e interações se deem em tempo real, o que impacta as relações interpessoais. Podemos contar com o protagonismo da tecnologia, no campo da união afetiva, sendo o vilão ou o mocinho, mas a vértice que será analisada trata-se de como ela fomenta os casos de infidelidade conjugal e até onde vai o direito a privacidade e intimidade no meio digital.

PALAVRAS-CHAVE: Infidelidade; Era digital; Intimidade; Consequências Jurídicas.

ABSTRACT: This article will address an analysis of the legal consequences of marital infidelity connected to the digital age where the social interaction offered by technology impacts on relationships and is present as a facilitator of infidelity action. Contemporary and dynamic technology allows information and interactions to occur in real time, which impacts interpersonal relationships. We can count on the leading role of technology in the field of affective union, being the villain or the good guy, but the cornerstone that will be analyzed is how it fosters cases of marital unfaithfulness and how far the right to privacy and intimacy goes. digital medium.

KEYWORDS: Infidelity; Digital age; Intimacy; Legal Consequences.

1 | INTRODUÇÃO

A evolução dos meios tecnológicos trouxe uma grande modernização e descoberta em todas as áreas da humanidade, como resultado gerou

reflexos positivos e negativos na seara jurídica à qual busca a equidade dentre dos novos litígios que são apontados através da dinamização tecnológica. No que tange aos relacionamentos interpessoais e afetivos, destacando-se, as uniões afetivas advindas do matrimônio ou da união estável, que são em juridiques claro: contratos cíveis, que trazem consequências e deveres no mundo jurídico, ao longo deste trabalho será tratado os frutos da infidelidade conjugal relacionado à intimidade e inviolabilidade nos dias da era digital.

Com advento das mídias social, se tornou mais cômodo os casos de infidelidade conjugal, isto porque, há um certo conforto na sensação de anonimato em manter conversas com outras pessoas por meio virtuais, são fatores que encoraja para o surgimento de um assunto delicado no contexto jurídico: “A infidelidade conjugal virtual” que através das apurações de fatos e provas, chega até o responsável que imputou a conduta, viola os preceitos fundamentais do direito de família, uma vez que se presume que todo aquele que se une em união seja em união estável ou matrimônio, deseja formar um núcleo familiar, como resultante dos danos causados pelo conjugue o mesmo poderá ser responsabilizado, se verificado pelo poder judiciário que houve danos morais ou materiais ao companheiro (a). O legislador constituinte bem como da legislação civil, institui amparo legal a cerca dos relacionamentos interpessoais e familiares, de acordo com o artigo 1.566 do código civil e o artigo 226, parágrafos 3º da constituição federal a infidelidade gera consequências: morais e materiais.

O celeuma da infidelidade é enfrentado por grande parte dos conjugues, ainda mais pela facilidade do mundo virtual. Outrossim, a violação da fidelidade juramentada entre os conviventes fere a dignidade da pessoa humana. Vale mencionar ainda que, a doutrina e os entendimentos jurisprudências buscam somar ao assunto e adequar à interpretação, ora versada a fim de mitiga-la aos tempos atuais, assim vemos casos concretos onde a responsabilidade civil é aplicada no âmbito da infidelidade conjugal no mundo virtual.

È fato notório que o desenvolvimento tecnológico passou a ser parte da contemporaneidade social, com isto, surgiram novas soluções, dinamizações e consequentemente questionamentos. Restando ao protagonismo do judiciario acompanhar as indagações sociais que desapontam no cenário jurídico, um delas, visa sobre as consequências da infidelidade conjugal e o direito a intimidade na era digital. A análise dos efeitos da infidelidade para o direito não é desconhecida, pois está é prevista desde os primordes no direito civil, ocorre que, assim como a sociedade evolui na mesma demanda o direito deve caminhar.

O que se interliga a privacidade dos cônjuges, uma vez que muitos, são descobertos através de provas concretas vindas do mundo digital, ocorre que muita vezes estas provas são disseminadas ou conseguidas quando a violação da intimidade individual de privacidade, tanto feminina, quanto masculina, Dessa forma a lei deixa claro que será responsabilizado respondendo pelo ato ilícito que violou o direito do outrem. Cabe esclarecer que intimidade e privacidade íntima não deve ser violada pelo conjugue. Sendo assim indagasse quais as consequências jurídicas da infidelidade e como está correlata a era digital, até ponto o direito de um companheiro cerca o do outro.

2 | RESULTADO E DISCUSSÃO

2.1 A evolução legislativa no instituto do casamento e o reconhecimento da união estável

Pode-se definir o casamento como uma das instituições mais antigas do mundo, sendo que esta passou por significativas mudanças ao longo das eras, influenciado por aspectos culturais, sociais e legais que passaram a evoluir em conjunto com a demanda social.

Numa linha histórica pode-se analisar a evolução pátria do conceito de família e matrimônio trazido pelo código civil de 1.916, que de acordo com Bittar (1993), *caracterizava-a como sendo pessoas que possuam uma relação de consanguinidade, sendo nesse preceito envolvido todos aqueles que apresentam a mesma genética*. Já nas palavras de Miranda, de acordo com o Código Civil de 1916, a família recebe uma conceituação diversa, sendo:

Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outro. (Miranda, p. 204-205)

No código de 1.916 vemos que o conceito de família é sedimentado a um modelo rígido, sem mais interpretações, isto está ligado com a época social no qual foi desenvolvido na definição de Silva (2002, p. 450-451) “a família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal.”, limitando-o ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações desabonadoras às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação.

O atual código civil de 2002 trouxe mudanças significativas sobre o conceito de família passando a uma maior abrangência, trazendo mudança também aos regimes de união, bem como a figura da mulher na relação matrimonial. Nesse sentido aduz Gonçalves:

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges e os companheiros e aos elevados interesses da sociedade. (Gonçalves, p.6)

Salienta-se que as modificações do CC de 2002 foi uma consequência natural das primeiras transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988, mas, em caráter complementar e mais abrangente, buscando contemplar os direitos fundamentais, consagrando as exigências de justiça e valores éticos, objetivando a preservação da harmonia do Poder Judiciário nacional, posto que fosse capaz de modernizá-lo aos novos

arranjos familiares.

Outrossim, a constituição de 88 também trouxe regulamentação e reconhecimento da união estável conferindo-lhe status de entidade familiar no art. 226, § 3º da C.F./88 bem como no Código Civil 02 através do art. 1.723, ademais, a doutrina e jurisprudência buscou defini-la, como sendo nas palavras de Azevedo:

A convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato. (Azevedo, p.58)

Anteriormente, para ser reconhecida a união estável era necessário um lapso temporal de cinco anos de convivência entre os cônjuges. Hoje, por sua vez, os tribunais pátrios não têm fixado um tempo mínimo, bastando apenas que exista uma convivência reconhecida de forma pública, vejamos:

Previdência Social. Caixa Beneficente da Policia Militar. Pensão. Companheira de contribuinte falecido. Admissibilidade. A Constituição Federal reconheceu a união estável entre homem e mulher, independentemente do lapso temporal dos conviventes. Artigo 226, § 3o. Tal regra atinente n Norma Maior brasileira dá um fundamento de validade das regras infraconstitucionais, não podendo, estas, divorciarem-se da eficácia daquela. E mais, a união estável entre a demandante e o "de cujus" já foi reconhecida judicialmente em outro feito. A autora está, pois, protegida pela Constituição Federal. Forçoso concluir o ato de inscrição como beneficiário é complementar, de cunho estritamente administrativo, e não possui o condão de alterar situação de fato que enseja a concessão da pensão. Sentença de procedência. Recursos improvidos. (grifo nosso)(Apelação nº 0121103-68.2007.8.26.0053, Rel. Des. Guerrieri Rezende da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – DJE 07/04/10) (grifo nosso)¹

Sendo assim reconhecida a união estável os conviventes passam a ter quase todos os mesmos direitos e deveres inerentes ao casamento: há direito de partilha sobre os bens adquiridos na constância da união; o companheiro ou companheira que não possuir condições para sua subsistência fará jus ao recebimento de pensão alimentícia; e no caso de morte, aquele que sobreviveu entrará na linha sucessória do outro.

Vislumbra-se que as novas diretrizes trazidas pelo CC de 2002, reforçou ao direito de família a dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica entre os cônjuges, da igualdade jurídica de todos os filhos. Além do pluralismo familiar, da liberdade de construir uma comunhão de vida familiar, da consagração do poder familiar, do superior interesse da criança e do adolescente, da afetividade e da solidariedade familiar.

2.2 Os direitos e deveres na constância do casamento e da união estável

O artigo 1.566 do código civil definiu como sendo diretos e deveres dos companheiros, *in verbis*:

¹ Julgado retirado da internet pertencente ao processo <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1HZX-6ZKJZ0000&processo.foro=53&processo.numero=0121103-68.2007.8.26.0053&uuidCaptcha=sajcaptcha_fd88135e-766748228f1d9d99ab36e01f>

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

A fidelidade recíproca é entendida sobre três alicerces sendo eles: fidelidade amorosa, pessoal e financeira. Vida em comum, dividir a vida, está pode ser compreendida como um conceito mais mitigado nos dias atuais, haja vista que, a alguns cônjuges que por necessidade do trabalho entre outras precisam residir em domicílio diverso do seu cônjuge. A mútua assistência reflete tanto aspectos pessoais quanto patrimoniais, de modo que um cônjuge deve apoiar o outro em sua rotina e problemas, bem como responsabilizar-se solidariamente com as despesas familiares ou com a economia doméstica.

O sustento guarda e educação dos filhos, também elencado sobre estes três alicerces, onde ambos os cônjuges, tem a obrigação de prover alimentos, guardar sob sua responsabilidade sua prole, seja na forma representada ou assistida bem como prezar pelo desenvolvimento moral e social dos filhos em comunhão e por fim o respeito e a consideração mútua que consiste no tratamento de respeito e afetividade entre ambos.

2.3 A quebra do dever da fidelidade recíproca

A fidelidade pode ser compreendida como uma virtude a ser cumprida em favor daquele que promete é, portanto, a lealdade com o outro. Assim pode ser definida a fidelidade recíproca que está prevista no ordenamento civil nas lições de Peluso:

Dever moral e jurídico, que tem origem na constituição monogâmica tradicional do casamento e de interesses superiores da sociedade, e implica um alicerce da vida conjugal, restringindo a liberdade sexual dos consortes ao casamento. (PELUSO, p. 1.690).

A quebra da fidelidade pressupõe um ilícito civil, uma vez que a mesma está prevista no art. 1.566, levando a falência moral do núcleo familiar, assim dispõe Maria Helena Diniz:

Sob o ponto de vista moral e jurídico, merecem reprovação tanto a infidelidade do marido como a da mulher, por ser fator de perturbação da estabilidade do lar e da família. É preciso não olvidar que não é só o adultério (ilícito civil) que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal, p. ex.: relacionamento homossexual, namoro virtual, inseminação artificial heteróloga não consentida etc." (DINIZ, p. 133).

Nos dizeres de Maria Berenice Dias a fidelidade pode ser compreendida como:

O dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, mas, apesar de constar entre os deveres do casamento, sua transgressão não mais admite punição, nem na esfera civil, nem na criminal. Ainda assim, na eventualidade de um ou ambos os cônjuges não cumprirem o dito 'sagrado dever' de

fidelidade, o casamento não se rompe. (...). A infidelidade autorizava o cônjuge enganado a buscar a separação (...). Com a EC 66/10, nem mais para isso serve. (...). Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de determinação legal." (DIAS, p. 175/176).

Esclarece que a infidelidade conjugal é vista como um ilícito civil, sendo assim, para que haja reparação na esfera civil sob a forma de dano: material e moral, dependerá de uma análise minuciosa do judiciário, uma vez que, os cônjuges assumem um dever moral e ético, no entanto, não se pode esperar isso de todos que firmam um compromisso como o casamento ou a união estável, o direito deve estar preparado para resolver e mitigar os efeitos que esse ilícito pode criar no mundo jurídico.

2.4 As consequências jurídicas da infidelidade conjugal

Como já abordado os vínculos oriundos do casamento ou da união estável, tem caráter contratual jurídico e social, uma vez que, caso descumprido aos cláusulas o consorte provocador poderá sofrer as consequências, como no caso da infidelidade trazida como dever recíproco entre os cônjuges pelo art. 1.566 do CC.

Com isso há o rompimento e a dissolução da sociedade conjugal e que ainda pode vir somada da obrigação de indenizar, já que podem ocorrer situações de infidelidade que ofendam diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição, e tais situações podem levar e justificar o direito à indenização por dano moral previsto no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

Salienta-se que historicamente o adultério tinha previsão legal no direito penal, sendo considerado crime contra o casamento, com previsão legal de 15 dias a 6 meses de reclusão previsto no art. 240 do CP o que foi revogado em 2005 pela lei 11.106. Evidente que com a evolução da sociedade e da legislação, ao passo que uma deve acompanhar a outra, o adultério deixou de ser crime no Brasil.

Contudo, ainda há das consequências jurídicas da infidelidade na seara civil, principalmente no que tange a responsabilidade civil. Cabe mencionar ainda, que apesar da indenização por danos: materiais ou morais advindos da infidelidade conjugal seja premissa de uma relação familiar, no caso o casamento ou a união estável, está matéria não será competente a uma Vara de Família e Sucessões e sim ao Juiz Cível, isto porque a matéria discutida envolve a responsabilidade civil, devendo ser então apreciada pelo juízo cível.

Frente aos litígios levantados sobre o tema do dever de indenizar quando houver a infidelidade o Poder Judiciário tem se posicionado em admitir em casos específicos, o direito à indenização por dano moral e material nos casos de infidelidade conjugal praticada na constância da união.

Para tanto pertinente se faz uma breve conceituação no que tange ao dano moral e material.

2.4.1 Dano Moral

Nas palavras de Daniel Sarmento, “a personalidade mais do que um direito é um valor – o mais importante do ordenamento, diga-se de passagem -, que se irradia e penetra por todos os campos do Direito, público ou privado” (sarmiento, p.104), isto consubstancia com o princípio da constitucional da dignidade da pessoa humana, do qual erradia a proteção a variados bens jurídicos.

O dano moral é caracterizado por uma violação a algum direito da personalidade previsto no artigo 11 do C.C., *in verbis* “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” Por conseguinte reforçado pela nossa carta magna que prevê abarcados pelo art. 5 da Constituição, precisamente pelo inciso “X”.

Outrossim, o Código Civil dispõe no art. 186, de onde se extrai que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, estatuidando o art. 927 do diploma civilista a respectiva obrigação de reparar.

Infere-se que qualquer dano causado à violação do direito ao nome, à imagem, a privacidade, à honra, à boa fama, à dignidade entre outros, deverá se assim sentir-se lesado analisado pelo judiciário que se verificar conduta ilícita, dolosa ou culposa, causando prejuízo moral a alguém, provocando sofrimento psicológico, daí nascerá o dano moral.

O Código Civil adota, em regra, a teoria da responsabilidade subjetiva que prevê a caracterização da responsabilidade mediante: a) ação ou omissão; b) dano; c) nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano e; d) dolo ou culpa (elemento subjetivo). Em que se pese acerca dos elementos caracterizadores da responsabilidade no âmbito familiar, expôs a Min. Nancy Andrighi em seu voto no RESP 1159242/SP:

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. (grifo nosso)

Sendo assim, constata-se que os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil aplicam-se perfeitamente quando da sua configuração no âmbito familiar, sendo necessário, contudo, não perder de vista as peculiaridades da entidade familiar como um todo, pois, o dano moral deve ser analisado intrinsecamente, haja vista sua amplitude, sendo tudo aquilo que abale a psique da personalidade, não podendo ser taxativo no nosso ordenamento e sim exemplificativo, ensejando um olhar cauteloso do magistrado que analisará sua constituição ensejando que o Poder Judiciário ingresse, sobremaneira e de forma bastante subjetiva na esfera da intimidade de um grupo familiar a fim de perscrutar eventual violação de um dever juridicamente protegível.

2.4.2 *Dano material*

No que tange ao dano material, nos casos de infidelidade conjugal, sua constituição é muito mais específica, ou seja, mais difícil de aparecer nestes tipos de litígios, pois depende do caso concreto e se houve danos patrimoniais tangíveis e passíveis de provas, distinguindo-o daquele que fere a personalidade que é o dano moral, sendo assim pode-se conceituar dano material como sendo o prejuízo financeiro efetivamente sofrido pela vítima, causando diminuição do seu patrimônio. Esse dano pode ser de duas naturezas: o que efetivamente o lesado perdeu, dano emergente, e o que razoavelmente deixou de ganhar, lucro cessante.

2.5 A era da conectividade digital e seu protagonismo nos casos de infidelidade conjugal

Século XXI a era da modernidade e do surgimento da conectividade: da interação em tempo real entre tantos outros avanços que nós trouxe inúmeros benefícios tanto quanto controvérsias em outros. Quando se fala nas relações interpessoais, é comum ter no número de Whatsapp ou amizade em redes sociais, com aqueles que convivem em nosso meio, seja do trabalho, da academia, de algum grupo religioso etc.

Pois bem, na constância da vida em comum, seja por meio da união estável ou do casamento, a conectividade digital se torna um pouco mais delicada, haja vista, que hoje existem inúmeros aplicativos de relacionamento e a exposição em mídias digitais, isso abre uma janela um meio de comunicação entre as pessoas, e daí entra também o quesito moral do usuário, que pode ocultar dados como por exemplo seu estado civil, ou mesmo assim, fomentar conversas que desapontam futuramente para algum caso de infidelidade conjugal.

Isto deve ser considerado como uma variável a ser analisada em cada caso, pois, quando tratamos de assuntos relacionados sobre o relacionamento de cada casal, deve se considerar também as características únicas. Por isso, cabe certificar se, ao conversar virtualmente com alguém, que não seja seu cônjuge, se pode ou não ser considerado um ato de infidelidade. Pois, há quem considere que, pode ser apenas um vínculo afetivo, construídos e mantidos apenas virtualmente e não passando do mundo virtual para o real.

Assim, cabe considerar o que de fato, o casal define como infidelidade conjugal virtual e conseqüentemente, saber dos males provindos desse comportamento infiel virtual. Quanto ao posicionamento da doutrina sobre infidelidade virtual, Maria Helena Diniz, diz a respeito:

Os problemas do dia-a-dia podem deteriorar o relacionamento conjugal, passando, em certos casos, o espaço virtual a ser uma válvula de escape por possibilitar ao cônjuge insatisfeito a comunicação com outra pessoa, cuja figura idealizada não enfrenta o desgaste da convivência. Tal laço erótico-afetivo, platônico com pessoa sem rosto e identidade, visto que o internauta pode fraudar dados pessoais, por exemplo, usando apelidos e mostrar caracteres diferentes do seu real comportamento, pode ser mais forte do que o relacionamento real, violando a obrigação de respeito e consideração que se deve ter em relação ao consorte.

Corroborando com Maria Berenice Dias (2015, p. 171):

No campo dos relacionamentos afetivos, o uso do computador possibilitou a utilização do véu virtual, rompendo com a necessidade antes inafastável do contato físico. Mas como não há “crime” perfeito, de modo bastante frequente acabam os parceiros descobrindo que seus cônjuges, companheiros ou namorados mantêm vínculos afetivos bastante intensos, íntimos e até tórridos no interior do próprio lar. Muitas vezes, na presença desatenta do par.

Como a ilustre doutrinadora define o espaço virtual pode ser uma válvula de escape aos cônjuges, pela insatisfação da relação, que pode ser caracteriza por vários motivos. Esta procura virtual ocorre com mais facilidade antes de ser caracterizado as vias de fato da infidelidade, isto porque, o acesso é muito mais amplo é fácil, onde o agente pode se disfarçar através de alguma rede social ocultando a própria identidade, como diz o dito popular “internet é terra de ninguém”.

O certo é que quando o caso de infidelidade se concretiza seja na forma real ou virtual e o outro consorte se sente de lesado ele busca a justiça para ver seus direitos resguardados, gerando consequências ao conjugue autor, no que se pesa geralmente no bolso, além de todos os transtornos da forma ríspida que se da à resolução do casamento ou da união estável.

Pois havendo o descumprimento desse princípio básico que é a fidelidade dentro do âmbito matrimonial, que acaba ocorrendo através de conjunção carnal de um dos cônjuges ou companheiro com terceiros ou através de gestos que demonstram a real intenção de um relacionamento amoroso fora da sociedade conjugal, caracterizando de fato a infidelidade virtual. Nesse sentido entende o Supremo Tribunal de Justiça que:

Viola o dever de fidelidade, não só o cônjuge que mantém relações sexuais com terceiro, mas também aquele que convive amorosamente com outra pessoa ou a ela se liga sentimentalmente (infidelidade moral).

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

Quando a conduta pessoal reflete uma variedade de situações desrespeitosas e ofensivas à honra do consorte, uma forma de agir inconveniente para pessoas casadas, inclusive a denominada “infidelidade virtual” cometida via Internet, pode também caracterizar-se a ofensa ao inciso V do aludido art. 1.566, que exige “respeito e consideração mútuos”. (Gonçalves, p. 131) (grifo nosso)

Assim, todo material probatório que vem dos meios digitais tais como: prints (capturas de telas) de mensagens em aplicativos virtuais, conversar, e-mails. Consideram-se motivos satisfatórios para que haja indenização por danos morais, onde se tornam provas da infidelidade virtual cópias de mensagens disponíveis em computadores que o uso seja em comum da família, pois por se tratar de material que o uso seja comum da família não há que se falar em infração ao direito de sigilo ou invasão de privacidade.

Por outro lado, quando para conseguir provas, existe certa dificuldade probatória, na medida em que para a demonstração de infidelidade virtual seria necessário demonstrar condutas do cônjuge que geralmente estão protegidas através de senhas o que está

amparado pela constituição federal, uma vez que está, protege o direito a inviolabilidade da correspondência no seu inciso XII do art. 5.

Sendo assim se está prova decorre da violação à correspondência, gravações telefônicas e aberturas de e-mails do cônjuge sem seu consentimento, os meios de provas serão tidos como inválidos, pois tratar-se-á de prova ilícita, o que é vedado genericamente pela Constituição Federal no inciso LVI do art. 5º, *in verbis* “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, à de se mencionar que alguns doutrinadores defendem a teoria admissibilidade em conjunto com o princípio da proporcionalidade das provas que tem por escopo a busca da verdade real, independente de como se deu sua aquisição, contudo o aprofundamento da teoria é assunto para outro artigo.

Nesse sentido há um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INFIDELIDADE VIRTUAL. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DO CASAMENTO. PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PREPONDERÂNCIA DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tratando-se de ação baseada na responsabilidade civil subjetiva, regrada pelo art. 927 do Código Civil, exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, a ação/omissão, a culpa, o nexo causal e o resultado danoso. Para que obtenha êxito na sua ação indenizatória, ao autor impõe-se juntar aos autos elementos que comprovem a presença de tais elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva. Ainda que descumprido o dever fidelidade do casamento, a comprovação de tal situação não pode ocorrer a qualquer preço, sobrepondo-se aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, devendo cada caso submeter-se a um juízo ponderação, sob pena de estar preterindo bem jurídico de maior valia, considerado no contexto maior da sociedade. A prova, a princípio considerada ilícita, poderá ser admitida no processo civil e utilizada, tanto pelo autor, quanto pelo réu, desde que analisada à luz do princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesses em jogo na busca da justiça do caso concreto. E procedendo-se tal exame na hipótese versada nos autos, não há como admitir-se como lícita a prova então coligida, porquanto viola direito fundamental à intimidade e à vida privada dos demandados. Precedentes do STF e do STJ. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70040793655, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 30/03/2011) (grifo nosso)

Por fim pode-se dizer que quanto à obtenção das provas por meios ilícitos, estas poderão ser admitidas dependendo do caso observando-se o princípio da proporcionalidade, sendo assim, cabe ao judiciário apreciar sua admissibilidade.

2.6 O posicionamento do Judiciário nos casos de responsabilidade civil decorrente da infidelidade conjugal

Ao que se pese a temática da infidelidade conjugal virtual, é novidade no judiciário brasileiro, gerando muito dubiedade e controvérsias entre os tribunais, haja vista, que ainda não há uma sedimentação legal e ou jurisprudencial sobre a mesma. Mas o certo é que dado os novos tempos esta demanda tende a aumentar, formado o entendimento do

judiciário até que se sedimente, como qualquer outra temática do direito brasileiro.

Ao se analisar um caso de infidelidade conjugal, veiculado por um site jurídico, ao decidir o M.M. Juízo assim o fez:

“Ainda que se considere que a traição não gere dano moral presumido”, admite-se, ao menos em tese “o dever de indenizar para casos em que as consequências de tal ato extrapolem a seara do descumprimento de deveres conjugais, para infligir no outro cônjuge, ou companheiro, situação excepcionalmente vexatória, verificado verdadeiro escárnio que advém da publicidade do ato e que altera substancialmente as condições de convívio do meio social” (grifo nosso).²

Extrai-se que do caso concreto, o divórcio de seu em 2013, por repetidas faltas de infidelidade conjugal que se apontaram inicialmente no meio virtual, a isto se presume a facilidade das relações virtuais, já abordado.

Em outro julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, temos:

TJDF DIREITO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS – INFIDELIDADE – SEXO VIRTUAL (INTERNET) – COMENTÁRIOS DIFAMATÓRIOS – OFENSA À HONRA SUBJETIVA DO CONJUGE TRAÍDO – DEVER DE INDENIZAR – EXEGESE DOS ARTS. 186 E 1566 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – PEDIDO JULGADO PRECEDENTE.

[...] Se a traição, por si só, já causa abalo psicológico ao cônjuge traído, tenho que a honra subjetiva da autora foi muito mais agredida, em saber que seu marido, além de traí-la, não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante, afirma a sentença. As provas foram colhidas pela própria esposa enganada, que descobriu os e-mails arquivados no computador da família. Ela entrou na Justiça com pedido de reparação por danos morais, alegando ofensa à sua honra subjetiva e violação de seu direito à privacidade. Acrescenta que precisou passar por tratamento psicológico, pois acreditava que o marido havia abandonado a família devido a uma crise existencial. Diz que jamais desconfiou da traição, só comprovada depois que ele deixou o lar conjugal. Em sua defesa, o ex-marido alegou invasão de privacidade e pediu a desconsideração dos e-mails como prova da infidelidade. Afirma que não difamou a ex-esposa e que ela mesma denegria sua imagem ao mostrar as correspondências às outras pessoas. Ao analisar a questão, o magistrado desconsiderou a alegação de quebra de sigilo. Para ele, não houve invasão de privacidade porque os e-mails estavam gravados no computador de uso da família e a ex-esposa tinha acesso à senha do acusado. Simples arquivos não estão resguardados pelo sigilo conferido às correspondências, conclui. (Proc. N° 2005.01.1.118170-3 TJ-DFT TJDF, Sentença proferida pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida)³ (grifo nosso)

Como se vê no caso concreto o magistrado afastou a premissa alegada pela parte ré da ilicitude das provas, aceitou os e-mail comprobatórios e dado a toda repercussão da infidelidade mensurada em danos morais, condenou o consorte autor da infidelidade.

2 Julgado disponível em < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/11/art20171107-08.pdf>> acesso em 21/11/2019

3 Julgado disponível em < <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI61104,91041-TJDF+Exmarido+infiel+vai+pagar+indenizacao+por+danos+morais+porque>> acesso em 21/11/2019

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente artigo, conclui-se que a responsabilidade civil acerca da infidelidade conjugal ainda é muito dúbia nos tribunais brasileiros. Ainda mais, no que diz respeito à infidelidade conjugal “virtual”, esta por ser considerada novidade no campo dos litígios cíveis.

No entanto está não foge da apreciação do Poder Judiciário, apesar de ainda se ter poucos posicionamentos já se vê no cenário jurídico sua aceitação e a configuração da responsabilidade civil. Como diria a cantora da sofrença Marília Mendonça na letra de infiel, “Estou te expulsando do meu coração, assumo as consequências dessa traição” (Mendonça, 2016). As consequências jurídicas devem ser suportadas pelo consorte autor da infidelidade se assim entender o judiciário acerca do dano moral.

Os tempos emergentes, a conectividade digital, o progresso não afastam a jurisdicionalidade, não afasta a apreciação do judiciário, daquele que se sentir lesado. E mesmo que em passos curtos, o legislador, os doutrinadores e os tribunais caminham no sentido de se adequar as novas realidades do direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei Federal nº 10.406/2002**: publicada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 21/11/2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 21/11/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARÍLIA MENDONÇA. **Infiel**. Disponível em <<https://www.letras.mus.br/marilia-mendonca/infiel/>> Acesso em 21/11/2019.

MIGALHAS. **Homem deve indenizar ex-esposa por traição**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI268660,21048-Homem+deve+indenizar+exesposa+por+traicao>> acesso em 20/11/2019.

MIGALHAS. **TJ/DF - Ex-marido infiel vai pagar indenização por danos morais porque cometeu “infidelidade virtual”**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI61104,91041-TJDF+Exmarido+infiel+vai+pagar+indenizacao+por+danos+morais+porque>> acesso em 21/11/2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 9. Campinas: Bookseller, 2000.

PELUSO, Cezar (Org.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 6ª ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Eduardo. **A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 1159242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário Eletrônico de Justiça**. Brasília, 10/05/2012.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70040793655. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. **Diário Eletrônico de Justiça**. Porto Alegre, 30/03/2011.

A JUSTIFICATIVA TEÓRICA DE RONALD DWORKIN PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Data de submissão: 06/09/2022

Data de aceite: 01/11/2022

Júlio Eduardo Damasceno Medina

Universidade Federal do Paraná – UFPR,
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curitiba/PR
<http://lattes.cnpq.br/0335478545180892>

Rafael Hekave

Universidade Federal do Paraná – UFPR,
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curitiba/PR
<http://lattes.cnpq.br/9775197408383924>

RESUMO: O presente artigo objetiva a construção de um estudo reflexivo sobre o papel do direito na proteção da ordenação democrática da sociedade, especificamente com sua justificativa para a legitimidade da Jurisdição Constitucional, partindo das teorizações do filósofo e jurista americano Ronald Dworkin e do seu entendimento de que há uma ligação intrínseca entre democracia e direito. Após um primeiro tópico introdutório, no qual é contextualizado o momento histórico e filosófico de protagonismo do Poder Judiciário e se sua inserção ou reafirmação enquanto órgão decisor de conflitos morais, políticos e econômicos relevantes, passa-

se a um segundo tópico, também de caráter preambular e conjuntural, no qual expõe-se algumas das mais relevantes discussões e teorias de Ronald Dworkin, servindo de apresentação geral de sua obra, de sua compreensão do direito e da democracia. No terceiro tópico, é analisada a obra de Dworkin a partir de uma releitura de vários de seus livros para alcançar a resposta dada pelo autor ao problema da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional; legitimidade; Ronald Dworkin.

RONALD DWORKIN'S THEORETICAL JUSTIFICATION FOR CONSTITUTIONAL JURISDICTION

ABSTRACT: This article aims to build a reflective study on the role of law in protecting the democratic ordering of society, specifically with its justification for the legitimacy of the Constitutional Jurisdiction, based on the theories of the American philosopher and jurist Ronald Dworkin and his understanding that there

is an intrinsic link between democracy and law. After a first introductory topic, in which the historical and philosophical moment of the Judiciary's protagonism is contextualized and whether its insertion or reaffirmation as a decision-making body of relevant moral, political and economic conflicts, we move on to a second topic, also of a preambular character. and conjunctural, in which some of Ronald Dworkin's most relevant discussions and theories are exposed, serving as a general presentation of his work, his understanding of law and democracy. In the third topic, Dworkin's work is analyzed from a rereading of several of his books to reach the answer given by the author to the problem of the democratic legitimacy of judicial review of constitutionality.

KEYWORDS: Constitutional jurisdiction; legitimacy; Ronald Dworkin.

1 | INTRODUÇÃO

Em um bonito livro Milan Kundera faz reflexões interessantes acerca das dificuldades em se ter uma resposta adequada quando se questiona qual seria a melhor forma de vida. O autor compara o dilema existencial com um dilema físico, o qual teria uma menor aflição para ser resolvido, diante da possibilidade de realizar experimentos para verificar a correção da hipótese¹.

Desde a mais tenra idade o ser humano está condenado a promover escolhas e pensar em decisões para continuar a sua caminhada. Todos os dias, desde o primeiro abrir de olhos até no momento de se deitar, os indivíduos são cercados por escolhas. A partir disso, inevitável se perguntar quais as motivações e tendências que nos fazem tomar determinada decisão e gerar sua consequência? Há uma maneira única de resolver determinada questão ou, de certa maneira, somos levados por algum fator externo a proferir nossas sentenças?

A história sempre tentou nos legar um modelo de pensamento que fosse capaz de decifrar uma verdade, independente de cada um, de sua conjuntura e das suas experiências. Contudo, sempre existiu certo desconforto, certa implicância quando tentamos buscar um vetor de racionalidade capaz de explicar todos os eventos da vida, independente do tempo histórico e de seus personagens.

No campo das ciências sociais e do direito todas essas divagações e perguntas também sempre se fizeram presentes. Diante das falhas e fracassos vivenciados pelo Poder Legislativo pós-revoluções burguesas e pelo Executivo no estado social, há uma nova orientação no foco de tensão da tomada de decisões. Desconfiados e cheios de dúvidas acerca de uma racionalidade total que desse conta da realidade social, o mundo presencia uma mudança acentuada no papel exercido pelos Poderes que formam o Estado após a segunda metade do século XX. Ao Poder Judiciário é imposto um papel de maior preponderância nas resoluções de questões da sociedade.

¹ Diz o autor: "Como podia saber? Como podia verificar? Em trabalhos práticos de física, qualquer aluno pode fazer experimentos para verificar a exatidão de uma hipótese científica. Mas o homem, por ter apenas uma vida, não tem nenhuma possibilidade de verificar a hipótese por meio de experimentos, por isso não saberá nunca se errou ou acertou ao obedecer a seu sentimento". KUNDERA, Milan. **A insustentável leveza do ser**. Tradução: Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca, - São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

A história, entretanto, se mostrou ainda mais cruel e nos legou Estados autoritários, com períodos politicamente turbulentos. Mesmo os direitos de resistência, tão defendidos pelo liberalismo clássico, não foram garantidos aos cidadãos. É nesse contexto histórico que surge a noção de Estado Democrático de Direito, o qual transfere ao Poder Judiciário, através da Constituição ou de outros instrumentos jurídicos outorgantes, a legitimidade de atuação na defesa de uma série de garantias prévias, inclusive naquelas em que existe o dever de ação do Estado.

Todas as transformações e experiências históricas do século XX produziram um movimento que elegeu o direito como “locus” de discussão de uma série de assuntos que antes eram pensados principalmente pela política (compreendendo a inafastabilidade entre direito e política aqui, refere-se aos Poderes acessíveis por via eleitoral), pela moral ou pela filosofia geral. Questões sobre os direitos humanos, direitos fundamentais no âmbito público e privado, bioética, alcance e limites da responsabilidade civil, relações familiares e de gênero, tudo passa a ser objeto de delimitação pelo direito.

Após as duas grandes guerras, foram produzidas várias teorizações que tentavam dar conta deste novo fenômeno. Com a força normativa dos princípios e a importância da jurisdição, as teorias buscam explicações para superar o modelo de direito apenas de regras, perguntam-se sobre eventuais lacunas, questionam a tensão entre direito e moral, bem como vão averiguar resoluções para a ausência de efetividade dos textos sociais. Além disso:

“A dimensão plural das sociedades contemporâneas tem levado ao incremento do número de conflitos, os quais atingem também o sentido do direito e da interpretação que lhe é dada. A discordância entre as diferentes concepções de bem, como também quanto a valores considerados fundamentais, tem importado que as relações entre o direito e a ética, bem como aquela quanto à lei e à política se tornem cada vez mais problemáticas. Isso tem ampliado a necessidade de se as repensar, buscando uma melhor adequação entre as noções do direito e da justiça e as noções de democracia e direitos.”²

Diante desta perspectiva e importância da Jurisdição na atual quadra da história algumas questões, que não são novas, nesse momento passam a ser ainda mais relevantes e fundamentais, tais como: O que é o direito? Como se faz interpretação e de como se aplica os textos normativos aos casos? É possível existir uma resposta constitucionalmente adequada para as questões postas ao Poder Judiciário?

Não há como versar sobre todos estes assuntos sem refletir sobre a hermenêutica filosófica e o retorno do mundo prático demonstrado com a filosofia da linguagem. Inafastável, portanto, a leitura filosófica no direito, superando atitudes que utilizam a Jurisdição Constitucional como instrumento de manutenção do *status quo*, ou manipulação do poder escondida sobre a veste de um discurso científico.

Por isso, o presente trabalho, tem como pano de fundo a discussão sobre a legitimidade das decisões judiciais, e, principalmente sobre a democracia. A hermenêutica filosófica com o novo constitucionalismo tenta apresentar as condições de possibilidade

² KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 2.

para a realização do Estado Democrático de Direito, demonstrando as mudanças trazidas com um novo paradigma filosófico, principalmente, a partir das teorizações de direito como integridade de Ronald Dworkin.

Como bem ensina Ronaldo Porto Macedo Junior:

“A teoria do direito formulada por Dworkin reflete bem o movimento de aproximação da teoria do direito com a filosofia em geral – em particular com a epistemologia e com a filosofia da linguagem, moral e política -, o qual se tornou predominante a partir dos anos 1960. Esse diálogo mais intenso da teoria do direito com essas disciplinas trouxe desafios importantes para os juristas. Por um lado, a aproximação com a filosofia tornou o debate sobre o direito mais técnico, hermético e sofisticado, exigindo novo treinamento teórico de seus participantes. Por outro lado, permitiu que temas e questões clássicas da teoria do direito – como a própria definição de direito, a teoria da interpretação e da argumentação jurídica e o papel dos princípios nos sistemas jurídicos - fossem reapreciados sob uma nova perspectiva.”³.

Diante disso, a tentativa do presente trabalho é refletir o papel do direito na proteção da ordenação democrática da sociedade, partindo das teorizações do filósofo e jurista americano Ronald Dworkin e do seu entendimento de que há uma ligação intrínseca entre democracia e direito⁴.

2 | DIREITO COMO INTEGRIDADE: UMA TEORIA DA CONTROVÉRSIA

Hart escreve “O Conceito de Direito”⁵ no início da década de 60 do século XX⁶, tendo grande repercussão entre os teóricos do direito. Dworkin vai escrever anos depois um

3 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12.

4 Cfe. SULTANY, Nimer. **The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification.** Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 47. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2132397>. Neste artigo o autor trata sobre a relação entre democracia e constitucionalismo e apresenta um panorama de várias correntes de pensamento na teoria política e do direito que vão tratar de maneira diversa a relação possível ou incompatível entre deliberação democrática e eventual possibilidade de revisão judicial dos atos legislativos. Para Sultany Ronald Dworkin faria parte de um conjunto de pensadores que não veria na referida relação qualquer tensão. Em realidade o Constitucionalismo serviria para evitar que houvesse uma usurpação do poder por aqueles que foram eleitos e, mais importante, estabelece as regras e princípios básicos da vida em comunidade, assegurando os direitos individuais.

5 Questões de epistemologia, antes tratados somente pela filosofia, passam a ser recorrentes para o direito, sendo amplamente discutidos temas como objetividade, certeza, verdades morais e conceitos. Não à toa um dos maiores escritos de teoria do direito no século XX tem como título: “O conceito de Direito”. O grande autor inglês tinha ligações profundas com toda a discussão sobre filosofia da linguagem que ocorria em Oxford e trouxe para o direito estas percepções. Na sua obra clássica Hart escreve logo no início do prefácio que “*O jurista considerará o livro como um ensaio sobre teoria jurídica analítica, porque diz respeito à clarificação do quadro geral do pensamento jurídico, em vez de respeitar à crítica do direito ou da política legislativa. Além disso, suscitei questões que, bem pode dizer-se, se referem aos significados das palavras*”. Vide: HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes, 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 1.

6 A segunda metade do século XX, na teoria jurídica, passa a ter que: “*responder a algumas questões metodológicas essenciais – por exemplo, se deve seguir a metodologia empregada pelas ciências naturais ou se exige uma metodologia própria e também se o tipo de investigação empírico causal naturalista lhe é adequado ou se devemos seguir uma tradição hermenêutica que atribui importância essencial ao sentido das práticas sociais da perspectiva de seus agentes. Uma segunda questão de fundamental relevância metodológica se refere à natureza da própria teoria do direito: ela possui um caráter puramente descritivo ou pressupõe elementos avaliativos e normativos? E, por fim, quais são as consequências teóricas e práticas dessas questões para o direito.*” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia:** Dworkin e a teoria do direito contemporânea. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

artigo intitulado “Modelo de Regras” em uma revista acadêmica da Universidade Chicago⁷, posteriormente publicado no livro “Levando os direitos a sério”⁸. Em tal texto Dworkin irá apresentar suas críticas contra o positivismo jurídico, mirando em grande parte contra as teorizações de Hart, estabelecendo seus argumentos em três frentes: 1) tese das fontes sociais. Vai criticar a ideia positivista de que a fonte de validade de uma norma é, em última instância, uma questão de fato; 2) tese da Convencionalidade. Dworkin vai criticar o entendimento de que a regra de reconhecimento esteja baseada em uma convenção social; 3) tese advinda do positivismo metodológico que dizia que a tarefa do direito é meramente descritiva, não existindo uma consideração valorativa ou moral.

A partir de tais ideias Dworkin vai solidificar sua argumentação em 1986, publicando o livro “Império do Direito”⁹, no qual irá aprofundar o debate metodológico sobre o direito e sobre a questão da interpretação.

A filosofia moderna explicava o mundo a partir de um ponto de vista fiscalista, ou seja, defendendo a existência de um mundo exterior que espera ser descrito devidamente para produzir um conhecimento. Com tal ideário em mente grande parte da teoria jurídica passou a defender que o direito também poderia ser descrito e decorreria de uma fonte social - um fato externo – identificável por uma convenção – regra de reconhecimento –, não dependendo de qualquer avaliação ou consideração moral ou valorativa.

Haveria nesta concepção, segundo Dworkin, um problema ao não explicar a forma como se dão as divergências nas argumentações jurídicas, pois se o direito é derivado de uma convenção social e possível de descrição, o tipo de contestação típica em uma ação judicial seria impossível. Dworkin explicará que a concepção fiscalista do direito somente seria possível se todos os indivíduos da comunidade compartilhassem os mesmos critérios definidores de aplicação, ou seja:

“Eu e você somente poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais. Se para você meu exemplar de Moby Dick não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda.”¹⁰

Os desacordos teóricos, e as diversas formas de argumentar o direito, surgem, portanto, de outro fator que não um fator empírico. Dworkin vai dizer, em realidade, que as divergências nascem pelas diferenças de critérios que estão sendo utilizados e interpretados pelos debatedores. Em outras palavras:

“proposições jurídicas em conflito frequentemente envolvem disputas acerca

7 DWORKIN, Ronald. **The Model of Rules**. The University of Chicago Law Review, v. 35, nº 1, p. 14-46.

8 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

9 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

10 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 55.

dos critérios de verdade que lhes serviriam como valor de verdade. Em outras palavras, as disputas se referem à existência de condições de verdade que podem ser satisfeitas, e as pressupõem, como sua própria condição de sentido. Esses tipos de desacordos envolvem divergências teóricas acerca do próprio significado do que é direito e estão radicadas em concepções rivais sobre o que é o direito.”¹¹

Observe-se como o pano de fundo filosófico também é alterado, deixando-se de lado a concepção moderna de produção de conhecimento – sujeito cognoscente que descreve o seu objeto – e buscando agora a desvendar qual o critério de significação utilizado para desvendar o direito.

Depois de definir as premissas filosóficas e as críticas ao positivismo Dworkin apresenta a sua concepção de direito como integridade.

Para o referido autor as afirmações jurídicas seriam todas elas interpretativas e a identificação dos direitos e deveres surge a partir de uma totalidade coerente de justiça e equidade criada por um mesmo autor, aqui considerado como comunidade personificada ou comunidade política.

O direito como integridade tem-se como premissa uma prática reflexiva avaliativa sobre um valor, o qual é constituído intersubjetivamente. Seria, portanto, tanto produto da interpretação das práticas judiciárias quanto sua fonte inspiradora. Não se é contingencialmente interpretativo, mas sim um programa de interpretação perpétua em que se continua a interpretar os dados judiciais que já foram interpretados anteriormente.

Todas essas reflexões, que nem de perto esgotam as teorizações do jurista americano, são de suma importância e condição necessária para se enveredar nas discussões acerca da legitimidade da revisão judicial de atos legislativos.

3 | A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA OBRA DE DWORKIN

Normalmente, a primeira e mais eloquente justificativa teórica para o controle de constitucionalidade se apresenta como uma defesa de que o judicial review se presta a garantir as pré-condições da democracia (dentre essas, o destaque é dos direitos fundamentais), apresentando o lócus judicial como o mais sólido fórum para a proteção de direitos, por ser uma instância cuja interpretação seria supostamente mais qualificada que aquelas ofertadas pelas instituições eleitas.

Conforme a advertência preliminar, para este trabalho, importa analisar a justificativa para a legitimidade judicial do controle de constitucionalidade obtida a partir da obra de Ronald Dworkin.

Dworkin, além de ser um dos maiores e melhores teórico/filósofos do direito, traz consigo a lembrança imediata de uma qualificada defesa dos fóruns judiciais como as melhores instâncias de proteção de direitos. Jeremy Wadron, inclusive, em sua caminhada

¹¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188.

por construir uma visão idealizada do legislador enquanto aquele eleito para representar os cidadãos em um processo formal, digno e igualitário, com uma atividade fatalmente normativa e vinculante, declara, antes mesmo de virar a primeira página do “A dignidade da Legislação”, que busca fazer uma teoria da legislação que corresponda na normatividade com a teoria do juiz Hércules de Ronald Dworkin¹².

Para uma melhor compreensão da justificativa que Dworkin oferece para o judicial review e sua legitimidade, é necessário ter em vista o que o autor pretende para uma democracia constitucional.

Dworkin, considera que a igualdade não é de fato um princípio moral limitado à regra da maioria (uma cabeça, um voto), tampouco, que democracia seja mera somatória das preferências individuais regidas pelo princípio majoritário.

Na visão dworkiana, a igualdade é uma pré-condição da legitimidade política, isto é, a maioria somente terá o direito moral de impor sua vontade se o governo dispensar para todos os cidadãos uma igual consideração e respeito¹³.

Dworkin considera que devemos enfrentar o “drama constitucional” para chegar a uma resposta à altura do questionamento “que tipo de Constituição deveríamos ter?”¹⁴. Duas propostas se habilitam a serem corretas. A primeira delas seria uma Constituição de *detalhes*, um modelo que se propõe a garantir segurança das decisões por ser um modelo sólido, onde a Constituição prevê regras específicas e concretas pensadas pelos constituintes, portanto materializando suas vontades. Essa Constituição de detalhes seria “um conjunto de pontos de vista históricos independentes que provavelmente não terão grande unidade, ou mesmo total coerência¹⁵.”

De outro lado, poderíamos optar por uma Constituição de *princípios*, desde que previamente o pacto constitucional faça com que o governo respeite os direitos fundamentais e trate os cidadãos com igual consideração e respeito. A Constituição de princípios determina alguns critérios morais que, por sua vez, serão auferidos e interpretados somente no caso concreto, por juizes e estadistas¹⁶.

A constituição de detalhes se assemelha ao ideal de uma democracia procedimental. Se a democracia procedimental pensa na organização do arranjo institucional, a Constituição de detalhes também se preocupa em definir regras abstratas que servirão para os casos específicos, por meio da interpretação literal. Veja-se que em ambos os casos se perde o foco de “como decidir”.

A aposta na Constituição de detalhes, todavia, contém em si o problema insuperável da submissão eterna da vontade dos cidadãos à suposta vontade do constituinte. Dworkin questiona “porque os norte-americanos deveriam, hoje, ver-se limitados naquilo que seu

12 WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 1 – 3.

13 DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011. p. XI.

14 Originalmente, devido ao contexto em que estava inserido, Dworkin se preocupava em pensar “Que tipo de Constituição os Estados Unidos deveriam ter”. Vide: DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Ver. Silvana Vieira. 2ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 165.

15 Dworkin Ronald. **Domínio da vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Ver. Silvana Vieira. 2ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 167.

16 *Ibidem*. p. 166.

governo pode fazer por eles devido a ideias que pessoas muito diferentes tiveram um ou dois séculos atrás?”¹⁷.

Conrado H. Mendes recolhe da obra de Dworkin o perigo ilusionista da restrição que a Constituição de detalhes impõe ao poder dos juízes:

Genuínas restrições, todavia, se operam apenas por meio de princípios abstratos. São esses princípios, ao contrário do que se pensa, que submetem juízes a um controle mais transparente e efetivo: devem justificar suas decisões por meio de argumentos de princípio que possam ser criticados pela comunidade jurídica e pela opinião pública¹⁸.

A Constituição de princípios, para Dworkin, não é antidemocrática, haja vista que ela prevê uma pré-condição para que a democracia majoritária possa funcionar. Veja-se que:

Uma Constituição de princípios reforçada por juízes independentes não é antidemocrática. Pelo contrário, uma pré-condição da democracia legítima é que requeira ao governo que trate os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade. A menos que satisfaçam essas condições, não haverá democracia genuína porque, então, a maioria não terá o direito moral legítimo de governar¹⁹.

De toda sorte, Dworkin não pretende ignorar por completo as propostas de um modelo democracia procedimental, e sim qualificá-la. Para essa tarefa de unir substância e procedimento, devem ser consideradas a *Leitura Moral da Constituição*, dentro de uma *Comunidade de Princípios*.

A *Leitura Moral da Constituição* “propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”²⁰. E Conrado H. Mendes anota que “no domínio da leitura moral, é irrelevante a autoridade que a realize. Não importa o procedimento e suas qualificações, mas a resposta substantiva”²¹.

É perceptível que a “Concepção Constitucional de Democracia” dworkiana apresenta uma sólida justificativa para a legitimidade da revisão judicial. Ora, uma vez que o governo não trata os cidadãos sob os quais afirma seu domínio com igual consideração e respeito, mesmo que esteja seguindo os procedimentos previsto na Constituição seu ato é carente de legitimidade democrática. E qual possibilidade terão os cidadãos? Seria correto permitir que o Judiciário ostente do poder da última palavra em casos constitucionais?

De acordo com Dworkin “essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte”²². Aliás, “a democracia não faz questão de que juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham”²³.

17 *Ibidem*. p. 170.

18 MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 42.

19 MENDES, Conrado Hübner, *op cit*. p. 43 *apud* DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion**. Nova Iorque: Vintage Books, 1993. p. 123.

20 DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

21 MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 73.

22 DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

23 *Ibidem*. p. 10.

Porém, a legitimidade dos juízes surge do nada (*ex nihilo*)? Obviamente Dworkin sustenta que há uma matriz desta legitimidade, qual seja, a disciplina do argumento. Este ideal sustenta que o bom argumento exerce tanto as funções de legitimar a jurisdição constitucional quanto limitá-la:

Juízes não conquistam legitimidade a partir de Deus ou de eleição ou da vontade dos governados ou de sua suposta habilidade pragmática ou razoabilidade. O único fundamento de sua legitimidade – o único fundamento – é a disciplina do argumento: seu compromisso institucional por fazer nada que não possam justificar por meio de argumentos que satisfaçam, ao mesmo tempo, duas condições básicas. A primeira é sinceridade. (...) A segunda é transparência²⁴.

É correto afirmar que Dworkin, ao condicionar as instituições a encontrarem as respostas certas, nega que possamos definir *a priori* o quanto alguma instituição é democrática ou não. Ele baseia-se no acerto, no respeito aos direitos. Consequentemente somente é possível caracterizar uma decisão como democrática *a posteriori*:

Mas a situação é completamente diferente quando existem motivos plausíveis para se querer saber se uma determinada lei, regulamento ou programa de governo solapa ou enfraquece o caráter democrático da comunidade, e a estrutura constitucional propõe essa questão a um tribunal de justiça. Suponhamos que o legislativo aprove uma lei que considere crime alguém queimar a sua própria bandeira dos Estados Unidos como sinal de protesto. Suponhamos que essa mesma lei seja contestada sob a acusação de tolher o autogoverno democrático na medida em que restringe a liberdade de manifestação, e que um tribunal aceite a acusação e derrube a lei. Se a decisão do tribunal estiver correta – se a lei que proíbe a queima da bandeira efetivamente viola as condições democráticas estabelecidas na Constituição, segundo a formação e a interpretação que foram dadas a estas condições no decorrer da história dos Estados Unidos –, ela não é antidemocrática de modo algum, mas, pelo contrário, faz prevalecer a democracia. Nenhum valor moral se perdeu, pois ninguém, nem individual nem coletivamente, ficou em pior situação em nenhuma das dimensões que acabamos de esboçar (...) Se o tribunal não tivesse cumprido seu papel – se a lei continuasse em vigor –, todos estariam em pior situação em todas as dimensões da democracia, e seria uma perversão ver isso como uma vitória democrática. É claro que, no momento mesmo em que chegamos à conclusão de que a decisão do tribunal foi errada tudo o que acabei de dizer se torna falso. A democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas – mas não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua de pé. A possibilidade de erro é simétrica. Assim, a premissa majoritária e confusa e deve ser abandonada²⁵.

Ou seja, Dworkin não somente admite que juízes declarem uma lei como inconstitucional, como também que seu modelo de democracia não se prende ao procedimento. A democracia, neste sentido, é também a regra da maioria, mas não tão

24 MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 43 *apud* DWORKIN Ronald. **A Badly Flawed Election**. New York: New York Press, 2002. p. 54.

25 DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 49 - 50.

somente isso. Ao princípio majoritário existem pré-condições morais de legitimidade, tanto no que se refere ao dever de decidir de maneira correta, quando ao respeito à virtude soberana – a igualdade.

Nada obstante, a complexa ideia dworkiana é fundamentada basicamente em três pilares. Um deles seria a existência de direitos morais dos cidadãos oponíveis ao Estado, que deveriam ter império mesmo quando fossem contrários ao suposto interesse geral. O segundo fundamento é o de que a democracia constitucional não se resume a um governo da vontade da maioria. E o terceiro pressuposto é o de que a decisão judicial representa um fórum qualificado, no qual a decisão será melhor do que aquela tomada pelas instituições eleitas.

O primeiro argumento citado, aliás, é a pedra de toque de toda construção hermenêutica dworkiana. Segundo Dworkin, quando aceitamos a existência de direitos a sociedade está sujeita a uma situação que nem sempre será agradável, pois terá que ceder ao direito do indivíduo, mesmo às custas do interesse comum. Nesse sentido vejamos:

Os direitos contra o Estado são pretensões que, se aceitas, exigem que a sociedade se conforme com instituições que talvez não se ajustem a ela de maneira confortável. O cerne de uma pretensão de direito, mesmo na análise desmitologizada dos direitos que estou utilizando, é que o indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral²⁶.

Nada obstante, Dworkin resumirá seu argumento no fato de que o sistema constitucional estadunidense optou por considerar as cláusulas da Bill of Rights e seus direitos morais como apelo aos conceitos morais e não como uma teoria política restrita a concepção de determinado grupo²⁷.

Em segundo lugar, seria errado considerar que a vontade da maioria deve ser conceituada como soberana em uma democracia. Ora, como poderemos afirmar que são garantidos direitos às minorias se deixamos as decisões sobre esses direitos a cargo da maioria?²⁸ Segundo Dworkin, nem sempre a decisão da maioria política tem um caráter de integridade ou de decisão baseada em princípios, outrossim, pode ser considerada como uma decisão de uma maioria momentânea, orientada a seguir somente interesses específicos.

As decisões políticas são tomadas não por uma maioria estável, mas por muitas instituições políticas diferentes, cada qual representando um segmento eleitoral diferente, que muda sua composição de tempos em tempos²⁹.

Temos ainda que a decisão judicial, além de não representar afronta à democracia, deve ser vista como sua promotora. Preliminarmente, “se deixarmos as decisões de princípios exigidas pela Constituição a cargo dos juízes, e não do povo, estaremos agindo

26 DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 230.

27 DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 231.

28 DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 222.

29 DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 224.

dentro do espírito da legalidade³⁰. De acordo do Dworkin não poderia ser diferente, pois “os estados unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência das instituições majoritárias³¹”.

Cumpra ainda lembrar que a teoria de Dworkin considera que a revisão judicial é legítima, desde que foi adotada pela decisão do juiz Marshall, no caso *Marbury v. Madison*³², momento em que “o juiz sustentou que, como a Constituição estabelece que ela própria será a lei suprema do país, os tribunais em geral e a Suprema Corte em última instância devem ter o poder de declarar nulas as leis que violem a Constituição³³”.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma de vida em comunidade teve diversos tipos de experimentos e o mundo Ocidental, de alguma maneira, criou um consenso de que a democracia é a melhor maneira de se respeitar uma vida em comum. A implementação e o desenvolvimento de práticas democráticas refletem um progresso político e de moralidade.

Nessa ideia de convivência foi desenhado um aparato institucional que garanta as pessoas a escolha da melhor forma de vida individual e, ao mesmo tempo, se crie mecanismos de controle do poder. Nisto surge uma relação entre as deliberações populares – forma legítima clássica de tomando decisões em uma sociedade – e eventuais entendimentos do Poder Judiciário que suspendem ou afastam do convívio o que tinha sido deliberado a partir de uma fundamentação.

Refletir sobre tal relação a partir das lições de Ronald Dworkin não significa uma cópia de um modelo pronto e acabado. Primeiro porque suas teorizações levaram em conta um contexto específico dos Estados Unidos e suas condições históricas. Segundo porque a construção da nossa forma de vida deve ser entendida a partir de nossas qualidades e nossas vicissitudes. Assim, a função de toda reflexão teórica ou prática a partir de um modelo vindo de fora acarreta, em certa medida, em um ato de tradução cultural, em que algo no meio do procedimento de perde e, ao mesmo tempo, algo se cria.

De qualquer forma, as lições de Dworkin partem de algumas considerações filosóficas que nos parecem refletir um consenso sobre uma melhor forma de vida em comunidade e que podem ser traduzidas para um contexto diverso daquele inicialmente pensado.

Para tanto é importante compreender as ideias repensadas por Dworkin a partir de “*Justice for Hedgehogs*”³⁴, principalmente no que se refere à ética, moral e direito. A primeira coisa que temos que ter em mente e que aparece logo no início do seu livro é que:

“Nenhum governo é legítimo a menos que endosse dois princípios soberanos.

30 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 232.

31 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 426-427.

32 Para uma compreensão mais profunda e crítica desse importante julgamento, veja-se a obra: CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison: uma leitura crítica**. Curitiba: Jurua, 2017.

33 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 223.

34 No Brasil: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. – São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Em primeiro lugar, ele deve demonstrar igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio. Em segundo lugar, deve respeitar plenamente a responsabilidade e o direito de toda pessoa de decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso.”³⁵

Ele se preocupa, antes de qualquer coisa, uma filosofia política que pretende harmonizar uma igualdade material com a responsabilidade individual. Para isso é necessária uma teoria moral e de justiça que a preceda e que informe uma objetividade acerca dos valores que informam uma comunidade política. Em outros termos, as teorizações de Dworkin perpassam por um liberalismo igualitário para pensar o arcabouço institucional e, diante disso, questionar sobre as questões de democracia e sua relação com o direito e o judicial review.

A democracia, portanto, seria um conceito interpretativo que pressupõe que:

(...) toda comunidade política deve tomar decisões coletivas sobre a justiça e a moral, e deve ser capaz de impor coercitivamente essas decisões. Suscita-se assim a questão da liberdade positiva. Não posso estar livre de todo controle coercitivo nas questões de justiça e moral, mas minha dignidade exige que eu tenha alguma participação nas decisões coletivas que exercem esse controle.³⁶

Para entender como se dá esse controle, o jusfilósofo americano explica que há uma diferença fundamental entre ética – reflexão acerca de como o indivíduo administra uma forma de viver bem independente de suas relações com outros -, moral pessoal – reflexão de como se dá a relação entre os indivíduos sem pensar em termos coletivos – e moral política – estudos sobre como se dá as relações entre os indivíduos a partir de uma coletividade artificialmente pensada. Explica Dworkin que:

As comunidades políticas são apenas agregações de indivíduos, mas alguns desses indivíduos têm papéis e poderes especiais que lhe permitem agir, sozinhos ou em conjunto, em nome da comunidade como um todo. Assim, devemos reconhecer um outro departamento de valor: o da moral política.³⁷

A ética e a moral pessoal são analisadas sob o enfoque da responsabilidade do indivíduo, pois pensam singularmente, ou seja, tentam refletir como os atos de alguém afeta sua ideia de bem viver internamente e na sua relação direta com outras pessoas também singulares. Já a moralidade pública implica em refletir como o indivíduo vai se relacionar com a entidade coletiva que possui mecanismos para conceder benesses ou determinar restrições, ou seja, pensa-se em quais são os deveres que a entidade coletiva tem perante os indivíduos.

E neste ponto é que surge uma nova ideia acerca da relação entre direito e moral que é inovadora. Sempre se pensou que direito e moral seriam estruturas de normatividade diversas e as discussões se davam a partir de qual seria a relação existente entre os dois sistemas. Dworkin vai sustentar que essa distinção de sistemas era uma falha, inclusive em suas antigas teorizações, afirmando que o conceito de direito é interpretativo e:

35 DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. – São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 4-5

36 DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. – São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 579.

37 DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. – São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 499-500.

(...) qualquer análise desse conceito deve partir da identificação das práticas políticas, comerciais e sociais em que o conceito figura. (...) Para construir uma concepção do direito – uma exposição das justificativas necessárias para apoiar, desse modo, uma pretensão de direito passível de imposição a pedido de seu titular -, temos de encontrar uma justificativa para essas práticas numa rede integrada maior de valores políticos. Ou seja, construímos uma teoria do direito da mesma maneira pela qual construímos de qualquer outro valor político – da igualdade, da liberdade e da democracia.”³⁸

O direito, portanto, seria uma subdivisão da própria moralidade política e, portanto, teria com ela um compartilhamento social de concepções produzidas pela mesma comunidade. A diferença é que o direito propriamente dito pode ser exigido diretamente em instâncias judiciais, com poder coercitivo, e através de um aparato com poder de polícia.

Todo esse arcabouço teórico é que se consegue entender a defesa da legitimidade da jurisdição constitucional em declarar nulas leis majoritariamente votadas pelo parlamento. Uma decisão judicial, a partir do direito como integridade, compartilha com a política os mesmos princípios da comunidade e, portanto, pode afastar um ato que não compartilha dessa moralidade pública³⁹.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Em: SARMENTO, Daniel (coord.) *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison: uma leitura crítica**. Curitiba: Juruá, 2017.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. – São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Ver. Silvana Vieira. 2ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion**. Nova Iorque: Vintage Books, 1993.

38 DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. – São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 619.

39 Como bem explica Katya Kozicki: “O direito, nessa perspectiva, é claramente mediado por uma teoria moral, e Dworkin vê as decisões passadas dos tribunais como contendo uma teoria moral relevante para a comunidade, teoria esta que deve se perpetuar, ajustando-se aos novos tempos. Essa aspiração moral de Dworkin se dirige ao compromisso de se obter uma comunidade de princípios, sendo a integridade a moralidade interna do direito, o que poderia ser chamado de seu critério de validade. O direito enquanto integridade une objetivos comuns e interesses individuais. Assim, seria também o melhor caminho para a obtenção dessa comunidade de princípios e a forma possível de se obter um balanceamento entre os dois lados da equação: comunidade/identificação X indivíduo/independência” (KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial** – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 53)

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. Revisão Técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **The Model of Rules**. The University of Chicago Law Review, v. 35, nº 1, p. 14-46.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes, 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

KUNDERA, Milan. **A insustentável leveza do ser**. Tradução: Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca, - São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SULTANY, Nimer. **The State of Progressive Constitutional Theory**: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 47. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2132397>.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

CAPÍTULO 4

A CONTRIBUIÇÃO DA UNIVERSIDADE ABERTA PARA SE ENVELHECER COM QUALIDADE DE VIDA

Data de aceite: 01/11/2022

Estela Duveza Teixeira Tanaka

Estudante do Curso de Pós Graduação em Direitos Difusos e Coletivos pela UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Geisikély Medeiros Palácios

Estudante do Curso de Pós Graduação em Direitos Difusos e Coletivos pela UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Eliotério Fachin Dias

Professor De Direito Urbanístico do curso de Pós Graduação em Direitos Difusos e Coletivos

Resumo: O aumento da expectativa de vida dos brasileiros já não é novidade no ambiente acadêmico, contudo, o que vem tirando o sono do poder público e da sociedade em geral, principalmente da população idosa é o “Como” reinseri-los na sociedade. O poder público aos poucos traz algumas modificações no ordenamento jurídico a fim de primar pelo envelhecimento saudável e na qualidade de vida da pessoa idosa. Uma das respostas a estas indagações foi encontrada na

França em 1973, com a criação da primeira Universidade Aberta da Terceira Idade. A partir de então, esse modelo de participação do idoso na sociedade vem a cada dia mais se manifestando nas universidades brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Universidade Aberta, velhice saudável, qualidade de vida.

1 | INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a sociedade moderna tem sofrido um significativo aumento da população idosa que deve ser visto como uma conquista das sociedades desenvolvidas e que concomitantemente devem se preparar para um envelhecimento bem sucedido e ativo.

Nesse sentido somente informações sobre qualidade de vida para os idosos são insuficientes, sendo necessário ir além, precisando também de programas coletivos para esse fim.

A procura por parte dos idosos por atividades educacionais em programas oferecidos em Universidades, associações e sindicatos, em cursos de línguas, de formação profissional e de reciclagem em

sistema de aprendizagem aberta e de formação a distância é extremamente significativa, demonstrando assim, o interesse e a motivação desse segmento da população em adquirir novos conhecimentos, aumentar sua rede de suporte social e/ou construir suas próprias trajetórias. (Palma e Cachioni apud SCORALICK-LEMPKE e BARBOSA, p. 650).

Para os mesmos autores, a aquisição de aprendizagem na velhice permite novas experiências sociais, funcionando como uma estratégia de enfrentamento frente às perdas que ocorrem nessa fase da vida e como uma forma de lazer e obtenção de prazer.

Para Webber e Celich *apud* Scoralick-Lempke e Barbosa (2012), a educação de idosos permite uma ressignificação das experiências anteriores à velhice principalmente, das vivências experimentadas durante o curso de vida. Assim, o envelhecimento assume significados diferentes, permitindo que o idoso reveja seu projeto de vida, seus ideais e expectativas, fazendo com que experimente ainda uma maior liberdade e de forma autônoma exerça sua cidadania.

A educação permanente proporciona a necessidade de ampliar a participação das pessoas na vida social e cultural, a fim de conseguir uma melhoria nas relações interpessoais, qualidade de vida, compreendendo o mundo e tendo a esperança de um futuro.

No mesmo sentido Scoralick-Lempke (2012) nos explica que os programas educacionais para idosos funcionam como instrumento para prolongar o processo de socialização que se inicia na infância e vai até a velhice. Se na infância e adolescência a atualização de valores e normas ocorre especialmente na escola, na velhice a educação é concebida como oportunidade de atualização, aquisição de conhecimentos e participação em atividades culturais, sociais, políticas e de lazer.

Sendo assim, diante da aposentadoria, quando passam a ter um tempo maior para si, tal situação pode ser a porta de entrada para o início de uma crise, pois se veem despreparados diante da novidade.

Nesse contexto é que aparece a importância das Universidades Abertas para a Terceira Idade, constituindo-se em espaços para aquisição de conhecimentos, melhoria da autoestima e ampliação da rede de sociabilidade dos idosos.

2 | A IMPORTÂNCIA DA QUALIDADE DE VIDA PARA A PESSOA IDOSA

Com a evolução da ciência e das novas tecnologias, novas perspectivas foram criadas a fim de garantir uma melhor qualidade de vida e como consequência, o aumento da expectativa de vida da população, mesmo tendo como contrapartida as questões de natureza social, política, econômica e cultural.

As ideias pejorativas de que a velhice seja algo ou alguém fora de moda, sem utilidade ou improdutivo abre espaço para uma visão mais ampla, considerando fatores como biológico, psicológico, social e cronológico. Em razão disso, as agendas governamentais vêm sendo pressionadas para atender as necessidades do público idoso.

Nesse sentido, cada dia mais, as pessoas procuram aproveitar o envelhecimento da maneira que melhor lhe aprouver, quebrando as barreiras do preconceito para aceitar

a própria idade.

A partir disso é importante considerar que o processo de envelhecimento está sobrecarregado de alterações anátomo-fisiológicas, sendo válido pensar em estratégias para que a vida seja aproveitada de maneira harmoniosa, equilibrada e com qualidade de vida.

O interesse pelo estudo da qualidade de vida foi após a II Guerra Mundial, quando o termo foi designado para se referir a “boa vida”, isto é, conquista de bens materiais. Anos mais tarde a Organização Mundial de Saúde incorporou a noção de bem estar físico, psicológico e social à definição de saúde.

Ocorre que os ex-combatentes, que sofreram graves mutilações, mesmo recebendo os benefícios materiais que garantiriam o conforto e segurança funcional, não necessariamente promovia seu bem-estar pessoal, de modo que os conceitos de bem-estar material e pessoal foram fundamentais na definição da qualidade de vida (VIEIRA 2004 *apud* SILVA 2011).

A Organização Mundial da Saúde (1996) compreende qualidade de vida como a percepção do indivíduo de sua posição na vida e no contexto da cultura e sistema de valores nos quais ele vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações.

Hodiernamente a qualidade de vida é um conceito subjetivo, pois está relacionada tanto a autoestima quanto ao bem-estar, dependendo tanto do nível sociocultural quanto da faixa etária e pretensões pessoais dos envolvidos. Nesse sentido:

“(…) abrange uma série de aspectos como a capacidade funcional, o nível socioeconômico, o estado emocional, a interação social, a atividade intelectual, o autocuidado, o suporte familiar, o próprio estado de saúde, os valores culturais, éticos e a religiosidade, o estilo de vida, a satisfação com o emprego e/ou com atividades diárias e o ambiente em que se vive. (...)” (VECCHIA, R.D et Al., p. 247, 2005)

As modificações biológicas sofridas pelas pessoas idosas ocorrem por todos os aparelhos e sistemas do corpo humano causando sua perda funcional. Contudo, é possível acelerar ou intensificar esse processo a partir de fatores comportamentais e ambientais, os quais exercem fundamental influência sobre essas patologias.

Assim, a qualidade de vida na terceira idade pode ser entendida como a manutenção da saúde em todos os aspectos da vida humana, quais sejam: o físico, o social, o psíquico e o espiritual. A multidimensionalidade da pessoa nem sempre apresenta o equilíbrio ideal e precisa ser percebido de acordo com as possibilidades reais de cada sujeito. (VECCHIA et al. 2005).

Por fim, a melhora da qualidade de vida resulta principalmente no fato de que a pessoa idosa passe a aceitar as mudanças, prevenir as doenças, modificar o estilo de vida, estabelecer relações sociais e familiares de modo positivo de sólido, além da manutenção de um bom senso de humor.

3 | A LEGISLAÇÃO COMO PROTEÇÃO AO IDOSO

Há tempos atrás a velhice era considerada uma eventualidade, contudo, a evolução da ciência permitiu que a expectativa de vida da população aumentasse e a sociedade começou a colocar em discussão os desafios encontrados por quem alcançasse esta fase da vida.

Nesse sentido, no ano de 1973 a Assembleia Geral das Nações Unidas colocou em pauta a necessidade da proteção aos direitos e ao bem-estar das pessoas idosas. Todavia, apenas em 1982, foi realizada a I Conferência Internacional sobre Envelhecimento, na qual foram iniciadas as discussões sobre o envelhecimento, e foi constatada a dificuldade para que os governos priorizassem as políticas públicas voltadas para a pessoa idosa, uma vez que se tratava de despesa e não de investimentos.

Como consequência, em conclusão aos atos da Conferência foi elaborado o Plano de Ação de Viena sobre Envelhecimento, tratando sobre as políticas públicas específicas para saúde, nutrição, moradia, meio ambiente, família e bem-estar social do idoso.

No ano de 1991, as Nações Unidas estabeleceram uma Carta de Princípios para Pessoas Idosas, a qual direcionava seu eixo de ação em quatro, quais sejam: independência, participação, cuidados especiais e dignidade.

Independência - inclui o acesso à alimentação, à água, à habitação, ao vestuário e aos cuidados de saúde adequados. Direitos básicos a que se acrescentam a oportunidade de trabalho remunerado e o acesso à educação e à formação. **Participação** - entende-se que as pessoas idosas deveriam participar ativamente na formulação e na aplicação das políticas que afetem diretamente o seu bem-estar e poder partilhar os seus conhecimentos e capacidades com as gerações mais novas, bem como formar movimentos ou associações. **Cuidados especiais** - A seção intitulada Cuidados afirma que as pessoas idosas deveriam beneficiar-se dos cuidados da família, ter acesso aos serviços de saúde, gozar os direitos humanos e liberdades fundamentais, quando residam em lares ou instituições onde lhes prestem cuidados ou tratamento. **Dignidade** - Por fim, a seção intitulada Dignidade afirma que as pessoas idosas deveriam poder viver com dignidade e segurança, e libertas da exploração e maus tratos físicos ou mentais; ser tratadas dignamente, independentemente da idade, do sexo, da raça ou da origem étnica, da deficiência, da situação econômica ou qualquer outra condição, e ser valorizadas independentemente da sua contribuição econômica.¹

Em ato contínuo, no ano de 2002, realizou-se, em Madri, a II Conferência Internacional sobre Envelhecimento e foram elaborados a Declaração Política e o Plano de Ação Internacional de Madri sobre Envelhecimento, um documento reivindicatório para que o direito do idoso fosse compreendido de forma abrangente.

Após as duas Conferências Internacionais, no ano de 2003, foi realizada a I Conferência Regional Intergovernamental sobre o Envelhecimento na América Latina e Caribe, no Chile, na qual foi aprovada a estratégia Regional de Implementação do Plano de Ação Internacional sobre Envelhecimento como instrumento programático de orientação aos governantes dos países do continente, na formulação de políticas e determinação de

¹ <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/3/idoso/marco.htm>

prioridades relacionadas ao envelhecimento na região (HUECHUAN, 2009 *apud* Silva e Yazbek 2014 p.102).

Nesse sentido, como continuação das discussões acerca do envelhecimento foi realizada em 2007, em Brasília, no Brasil, a II Conferência Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e no Caribe, realizada pela Cepal (Comissão Econômica para América Latina e o Caribe).

Os compromissos firmados nessa Conferência, foram reafirmados em maio de 2012 em São José, na Costa Rica, a fim de demonstrar a preocupação e o compromisso a ser assumido e concretizado pelos governantes de todos os países signatários da agenda firmada nesta conferência, em torno da formulação e implementação de políticas e programas que venham garantir a proteção social efetiva e o reconhecimento de direitos aos cidadãos e cidadãs idosas. (Silva e Yazbek 2014 p.102)

O Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento pede, dentre outras coisas, mudanças de atitudes e de políticas públicas, a fim de concretizar as potencialidades do envelhecimento no século XXI. Assim, traz em seu texto que todas as pessoas idosas devem poder envelhecer em segurança e com dignidade e continuar participando na sociedade como cidadãos com plenos direitos.

Esse Plano tem por objetivo garantir que as pessoas idosas realizem plenamente seus direitos, que consigam envelhecer com segurança e sem estarem sujeitas à pobreza, que participem plenamente na vida econômica, política e social e que tenham oportunidades de continuar o seu processo de desenvolvimento.

Além disso, outros aspectos importantes versam sobre a eliminação da violência e da discriminação contra os idosos, a igualdade entre os sexos, a importância vital da família, os cuidados de saúde e a proteção social das pessoas idosas.

Diante disso, podemos ver que a preocupação com a pessoa idosa em âmbito internacional teve início após o aumento da longevidade em razão da evolução da ciência e das tecnologias, de modo que esta evolução não demorou muito para chegar ao Brasil como veremos adiante.

4 | A PROTEÇÃO AO IDOSO NO BRASIL

A preocupação com o processo de envelhecimento da população brasileira é recente. Antes da Constituição de 1988, uma das primeiras iniciativas de proteção aos idosos foi verificado com a lei Eloi Chaves, legislação protetiva no setor público com as Caixas de Aposentadorias e Pensões, no ano de 1923.

A primeira Constituição brasileira a tratar explicitamente de um direito do ancião foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, trazendo no título “Da Ordem Econômica e Social” que a legislação trabalhista deveria observar a instituição da previdência a favor da velhice e proibiu a diferença salarial em razão da idade.

Em seguida, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937, por Getúlio Vargas (Constituição do Estado Novo), quanto

aos idosos, na alínea “m” do artigo 137, estabeleceu apenas que a legislação do trabalho deveria garantir seguros de velhice.

Com a finalidade de reestabelecer a democracia, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, da mesma forma que as anteriores, dispôs no inciso XVI do artigo 157 somente aspectos previdenciários a favor da velhice.

Em seguida, a proteção à pessoa idosa se divide em duas fases: a primeira é a fase inicial da formação do sistema com o reconhecimento de direitos sociais tanto na seara trabalhista quanto na previdenciária após a o período de 1930; a segunda fase se dá com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988 em seus artigos 3º, IV, 201, 203 e 230, incorporando a garantia da igualdade material e a seguridade social.

(...) Dos anos 1930 aos 1970, o sistema abrangia apenas os trabalhadores formais dentro do padrão da denominada “cidadania regulada” como bem conceituou Wanderlei Guilherme dos Santos no final dos anos 1970. Com a mobilização dos movimentos sociais que caracterizou a década de 1980, ganha corpo a reivindicação por um novo padrão público de proteção social que ampliasse a cobertura para além do vínculo formal com o processo de trabalho e que propusesse como princípio a Universalidade dos Direitos. (...) (Silva e Yazbek 2014 p.105)

Vale destacar que, após o primeiro debate pela ONU, em 1973, a preocupação do governo brasileiro com a temática do idoso ganhou força, de modo que foi ratificado pelo Brasil em 1980 o protocolo de San Salvador, com a incorporação de medidas específicas favorecendo as pessoas idosas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Assim, para dar efetividade aos preceitos trazidos pela Constituição de 1988, foi promulgada em 04 de janeiro de 1994 a Lei nº 8.842 para dispor sobre a Política Nacional do Idoso criando normas para os direitos sociais dos idosos, bem como garantindo autonomia, integração e participação efetiva como instrumento de cidadania.

A consagração da Política Nacional do Idoso foi a publicação do Estatuto do Idoso por meio da Lei nº 10.741 estabelecendo regras de direito previdenciário, de direito civil, de processo Civil, inclusive de proteção penal, constituindo dessa forma um microsistema jurídico voltado à proteção à velhice.

5 | O PAPEL DA UNIVERSIDADE ABERTA NO PROCESSO DE ENVELHECIMENTO

Políticas públicas são os conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, ético ou econômico. Estão diretamente relacionadas aos direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade juntamente com os poderes públicos.

Nesse sentido podemos afirmar que a educação e saúde são direitos universais de todos os brasileiros, desse modo a nossa Constituição, para assegurá-los, institui as políticas públicas de educação e saúde.

Da mesma forma acontece com o direito ao envelhecimento saudável, diretamente ligado ao direito à saúde. Nos termos do artigo 2º da Política Nacional do Idoso é considerada idosa a pessoa maior de sessenta anos de idade, nesse sentido, as ações direcionadas ao idoso, ultrapassam os limites de atendimento às doenças, uma vez que visa a desenvolver ações preventivas e educativas visando à melhora de sua qualidade de vida.

A partir disso surge o interesse do Estado de proporcionar qualidade de vida aos idosos por meio de políticas públicas, como por exemplo, as políticas de saúde, política nacional do idoso, política nacional de assistência social, o incentivo à volta ao mercado de trabalho, dentre outras.

Na Lei 10.471/2003, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 8º estabelece que o envelhecimento seja um direito personalíssimo e a sua proteção é um direito social. Desse modo para que uma pessoa exerça seus direitos a mesma precisa estar em pleno exercício de suas faculdades mentais.

É notório que a autonomia da pessoa idosa é limitada em razão da idade, uma vez que parte da sua autodeterminação começa a se dissipar-se em decorrência dos anos, contudo nada impede que o mesmo possa determinar suas vontades.

Nesse sentido, é nessa fase da vida que se revela a eminência da interação afetiva para o bem estar do idoso, uma vez que não se trata de apenas estar vivo, mas sim que o idoso disponha de condições para uma vida digna a partir de sua qualidade de vida e autonomia.

Por tais motivos a discussão e implementação de políticas públicas é deveras importante nos países em desenvolvimento uma vez que existe uma grave deficiência em relação à efetivação dos direitos humanos dessa população.

O envelhecimento saudável depende muito da prevenção de doenças e deficiências, manutenção da independência física e cognitiva e da participação constante do idoso em atividades sociais e produtivas (FERRARI, 1999 apud SONATI e VILARTA, p. 53).

A Política Nacional do idoso declara em seu artigo 1º que seu objetivo é assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Para atendimento dessa demanda da população surge em 1973, na França, pelo professor Pierre Vellas a primeira Universidade da Terceira Idade, tendo por objetivo propiciar às pessoas idosas uma melhoria na condição de vida.

No Brasil os primeiros a oferecerem serviços de atividades à população idosa foi o SESC, que servia de modelo e estímulo para as Universidades, dentre elas a Universidade Federal de Santa Maria- RS, pioneira em 1982, seguida pela Universidade Federal de Santa Catarina- RS em 1985 e a partir daí o projeto de Universidade Aberta da Terceira Idade-UNATI, se expandiu para outras Universidades públicas e Particulares.

Com uma visão de regionalismo, o serviço de saúde pública também passou a

desenvolver trabalhos de atividade física para idosos em núcleos de saúde. Percebe-se então que a vontade de fazer prevenção existe, mas ainda há necessidade de parcerias com as universidades e faculdades da área de saúde, comunidade e governo para que esse tipo de ação cresça e consiga atingir seus objetivos. (SONATI e VILARTA, p. 53/54).

Nesse sentido a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, com a finalidade de promover a inclusão da pessoa idosa, instituiu a Universidade Aberta para a Melhor Idade - UNAMI, por meio de um programa de educação permanente de caráter universitário e multidisciplinar voltado para pessoas idosas.

Trata-se de um projeto vinculado à Pró-reitoria de Extensão, Cultura e Assuntos Comunitários (PROEC) da UEMS de Dourados. Tem a participação dos docentes e discentes do curso de Enfermagem, Turismo, Direito e Engenharia Ambiental da Universidade e oportuniza a participação social em atividades compatíveis com suas reais capacidades.

A UNAMI tem como objetivo promover a inclusão de pessoas com idade mínima de 55 anos, disseminando o conhecimento em diversas áreas, proporcionando estilo de vida saudável e melhorar a qualidade de vida dos idosos.

Consta no projeto que seus objetivos são: promover educação, cultura e lazer para idosos por meio de cursos, oficinas, palestras, entre outras atividades; desenvolver o potencial dos idosos participantes; promover a inclusão social; construir conhecimento junto com os idosos a partir de suas experiências de vida; promover a cidadania; promover a saúde e prevenir doenças; integrar diferentes gerações no âmbito da Universidade.

Para viabilizar seus objetivos, além das programações com aulas teóricas e práticas sobre temas variados na Unidade, como por exemplo, de aeróbica coreografada, espanhol básico I e no segundo semestre deste ano de 2017 já serão iniciadas as aulas de Informática para a terceira Idade, há ainda aulas de canto e teatro por meio da participação no Coral da Casa da Cultura UEMS e no Grupo Universitário de Teatro Amador da Terceira Idade respectivamente.

A partir daí é possível perceber que mesmo que regionalizados, a inclusão dos idosos na sociedade vem caminhando a passos de formiga desde 1982, contudo é importante que a implementação de projetos e ações comunitárias seja em tanto em âmbito local, quanto regional, estadual ou federal.

O discurso atual das políticas de atenção à pessoa idosa prevê uma redistribuição de atividades, com a participação do estado, da sociedade e da família nas ações que visam proteger e assistir o idoso. Dessa maneira não se trata apenas de uma descentralização administrativa, mas sim, de política participativa com ou sem recursos do Estado.

6 | CONCLUSÃO

Para acompanhar as mudanças que acontecem no mundo, as pessoas vêm se modificando a cada geração de modo que especificamente os idosos de hoje em dia são diferentes dos idosos de tempos atrás.

Antigamente a pessoa que alcançasse a condição de idosa já estava cansada, com a saúde debilitada e dificilmente pensava em ser ativo na sociedade. Atualmente,

com o aumento da expectativa de vida, as pessoas se tornam idosas e continuam ativas, procuram se encaixar na sociedade, viajar, passear, se divertir.

Nesse sentido antes havia apenas o interesse pelo atendimento à saúde da pessoa idosa, seja através de um atendimento prioritário, seja através de vagas em atendimentos de emergência.

Com esse novo público, é necessário que haja opções para que esses “novos idosos” consigam continuar a viver suas vidas, proporcionando lazer, cultura, esporte, enfim, novas perspectivas.

Encontrar maneiras de incluir o idoso na sociedade não deve ser visto como um dever estimulado, mas sim, oportunizar as pessoas idosas que participem da sociedade, seja trabalhando, seja estudando, seja praticando atividades físicas, ou, simplesmente usufruindo do seu merecido descanso como melhor lhe aprouver.

Os programas de Universidades Abertas têm o poder de reintegrar à pessoa idosa tanto na comunidade de seu meio social quanto na comunidade acadêmica através do seu papel elementar de equilíbrio social, possibilitando ao idoso conhecer ou aprofundar seu conhecimento em alguma área, trocar informações e experiências com a comunidade acadêmica envolvida.

A inserção de idosos em programas como esse possibilita o processo de ressignificação de suas vidas com experiências que antecederam a velhice. Portanto, é possível afirmar que a Universidade, como produtora do saber tem importante responsabilidade no aumento da expectativa de vida da população brasileira e, por esse motivo, não deve se omitir dos compromissos relacionados à qualidade de vida e à participação no processo de sociabilização da pessoa idosa.

REFERÊNCIAS

MISSIAS MOREIRA, Ramon; SANTOS, Carla Elane Silva dos; COUTO, Edvaldo Souza; TEIXEIRA, Jules Ramon Brito; SOUZA, Riane Missias Moreira Mendes. **Qualidade de vida, Saúde e Política Pública de Idosos no Brasil: uma reflexão teórica.** Revista Kairós Gerontologia, p.27-38. Online ISSN 2176-901X. Print ISSN 1516-2567. São Paulo (SP), Brasil. Março/ 2013.

SARAIVA, Luana de Lima. **A tutela constitucional da pessoa idosa.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55852&seo=1>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

SCORALICK-LEMPKE, Natália Nunes. BARBOSA, Altemir José Gonçalves. Educação e envelhecimento: contribuições da perspectiva Life-Span. Revista Estudos de Psicologia. Ed. 29 (supl). Outubro-dezembro, 2012.

SILVA, Maria do Rosário de Fatima e. YAZBEK Maria Carmelita. **Proteção Social ao Idoso: Concepções, diretrizes e reconhecimento de direitos na América Latina e no Brasil.** Revista Katál. Florianópolis. V. 17, n. 1. P. 102-110. Jan/jun. 2014.

SILVA, Luípa Michele. Envelhecimento e qualidade de vida para idosos: um estudo de representações sociais. Dissertação de Mestrado. UFPB. 2011.

SONATI, Jaqueline Girnos. VILARTA, Roberto. Política Pública para o Envelhecimento Saudável: Prática Corporal, Atividade Física e Alimentação Saudável. Ipes Editorial. Vol. 1. PP 53/62. 2011

VECCHIA, Roberta Dalla; RUIZ, Tania; BOCCHI, Silvia Cristina Mangini, CORRENTE, José Eduardo. Qualidade de vida na Terceira idade: um conceito subjetivo. Revista Brasileira Epidemiol. p. 246-252, 2005.

A CORREALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: APLICAÇÃO E MEMÓRIA

Data de aceite: 01/11/2022

José Luiz Gavião de Almeida

Desembargador do TJSP e Professor
Titular da FDUSP
<http://lattes.cnpq.br/8839105066110240>

Karina Cesana Shafferman

Estagiária do TJSP e aluna de graduação
da FDUSP
<http://lattes.cnpq.br/4314882337540651>

RESUMO: O presente artigo discutiu as diferenças existentes entre a solidariedade e a correalidade, encontrando as origens dessa distinção na doutrina romanística. Diante disso, estudou alguns dispositivos do Código Civil, de modo a verificar a preponderância da solidariedade e da correalidade em cada um dos artigos. Também, verificou o emprego da correalidade na jurisprudência, evidenciando a utilização desse conceito para a solução dos julgados. Concluiu sobre a grande aplicação que a correalidade possui no cenário contemporâneo, constatando a importância da retomada do debate em torno desse conceito que tem recebido pouco tratamento doutrinário atual. Também, concluiu sobre a relevância da

pesquisa e educação jurídica para a correta aplicação dos institutos jurídicos, de modo a favorecer a justiça. Além disso, percebeu o fundamental papel desses recursos para recuperação da memória do instituto da correalidade e compreensão mais assertiva do sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Solidariedade, correalidade, pesquisa e ensino jurídico, aplicação, código civil, jurisprudência, memória.

CORREALITY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: APPLICATION AND MEMORY

ABSTRACT: This article discussed the differences between solidarity and correality, finding the origins of this distinction in the Romanistic doctrine. Therefore, studied some articles of the Civil Code, in order to verify the preponderance of solidarity and correality in each of them. Also, verified the use of correality in the jurisprudence, observing the usage of this concept in judicial decisions. Concluded about the great application that correality has in the contemporary scenario, noticing the

importance of revamping the debate around this concept that has received little current doctrinal treatment. Moreover, perceived the importance of research and legal education for the correct application of the legal institutes, facilitating the promotion of justice. In addition, realized the fundamental role that these resources play in recovering the memory of the institute of correality and favoring a more assertive understanding of the legal system.

KEYWORDS: Solidarity, correality, legal research and teaching, application, civil code, jurisprudence, memory.

1 | INTRODUÇÃO

Ao ponderar sobre o ensino do direito no Brasil, evidencia-se a imprescindibilidade de ampliar espaços de debate em torno de temas jurídicos controvertidos e polêmicos. Com isso, torna-se necessária a criação de ambientes que possibilitem o estudo de matérias que exigem maior pesquisa e elaboração de posicionamentos acerca de sua melhor compreensão e mais correta utilização.

Tendo em vista essa ideia, o presente artigo visa trazer à tona a discussão em torno de um instituto que já suscitou inúmeras controvérsias no âmbito da doutrina civilista: a correalidade. Comumente tratado como sinônimo ou espécie de solidariedade é, entretanto, instituto distinto e que encontra os seus primórdios nas bases romanísticas, possuindo grande aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, embora não se possa mais dar a ele as características que possuía na origem. Todavia, apesar de se tratar de um tema de grande utilização na atualidade, a sua memória foi praticamente apagada.

Embora o Código Civil não tenha abordado de forma expressa e com essa nomenclatura o instituto estudado, verificam-se situações em que nossa legislação mostra ter adotado as regras que regem a correalidade, embora com peculiares características. Isso pode ser visto, por exemplo, na normatização da fiança e da responsabilidade civil por ato de terceiro, situações típicas de correalidade, embora se venha chamando as situações descritas como de solidariedade.

Diante disso, esse trabalho pretende a investigação da incidência da correalidade em alguns dispositivos do Código Civil, conquanto esteja tratada por outro nome (solidariedade).

Ademais, essa pesquisa objetiva explorar as origens da correalidade, bem como as consequências decorrentes de sua aplicação. Também se pretende utilizar de precedentes jurisprudenciais para averiguar a incidência desse instituto (correalidade) no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo quando os julgados não empregam o termo “correalidade” de maneira explícita.

Por fim, entende-se que o presente artigo se inclui na temática do importante Congresso para o qual foi elaborado – mais especificamente no Grupo de Trabalho relativo à Pesquisa e Educação Jurídica – uma vez que corresponde a um trabalho científico com vistas a demonstrar que a pesquisa é a arma para a compreensão e correta aplicação dos institutos e dispositivos legais existentes.

2 | HISTÓRICO

A distinção entre correalidade e solidariedade encontra a sua origem no estudo das fontes romanas. Esses documentos, em algumas ocasiões, empregavam o termo *conrei* para abordar a temática da solidariedade, de onde surgiu a expressão “correalidade”.

Ao longo da história desenvolveram-se inúmeras hipóteses na doutrina romanística acerca de qual seria o real conteúdo da distinção entre as chamadas *obrigações correais* e a solidariedade. Todavia, pode-se dizer que as teorias elaboradas por G.J. Ribbentrop e apresentadas, no século XIX, por F.L. Keller foram as que prevaleceram (MARTIN, 2015).

Ainda seguindo o raciocínio de Martin (2015, p.47), essa tese sobressalente pode ser sintetizada pela distinção no número de obrigações:

A tese dos pandectistas KELLER e RIBBENTROP, conforme vários autores explicam, pautava-se na unidade ou na pluralidade de obrigação e multiplicidade de relações subjetivas. As obrigações correais seriam aquelas em que há uma única obrigação, não obstante a multiplicidade de sujeitos. As obrigações solidárias, também denominadas de puramente solidárias, solidárias imperfeitas ou correais imperfeitas, são as que possuem várias obrigações tantas quantas forem os sujeitos.

Conforme explica Silva (2019, p. 95-96), o jurista alemão Bernhard Windscheid possuía um pensamento semelhante aos de Ribbentrop e Keller. Assim, entendia a *obrigação correal* como aquela constituída por uma única obrigação, ao passo que a *obrigação solidária simples* seria configurada por uma série de obrigações paralelas. Como resultado disso, na primeira situação, “cada credor poderia cobrar o seu crédito, sem necessitar da cooperação do cocredor e cada devedor estaria sujeito a pagar o seu crédito, sem a possibilidade de invocar a existência de codevedor”. Já na segunda conjuntura, “o credor poderia exigir o todo e cada devedor estaria obrigado ao todo, e ainda que, por meio da mesma prestação, se liberassem todos os devedores, cada credor e cada devedor teriam um direito de crédito particular”.

Caminhando mais um pouco, é possível transportar essas diferenciações para a contemporaneidade. Desse modo, é coerente salientar que, na solidariedade, há vários devedores e todos eles estão obrigados à dívida toda, isto em relação ao credor. Assim, cada um dos devedores solidários detém uma parcela desse encargo e, cumprindo integralmente e sozinho a obrigação, fica autorizado a buscar a parte dos outros devedores.

Já, a correalidade configura uma conjuntura diversa. Conforme explicam Farias e Rosenvald (2017, p. 303-304):

Na correalidade, se o credor escolhe ao seu alvitre um dos codevedores para efetuar a integralidade do pagamento, feita a escolha, restarão desonerados os demais codevedores, sendo impraticável a opção futura de o credor executá-los à medida que o pagamento se individualizou na pessoa do devedor eleito.

Indo além, na correalidade vários podem ser chamados a cumprir a obrigação, mas nem todos são devedores. Como explica Souza (2017):

O devedor é sempre responsável, mas o responsável nem sempre é devedor.

O devedor é aquele que tem o dever de responder por dívida própria. O responsável é aquele que responde pela dívida de outrem.

Desse modo, se os devedores pagam o que devem, não podem exigir de outros responsáveis cota parte do pagamento. Isso porque aqueles ligados à obrigação pela correalidade são apenas responsáveis, mas não devedores. Entretanto, os responsáveis e vinculados pela correalidade, se pagam a dívida, podem buscar dos devedores a totalidade do que desembolsaram.

Vários doutrinadores já trataram da distinção entre correalidade e solidariedade, havendo muita controvérsia acerca da validade da manutenção dessa diferença. Pontes de Miranda, por exemplo, ao discorrer sobre essa matéria, lamentou ter prevalecido, entre os escritores brasileiros, o entendimento de que não deveria haver separação entre os tipos de vínculos solidários. De modo semelhante, Lacerda de Almeida também defendeu a manutenção da correalidade e da solidariedade como dois institutos diversos (MARTIN, 2015).

Por outro lado, vale ressaltar que inúmeros pensadores apresentaram posicionamentos contrários a esse raciocínio. A título de exemplo, cabe mencionar o pensamento de Lyra Júnior. Influenciado pelas ideias de Carvalho de Mendonça e João Manuel de Carvalho Santos, argumentou que a separação entre solidariedade e correalidade não representava uma distinção relevante para o direito moderno (MONTEIRO, 2016).

Nesse sentido, Antunes Varela *apud* Monteiro (2016) explicita uma possível justificativa para o predomínio da defesa de um vínculo de solidariedade único na doutrina brasileira:

A distinção encontra-se hoje superada, no direito moderno, pelo conceito amplo de obrigações solidárias, ao qual interessam apenas, no tocante à solidariedade passiva, a garantia do interesse do credor e a comunhão de fim estabelecida entre os vínculos que pretendem os vários obrigados ao credor. Daí que na solidariedade caibam os próprios casos em que a prestação incumbe a uma só das partes, nas relações internas, bem como os casos em que não há completa homogeneidade entre as obrigações dos co-devedores (ou os direitos dos co-credores), podendo uma delas ser *condicional* ou *a termo* e as outras, por ex., e as outras ser *puras* e *simples*.

Contudo, embora a correalidade seja um instituto antigo e com pouco tratamento doutrinário na atualidade, ainda é possível observar fortes evidências da sua incidência no Código Civil Brasileiro – o que corrobora a noção da grande aplicabilidade desse conceito na contemporaneidade. Diversos dispositivos aparentam ter adotado as regras da correalidade no tratamento do objeto por eles normatizado. Dessa forma, a próxima seção dessa pesquisa será dedicada à verificação da presença da correalidade e da solidariedade no Código Civil, de modo a evidenciar a preponderância de cada um dos institutos nos artigos estudados.

Pode-se observar, ainda, que o instituto da correalidade, que tanta celeuma provocou antigamente, teve seu reconhecimento facilitado com a divisão do vínculo obrigacional trazida com o direito alemão. Distinguiu-se, então, o débito (*schuld*) da responsabilidade

(*haftung*). Com isso foi possível separar bem os institutos da solidariedade da correalidade. No primeiro instituto são vários devedores que também são responsáveis pelo cumprimento da obrigação. No segundo instituto temos alguns devedores e responsáveis e outros que são apenas responsáveis pelo cumprimento da obrigação.

3 I INCIDÊNCIA DA CORREALIDADE E DA SOLIDARIEDADE NO CÓDIGO CIVIL

O capítulo VI do Código Civil é intitulado “Das Obrigações Solidárias”, sendo destinado à definição desse conceito e à regulamentação da relação de solidariedade entre cocredores e codevedores. O art. 264 sintetiza esse cenário:

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Como já mencionado na seção anterior, a *solidariedade* é composta por uma série de obrigações paralelas. Como consequência disso, cada credor possui o direito sobre uma parcela do crédito, ao passo que cada devedor detém uma quota do débito. E essa é uma ideia que é colocada de modo expresso na legislação. Essa situação, entretanto, regula a relação jurídica existente entre os credores ou devedores solidários.

Na relação que envolve esses credores ou devedores solidários a situação se modifica. Em relação ao devedor, cada credor solidário é como se fosse titular do crédito todo e, por isso, pode exigí-lo integralmente. De outro lado, em relação ao credor, cada devedor solidário é como se fosse devedor do todo e, por isso, pode ser obrigado a pagar a dívida toda.

O art. 283 apresenta essa noção de forma bastante explícita:

Art. 283. O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

Assim, se um dos devedores pagar a totalidade da dívida, situação que pode vir a ser obrigado a se sujeitar, possui o direito de buscar o valor desembolsado correspondente à fração do débito de cada um dos outros codevedores. Com isso, percebe-se que nos artigos pertencentes a esse capítulo – art. 267 a 285 – prepondera solidariedade, visto que essa parcela do Código Civil é reservada à normatização desse instituto.

Desse modo, tendo em vista a maneira pela qual a legislação encara a solidariedade, é possível identificar situações semelhantes, mas não iguais, que por isso não podem ser tratadas pelo instituto da solidariedade. Correto, por isso, adotar as regras que são reservadas à correalidade para tratá-las.

Inicialmente, vale lembrar o art. 818 do Código Civil:

Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

Com isso percebe-se que tanto o devedor principal quanto o fiador – ainda que subsidiariamente – são responsáveis pelo cumprimento da obrigação principal que justifica o contrato de fiança. Com base no art. 831 e no inciso III do art. 346 do Código Civil, caso o fiador cumpra com a obrigação principal, ele se sub-roga nos direitos do credor, podendo exigir o débito desembolsado do afiançado (CONJUR, 2019).

Contudo, se é o devedor principal que paga a dívida, não possui o direito de exigir o montante, ou cota parte do que foi pago, do fiador. Caso seja o fiador aquele que soluciona o débito, pode buscar reembolso da totalidade do que pagou, do devedor afiançado. Isso porque, enquanto o fiador é apenas responsável pelo cumprimento da obrigação, o afiançado cumula as posições de responsável e devedor. Essa situação é distinta da solidariedade, mas se amolda ao que hoje constitui a correalidade.

Exceção à regra pode ser encontrada no art. 829 do Código Civil:

Art. 829. A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão.

Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.

Sendo estabelecido o benefício de ordem entre os fiadores, instala-se entre eles uma obrigação simplesmente conjunta, e entre eles e o afiançado uma relação de subsidiariedade, sem afetar a natureza das posições jurídicas de cada um, isto é, o afiançado é devedor e responsável e o fiador simples responsável.

Também é relevante a análise das circunstâncias que cercam a responsabilidade civil por ato de terceiro. Para tanto cabe meditar sobre o artigo 932 do Código Civil combinado com o parágrafo único do art. 942 do mesmo estatuto:

Art. 932. **São também responsáveis** pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;



Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. **São solidariamente responsáveis** com os autores os co-autores e **as pessoas designadas no art. 932.**

Apesar do parágrafo único do artigo 942 do Código Civil falar na existência de

solidariedade entre as pessoas designadas no art. 932 do Código Civil, o tratamento dado para as hipóteses neste último dispositivos transcritos não é de solidariedade, aproximando-se, antes, da correalidade. Conforme explica Caio Mário, em qualquer um dos casos de responsabilidade indireta, aquele que desembolsou a quantia indenizatória possui direito de regresso contra aquele por quem pagou (PEREIRA, 2017).

A observação não vale para a responsabilidade do pai em relação ao filho, ou do tutor ou curador que seja, também, ascendente do tutelado ou curatelado. Nessas hipóteses não há direito de regresso, consoante é expresso o artigo 933 do Código Civil (Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absolutamente ou relativamente incapaz). Mas de qualquer forma, também não é a solução que se daria se fosse caso de solidariedade.

Como já se disse, na solidariedade existe uma relação jurídica entre os que são obrigados a pagar que faz com que aquele que pague possa buscar a quota parte do outro devedor. Aqui, o pai, tutor ou curador que paga não pode cobrar do filho, do tutelado ou do curatelado por quem pagou.

Também nas demais hipóteses do artigo 932 não se pode falar em solidariedade. Isso porque se é o terceiro responsável quem paga, pode se reembolsar do todo. Se é o autor do ilícito quem paga, o terceiro responsável não pode ser obrigado a contribuir com parcela de reembolso.

A título de exemplo, cabe analisar sobre o inciso III desse artigo. Nessa situação, tanto o empregador quanto o empregado são tidos como responsáveis pela reparação do dano causado. Mas caso o empregador pague a quantia indenizatória, possui direito de regresso contra o empregado causador do dano, a fim de tentar reaver o montante desembolsado (PEREIRA, 2006). Porém, se o empregado pagar pela reparação do dano, não pode solicitar essa mesma quantia do empregador, a título de reembolso. Nem parcela dela, como seria lógico na solidariedade. Logo, observa-se que o empregador é tido apenas como responsável, enquanto o empregado deve ser entendido como responsável e devedor.¹

Mais correto, portanto, configurar o caso como sendo de correalidade, embora o Código Civil não se refira a situação, ou fale dela como sendo caso de solidariedade.

Também merece análise o artigo 975 do Código Civil.

Art. 975. Se o representante ou assistente do incapaz for pessoa que, por disposição de lei, não puder exercer atividade de empresário, nomeará, com a aprovação do juiz, um ou mais gerentes.

§ 1º Do mesmo modo será nomeado gerente em todos os casos em que o juiz entender ser conveniente.

§ 2º A aprovação do juiz não exime o representante ou assistente do menor ou do interdito da responsabilidade pelos atos dos gerentes nomeados.

¹ Há hipótese em que o empregador é responsável e devedor. Isso na hipótese de ter responsabilidade objetiva. Mas aqui também não há solidariedade, pois não existe, entre empregador e empregado, regra que diga que, entre eles, há repartição da dívida.

Comentando sobre o funcionamento desse dispositivo, explica Ferragut (2008, p. 309):

Tem-se, aqui, a responsabilidade solidária e subsidiária do representante ou assistente do incapaz, pela prática de atos ilícitos – tais como a assunção de dívidas pela compra de ativos imobilizados, o pagamento da folha de salários, o pagamento do prestador de serviços etc. – executados pelos gerentes nomeados e pelos primeiros previamente indicados (culpa *in eligendo*).

A solidariedade e a subsidiariedade previstas nesse parágrafo não obstam que o representante ou o assistente busquem junto aos gerentes nomeado, no exercício de direito regressivo, o reembolso do dispêndio que eventualmente tiverem sido obrigados a suportar.

Portanto, nota-se que o representante ou assistente do incapaz também é responsável por arcar com as consequências de ato ilícito praticado pelo gerente por ele eleito. Na ocasião do pagamento pela reparação do dano causado, possui direito de regresso contra os gerentes. Mas o mesmo não ocorre em sentido inverso: o gerente não pode buscar do representante legal ou assistente valor despendido para reparar dano proveniente de ato ilícito por ele realizado. Nisso, evidencia-se que o gerente se encontra na posição de responsável e devedor, enquanto o representante legal ou assistente é puramente um responsável. Logo, contata-se a caracterização da correalidade.²

O artigo 1.023 do Código Civil também merece ser estudado.

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

Não havendo cláusula de reponsabilidade solidária, pode-se afirmar que a pessoa jurídica se encontra na posição de responsável e devedora pela obrigação, ao passo que os sócios são apenas responsáveis pela dívida – situação que mais se assemelha à correalidade.

Por outro lado, na existência da cláusula, pode haver solidariedade na relação entre os sócios, sendo cada um detentor de uma parcela do débito. Novamente conforme Ferregut (2008, p. 319):

Poderá haver, entretanto, cláusula prevendo a responsabilidade solidária entre os sócios, hipótese em que o credor poderá pleitear o cumprimento da obrigação (limitada) de qualquer um dos sócios, sendo que aquele que quitar a dívida poderá exercer o direito de regresso, a fim de se restituir dos montantes devidos pelos demais sócios, considerando o valor da dívida cabível a cada um.

Os dispositivos citados como exemplo mostram a existência de relações obrigacionais que não estão regulamentadas pelo instituto da solidariedade. Necessário, entretanto, que se saiba a forma pela qual respondem os envolvidos. E não havendo solidariedade, nem obrigação simplesmente conjunta, melhor que se utilize o instituto da correalidade para a solução dessas questões. A próxima seção do trabalho será dedicada ao estudo da

² Essa solução vale quando se analisa a relação entre o representante e o gerente.

aplicação prática do instituto da correalidade na jurisprudência.

4 | ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A correalidade tem sido aplicada, de forma harmônica, nas hipóteses de fiança, especialmente a locatícia, mesmo quando não é citada de forma explícita.

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA REGRESSIVA. PAGAMENTO DA DÍVIDA PELO FIADOR. SUB-ROGAÇÃO ART. 831 DO CÓDIGO CIVIL. Efetuado o pagamento da dívida locatícia pelo fiador, opera-se a sub-rogação, na forma do art. 831 do Código Civil, podendo o fiador voltar-se contra o locatário e os co-fiadores, pela respectiva quota. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA.

(Apelação Cível, Nº 70078526738, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Beatriz Iser, Julgado em: 10-10-2018)

O julgado citado indica a existência de correalidade entre fiadores e devedor principal, ao passo que também reconhece a solidariedade entre cofiadores. Ao validar a possibilidade de sub-rogação do fiador e permitir que ele se volte contra o afiançado (locatário), admite que o último deve ser entendido como devedor e responsável, ao passo que o primeiro somente deve ser considerado responsável. Por outro lado, ao aceitar que o fiador também pode se voltar contra os outros cofiadores para obtenção de suas respectivas quotas, percebe a existência de diversas obrigações paralelas, ou seja, em cada um dos cofiadores detém uma parcela do débito, o que caracteriza a solidariedade.

No âmbito da responsabilidade civil, muitos são os julgados que também se utilizam das regras que regem a correalidade:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. AQUISIÇÃO DE CONSÓRCIO. VENDA DE VEÍCULO USADO, CUJO VALOR SERIA DESTINADO AO LANCE VISANDO A CONTEMPLAÇÃO DA CARTA DE CRÉDITO. VEÍCULO EXPOSTO NA CONCESSIONÁRIA. VENDEDOR QUE RETEVE PARTE DO VALOR DA VENDA, A TÍTULO DE COMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA LEGALIDADE DA RETENÇÃO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. EMPREGADOR QUE, SE ENTENDER CABÍVEL, DEVERÁ INTENTAR AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O EMPREGADO. ART. 932 C/C 934 DO CC/2002. RECLAMAÇÃO NO LOCAL DE TRABALHO DO RECORRIDO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO. ADEQUAÇÃO AOS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (...)

(N.U 8010598-85.2014.8.11.0006, TURMA RECURSAL CÍVEL, LAMISSE RODER FEGURI ALVES CORREA, Turma Recursal Única, Julgado em 20/10/2020, Publicado no DJE 22/10/2020)

Na análise desse caso, a Turma Recursal Cível do TJMT acordou sobre a responsabilidade objetiva do empregador quanto aos atos realizados por seu preposto, com base no inciso III do art. 932 do Código Civil. Além disso, também defendeu que o empregador possui direito de regresso contra o empregado, com o intuito de rever quantia

desembolsada. Logo, como a decisão parte do pressuposto de que o preposto deve ser tido como responsável e devedor da obrigação, ao passo que o que o empregador é visto apenas como responsável – justifica a hipótese da ocorrência da ação regressiva do empregador para reaver montante dependido para reparação do dano causado pelo empregado – a solução é a aplicação do instituto da solidariedade.

Na esfera da relação entre sócios e pessoa jurídica também é adequado realizar alguns apontamentos com base no seguinte julgado:

EMBARGOS À EXECUÇÃO - SENTENÇA QUE EXTINGUIU A EXECUÇÃO EM RELAÇÃO À EMBARGANTE, POR ILEGITIMIDADE PASSIVA - PROCEDÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA EMBARGADA - RETORNO DOS AUTOS PARA JULGAMENTO DA APELAÇÃO 1 - SOCIEDADE SIMPLES REGIDA PELAS REGRAS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS SÓCIOS - EXEGESE DOS ARTIGOS 997, VIII, 1023 E 1024 DO CC - LEGITIMIDADE DA SÓCIA EMBARGANTE PARA RESPONDER COM SEU PATRIMÔNIO PELA DÍVIDA EXECUTADA APÓS O ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS JUNTO AO PATRIMÔNIO DA DEVEDORA PRINCIPAL - PRECEDENTES - SENTENÇA REFORMADA. Recurso de apelação provido.

(TJPR - 15ª C.Cível - AC - 1050558-7 - Curitiba - Rel.: Desembargadora Elizabeth M F Rocha - Unânime - J. 31.10.2018)

O reconhecimento do fato de que os sócios também devem ser considerados responsáveis pelas obrigações adquiridas pela pessoa jurídica corrobora um cenário de correalidade. Nisso, o ente moral é tido como responsável e devedor, ao passo que os sócios são apenas responsáveis.

Analisada a jurisprudência que aborda a construção de um cenário de correalidade de forma indireta, é possível prosseguir para casos em que esse instituto é adotado de modo explícito:

Chamamento ao processo da empresa Lotes - Não se trata de solidariedade, mas regra de correalidade - Chamamento ao processo absolutamente inconveniente - Cerceamento de defesa - Não há necessidade de novas provas - Separação de responsabilidades entre as sociedades e os sócios dirigentes - Obrigação da entidade - Preliminares afastadas.

Responsabilidade flagrante do réu Leão, sua empresa e da TV Record - O sorteio estava garantido por quem atestou a correção do certame - O contrato entres os réus estabelece relações pessoais entre os envolvidos - Obrigação assumida perante terceiros - Valor do prêmio mantido - Dano moral afastado - Prova pericial sobre o veículo Ferrari fica dispensada - Adoção do disposto no artigo 244 segunda parte do Código Civil - Recurso dos autores parcialmente provido.

Laudos que reconheceu a validade do bilhete premiado - As irregularidades que causaram o não ingresso do numerário nos cofres da ré não retiram o direito dos autores - Injustificada a determinação da continuidade da perícia - Agravo retido improvido.

Fundamentos que motivaram a provimento em parte do recurso dos autores Resultado do agravo retido - Recurso da ré CBTM prejudicado.

(TJSP; Apelação Cível 9092251-74.2006.8.26.0000; Relator (a): José Luiz

Esse julgamento tratou de ação indenizatória para o recebimento dos prêmios obtidos através do jogo de “bingo eventual”. A ré Confederação Brasileira de Tênis de Mesa – CTBM chamou a empresa LOTES para participação no processo, alegando que essa última teria sido a responsável pela organização do evento e que teria ficado com todo o proveito econômico do jogo.

Dentre outras questões, o acórdão discutiu a existência de solidariedade entre LOTES e CTBM para o pagamento da indenização. Conforme explicado na decisão, o vínculo de solidariedade passiva deve funcionar em benefício do credor, de modo a permitir que ele possa ajuizar ação contra apenas um devedor ou todos eles. Contudo, concluiu-se pela existência de uma relação de correalidade nesse caso:

Na solidariedade todos são obrigados e todos são devedores. Na correalidade todos são obrigados, mas apenas um é devedor. E essa última situação é a defendida pela ré CBTM quanto diz que todas as despesas são da LOTES e que ela nada deve.

Mas mesmo que assim não fosse, há necessidade de saber se o réu contra quem se promoveu a demanda tem direito de trazer o outro para o processo.

Também vale a análise de outro interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMBARGOS À EXECUÇÃO - Condenação das Fazendas Estadual e Municipal no pagamento de verba honorária, acreditando esta última estar obrigada ao pagamento exclusivo de metade deste valor – Descabimento - Segundo De Plácido e Silva, “SOLIDARIEDADE PASSIVA” o devedor fica “preso à obrigação por uma correalidade perfeita, respondendo ‘in solidum’, isto é, pela totalidade da prestação” - Embargos à execução julgados pelo juízo ‘a quo’ procedentes em parte - Sentença mantida - Recurso da Embargante improvido.

(TJSP; Apelação Cível 9000140-03.2009.8.26.0506; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/08/2011; Data de Registro: 31/08/2011)

Esse acórdão abordou – dentre outros aspectos – o pleito, por parte da Municipalidade de Ribeirão Preto, para a execução solidária da dívida discutida. A decisão rejeitou esse pedido. Para tanto, utilizou-se da ideia de que, na correalidade perfeita, há apenas uma obrigação. Logo, a noção de uma eventual repartição do débito com a Fazenda do Estado não seria coerente. O Município viu-se, portanto, condenado a pagar a totalidade do montante.

Em suma, observa-se que a correalidade é um conceito que possui grande utilidade prática. Dessa feita, percebe-se como é constantemente utilizado, de modo direto e indireto, para a solução de casos e correta aplicação de institutos jurídicos em diversos julgados –

apesar do limitado tratamento doutrinário recebido na atualidade.

5 | CONCLUSÕES

A pesquisa busca averiguar as diferenças existentes entre a solidariedade e a correalidade, sendo que os primórdios dessa distinção podem ser encontrados na doutrina romanística. Todavia, com o passar do tempo, o tratamento doutrinário dado para a correalidade viu-se bastante reduzido, sendo que, muitas vezes, esses institutos passaram a ser tidos como sinônimos.

Contudo, a análise de alguns dispositivos do Código Civil permitiu observar a aplicabilidade da correalidade na contemporaneidade, haja vista que muitos dos artigos estudados aparentam ser regidos pelas regras desse conceito. Apesar ser um instituto antigo, também foi possível evidenciar a sua utilização pela jurisprudência, sendo bastante adotado para a solução dos julgados – por mais que, em diversas ocasiões, esse emprego se dê forma indireta e sem explícita menção do termo “correalidade”.

Logo, tendo em vista que a utilização atual desse conceito, observa-se a necessidade de retomar o debate em torno dessa temática. Embora a correalidade ainda seja um princípio muito utilizado no manejo do ordenamento jurídico, a sua memória está gradativamente desaparecendo. Assim, a pesquisa e a educação jurídica mostram-se como ferramentas de grande importância para manutenção do espírito desse conceito, de modo a favorecer a correta aplicação dos institutos do direito.

Mais do que isso, esses recursos são de extrema relevância para obtenção de uma compreensão assertiva do sistema, favorecendo a aplicação da justiça. Ademais, permitem a observação das nuances existentes no ordenamento, evitando o empobrecimento da doutrina jurídica. É exatamente por essa razão que o estudo da correalidade deve ser trazido à tona.

Em suma, conclui-se sobre a grande aplicação da correalidade na contemporaneidade, evidenciando-se o papel fundamental do ensino e pesquisa jurídica para preservar a memória desse conceito e garantir a correta aplicação dos institutos do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 03 março 2021.

CONJUR. Prazo para fiador cobrar afiançado é o mesmo do contrato original. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/prazo-fiador-cobrar-afiancado-mesmo-contrato-original>>. Acesso em: 06 abril 2021.

FARIAS, C. C. D.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 11ª. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, v. II, 2017. ISBN 978-85-442-1103-8.

FERRAGUT, M. R. Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 02, p. 302-335, 2008. ISSN 1678-2933. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2619/2192>>. Acesso em: 06 abril 2021.

MARTIN, F. B. D. **Das obrigações solidárias**: relação com as obrigações indivisíveis no sistema jurídico romano e reflexo no direito brasileiro. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2141/tde-16092016-135540/publico/DISSERTACAO_VERSAO_CORRIGIDA_Fabiana_Barros_de_Martin.pdf>. Acesso em: 05 abril 2021.

MONTEIRO, J. C. **Obrigações Solidárias**. São Paulo: PUC-SP, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19672/2/Juliana%20Ca%C3%A7ada%20Monteiro.pdf>>. Acesso em: 05 abril 2021.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, v. III, 2017.

PEREIRA, V. A. Empregador pode cobrar de empregado por ato ilícito. **Revista Consultor Jurídico**, 2006. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-nov-28/empregador_cobrar_empregado_ato_ilicito>. Acesso em: 06 abril 2021.

SILVA, D. W. P. E. **A solidariedade no direito das obrigações**. São Paulo: PUC-SP, 2019. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21976/2/Dom%C3%ADcio%20Whately%20Pacheco%20e%20Silva.pdf>>. Acesso em: 05 abril 2021.

SOUZA, G. A. D. Execução e responsabilidade Patrimonial no novo CPC/2015. **RKL Advocacia**, 2017. Disponível em: <[---

Direito: Pesquisas fundadas em abordagens críticas](https://www.rkladvocacia.com/execucao-e-responsabilidade-patrimonial-no-cpc2015/#:~:text=O%20devedor%20%C3%A9%20sempre%20respons%C3%A1vel,de%20responder%20por%20d%C3%ADvida%20pr%C3%B3pria.&text=%C3%89%20o%20que%20se%20d%C3%A1,135).>. Acesso em: 08 abril 2021.</p></div><div data-bbox=)

A PERÍCIA CRIMINAL EM LOCAIS DE SUICÍDIO

Data de aceite: 01/11/2022

Rubens Alex de Oliveira Menezes

Discente do Programa de Pós-graduação
Lato sensu em Perícia Criminal do
Instituto Nacional de Perícias e Ciências
Forenses - INFOR, Macapá-Amapá, Brasil

Silvia Maria Mathes Faustino

Docente do Programa de Pós-graduação
Lato sensu em Perícia Criminal do
Instituto Nacional de Perícias e Ciências
Forenses - INFOR, Macapá-Amapá, Brasil

Pablo Abdon da Costa Francez

Docente e Orientador do Programa de
Pós-graduação *Lato sensu* em Perícia
Criminal do Instituto Nacional de Perícias
e Ciências Forenses - INFOR, Macapá-
Amapá, Brasil

RESUMO: O objetivo do trabalho é analisar através de revisão de literatura o funcionamento da a perícia criminal em locais de suicídio. Foram ressaltados a importância da preservação do local de crime, entendendo-se este como sendo o elemento mais importante e capaz de fornecer dados sobre a sua real caracterização, possibilitando uma conclusão fidedigna do fato. Na diagnose do

suicídio geralmente há singularidades que nos remetem a uma análise ampla da vítima, e não simplesmente o óbito, um investigador de morte experiente reconheceria vários ingredientes presentes em cenas de suicídio, contribuindo para a qualidade do laudo pericial emitido e elucidado o caso. Trata-se de revisão da literatura, baseando-se na busca de artigos publicados entres os anos de 2000 a 2021. As bases de dados utilizadas foram: BIREME (Biblioteca Virtual de Saúde); LILACS (Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde), SCIELO (Scientific Electronic Library Online) e google acadêmico. Foi identificado na pesquisa que compete aos peritos utilizar todo o aparato técnico disponível e a capacidade de observação acurada para desvendar o que aconteceu no local de morte, chegar à verdade dos fatos mediante a materialidade da prova, algo que irá permitir culpar o criminoso ou garantir a liberdade do inocente.

PALAVRAS-CHAVE: Perícia criminal; Suicídio; Locais de crime.

INTRODUÇÃO

A constatação do suicídio como forma de morte pode impactar as famílias de maneiras diferentes. De acordo com Baltasar junior (2015) o suicídio carrega um estigma no nome da família em muitas culturas. Conseqüentemente, as objeções são freqüentemente levantadas pelos sobreviventes quando o suicídio é documentado na certidão de óbito. Além disso, a constatação de suicídio pode influenciar o pagamento de apólices de seguro de vida, uma vez que a maioria exclui o suicídio nos primeiros dois anos após a emissão da apólice, a fim de evitar lucro com a morte de um indivíduo (BRANDÃO, 2013).

Um investigador de morte experiente reconheceria vários ingredientes na cena. Um saco plástico, um grande elástico usado para segurar o saco no lugar e drogas ou álcool estão freqüentemente presentes em cenas de suicídio. Feitoza (2018) mostra que o enforcamento é um dos métodos preferidos de suicídio, mas enforcamentos homicidas também foram relatados. Portanto, é importante visitar uma cena de morte em mortes por enforcamento.

Para determinar a causa da morte em casos de enforcamento, enquanto o cadáver ainda está no local da morte e na posição suspensa, uma investigação detalhada deve ser realizada por uma equipe que inclua um perito em medicina legal. Outras evidências da investigação da cena da morte, depoimentos de testemunhas, a presença de uma nota de suicídio e achados de autópsia podem ajudar a determinar se a vítima foi responsável por sua própria morte (FELDENS, 2014).

A inteligência policial é uma atividade na qual objetiva a obtenção, da análise e produção de conhecimentos de interesse da segurança pública em território nacional, no qual os fatos e situações imediatas influenciam a criminalidade. Segundo Ferro Jr (2018) muitas agências policiais têm uma unidade de inteligência, mas também em muitos casos, a unidade é limitada devido a falhas na estrutura ou direção. Talvez a limitação mais comum seja que a unidade coleta, mas não analisa informações. Em vez disso, as informações são armazenadas em um banco de dados simplesmente aguardando acesso.

Por exemplo, em alguns campos de agências os relatórios das entrevistas são administrados pela função de inteligência. Enquanto isso relatório descritivo sobre um assunto de inteligência normalmente é encaminhado para a unidade de inteligência, muitas vezes, é apenas inserida em um banco de dados. Quando a informação permanece passivamente em um sistema de informação, seu uso será limitado (FEITOZA, 2018). Nesse contexto o objetivo do trabalho é analisar através de revisão de literatura o funcionamento da perícia criminal em locais de suicídio.

MATERIAIS E MÉTODOS

O tipo do estudo é uma revisão bibliográfica, pesquisas do tipo tem o objetivo primordial à exposição dos atributos de determinado fenômeno ou afirmação entre suas variáveis (GIL, 2018). Este estudo trata-se de um levantamento de informações relacionadas ao objeto de estudo por meio de literatura de base de dados entre os

anos de 2000 a 2021. As bases de dados utilizadas foram: BIREME (Biblioteca Virtual de Saúde); LILACS (Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde), SCIELO (Scientific Electronic Library Online) e google acadêmico, dispondo dos descritores em língua portuguesa e inglesa: “perícia criminal”, “suicídio”, “vestígio” e “Locais de crime”

Foram utilizados os *softwares Excel e Word*, para produção do quadro. Dessa forma, na pesquisa foram selecionados artigos, em língua portuguesa, nas plataformas informativos reconhecidos, livros, teses e dissertações publicadas entre o ano de 2000 a 2021 para a análise do estudo. A seleção dos trabalhos acadêmicos foi feita a partir dos títulos e resumos, que tiveram concordância com o tema, escolhendo os que proporcionaram relevância científica e que estivessem de acordo com o trabalho. Os materiais excluídos, foram os que não possuíam importância científica e que não contribuíram para o objetivo central do trabalho. Por fim, ao se tratar de uma revisão bibliográfica não foi necessária submissão ao Comitê de Ética (Figura 1).

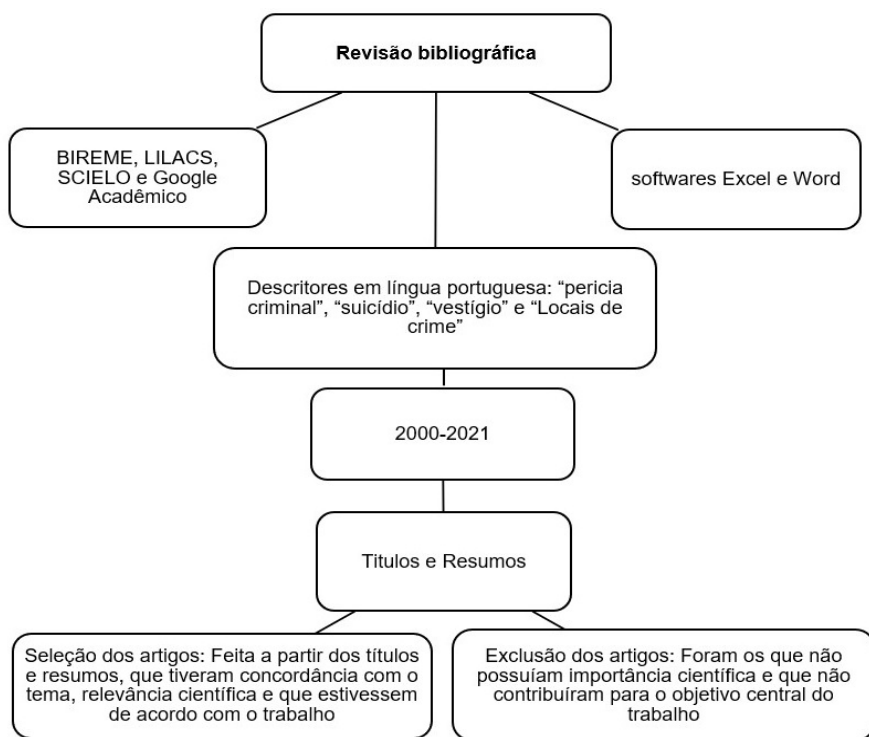


Figura 1- fluxograma com a descrição cronológica da metodologia do projeto.

Fonte: Primária

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O processo reconstutivo do crime, é complexo e se apresenta com diversas particularidades e especificidades, necessário que os peritos recorram à lógica indutiva

e dedutiva. Adicionalmente, a lógica indutiva vai servir para formular teorias, e se estas teorias forem consideradas verdadeiras, através do método científico, sendo possível deduzir, a partir delas, inferências sobre o caso concreto. Ademais, a utilização exclusiva do método científico, para a reconstrução e elucidação do caso, não é suficiente. Para além deste, é necessário utilizar um pensamento lógico e crítico, de forma a aplicar e separar acontecimentos e fatos que foram determinantes ao caso (MOZAYANI; NOZIGLIA, 2006).

Logo, é importante considerar os contributos, de diferentes áreas, para se conseguir determinar a associação. Não há lugar à especulação, uma vez que se trata de um fator decisivo, em tribunal. Esse processo de reconstrução de um crime não é uma tarefa simples, uma vez que decorre de acções humanas e de acontecimentos passados. Nesse contexto, após a revisão bibliográfica, foram utilizadas dez estudos com informações essenciais para compor as análises, reflexões e discussões do estudo conforme (Figura 2).

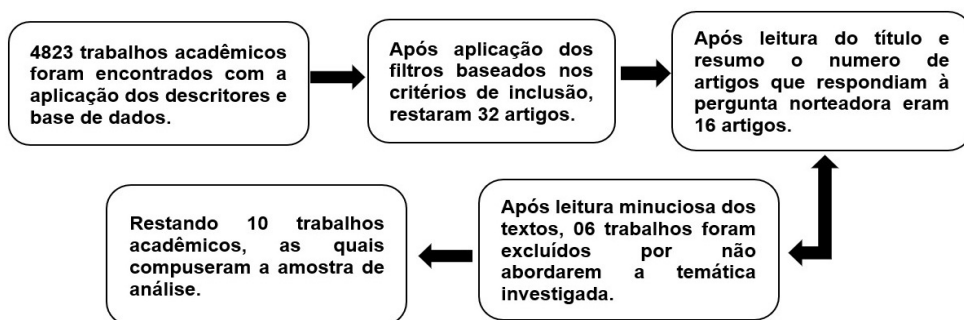


Figura 2 - Fluxograma dos estudos contemplados na pesquisa segundo os critérios de elegibilidade.

Fonte: Primária

Adicionalmente, a sequência, evidencia-se diversos estudos que engloba diferentes abordagens a partir de consagrados autores, demonstrado no quadro 1 o resumo dos trabalhos acadêmicos que compuseram a amostra, de acordo com seus objetivos, tipo de estudo e principais resultados.

Nº	Autor e ano	Título	Objetivo	Desenho do estudo	Principais resultados
1	Souza (2008)	DA MORTE VIOLENTA: A IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA CRIMINAL EM LOCAL DE HOMICÍDIO E SUICÍDIO	Expor os princípios, postulados e leis que regem a atuação do perito criminal, na árdua tarefa de produzir prova objetiva, fornecendo subsídio ao Poder Judiciário, na busca da verdade real (homicídio ou suicídio), e assim fazer cumprir sua jurisdição.	A proposta desse estudo é demonstrar a importância do auxílio da perícia de local de homicídio e suicídio, no campo jurídico e na consequente persecução criminal, de forma a se constituir num elemento que elucide e colabore para que se fazer justiça, na seara criminal.	Nas bibliografias e matérias encontradas, foi observada uma estatística muito desfavorável em relação ao desvendamento dos crimes, mas também vale salientar as qualidades técnicas e habilidades dos profissionais que militam nessa área, em especial aos peritos criminais.
2	Monteiro (2010)	VESTÍGIOS HEMÁTICOS NO LOCAL DE CRIME SUA IMPORTÂNCIA MÉDICO-LEGAL	Demonstrar a importância que a análise forense dos vestígios hemáticos, numa cena de crime, pode alcançar, no âmbito de um processo criminal.	A proposta do estudo é revelar desde a cena de crime, até à decisão judicial final, desencadeia-se todo um conjunto de procedimentos periciais e judiciais, exaustivos.	A investigação da cena do crime consiste no ponto de encontro entre a ciência, a lógica e a lei. É a partir da análise da cena de crime que os peritos recolhem os vestígios biológicos e não biológicos, com vista à reconstituição do evento em análise. Todo o contacto deixa uma marca e é relativamente a essa marca/vestígio que os peritos devem estar capacitados de reconhecer, recolher e analisar. Numa cena de crime, o perito pode debater-se com uma panóplia de vestígios; porém, o sangue é, sem dúvida, a amostra mais frequentemente analisada. A nível forense, este vestígio pode contribuir, de variadíssimas formas, para a produção da verdade.
3	Rodrigues <i>et al.</i> , (2010)	PERÍCIA CRIMINAL: UMA ABORDAGEM DE SERVIÇOS	argumentar que o enquadramento das atividades desenvolvidas pela perícia criminal como um processo de operações em serviço que ocorre em uma rede interorganizacional pode incrementar o valor da imparcialidade da Justiça Criminal entregue a seus principais destinatários.	Tomando-se o serviço de perícia criminal em Minas Gerais como estudo de caso, analisou-se o valor a partir da perspectiva das consequências para os destinatários e dos recursos utilizados para produzi-las. Como resultado, obteve-se que a utilidade do serviço de perícia criminal é produzir a prova da materialidade do crime e vincular o autor à cena do crime e, assim, contribuir para a elucidação do delito	Concluiu-se que a perícia criminal é um meio para a realização do valor de imparcialidade da Justiça e as competências dos peritos constituem seu principal recurso. Este artigo permite refletir sobre as dificuldades de aplicar conceitos de gestão de serviços a uma organização pública com diversidade de públicos e com valor fluido e pouco definido, porém importante, como esta.

4	Cavedon (2011)	MODOS DE ENFRENTAMENTO DA MORTE VIOLENTA: A ATUAÇÃO DOS SERVIDORES DO DEPARTAMENTO DE CRIMINALÍSTICA DO INSTITUTO GERAL DE PERÍCIAS DO RIO GRANDE DO SUL	Compreender os modos de enfrentamento de um fazer diário que envolve o convívio profissional com a morte violenta.	Pesquisa de cunho etnográfico, desde junho de 2007 até o presente, no Departamento de Criminalística (DC) do Instituto-Geral de Perícias (IGP) do Rio Grande do Sul. Entrevistas, observação simples e participante correspondem às técnicas escolhidas para a obtenção dos dados.	A contribuição dessa pesquisa para os estudos consiste em chamar a atenção para uma temática pouco abordada na área, bem como enfatizar a relevância de encontrarem mecanismos de auxílio àqueles que têm por profissão o convívio com a morte e com a violência.
5	Rosa (2015)	VESTÍGIOS PSICOLÓGICOS OU COMPORTAMENTAIS NA CENA DE CRIME: UMA EVIDÊNCIA SUBUTILIZADA NO ARCABOUÇO PERICIAL BRASILEIRO	Analisa um tipo particular de vestígio verificado nas cenas de crime: o vestígio psicológico ou comportamental, considerado como um vestígio muitas vezes negligenciado em inúmeros exames de locais de crime.	Este trabalho apresenta uma abordagem sobre os vestígios psicológicos, destacando a sua identificação em locais de crime e apresentando casos concretos onde tais tipos de vestígios se fazem presentes.	A identificação, análise e interpretação de vestígios psicológicos ou comportamentais deve fazer parte da rotina dos exames e das elaborações de laudos dos peritos criminais responsáveis pelos levantamentos em locais de crime. Esse tipo de vestígio, muitas vezes negligenciado pela tradição formativa de nossa escola criminalística, mostra-se fundamental, quer seja como prova técnica, ou mesmo como ferramenta no processo investigativo.
6	Chagas (2016)	A PRESERVAÇÃO DO LOCAL DE CRIME E SUA IMPORTÂNCIA PARA AS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS	Realizar uma análise da importância da preservação do local de crime para o desenvolvimento de investigações, abordando como deve ser feito esse procedimento e apresentando a base jurídica que o regulamenta.	Artigo de revisão, utilizaram-se referências das bases de dados Google Acadêmico, Portal de Qualidade Capes e SciELO, com publicação realizada nos últimos 10 anos, com as seguintes palavras chaves: Vestígios, Crime, Perícia, Local.	O local de crime é uma das principais fontes de vestígios criminais, podendo ser essencial para o desdobramento das investigações, possibilitando que se chegue à realidade dos fatos. Por isso, é de suma importância que haja uma logística adequada em sua preservação, favorecendo, assim, uma perícia criminal mais eficiente.
7	Platero e Vargas (2017)	HOMICÍDIO, SUICÍDIO, MORTE ACIDENTAL... 'O QUE FOI QUE ACONTECEU?'	Discutir as práticas dos profissionais do Estado responsáveis por classificar uma morte como "homicídio", "suicídio", "acidente" ou "morte natural" à luz de abordagens construtivistas que tratam dos processos de criminalização.	O artigo discute as práticas dos profissionais responsáveis por classificar uma morte como "homicídio", "suicídio", "acidente" ou "morte natural" à luz de abordagens construtivistas que tratam dos processos de criminalização. São analisadas as receitas profissionais utilizadas pelo staff da perícia criminal na tipificação de ocorrências.	Os resultados indicam que as práticas adotadas em casos de morte típicos são diferentes das receitas profissionais seguidas pelo mesmo staff nos casos de morte atípicos. Por isso, o trabalho da perícia parece pouco contribuir para a elucidação da autoria em casos típicos de mortes classificadas como homicídios. Os resultados demonstram a desigualdade social na investigação dos homicídios.

8	Farth e Silva (2018)	A PRESERVAÇÃO DO LOCAL DE MORTE E SUA IMPORTÂNCIA PARA A EFICÁCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	Demonstrar a importância da perícia realizada em um local de morte a fim de se esclarecer a dinâmica de como os fatos se deram, bem como apurar eventuais responsáveis.	A falta de preservação do local de morte, por falta de uniformização de procedimentos a serem adotados por aqueles que têm o primeiro contato com a ocorrência de um crime, geralmente policiais e peritos, prejudica a qualidade do laudo pericial emitido, minando, sobremaneira, a conclusão da investigação e eventual aplicação da lei penal ao suposto autor do delito	Um local de crime violado, contaminado, atrapalha a qualidade do trabalho a ser feito pelo perito e, por consequência, o trabalho de investigação da Autoridade Policial e, mais tarde, do Promotor de Justiça, fazendo, muitas vezes, com que a morte de alguém fique sem um culpado, ou que até mesmo não seja possível a aplicação de nenhum tipo de sanção penal.
9	Siqueira (2019)	A IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DAS CENAS DE CRIME – ESTUDOS DOS CASOS: O. J. Simpson e Amanda Knox	Analisar a importância da preservação do local de crime, entendendo-se este como sendo o elemento mais importante e capaz de fornecer dados sobre a sua real caracterização	Foram ressaltados os fundamentos, bem como a inter-relação entre os conceitos de Ciências Forenses, Criminalística e Perícia Criminal, sua evolução histórica, seus objetivos e princípios fundamentais; aspectos da Teoria Criminalística: corpo de delito; vestígios; evidências; indícios; prova; local de crime e classificação; requisição policial; isolamento; preservação e levantamento do local do crime; cadeia de custódia; perfil dos profissionais habilitados para fazer perícia criminal, salientando, ainda, os casos de suspeição, impedimento e contestabilidade de laudos periciais, indispensabilidade de laudos periciais, suas características e princípios.	Os resultados demonstram que a garantia da resolução do caso somente existirá quando se tornar possível assegurar, efetivamente, a idoneidade na formação da prova com o aperfeiçoamento e a valorização da perícia criminal, tornando concreta a observância de padrões científicos desde coleta da prova, passando por todo o processo de análise e até o encerramento do processo judicial de modo a asseverar uma persecução penal mais consistente e justa.
10	Carvalho (2019)	VIOLÊNCIAS E MORTES: UM OLHAR ETNOGRÁFICO DAS PRÁTICAS E ESTRATÉGIAS COTIDIANAS DAS EQUIPES PERICIAIS DO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	Compreender as práticas cotidianas do trabalho pericial, identificando a percepção dos fatores de risco e as estratégias de trabalho imbuídos no atendimento pericial da morte violenta.	Pesquisa qualitativa com perspectiva etnográfica. Os registros empíricos são oriundos das anotações etnográficas em diário de campo de 61 locais de crimes periciados pela equipe de peritos criminais e fotógrafos técnico-periciais do Núcleo de Perícias em Crimes contra a Pessoa do Instituto de Criminalística do município de São Paulo. Entrevistas individuais semiestruturadas foram realizadas com 28 servidores periciais. De modo complementar, aplicou-se um formulário para caracterização sociodemográfica dos participantes.	As naturezas criminais predominantes nas requisições periciais foram: morte suspeita, suicídio e homicídio de autor conhecido. A idade dos participantes variou entre 28 e 65 anos, e o tempo de experiência na perícia variou entre 1 e 31 anos. O perfil do público foi predominantemente do sexo masculino, casado com filhos; possuidor de alguma crença religiosa. Com relação à pesquisa empírica, a codificação do material nos conduziu a quatro categorias temáticas: 1) A atividade do trabalho pericial; 2) Crimes periciados; 3) Violência naturalizada; 4) Amplificação da violência pela mídia. Os relatos e as observações em campo revelaram práticas cotidianas de um trabalho perigoso e insalubre nos sentidos biológico e psíquico.

Quadro 1 - Demonstração dos artigos selecionados de acordo com seus objetivos, tipo de estudo e principais resultados.

FONTE: Primária.

Diante desses estudos, foi observado que a perícia criminal em locais de suicídio exige que o profissional esteja atento a todos os requisitos que envolvam a dinâmica do crime, realizando assim um laudo com procedência das peças criminais para elucidar o caso. Ademais, Identificou-se reflexões e discussões nos trabalhos acadêmicos, subsidiando a temática, bem como descrevendo os desdobramentos da perícia criminal em locais de suicídio, sendo eles: a perícia criminal em locais de suicídio, local do crime, etapas da investigação da cena da morte que se divide em pré-planejamento da investigação da cena da morte, cooperação entre investigadores, Documentação da cena e tomando notas na cena da morte.

• **A perícia criminal em locais de suicídio**

A perícia criminal é crucial nas investigações de mortes. Ele começa com um exame corporal e coleta de evidências no local e prossegue através da história, exame físico, exames laboratoriais e diagnóstico - em suma, os principais ingredientes do tratamento de um paciente vivo. De acordo com Medeiros (2012) o objetivo principal é fornecer evidências objetivas da causa, momento e forma da morte para julgamento pelo sistema de justiça criminal. A investigação de óbitos vem sendo realizada há séculos em todas as sociedades por profissionais da perícia criminal.

Embora o objetivo principal de uma investigação de morte seja estabelecer a causa e a forma da morte, o papel da investigação de morte vai muito além do que simplesmente responder a essas duas perguntas. Uma pergunta comum é: "Por que isso importa. A pessoa está morta." Embora seja verdade que os mortos não podem se beneficiar, o valor da investigação da morte é beneficiar os vivos e as gerações futuras. Em uma cultura que valoriza a vida, explicar a morte em um fórum público (o significado de "forense") é crucial por muitos motivos. E esse interesse vai além da simples curiosidade (PACHECO, 2017).

Em caso de homicídio, suspeita de homicídio e outros casos suspeitos ou obscuros, o perito criminal deve visitar o local da morte antes que o corpo seja removido. A prática local varia, mas qualquer profissional da perícia criminal deve sempre estar disponível para acompanhar a polícia até o local da morte (SIQUEIRA, 2019). Ademais, a perícia é feita por meio da observação acurada do local de crime, do corpo da vítima e das peças periciais, na busca por indícios e evidências que materializem a prova, permitindo garantir o desfecho do caso (CARVALHO, 2019).

Segundo Silva (2013) este dever é muitas vezes formalizado e feito parte de um contrato de serviço para os especialistas forense que estão em tempo integral ou substancialmente envolvidos no auxílio à polícia, na Inglaterra e no País de Gales, os *'Patologistas do Home Office'* estão permanentemente de plantão para tais visitas e em muitas outras jurisdições, como os sistemas de legistas nos Estados Unidos da América (EUA) e os Institutos Estaduais e Universitários Europeus de Medicina Forense, geralmente há uma lista de deveres pré-arranjada para atendimento em cenas de morte. Em muitos casos, a investigação da cena é mais importante do que a autópsia. Uma investigação minuciosa e completa comumente leva ao diagnóstico adequado da causa e da forma da

morte antes da autópsia (ZILLI; VARGAS, 2013).

O objetivo de fazer com que o especialista em perícia criminal compareça à cena da morte é diverso. Ao ver o corpo no contexto de seu entorno, o especialista é mais capaz de interpretar certas descobertas na autópsia. Segundo Baltazar Junior (2015) o especialista em medicina legal também pode aconselhar a agência investigativa sobre a natureza da morte, seja para confirmar um homicídio por um meio específico, avaliar as circunstâncias para ser consistente com uma morte natural aparente ou interpretar a perda de sangue de uma pessoa falecida como sendo mais provável devido a doença natural do que a lesão.

Essas informações preliminares ajudam a agência investigativa a definir seu perímetro, estruturar sua abordagem, organizar sua mão de obra, proteger evidências potencialmente importantes e otimizar seus esforços. O não comparecimento às cenas de morte é considerado um dos erros clássicos da patologia forense. Patologistas de hospitais que realizam autópsias forenses que não são treinados ou não são capazes de comparecer a cenas de morte devem receber informações sobre como, quando e onde o corpo foi encontrado, por quem e sob quais circunstâncias (BRANDÃO, 2013).

A equipe pericial atua em um cenário de trabalho extra-administrativo, acessando as residências ou vias públicas, locais contendo corpos dilacerados, com órgãos exteriorizados, com corpos em posições sombrias (como em casos de suicídio) ou em estado de putrefação, exalando odores e com a presença de roedores e parasitas (CARVALHO, 2019). Usualmente, os locais são cheios de signos e significados e, por vezes, com uma plateia curiosa ao redor, formada por transeuntes, familiares e/ou mídia (CHAGAS, 2016). Ademais, o detalhe do corpo da vítima é crucial para os peritos criminais, para a produção de laudo forense sobre a dinâmica do crime, sendo a preservação do local fundamental para que possam executar seu trabalho de forma eficiente e legítima (FARTH; SILVA, 2018).

Adicionalmente, os crimes periciados envolvem tentativa de suicídio ou suicídio consumado, homicídio, latrocínio, infanticídio, aborto, estupro, pedofilia, maus-tratos contra humanos e animais, acidentes de trânsito doloso, violência doméstica, tentativa de roubo com lesão corporal, morte suspeita, envenenamento, extermínio, locais de resistência envolvendo policiais, entre tantos outros (CARVALHO, 2019). Em algumas mortes, o ambiente imediato não contribui para o desfecho morte. De acordo com Feitoza (2018) em outros casos, o ambiente desempenha um papel, embora não cause a morte, por outro lado, a descrição e as fotografias da cena são essenciais para documentar que as circunstâncias físicas e a postura corporal são indicativas de morte, prevendo a autópsia, nesses casos, render muito poucos achados.

Nesse contexto, para que uma investigação seja concretizada da melhor maneira, é necessária a preservação do local do crime de forma correta desde o acontecimento, atendimento até chegada dos peritos (CHAGAS, 2016). Segundo Ayres (2015), os problemas relacionados a um déficit de profissionais treinado para fazer o isolamento, além da debilidade dos cursos de formação e da ausência de interesse dos agentes de envolver-se nos cursos acessíveis. Ademais, as primeiras pessoas que chegam ao local, sejam

eles policiais, profissionais de saúde ou qualquer outra pessoa, desempenham um papel fundamental em todo o processo de perícia (FELDENS, 2014).

- **Local do crime**

Em alguns “incidentes”, pode ser prontamente aparente que um crime foi realmente cometido e é uma “cena de crime”. A cena do crime principal é uma área, local ou local onde ocorreu o incidente ou onde a maioria ou uma alta concentração de evidências físicas serão encontradas, por exemplo, onde houve uma morte suspeita repentina (FERRO JUNIOR, 2018). A (s) cena (s) secundária (s) do crime são áreas, lugares ou coisas onde as evidências físicas relacionadas ao incidente podem ser encontradas.

A evidência física potencial geralmente será transportada para longe da cena do crime principal. Alguns exemplos incluem: O falecido, o veículo de fuga em crimes de assalto à mão armada, o suspeito, o ambiente do suspeito, o veículo do suspeito, a arma usada no crime. Essa classificação não infere qualquer prioridade ou importância para a cena, mas é simplesmente uma designação de sequência de locais (GONÇALVES, 2018).

Se uma pessoa falecida está no local, chamamos isso de cena da morte. Uma das tarefas iniciais e principais é determinar se um crime foi cometido na cena da morte. Cada cena de morte é uma cena de crime em potencial. É importante examinar cuidadosamente a cena em busca de evidências ou circunstâncias incomuns que possam indicar que a morte da pessoa não foi por causas naturais (LESSA PINTO, 2016).

Nos exames periciais em locais de crimes o vestígio é a fonte de onde se extraem todas as informações e, conseqüentemente, é através dele que o perito realiza suas interpretações baseadas no conhecimento científico (ROSA, 2015). Adicionalmente, nos casos de prováveis suicídios, os vestígios comportamentais parecem ganhar uma relevância ainda mais perceptível. Em um possível cenário de suicídio, de modo indireto, traçamos um quadro do momento psicológico experimentado pela mente do suposto suicida (ROSA, 2015; PLATERO; VARGAS, 2017).

Adicionalmente, seu comportamento nos momentos que antecedem a consumação de um ato suicídio, muitas vezes permite ao perito e àqueles que serão levados a analisar o caso inferir informações de elucidação. Ademais, o termo foi utilizado para designar exatamente quaisquer ações ou omissões, que tivessem uma relação direta com a conduta suicida, como a escrita de cartas, bilhetes, arrumações de objetos ou do ambiente, dentre outros (ROSA, 2015; PLATERO; VARGAS, 2017).

No local de provável de suicídio, muitas vezes está ausente a manifestação da intencionalidade do suicida, este é um ponto crucial no auxílio à formação da convicção do perito e se esse elemento estivesse presente nos locais suspeitos, mas isso nem sempre ocorre. A análise do local de crime adquire um contexto de fundamental importância, pois o cenário do fato criminoso será a fonte de informações para todas as interpretações que se possam extrair, referentes às possíveis manifestações de ordem comportamental expressas pelo criminoso (RODRIGUES, 2010; CAVEDON, 2011; ROSA, 2015).

Ademais, observa-se em muito dos casos de suicídios, o *animus* do agente e o

seu total descontrole emocional, envolvendo aí uma parte psicológica (SOUZA, 2008). Quando se há dúvida entre homicídio e suicídio é fundamental a atuação do perito criminal, para que no decorrer do processo, não seja nem absolvido ou culpabilizado um inocente (SOUZA, 2008). Ademais, os serviços periciais devem prover a máxima eficiência e eficácia os processos criminais a serem apreciados, oferecendo ao magistrado o máximo de provas técnicas, capazes de subsidiar o seu convencimento sobre fatos ocorridos.

- **Etapas da investigação da cena da morte**

O falecido é a prova potencial mais valiosa em qualquer cena de morte. Conseqüentemente, um exame sistemático e completo do falecido deve ser realizado em cada cena de morte. O derramamento ou respingos de sangue devem ser anotados e permanecerão após a remoção do corpo (MONTEIRO, 2010). Condições climáticas, localização e iluminação insuficiente podem mascarar alguns ferimentos leves e vestígios de evidências no corpo, portanto, o investigador da cena da morte deve documentar por escrito, por esboço e por fotografia todas as informações sobre o corpo que podem ser reunidas no local (SILVA, 2013).

O especialista em perícia criminal deve se concentrar na condição física de um corpo em uma cena. Sem uma investigação da cena, muitas informações iniciais e valiosas do corpo podem ser perdidas. Os pontos a seguir servirão de guia (ZILLI; VARGAS, 2013).

- *Pré-planejamento da investigação da cena da morte*

Quando notificado inicialmente, o perito criminal deve determinar o máximo de informações possível do chamador. A idade e o sexo aproximados colocam um sujeito em uma certa “categoria médica”. Uma tentativa deve ser feita para verificar se há qualquer evidência de jogo sujo ou se quaisquer instrumentos disponíveis que possam ter desempenhado um papel na morte do alvo. Ao coletar esses dados, o especialista forense é capaz de antecipar informações adicionais que podem ser necessárias na chegada a uma cena (BALTAZAR JUNIOR, 2015).

A primeira regra ao realizar uma investigação da cena da morte é ter certeza de que a cena está segura e protegida. Normalmente, isso requer o envolvimento da polícia, mas, em alguns casos, exigirá outros profissionais, como bombeiros ou trabalhadores de serviços públicos. A segunda regra é não contaminar ou perturbar a cena. No mínimo, os investigadores de morte devem usar luvas de exame descartáveis e também é aconselhável usar protetores de sapatos e redes de cabelo. Ocasionalmente, é desejável uma cobertura de corpo inteiro. Ao tocar em itens em uma cena, luvas de exame devem ser sempre usadas e deve-se tomar cuidado para não sentar na mobília ou encostar ou roçar nas paredes ou móveis (BRANDÃO, 2013).

- *Cooperação entre investigadores*

Uma investigação de morte bem-sucedida, envolvendo mais de um indivíduo, requer cooperação e coordenação. Quaisquer conflitos potenciais devem ser resolvidos. A oportunidade de se encontrar na cena do crime inicia a relação de trabalho colegial

entre o especialista forense e o detetive/investigador, e promove o relacionamento interagências enquanto os dois profissionais se esforçam para resolver o mistério do fato, e do por que aquela pessoa em particular morreu naquele momento específico, sob aquelas circunstâncias (FELDES, 2014).

Isso não é melodrama, apenas satisfação intelectual por explorar um aspecto extremamente importante, educacional e fascinante da investigação da morte. Afinal, um ferimento à bala é um ferimento à bala: são as circunstâncias por trás desse ferimento à bala que são freqüentemente tão convincentes e sempre tão instrutivas sobre a natureza humana (FERRO JUNIOR, 2018).

- *Documentação da cena*

Todas as cenas de morte devem ser protegidas e registradas via fotográfica e diagramaticamente. Se a informação disponível, apoiada pela autópsia, sugerir que a morte foi devida a causas naturais, a cena não deve ser processada mais. No entanto, se houver sinais no local e outras informações sugerirem que o falecido morreu em circunstâncias suspeitas, e isso é reforçado por sinais de luta ou qualquer coisa incomum, o processamento adicional para impressões latentes e vestígios de evidências deve ocorrer (GONÇALVES, 2013).

As quatro principais tarefas de documentação são anotações, videografia, fotografia e esboços. Todos os quatro são necessários e nenhum é um substituto adequado para o outro. Por exemplo, as notas não substituem a fotografia (LESSA PINTO, 2016). Adicionalmente, a documentação, em todas as suas várias formas, começa com o envolvimento inicial do investigador. A documentação permanece constante, o processo sistemático apresentado manterá a natureza organizada da investigação científica da cena de morte (MAGALHÃES, 2014). Ademais, a documentação da cena da morte será discutida abaixo na sequência que deve seguir na cena da morte.

- *Tomando notas na cena da morte*

Notas eficazes como parte de uma investigação fornecem um registro escrito de todas as atividades da cena do crime. As notas são feitas à medida que as atividades são concluídas para evitar uma possível perda de memória se as notas forem feitas posteriormente. Segundo Medeiros (2012) anotações precisas da cena do crime são cruciais para considerar quem, o quê, quando, por que e como, incluindo especificamente:

- **Informações de notificação.** Data e hora, método de notificação e informações recebidas;
- **Informações de chegada.** Meio de transporte, data e hora, pessoal presente no local e quaisquer notificações a serem feitas;
- **Descrição da cena.** Clima, tipo de localização e condição, estruturas principais, identificação de evidências transitórias e condicionais (especialmente pontos de entrada), recipientes contendo evidências de atividades recentes (cinzeiros, latas de lixo, etc.), roupas, móveis e armas presentes;

- **Descrição da vítima.** Posição, lividez, feridas, roupas, joias e identificação (presença ou ausência);
- **Equipe da cena do crime.** Atribuições aos membros da equipe, informações passo a passo, horários de início e término e os resultados do manuseio de evidências.

O perito criminal deve observar muito, mas fazer muito pouco, deve anotar a posição do corpo em relação aos objetos próximos e estabelecer o plano das instalações se estiver dentro de casa. Um esboço ou sua própria fotografia às vezes é útil, e alguns especialistas usam uma câmera Polaroid, digital ou de vídeo para gravação instantânea da cena da morte (PACHECO, 2017).

Qualquer causa óbvia de morte deve ser observada e quaisquer manchas de sangue ou respingos observados em relação à posição do cadáver, a forma de tais salpicos deve ser observada, pois o sangue que atinge perpendicularmente a uma superfície deixa uma marca circular, enquanto que a aterrissagem obliquamente tem a forma de pêra, com a extremidade mais afiada voltada para a direção do voo (MONTEIRO, 2010; SILVA, 2013). Se a cena for de violência aparente, os padrões de fluxo sanguíneo podem indicar o tipo de arma e como ela foi usada (SILVA, 2013).

As mortes naturais e não naturais podem produzir sangue abundante em uma cena, mortes traumáticas que envolvem sangramento arterial ou venoso, como esfaqueamento, podem produzir sangue abundante no local com respingos (MONTEIRO, 2010). Ferimentos por arma de fogo podem causar sangramento externo extenso, mas alguns ferimentos podem causar sangramento externo mínimo e sangramento interno maciço (MONTEIRO, 2010). Em suma, a quantidade de sangue percebida em uma cena não indica a gravidade do trauma (ZILLI; VARGAS, 2013).

Quando o perito criminal tiver feito o melhor exame possível nas circunstâncias, sua próxima função é garantir que o cadáver seja removido para o necrotério para autópsia com o mínimo de perturbação e perda de evidências, ele deve supervisionar a remoção ou, pelo menos, delegar o dever a outra pessoa que saiba ser cuidadosa e competente (BALTAZAR JUNIOR, 2015). Cada mão deve ser colocada em uma sacola, presa no pulso por fita adesiva ou barbante, um saco semelhante deve ser colocado sobre a cabeça, o meio de embalagem pode variar, mas geralmente sacos de papel são recomendados (BALTAZAR JUNIOR, 2015).

O corpo deve ser colocado delicadamente em uma 'bolsa corporal', que possui um zíper, ou movido para uma grande folha de plástico nova, com pelo menos 2 metros quadrados, se for usada uma folha, as bordas devem ser enroladas sobre o corpo e presas com fita adesiva, o objetivo do exercício é reter quaisquer objetos soltos, fios de cabelo e fibras que possam estar aderidos ao corpo ou à roupa (BRANDÃO, 2013).

O lençol ou bolsa é levado pelo laboratório forense depois que o corpo é removido no necrotério para que eles possam examiná-lo em busca de evidências. O transporte do corpo é da responsabilidade da polícia ou de outra agência, como o legista ou seu oficial. O corpo em sua embalagem plástica deve ser colocado em uma 'concha' de fibra de

vidro rígida ou caixão comum e levado em carro fúnebre, van ou transporte policial para o necrotério escolhido (FELDENS, 2014).

Danos físicos durante a remoção devem ser evitados tanto quanto possível, embora em locais difíceis ou inacessíveis isso seja mais fácil dizer do que fazer. Em incêndios, o corpo pode ser seriamente danificado antes ou durante a recuperação, às vezes porque não se suspeita de sua presença nos escombros cheios de fumaça e frequentemente alagados de uma conflagração. O manuseio de corpos quebradiços e carbonizados pode facilmente causar rachaduras nas juntas que podem simular lesões *ante mortem* (FERRO JUNIOR, 2018).

Em suma, a função de um perito criminal em qualquer cena de morte suspeita é observar a situação, conservar qualquer evidência frágil, supervisionar a retirada do corpo e opinar, com base na experiência, sobre a natureza da morte onde isso pode ser feito razoavelmente. Ele não está lá para agir como um “*Sherlock Holmes moderno*”, expressando teorias infundadas sobre questões não médicas, nem tentando interpretar a situação a partir dos fatos mais frágeis. O especialista forense faz parte de uma equipe de especialistas, todos especialistas em suas próprias áreas, e é como membro desse grupo cooperativo e coordenado que suas melhores contribuições podem ser feitas (GONÇALVES, 2013).

CONCLUSÃO

Atos suicidas realizados em locais abertos ao público podem ser altamente traumáticos para as testemunhas. Além disso, eles são considerados mais noticiosos do que aqueles que ocorrem em casa, e as reportagens da mídia podem encorajar mais suicídios. Os trabalhos acadêmicos sugerem uma grande prevalência dos suicídios ocorrem em locais públicos. Ademais, a associação de pontes e edifícios altos com o suicídio por salto é bem conhecida, mas muitos outros locais públicos oferecem meios ou oportunidades para o suicídio.

O enforcamento, o envenenamento e a queima do escapamento envolvem preparações elaboradas e exigem isolamento. Para essas mortes, bosques e estacionamentos rurais isolados oferecem a oportunidade perfeita. Os poços são um local preferencial para suicídios, razão pela qual as pessoas podem pular em um poço, independentemente de haver água ou não. O suicídio por afogamento, embora observado em todas as faixas etárias, parece ser o método preferido para os idosos.

O perito criminal deve visitar a cena da morte antes da autópsia, se possível. Embora os sistemas legais e de investigação difiram de país para país, sempre há uma equipe de investigação da cena do crime. Se o perito criminal não tiver a oportunidade de visitar pessoalmente a cena do crime, ele deve verificar os documentos (anotações, esboços, fotografias, etc.) que a equipe de investigação da cena do crime preparou. Muitas mortes podem ser elucidadas pela investigação da cena da morte. Essa premissa forense nunca deve ser esquecida: se a investigação da cena da morte não for realizada antes da autópsia, essa autópsia será uma autópsia imperfeita.

REFERÊNCIAS

AYRES, Nathalia Rodrigues da Cunha Penido. (2015). **A preservação do local do crime e a atuação dos órgãos de segurança pública no Distrito Federal: um estudo em campo**. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC em Bacharel em Direito). UniCEUB, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Brasília-DF, 2015.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRANDÃO, Priscila Carlos e outros. **Inteligência de Segurança Pública – teoria e prática no controle da criminalidade**. Niterói: Impetus, 2013.

CARVALHO, Greice Petronilho Prata. (2019). **Violências e mortes: um olhar etnográfico das práticas e estratégias cotidianas das equipes periciais do Instituto de Criminalística do município de São Paulo**. Tese (doutorado), Universidade de São Paulo, SP.

CAVEDON Neuza Rolita (2011). **Modos de enfrentamento da morte violenta: a atuação dos servidores do Departamento de Criminalística do Instituto Geral de Perícias do Rio Grande do Sul**. Rev. Adm. Mackenzie. 12(4):75-104.

CHAGAS, A.F. (2016). **A preservação do local de crime e sua importância para as investigações criminais**. Acta de Ciências e Saúde, v.1, n.5, p.01-04.

FARTH, Jalile Varago; SILVA, Osmar Vieira da. (2018). **A preservação do local de morte e sua importância para a eficácia da investigação criminal**. Rev. Terra & Cult.: v. 34, n. especial, p. 29-48.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. rev., ampl., e atual. Niterói: Impetus, 2018.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal – a Constituição Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FERRO JÚNIOR, Celso Moreira. **A Inteligência e a Gestão da Informação Policial**. Editora Fortium. Brasília/DF: 2018.

GIL, A Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividade de Inteligência e legislação correlata**. Niteroi: Impetus, 2013.

LESSA PINTO, Andrea de. (2016), **“Avaliação da demanda de peritos em antropologia forense para aprimoramento e modernização das instituições periciais”**. Concurso Nacional de Pesquisas Aplicadas em Segurança Pública e Justiça Criminal. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Ministério da Justiça. Governo do Brasil. Relatório final.

LOWENTHAL, Mark M. **Intelligence: from secrets to policy**. Washington, DC: CQ Press, 2013

MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira. (2014), **Crime, sociologia e políticas públicas**. Belo Horizonte, Newton Paiva.

MONTEIRO, Inês Viana de Paula (2010). **Vestígios Hemáticos no local de crime Sua importância Médico-Legal**. Dissertação (Mestrado), Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto. Portugal.

MEDEIROS, Flávia. (2012), **Matar o morto: A construção institucional de mortos no Instituto Médico-Legal do Rio de Janeiro**. Dissertação (mestrado), PPGA, UFF.

MOZAYANI, A.; NOZIGLIA, C. (2006). **The Forensic Laboratory Handbook: Procedures and Practice**. New jersey: Human Press.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial**. Curitiba: Juruá, 2017.

PLATERO, Klarissa Almeida Silva; VARGAS, Joana Domingues. (2017). **Homicídio, suicídio, morte acidental... 'O que foi que aconteceu?'**. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol.10, no 3, p. 621-641

RODRIGUES, Cláudio Vilela (2010). **Perícia criminal: uma abordagem de serviços**. Gest. Prod., São Carlos, v. 17, n. 4, p. 843-857.

ROSA, C.T.A. (2015). **Vestígios psicológicos ou comportamentais na cena de crime: uma evidência subtilizada no arcabouço pericial brasileiro**. Rev. Bras. Crim., v.4, n.3, p.15-27.

SILVA, Klarissa Almeida. (2013). **A construção social e institucional do homicídio: Da perícia em local de morte à sentença condenatória**. Tese (doutorado), PPGSA, UFRJ.

SIQUEIRA, Brígida Isabel de. (2019). **A importância da preservação das cenas de crime - estudos dos casos: O. J. Simpson e Amanda Knox**. Monografia (Especialização), Centro Universitário de Lavras, MG.

SOUZA, Estanislau Catarino de (2008). **da morte violenta: a importância da perícia criminal em local de homicídio e suicídio**. Monografia (Especialização), Universidade Candido Mendes, RJ.

ZILLI, Luís Felipe [e] VARGAS, Joana Domingues. (2013), **“O trabalho da polícia investigativa face aos homicídios de jovens em Belo Horizonte”**. Ciência e Saúde Coletiva, Vol. 18, pp. 621-632.

A PROPRIEDADE DA TERRA E A DEMOCRACIA

Data de aceite: 01/11/2022

Kauê Ruviano Vieira

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Universidade de Passo Fundo. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo
GT 5 – Democracia e Relações Sociais

RESUMO: Em meados do Século XVII, o filósofo político inglês James Harrington escreveu um livro chamado *The Commonwealth of Oceana*, detalhando uma república ideal. Um dos principais pontos do livro é que, baseado na experiência de repúblicas da Antiguidade, uma lei agrária equânime é fundamental para a sobrevivência de uma república. O presente estudo busca provar que o argumento de Harrington ainda é válido atualmente, utilizando-se de uma seleção estratégica de bibliografias, bem como dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE referentes à distribuição de terras no Brasil. O método de pesquisa escolhido foi o hipotético-dedutivo. Ao final, encontramos evidência que o argumento de Harrington permanece válido e que, embora a reforma

agrária no Brasil ainda esteja aquém de uma situação ideal, ela vem melhorando ao longo dos anos e realmente espera-se que sua continuada melhoria traga contribuições bastante positivas para a democracia do país no futuro.

PALAVRAS-CHAVE: James Harrington; Democracia; Propriedade Rural; Reforma Agrária.

ABSTRACT: In the middle of the 17th Century, the English political philosopher James Harrington wrote a book called *The Commonwealth of Oceana*, detailing an ideal republic. One major point of his book is that, based on the experience of Ancient Republics, a fair agrarian law is fundamental to the survival of a republic. This study aims to prove that Harrington's argument is still valid today, utilizing a strategic bibliographical selection couple with data from the Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE regarding the distribution of land in Brazil. The chosen research method was the hypothetical-deductive. In the end, we have found evidence that Harrington's argument still holds true, and that, while the Brazilian agrarian reform still falls short of an ideal

situation, it has improved over the years and there is real hope its continuing improvement will contribute very positively to the country's democracy in the future.

KEYWORDS: James Harrington; Democracy; Rural Property; Agrarian Reform.

INTRODUÇÃO

Até a Revolução Industrial, a terra era de longe a principal fonte de riqueza. Da terra vinha o alimento (grãos, carne, leite), o vestuário (lã, algodão, couro) e até mesmo os metais preciosos que formavam a base do comércio. Não se pode exagerar a importância da terra para as sociedades de outrora, e, é claro, o Direito de então não podia deixar de se ocupar desse assunto.

Este artigo, porém, não trata da evolução histórica do tratamento da terra pelo Direito, a não ser tangencialmente. Na verdade, busca-se aqui resgatar um argumento proferido pelo filósofo político inglês James Harrington, ainda no Século XVII: o de que um sistema político, em especial um sistema democrático, não se sustenta a longo prazo sem um correto e justo tratamento da questão agrária.

Em que pese este argumento tenha sido proferido há muito tempo, notavelmente, antes da já referida Revolução Industrial, entende-se que ele ainda possui grande validade nos dias atuais, em especial para um país como o Brasil, em que a atividade agropecuária possui tamanha relevância socioeconômica.

Para corroborar este entendimento, utilizar-se-á de uma seleção estratégica de referências bibliográficas, incluindo a clássica obra de Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, bem como de dados estatísticos acerca da distribuição de terras no Brasil, colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Começando, assim, o estudo, trataremos em primeiro lugar de como a questão agrária impactou a história política de alguns dos Estados antigos mais relevantes para a presente discussão.

A QUESTÃO AGRÁRIA NA ANTIGUIDADE

Desde a introdução da agricultura na Mesopotâmia, por volta de 8.500 a.C.¹, esta gradativamente se tornou uma das principais atividades humanas, exercendo profundos impactos na vida social, política e econômica de todos os povos e culturas, onde quer que fosse adotada.²

Em todas as sociedades que passaram a depender da agricultura, a questão da propriedade da terra sempre foi tratada de forma especial pelo Direito. Não cabe aqui, porém, a análise específica de como cada povo tratou essa questão em seus ordenamentos jurídicos, procedendo-se apenas a uma breve análise de três casos de democracias antigas, cuja estabilidade institucional parece ter sido diretamente afetada pela forma com que a

1 DIAMOND, Jared. **Armas, Germes e Aço**: os destinos das sociedades humanas, 15ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 81.

2 Cf. DIAMOND, Jared. **Armas, Germes e Aço**, em especial os capítulos 5 e 6.

questão agrária era regida pelo ordenamento de cada uma, casos esses os de Esparta e Atenas (ambos tratados em conjunto nesta seção) e o da República Romana (objeto da seção seguinte).

Com relação a Esparta e Atenas, muito possivelmente as mais importantes Cidades-Estados gregas do Período Clássico, uma importante distinção entre as duas é a forma com que cada uma recebeu o que podemos entender como suas respectivas constituições.

No caso de Esparta, credita-se a Licurgo, o famoso, embora talvez lendário, Legislador de Esparta, a criação das principais instituições jurídicas e sociais desta *polis*, com destaque a uma forte preocupação com a igualdade no tocante à distribuição de terras entre os cidadãos. Atenas, por sua vez, recebeu sua constituição a partir do legislador Drácon, cuja obra legislativa fora entendida como excessivamente rigorosa por seus contemporâneos (daí a expressão utilizada até hoje da “lei draconiana”), e que foi posteriormente reformada por homens como Péricles, Clístenes, Sólon, entre outros, mas sem nunca levar de fato em conta a questão agrária.

A partir de suas respectivas constituições, cada cidade se organizava politicamente de formas distintas. Esparta, de forma inusitada, possuía dois reis, ambos hereditários e vitalícios, com igual poder e autoridade, que, junto com 28 senadores, eleitos de forma vitalícia entre os cidadãos acima de 60 anos, eram os únicos que podiam debater e, posteriormente, propor leis ao povo, que simplesmente diziam se as aceitavam ou não.³

Atenas, por sua vez, dispunha de um Senado composto por 400 ou 500 cidadãos, que não eram eleitos e sim escolhidos mediante uma loteria anual.⁴ Esse Senado era encarregado de propor as leis, que seriam debatidas e votadas pela totalidade dos cidadãos.⁵

Em ambos os casos, aduz Harrington, as democracias eram imperfeitas. Em Esparta, pois os cargos eram ocupados de forma vitalícia, impedindo uma alternância de poder, em Atenas, por outro lado, por um excesso de alternância no poder, já que, sendo os mandatos limitados a um ano, não era possível aos senadores desenvolverem um conhecimento aprofundado de sua função. Mais relevante, porém, é que Esparta possuía uma distribuição de terras, conforme estabelecida, em tese, por Licurgo, que era igualitária, ao passo que a distribuição em Atenas não o era.⁶

Por esses e outros fatores, Esparta manteve suas instituições políticas firmes e com poucas alterações por vários séculos, enquanto a trajetória de Atenas foi muito mais conturbada, com usurpações por tiranos, instabilidades políticas e diversos outros problemas.

Estes dois exemplos ilustram muito bem como a questão agrária pode impactar na história política de um Estado, mas para deixar isso ainda mais claro, passa-se a estudar, na próxima seção, como esta questão impactou Roma.

3 HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002801.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2021. p. 113.

4 HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 113.

5 HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 113.

6 HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 32-33.

ROMA E A QUESTÃO AGRÁRIA

A história política de Roma pode ser dividida em três períodos distintos: o Período Monárquico (753 a.C. – 509 a.C.), o Período Republicano (509 a.C. – 27 a.C.), e o Período Imperial (27 a.C. – 476 d.C.). Como apenas o segundo destes períodos pode ser encarado como realmente democrático, é ele o que nos interessa estudar.

Antes de passar à questão agrária, porém, é necessária uma breve explanação sobre o sistema político romano. Segundo a narrativa tradicional, nos tempos monárquicos, os reis de Roma dividiram o povo em três tribos, cada uma subdividida em dez cúrias, sendo que 100 cavaleiros eram eleitos de cada tribo formando, assim, os comícios por tribos, por cúrias e por centúrias, respectivamente, que eram a forma de o povo de Roma exercer sua soberania popular.⁷

Em contraponto a esses comícios estava o Senado romano, formado pela aristocracia da cidade, que possuía a prerrogativa de discutir e propor leis. Como a relação entre o Senado e o povo de Roma nem sempre era de todo pacífico, eventualmente foi criada uma classe de magistrados, os tribunos do povo, que agiriam como um poder moderador entre ambos, geralmente protegendo o segundo do primeiro.⁸

Os dois tribunos que mais importam para a nossa discussão, sem sombra de dúvidas, são os irmãos Graco. O mais velho, Tibério, fora eleito tribuno em 133 a.C. e pugnou, ao longo de seu mandato, por uma legislação que garantisse uma justa distribuição dos territórios conquistados em guerra.⁹

Quando, através da guerra, Roma conseguia conquistar novas terras, uma parte dos territórios ocupados era designada como terras públicas (*ager publicus*), as quais, pela proposta de Tibério, deveriam ser distribuídas entre os cidadãos que ali desejassem se estabelecer, limitados a um máximo de 500 *jugera* (125ha) por família, sendo o excedente dado a famílias pobres em parcelas de 30 *jugera* (7,5ha)¹⁰, a fim de evitar que essa distribuição favorecesse excessivamente os ricos e poderosos.¹¹

Importa ressaltar que, desde a fundação da cidade, uma grande parcela da população não possuía terra alguma, sendo conhecidos como *capite censi*, que eram contados por cabeça nos censos (daí o nome) e eram tidos como de pouca utilidade como cidadãos, devido a seus poucos recursos.¹²

Ao término de seu mandato de um ano, Tibério, a fim de continuar defendendo sua

7 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Traduzido por Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 112-117.

8 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Traduzido por Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 122.

9 FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi**: The Tribunes of Tiberius & Gaius Gracchus. World History, 2012. Disponível em: <https://www.worldhistory.org/article/95/the-brothers-gracchi-the-tribunes-of-tiberius--g/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

10 O *jugerum* (pl. *jugera*) era uma unidade de medida romana que equivalia a cerca de 2.523m² ou pouco mais de ¼ de hectare, portanto, 500 *jugera* equivalem a cerca de 125ha, enquanto 30 equivalem a cerca de 7,5ha. Cf. IMPERIVM. **Tablas de las unidades de medida romanas** – medidas del mundo clásico. Imperivm, s/d. Disponível em: <https://www.imperivm.org/tablas-de-las-unidades-de-medida-romanas-medidas-del-mundo-clasico/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

11 FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi**: The Tribunes of Tiberius & Gaius Gracchus. World History, 2012. Disponível em: <https://www.worldhistory.org/article/95/the-brothers-gracchi-the-tribunes-of-tiberius--g/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

12 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Traduzido por Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 116.

proposta legislativa, buscou a reeleição, que era algo sem precedentes para o cargo e culminou com o tribuno sendo acusado de tirania pelo Senado e espancado até a morte a cadeiradas, junto de cerca de 300 de seus apoiadores.¹³

Anos depois, em 123 a.C., o irmão de Tibério, Caio, buscou continuar o projeto de seu irmão e conseguiu de fato introduzir algumas reformas importantes, entre elas, medidas para melhorar a transparência das decisões do Senado e a imposição de uma obrigação ao Estado de fornecer grãos a baixo preço aos mais pobres.¹⁴ Apesar disso, dois anos mais tarde, Caio cometeu suicídio para não ser linchado por uma multidão incitada pelo Senado.¹⁵

Como resultado do que aconteceu com os Graco, o ambiente político de Roma se tornaria cada vez mais instável, inclusive porque agora havia sido criado o precedente do uso da violência como arma política. Além disso o legado legislativo dos dois irmãos acabou sendo um tanto limitado, tendo em vista que várias de suas reformas tenham sido abolidas nos anos subsequentes¹⁶, o que só aumentou a insatisfação popular, culminando, eventualmente, na tomada de poder por Júlio César e o fim da República.

Isso ilustra, de forma mais dramática até do que em Atenas, como uma forte desigualdade social, aliada a uma falta de entendimento e diálogo no meio político, pode ser catastrófica para uma democracia.

Concluída essa breve discussão da relação entre a questão agrária e a democracia na Antiguidade, na seção seguinte, trataremos então da questão de como esta temática se desenvolve na democracia moderna.

PROPRIEDADE E REFORMA AGRÁRIA EM HARRINGTON

Quando James Harrington escreveu *The Commonwealth of Oceana* (em tradução livre, “A República de Oceana”), em 1656, a Inglaterra passava por um período único na sua história, no qual, pelo menos em tese, havia se tornado uma república. Fala-se de período único, pois, com a exceção deste curto espaço de tempo, aquele país sempre foi uma monarquia, ora mais, ora menos pautada por princípios constitucionais e democráticos, mas sempre uma monarquia.

Esta situação foi resultado da sangrenta Guerra Civil Inglesa (1642-1651), que culminou com a execução do monarca Carlos I e levou à morte de mais de 200.000 pessoas, ou 4,5% da população inglesa da época¹⁷. Com o fim deste conflito, Oliver Cromwell, o comandante das tropas que se opunham ao rei, se intitulou Lorde Protetor e proclamou uma república, embora com ele próprio no comando.

Não obstante, esta parecia uma oportunidade de ouro para os adeptos de um sistema republicano, e Harrington, um ardoroso defensor deste sistema, não perdeu tempo

13 FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi**.

14 THE reform movement of the Gracchi (133–121 BC). In: **Encyclopædia Britannica**. Disponível em: <https://www.britannica.com/place/ancient-Rome/The-reform-movement-of-the-Gracchi-133-121-bc>. Acesso em: 10 dez. 2021.

15 FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi**.

16 THE reform movement of the Gracchi (133–121 BC). In: **Encyclopædia Britannica**.

17 ENGLISH HERITAGE. **The English Civil Wars: History and Stories**, [s/d]. Disponível em: <https://www.english-heritage.org.uk/learn/histories/the-english-civil-wars-history-and-stories/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

em escrever um livro detalhando como seria a implementação de uma república ideal, amparada nas experiências do que dera ou não certo nas repúblicas da Antiguidade, na Inglaterra.

Graças talvez ao clima político conturbado, porém, Harrington resolveu usar pseudônimos para os lugares e pessoas a quem se referia e, assim, a Inglaterra tornou-se Oceana, a Escócia, Marpesia, a Irlanda, Panopea, o Lorde Protetor Oliver Cromwell, Lorde Arconte Olphaus Megaletor, e assim por diante.¹⁸

Fugiria do escopo do presente trabalho analisar o intrincado sistema político proposto por Harrington¹⁹, mas uma das premissas do autor é de crucial relevância para o tema aqui tratado.

Ao analisar as repúblicas da Antiguidade, algumas das quais mencionadas nas duas seções anteriores, Harrington constatou que a maior ou menor estabilidade destes entes políticos, e até mesmo a sua própria sobrevivência como república, acabava por girar em torno de um fator em comum: como a terra estava distribuída nessas repúblicas.

Na verdade, segundo Harrington, é a forma de distribuição de terras que vai determinar a própria forma de governo: se o monarca detém a maior parte das terras, como no Império Otomano, esta monarquia será absoluta, pois o rei detém todo o poder; se a nobreza e/ou o clero detém boa parte das terras (“balanço gótico”, ou seja, o feudalismo, como era o caso dos países europeus) será uma “monarquia mista”, isto é, uma monarquia na qual o poder real não está nas mãos do rei, mas dos aristocratas e do clero; e, se a maior parte da terra estiver distribuídas nas mãos do povo, será uma república (democracia), com o poder nas mãos do povo.²⁰

Se, porém, há uma “confusão” neste balanço de poder (forma de governo diversa da que a distribuição da propriedade da terra indicaria) o governo só se impõe pela violência e, portanto, será corrupto (tirania, oligarquia ou anarquia), tendendo a ruir em pouco tempo. Destarte, “*to fix the balance is to entail misery; but [...] not to fix it is to lose the government.*”²¹

Em outras palavras, é absolutamente crucial para um Estado onde esse balanço não esteja devidamente ajustado proceder no sentido de realizar esse ajuste. No entanto, fazer esse ajuste pode ser bastante traumático para todos os envolvidos.

A solução de Harrington, para sua república ideal, tenta ser o menos traumática possível no sentido de não forçar uma reforma agrária repentina, mas de obrigar os grandes proprietários de terra a, quando deixarem suas terras de herança para seus filhos, dividi-las em partes iguais de modo a que nenhuma gere uma renda superior a 2.000 libras por ano, exceto se tiver apenas um filho, caso em que o filho herdará tudo, mas estará obrigado a

18 HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 9.

19 Para uma análise muito mais detalhada do sistema proposto, bem como da obra como um todo e das influências que Harrington recebeu de Maquiavel e de diversos autores clássicos, cf. VOGT, Débora Regina. **Os clássicos como nossos guias** - antigos e modernos na construção da república em Oceana de James Harrington. 2019. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/201464>. Acesso em: 10 dez. 2021. 266 p.

20 HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 13.

21 HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. p. 14. Tradução livre: “consertar o balanço, significa miséria; mas [...] não consertá-lo, significa perder o governo”.

proceder da mesma forma quando tiver que deixar suas terras para os próprios filhos.²²

2.000 libras (esterlinas) pode não parecer muito, mas a libra de 1656, ano de publicação do livro, valia 424,56 vezes o que vale hoje²³, ou seja 2.000 libras da época equivalem hoje a £849.120,00 (oitocentos e quarenta e nove mil, cento e vinte libras esterlinas), ou R\$6.263.194,03 (seis milhões, duzentos e sessenta e três mil, cento e noventa e quatro reais e três centavos) pela cotação de 10 de dezembro de 2021.²⁴

Importa esclarecer que a reforma agrária proposta por Harrington é encarada pelo autor como um dos princípios fundamentais de sua república. Sendo assim, o autor está tão preocupado com que ela seja justa, quanto que seja aceita por todos, principalmente por aqueles que, num primeiro momento, irão perder com ela. Proceder de outra forma talvez convidaria estas pessoas a uma rejeição do sistema como um todo que poderia ser fatal na origem para a nascente república, anulando quaisquer vantagens que uma reforma agrária justa poderia gerar para aquela democracia.

Um posicionamento semelhante parece ter sido adotado pelo legislador constituinte brasileiro, como se verá na seção seguinte.

REFORMA AGRÁRIA E DEMOCRACIA NO BRASIL

Falando em termos de Brasil, a reforma agrária está consolidada no ordenamento constitucional no Capítulo III (“Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”) do Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”) da Constituição Federal, que consiste em seus artigos 184 e seguintes.²⁵

Segundo Araújo:

Reportando-se aos fatos que envolveram a elaboração da Carta de 88, observa-se que o Constituinte não ficou insensível ao apelo vindo do campo, reafirmando a necessidade de mudanças estruturais na distribuição da malha fundiária. Daí a compatibilização do direito de propriedade com o exercício de sua função social, cujo fim é o alcance da justiça social no campo, através da instrumentalização do instituto da reforma agrária, conjuntamente com o desenvolvimento de uma política agrícola.²⁶

Por outro lado, tendo em vista que o legislador constituinte asseverou, ainda no *caput* do art. 184, a necessidade de uma indenização, justa e prévia, para a desapropriação de um imóvel rural para fins de reforma agrária²⁷, infere-se que a sua intenção, assim como a de Harrington, era de garantir que a reforma agrária fosse o menos traumática possível, de modo a ser aceita por todos e permanecer uma instituição duradoura, conducente a uma

22 HARRINGTON, James. *The Commonwealth of Oceana*. p. 77.

23 O'NEILL, Aaron. *Purchasing power of one British pound sterling (GBP) from 1209 to 2019*, 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/1031884/value-pound-sterling-since/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

24 UOL ECONOMIA. *Libra Esterlina*, Uol Economia, 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/libra-esterlina-reino-unido/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

25 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

26 ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O Acesso à Terra no Estado Democrático de Direito*. 1997. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77222>. Acesso em: 9 dez. 2021. p. 114.

27 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Grifei.

maior estabilidade do regime democrático.

Seja como for, o legislador preocupou-se não apenas com a reforma agrária em si, mas em desenvolver uma verdadeira política agrícola no país, a fim de garantir que a terra efetivamente contribua para a melhoria das condições socioeconômicas dos pequenos e médios agricultores e de suas famílias.

Esta política agrícola toma a forma, em especial, da efetivação do que está disposto no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964)²⁸, conjugado, por óbvio, com as já mencionadas disposições constitucionais.

Araújo, porém, assevera que a política agrícola instituída pelo Estatuto da Terra, ainda sob o regime militar de 64, esteve mais preocupada em modernizar a agricultura nacional, o que não deixa de ser um aspecto muito importante de tal política, do que em propriamente proceder a uma reforma agrária.²⁹

Não obstante, pelo que se pode perceber de uma breve análise sobre os dados levantados no último Censo Agro do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, realizado em 2017, parece ter havido sim um progresso na distribuição de terras no Brasil, considerando que 69,5% dos estabelecimentos rurais possuem um tamanho entre 1 e 50ha. Por outro lado, ainda é preocupante o fato de que 12% dos estabelecimentos rurais possui área inferior a 1ha.³⁰

Ao que parece, embora ainda estejamos aquém de uma reforma agrária abrangente, conforme proposta por Harrington, a situação dos pequenos e médios produtores no país vem melhorando aos poucos, como também demonstra o fato de que 85,45% dos produtores rurais pelo menos frequentaram a escola em algum momento.³¹ Novamente, ainda é um número aquém do ideal, mas demonstra algum progresso com relação à população rural geralmente analfabeta das décadas passadas.

Os indicadores, portanto, nos propiciam um módico de esperança com relação à melhoria na condição dos produtores rurais menos favorecidos, senão para o presente, ao menos para o futuro, o que, espera-se, se traduza numa maior inserção social deste segmento, o que só pode significar o fortalecimento da democracia no país.

Em suma, parece que, mesmo se não conseguir transformar o Brasil numa república ideal como a de Oceania, uma reforma agrária justa e efetiva tem muito a contribuir com a democracia no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao estudarmos os sistemas políticos dos Estados antigos, não podemos ignorar o fato de que a questão agrária impactou fortemente na estabilidade de suas instituições.

28 BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

29 ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. **O Acesso à Terra no Estado Democrático de Direito**. 1997. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77222>. Acesso em: 9 dez. 2021. p. 126-127.

30 IBGE. **Censo Agro 2017** – Resultados Definitivos. Disponível em: https://censoagro2017.ibge.gov.br/templates/censo_agro/resultadosagro/index.html. Acesso em: 13 dez. 2021.

31 IBGE. **Censo Agro 2017**.

Esparta, por exemplo, manteve suas instituições firmes e sólidas por muitos séculos graças a uma distribuição igualitária de terras que data da criação da constituição desta cidade. Atenas e Roma, por sua vez, não gozaram de semelhante estabilidade, mas a distribuição de terras na primeira e, em especial, na segunda, não foram nem de longe tão igualitárias.

James Harrington, filósofo político inglês do Século XVII, em que pese não tenha sido o primeiro a constatar este fato, foi talvez o mais incisivo, insistindo que um correto tratamento da questão agrária é fundamental para a sobrevivência de um Estado e propondo uma república ideal com base numa justa distribuição de terras.

Ao longo do presente estudo, buscou-se demonstrar que o argumento de Harrington permanece válido nos dias atuais. Para isso, utilizou-se de uma escolha estratégica de referências bibliográficas, bem como de dados acerca da distribuição de terras no Brasil, levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Dada, porém, a natureza da pesquisa científica relativamente exígua própria de um artigo científico, não foi possível abordar todas as questões correlatas ao tema “reforma agrária e democracia”. A mais relevante das questões que tiveram de ser deixadas de lado talvez seja a questão da distribuição de propriedade urbana, tendo em vista que aqui só se tratou da rural. Sendo assim, entende-se que o tema da distribuição de propriedade urbana seria um ótimo objeto de estudo de pesquisas futuras.

Outra questão que ora se estimula seja tratada em pesquisas científicas vindouras é a questão da educação dos produtores rurais, que foi mencionada muito de passagem na última seção do presente estudo, mas que se revela tão ou mais crucial para a inclusão social e política deste segmento do que a própria questão agrária.

Por fim, observa-se que, embora ainda haja bastante a se fazer, já houve de fato alguma evolução nas questões acima mencionadas no Brasil e parece que estamos sim gradualmente trilhando um caminho para alcançarmos uma democracia plena no país.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. **O Acesso à Terra no Estado Democrático de Direito**. 1997. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77222>. Acesso em: 9 dez. 2021. 275 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 13 dez. 2021.

DIAMOND, Jared. **Armas, Germes e Aço: os destinos das sociedades humanas**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2013. 406 p.

ENGLISH HERITAGE. **The English Civil Wars: History and Stories**, [s/d]. Disponível em: <https://www.english-heritage.org.uk/learn/histories/the-english-civil-wars-history-and-stories/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

FIFE, Steven. **The Brothers Gracchi: The Tribunes of Tiberius & Gaius Gracchus**. World History, 2012. Disponível em: <https://www.worldhistory.org/article/95/the-brothers-gracchi-the-tribunes-of-tiberius--g/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

HARRINGTON, James. **The Commonwealth of Oceana**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002801.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2021. 207 p.

IBGE. **Censo Agro 2017 – Resultados Definitivos**. Disponível em: https://censoagro2017.ibge.gov.br/templates/censo_agro/resultadosagro/index.html. Acesso em: 13 dez. 2021.

IMPERIVM. **Tablas de las unidades de medida romanas** – medidas del mundo clásico. Imperivm, s/d. Disponível em: <https://www.imperivm.org/tablas-de-las-unidades-de-medida-romanas-medidas-del-mundo-clasico/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

O'NEILL, Aaron. **Purchasing power of one British pound sterling (GBP) from 1209 to 2019**, 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/1031884/value-pound-sterling-since/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2013. 139 p.

THE reform movement of the Gracchi (133–121 BC). *In: Encyclopædia Britannica*. Disponível em: <https://www.britannica.com/place/ancient-Rome/The-reform-movement-of-the-Gracchi-133-121-bc>. Acesso em: 10 dez. 2021.

UOL ECONOMIA. **Libra Esterlina**, Uol Economia, 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/libra-esterlina-reino-unido/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

VOGT, Débora Regina. **Os clássicos como nossos guias - antigos e modernos na construção da república em Oceana** de James Harrington. 2019. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/201464>. Acesso em: 10 dez. 2021. 266 p.

CAPÍTULO 8

A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA EM TEMPOS DE COVID-19: A PRISÃO DOMICILIAR DE PRESOS CONDENADOS COMO MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA PARA CONTER A PROPAGAÇÃO DO VÍRUS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Data de aceite: 01/11/2022

Jhennifer Lobato Carvalho

Graduanda em Bacharelado em Direito
pela Faculdade Maurício de Nassau
Belém- Pará
<http://lattes.cnpq.br/0445483767955438>

RESUMO: Com o advento da pandemia de Covid-19 em 2020, o mundo inteiro se viu assolado por uma doença desconhecida e extremamente fatal, registrando inúmeros óbitos e cada vez mais pessoas estavam positivo para o vírus. Diante disso, o presente trabalho preocupando-se com a comunidade prisional, especialmente aos presos condenados que ali se encontram, objetivou primeiramente contextualizar a superpopulação carcerária com a precariedade à assistência à saúde da pessoa privada de liberdade com a culminância da ADPF de 2015, a qual admitiu que o sistema penitenciário encontra-se em um estado de coisas inconstitucional. Em segundo lugar, buscou-se relacionar, então, a chegada do novo Coronavírus no território nacional brasileiro com o cárcere, seguindo na pesquisa de atuação do Conselho Nacional de Justiça em conter

a propagação do vírus entre os indivíduos custodiados, por meio da expedição da Recomendação nº 62/ 2020 do CNJ. Além do mais, elencou-se as (im)possibilidades de aplicabilidade do instituto da prisão domiciliar previstas no Código de Processo e na Lei de Execução Penal, bem como a análise da Recomendação nº 62/CNJ que previu hipóteses excepcionais de concessão de referido instituto a presos condenados, objetivado revelar que tal medida poderia vir a amenizar problemática da superlotação presente no sistema prisional evitando, então, propagação do Covid-19 nesse ambiente. Por último, por intermédio de selecionada jurisprudência local advinda do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, fora explorada se houve de fato o emprego da Recomendação 62/CNJ nas conversões de prisão domiciliar as pessoas privadas de liberdade já condenadas, diante desse contexto pandêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Superlotação Carcerária; Covid-19; Prisão Domiciliar; Preso Condenado.

PRISON OVERCROWDING IN THE TIME OF COVID-19: DOMICILIARY ARREST OF CONDEMNED PRISONERS AS A PREVENTIVE SANITARY MEASURE TO CONTAIN THE SPREAD OF THE VIRUS IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

ABSTRACT: With the advent of the Covid-19 pandemic in 2020, the whole world was plagued by an unknown and extremely fatal disease, registering numerous deaths and more and more people testing positive for the virus. Therefore, the present work, concerned with the prison community, especially the convicted prisoners there, aimed firstly to contextualize the prison overpopulation with the precariousness of health care for the person deprived of freedom with the culmination of the ADPF 2015, which admitted that the prison system is in a state of unconstitutional things. Secondly, it was sought to relate, then, the arrival of the new Coronavirus in the Brazilian national territory with the prison, following the research on the actions of the National Council of Justice in containing the spread of the virus among individuals in custody, through the issuance of Recommendation No. 62 / 2020 of the CNJ. Moreover, listed the (im)possibilities of applicability of the institute of house arrest provided in the Code of Procedure and the Law of Criminal Enforcement, as well as the analysis of Recommendation No. 62 / CNJ which provided exceptional cases of granting this institute to convicted prisoners, aiming to reveal that such a measure could come to ease the problem of overcrowding present in the prison system avoiding, then, the spread of Covid-19 in this environment. Finally, through selected local case law coming from the Court of Justice of the State of Pará, it was explored if there was in fact the use of Recommendation 62/CNJ in the conversions of home detention to people deprived of liberty already convicted, in this pandemic context.

KEYWORDS: Prison Overcrowded; Covid-19; House Arrest; Convicted Inmate.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho surge em decorrência de uma indagação pessoal acerca da justiça brasileira diante de um sistema prisional abarrotado, superlotado existente concomitantemente a uma pandemia onde a única saída cientificamente comprovada, no seu início, era o isolamento social até a vacinação completa da maioria da população brasileira.

A superlotação do sistema carcerário brasileiro é um assunto que se debate e pesquisa há muito tempo por ser uma “característica” do Sistema Prisional Brasileiro, problemática que persiste desde o período colonial. Uma das principais obras que levaram a tal questionamento fora utilizada no desenvolvimento deste estudo e aborda o assunto aqui tratado é o livro “Histórias das Prisões no Brasil”, vol.1, dos autores Clarissa Nunes Maia, Flávio de Sá Neto, Marcos Costa e Marcos Luiz Bretas. Sendo essa obra o baluarte teórico que norteará a presente pesquisa sobre o problema estrutural do sistema carcerário nacional.

Diante disso, esta pesquisa objetiva de maneira específica analisar a situação de precariedade, insalubridade, tratamento desumano e inconstitucional às Pessoas Privadas de Liberdade diante da superlotação dos presídios. Ademais, discutir sobre os fatores que

levaram a Aquisição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 de 2015, a qual reconheceu o sistema prisional como sendo um estado de coisas inconstitucional. Além de contextualizar as condições de prestação assistencial à saúde e o advento do Covid-19 no território nacional e sua íntima relação com as problemáticas presentes no cárcere.

Por tudo isso, acredita-se que com a pandemia de Covid-19 o quadro naturalmente já lamentável da realidade prisional tenha-se agravado, já que, superlotado, o vírus transmitido pelo ar, afete muito mais os presidiários que não possuem a menor chance de cumprir as recomendações da própria OMS (Organização Mundial da Saúde), como o isolamento social. O presente trabalho analisa a aplicação do instituto da prisão domiciliar, às pessoas que possuem sentença condenatória, como medida ao menos amenizadora ao inaceitável contexto de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa presa.

Partindo, especialmente, da Recomendação nº 62 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça que instituiu novas possibilidades de emprego do referido instituto a presos condenados, bem como as decisões do Superior Tribunal de Justiça contribuíram para a interpretação desta. E, ao final, questionando-se a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Pará em face do cenário de calamidade pública.

Para suscitar o estudo aqui pretendido, a metodologia utilizada fora à dedutiva, utilizando das técnicas de, em primeiro momento, levantamento bibliográfico, aproximando o tema da superlotação, precariedade a saúde do preso até seu reconhecimento expresso na ADPF 347 de 2015, concomitantemente com a técnica de levantamento documental, valendo-se dos dados formulados pelo sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (INFOPEN) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

Em seguida fora averiguado a contextualização do cenário pandêmico de Covid-19 no território nacional e seus reflexos no cárcere, como também, a atuação do Conselho Nacional de Justiça frente a pandemia, através de suas Recomendações. Por conseguinte, o projeto seguiu uma abordagem qualitativa, estudando aspectos subjetivos do fenômeno de formação e assistência à saúde precária que levaram a arguição da ADPF 347 o reconhecer como um estado de coisas inconstitucional, até sua relação direta com o contexto de calamidade pública vivida em decorrência da SARS-CoV-2.

Por fim, analisou-se o a aplicação e utilidade do instituto da prisão domiciliar, tendo em vista a recomendação nº 62/2020 do CNJ em relação à concessão da prisão domiciliar a presos condenados diante desse cenário. Nesse diapasão, fora selecionado um julgado, escolhido entre o período mês de março de 2020 até dezembro de 2021, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, para visualizar a possibilidade de fato da aplicação da citada recomendação, bem como constatar se fora realmente levado em consideração o cenário de pandemia na tomadas de conversões em prisões domiciliares para Pessoas Privadas de Liberdade (PPL) condenadas e fatores que podem ter contribuído para a interferência desta medida em caso de excepcionalidade.

2 I A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O Brasil é um dos países que mais encarceram indivíduos no mundo, o que se relaciona também com a cultura do encarceramento em massa o qual gera um sistema prisional superlotado, insalubre e violador de direitos fundamentais. O tratamento desumano e cruel a que são submetidos os apenados reflete o absoluto desprezo por parte do Estado Brasileiro a esta parcela da população formada em sua grande maioria por pessoas hipossuficiente.

Com isso, é importante levantar alguns aspectos críticos do sistema penitenciário do país, desde a superlotação carcerária, passando pela precariedade da assistência à saúde no ambiente prisional, culminando na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 de 2015 que declarou o sistema prisional brasileiro como estado de coisas inconstitucional.

2.1 A superlotação carcerária

O atual cenário prisional brasileiro ao englobar fatores como a superpopulação carcerária e suas péssimas condições expõem os cidadãos do país a um momento de extrema delicadeza, pois a negligencia e o desamparo do Estado no decorrer dos anos acabaram agravando para mais a desordem nos presídios (MACHADO & GUIMARÃES, 2014).

A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal-LEP) tem como um de seus objetivos promover meios para a harmônica integração social do condenado e do internado (BRASIL, 1984). A LEP prevê, em seu artigo 88, que o preso irá cumprir a pena em uma cela individual, tendo como área mínima cerca de seis metros quadrados, além do mais, o artigo 85 da lei supracitada também dispõe que deverá haver conformidade entre a infraestrutura do presídio e sua capacidade de suporte (MACHADO & GUIMARÃES, 2014).

Porém, ao aferir os atuais dados disponíveis sobre o sistema carcerário brasileiro, é visível que as estruturas prisionais não são suficientes para o número de brasileiros que diariamente são para ali levados, sendo o sistema penitenciário assumidamente superlotado na maior parte de seus estabelecimentos.

Como se verifica no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado no período de julho a dezembro de 2021, o qual dispõe que no segundo semestre de 2021 a quantidade de pessoas presas no Brasil era de 670.714 (seiscentas e setenta mil e setecentas e quatorze), excluindo-se os presos que estão sob custódia das polícias judiciárias, batalhões de policiais e bombeiros militares (SISDEPEN, 2022).

Ademais, o mesmo relatório salienta que o Brasil possui 1.411 unidades ativas, perfazendo um total de 466.529 (quatrocentos e sessenta e seis mil e quinhentas e vinte e nove) vagas no sistema prisional, disponibilizadas para uma população carcerária de mais de 670 mil pessoas, no período de realização da pesquisa, julho a dezembro de 2021 (SISDEPEN, 2022).

No Estado do Pará, conforme dados disponibilizados pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP), no mês de dezembro de 2021 a população carcerária

paraense era de 15.188 com um total de vagas de 13.543, ou seja, superlotando o ambiente penitenciário paraense (SEAP, 2021).

É de suma importância salientar que o conceito de vaga não se resume unicamente a um leito de cela, devendo integrar o alcance a assistências previstas normativamente as condições de vida, as quais resultarão de forma positiva ao indivíduo encarcerado, tal qual para os servidores e para a sociedade (BRASIL, 2021).

Vale ressaltar ainda que, em meados do ano de 2007, a maioria dos indivíduos detidos no Brasil não possuía sentença condenatória transitada em julgado, o que se tornava um dos principais símbolos do encarceramento em massa e reflexo do pensamento punitivista que parece predominar na justiça brasileira (ZAFFARONI, 2007).

Na contemporaneidade, há cerca de mais de 196 (cento e noventa e seis) mil presos provisórios, o que corresponde há mais de 29% (vinte e nove por cento) do total de Pessoas Privadas de Liberdade (PPL) no sistema prisional (SISDEPEN, 2022) sendo que a regra, em última medida, é a prisão, consistindo o encarceramento para fins ressocializadores (FERRAJOLI, 2002).

Isto posto, além de está com a liberdade reclusa, ser preso também simboliza um rol de recusa de direitos, além de uma profunda situação de vulnerabilidade (BORGES, 2019). Logo é inexecuível a evidente a superlotação no sistema prisional brasileiro.

2.2 A precariedade da assistência à saúde no ambiente prisional

A Lei de Execução Penal de 1984 foi à primeira norma a resguardar o direito à assistência à saúde no cárcere, e quatro anos depois, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 196, dispõe que o direito a saúde se trata de um direito de todos bem como um dever do Estado, nesse interim fora então coletivizado pela criação do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da Lei 8.080/1990 (SCHULTZ *et al.*, 2017).

Apesar de a LEP prever a assistência à saúde do preso e do internato, somente com o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) de 2003 (aprovado pela Portaria Interministerial Nº 1.777/2003 e extinto no ano de 2014) em que fora concretizada a formalização de ações e serviço de saúde no ambiente prisional, levando em consideração os princípios e diretrizes do SUS (LERMEN *et al.*, 2015).

A proposta do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário de 2003 é garantir a promoção da saúde dos presos, desse modo, para o alcance dessa finalidade ela estabelece como prioridades a organização do sistema de informação aos custodiados, condições salubres, a garantia do acesso da população penitenciária aos demais níveis de atenção à saúde (BRASIL, 2003).

Após a extinção da PNSSP de 2003, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade- PNAISP de 2014 (instituída pela Portaria Interministerial Nº1, de 2 de janeiro de 2014) o substituiu e encontra-se até os dias de hoje em vigor. A PNAISP apresentou-se de modo inovador, na qual dispõe que a assistência à saúde das PPL seja garantida integralmente, isto que dizer que deverá ser aparada na integridade dos estabelecimentos prisionais (BONATO *et al.*, 2020)

Apesar dos esforços da Lei de Execução Penal, do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade para melhorar as condições de vida dos detentos, a saúde nos presídios permanece precária. Essa característica histórica de precariedade do sistema carcerário, pois desde o período colonial as prisões eram localizadas em prédios malcheirosos e temerários (MAIA *et al.*, 2009).

Entre as singularidades do ambiente carcerário sobressaem-se: a insalubridade, infraestrutura úmida, álgido, infestado de pragas, ambientes em péssimas situações de vivência, escassez de itens básicos de higiene, dentre outras (MARTINS, 2020). Desse modo, é inegável que a norma jurídica é um meio relevante para a garantia de direitos, todavia, também é imprescindível que haja procedimentos fiscalizatórios eficazes para garantir de fato a saúde dos indivíduos encarcerados (SCHULTZ *et al.*, 2017).

Diante desse contexto frágil tanto de estrutura quanto de condições de saúde, destaca-se a existência de doenças curáveis e/ou tratáveis como o HIV, tuberculose, diabetes, sífilis entre outras, no âmbito prisional, sendo dificilmente tratadas além de prestarem um atendimento médico e serviços técnicos de enfermagem excessivamente precários (MARTINS, 2020).

Isso resulta em uma enorme taxa de mortalidade por enfermidades eventualmente curáveis (SÁNCHEZ *et al.*, 2020), ademais à taxa de casos de HIV e AIDS nos presídios é duas vezes maior do que o registrado na população brasileira, como também um indivíduo encarcerado é, aproximadamente, 28 (vinte e oito) vezes mais propício a contrair tuberculose do que uma pessoa fora do cárcere (BRASIL, 2021). Por conseguinte, é notória a precariedade da assistência a saúde no sistema prisional.

2.3 A ADPF 347 de 2015 (estado de coisas inconstitucional)

A precariedade do sistema prisional gera uma desproteção a vida do preso desumanizado, isso é um fato que se perpetua ao longo da história do Brasil, sendo decorrente de um lento processo herdado desde a sua colonização (FILHO, 2021). Nesse período era inexistente um conjunto unitário como uma instituição prisional (BORGES, 2019). Na contemporaneidade, é possível visualizar a persistência histórica desta situação caótica em que os detentos se encontram interligada com a superlotação do sistema prisional brasileiro, na análise de Loic Wacquant (2001, p.11):

Nos distritos policiais, os detentos, frequentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa, como na Casa de Detenção de São Paulo, onde são reconhecidos pelo aspecto raquítico e tez amarelada, o que lhes vale o apelido de “amarelos”.

Desse jeito, levando em consideração as problemáticas da superlotação, insuficiência de infraestruturas, péssimas condições de saúde e higiene, o Supremo Tribunal Federal no ano de 2015 em razão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, admitiu que Sistema Penitenciário Brasileiro compreende um rol de violações de Direitos Fundamentais em grande escala e de maneira persistentes, ocasionadas por uma

resultante falha estrutural e escassez de Políticas Públicas, no qual sua remodelação está condicionada a adoção de medidas normativas, administrativas e orçamentárias, dessa forma, ficou caracterizado um estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015).

Assim, de acordo com o histórico do sistema penitenciário brasileiro, pode-se afirmar que a comunidade carcerária pelo fato de estar nesse estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015) já possui as condições de vida, a dignidade humana, e a saúde vulnerabilizada. Portanto, a saúde prisional, por si só é uma questão de saúde pública, levando em conta a quantidade de brasileiros submetidos à essa realidade.

Na oportunidade do julgamento da ADPF 347 de 2015 foram examinados cerca de oito pedidos, os quais foram deferidos em medida cautelar. Assim, no mês de maio de 2021, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 fora retomado no plenário virtual do Supremo Tribunal de Justiça, através do Ministro Marco Aurélio Mello, com seu voto de relator (BRASIL, 2021).

Entretanto, mesmo após anos do julgamento da ADPF 357 de 2015, ainda não é possível afirmar que todos esses empecilhos levantados foram solucionados, especialmente no que diz respeito a sua complexidade de causas (BRASIL, 2021) como é perceptível ao longo deste tópico inicial. Em suma, a situação do sistema prisional do país ainda permanece com o cenário de superlotação, insalubridade, precariedade de infraestrutura favorecendo a transmissão de doenças tratáveis como a tuberculose e HIV (BONATO *et al.*, 2020).

3 | A PANDEMIA DE COVID-19 E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Atualmente o cenário que já era crítico e inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro ganhou contornos ainda mais dramáticos, já que o mundo inteiro vive uma das maiores crises sanitárias dos últimos tempos, a pandemia da Covid-19 (FREITAS, NAPIMOGA, DONALISIO, 2020). Logo, é imprescindível entender, diante das problemáticas persistentes do meio prisional, como o novo Coronavírus e o sistema carcerário brasileiro se relacionaram nesse contexto, como também as medidas adotadas para prevenir a doença nesse ambiente.

3.1 Contextualização sobre a SARS-CoV-2 e sua chegada ao território nacional

No final de 2019, a população mundial foi surpreendida com a chegada do Covid-19, decorrente do Coronavírus SARS-CoV-2, que se trata de uma doença reconhecida pela Organização Mundial da Saúde geradora de uma pandemia. Nesse cenário, devido ao alto índice letal e incapacitante que o vírus, ainda não completamente conhecido, causa nos seres humanos, diversas providências foram tomadas pelo Poder Público com o objetivo de conter a propagação da doença (SILVA, 2021).

A ciência médica e biotecnológica já constatou que o vírus provoca uma síndrome respiratória aguda grave, motivo pelo qual a Organização Mundial da Saúde recomendou uma série de medidas sanitárias a serem seguidas informando o que há de mais atual sobre o vírus e o seu impacto à humanidade. Dentre essas medidas está o distanciamento

social, uso de máscara, maior exigência quanto à higiene pessoal, entre outras medidas necessárias para a proteção, não só própria, mas coletiva, já que o vírus se transmite facilmente por gotículas de saliva espalhadas naturalmente pelo ar (OPAS, 2020).

Entretanto, mesmo com todas essas orientações com a finalidade de prevenir a disseminação da Covid-19, até o fim de março de 2022, o vírus já contaminou mais de 485 milhões de indivíduos, dentre estas mais de 6 milhões morreram devido à doença (ONU, 2022). No Brasil somente ao fim do mês de fevereiro de 2020 que houve a primeira confirmação de infecção pelo Covid-19 em uma pessoa, divulgado pela Secretária Estadual de São Paulo (MARTINS, 2020), dessa maneira, estima-se que entre os meses de março 2020 a 2022 mais de 30 milhões de brasileiros foram infectados pelo SARS-CoV-2, das quais mais de 600 mil faleceram (THE NEW YORK TIMES, 2022).

3.2 A atuação do Conselho Nacional de Justiça para impedir o avanço da pandemia de Covid-19 no cárcere

As medidas de proteção recomendadas pela OMS são seguidas por todas as pessoas livres que não negam a ciência, mas não há essa escolha para o cidadão encarcerado, ali simplesmente as condições estruturais para segurança sanitária, como já se viu, não existem. Dessa forma o Estado é diretamente responsável pela manutenção da vida e dos direitos fundamentais dos presos por ele cerceados, da liberdade de se proteger e seguir as medidas recomendáveis (MARTINS, 2020).

Assim, o novo Coronavírus no que diz respeito ao contexto prisional, diferentemente da população em geral, não se percebeu tal preocupação com a população carcerária, observadas suas peculiaridades, estas que já se encontram há tempos em alto nível de vulnerabilidade. Considerado, ainda, pela própria OMS que os indivíduos aprisionados estão mais expostos a SARS-CoV-2, no que tange a aglomeração na qual o sistema penitenciário por si só já impõe (SILVA, 2021).

Desse modo, é imprescindível que medidas como o distanciamento social, uma maior imposição de higiene pessoal, dentre outras, são muito difíceis de serem seguidas quando se trata da realidade prisional brasileira (RIBEIRO, 2021). Logo, esses fatores ampliam o contágio de doenças infecciosas, ainda mais que, evidentemente, os detentos estão mais sujeitos a doenças do que a população não encarcerada (SILVA, 2021).

Nesse sentido, uma das principais instruções para diminuir o contágio do novo Coronavírus no sistema penitenciário e socioeducativo foi a Recomendação n° 62/2020 expedida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), posteriormente acrescentada pela Recomendação n° 78 de 15 de setembro de 2020 e prorrogada pela Recomendação n° 91 de 15 de março de 2021, ambas do CNJ.

A Recomendação n° 62/2020 se dirigia aos magistrados, recomendando ações como reavaliação das prisões provisórias, na fase de conhecimento criminal, a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas, as quais estejam cumprindo pena ou em regime aberto ou semiaberto, a colocação do encarcerado em prisão domiciliar com diagnóstico suspeito ou confirmado de SARS-CoV-2, entre outras (CNJ, 2020).

Insta ressaltar que medidas foram tomadas em plano de política criminal,

especialmente pela Portaria Interministerial nº 135/2020 a qual estabeleceu padrões mínimos a serem adotados no âmbito carcerário, visando “controlar” o vírus dentro dos estabelecimentos prisionais, mas a postura do Brasil não foi totalmente igual a outros países signatários de Pactos Internacionais de Direitos humanos, conforme salienta os pesquisadores Costa, Silva, Brandão e Bicalho:

A reconhecida superlotação das penitenciárias brasileiras tem recebido atenção de diferentes organismos. Segundo Nota Técnica n. 5/2020, do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT, 2020), o sistema prisional deve ser alvo de constante atenção, especialmente nesta pandemia, tendo em vista a existência de um sistemático desrespeito aos direitos humanos; isto inclui a superlotação das instituições prisionais a falta de acesso à saúde, conforme diretrizes da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade (Ministério da Saúde, 2014). Ainda na nota, o MNPCT (2020) considera a superlotação como uma condição de vulnerabilidade na pandemia e declara apoio à Recomendação n. 62/2020 do CNJ, apontando o desencarceramento como uma das medidas fundamentais para o enfrentamento da Covid-19 (COSTA, SILVA, BRANDÃO, BICALHO, 2020).

Assim, no momento em que a Pandemia foi declarada as prisões brasileiras se tornaram alvo de preocupação de órgãos nacionais e internacionais justamente por ter esse perfil marcado pela superlotação e infraestrutura precária. Tais instituições demandaram medidas de desencarceramento que foram seguidas em alguns países, mas não no Brasil (RIBEIRO, 2021).

Desse jeito, entre o início da pandemia e meados de fevereiro de 2021, com cerca de 1 (um) ano desde a chegada do vírus no território nacional, encontravam-se mais de 43 mil pessoas privadas de liberdade infectadas pelo SARS-CoV-2, com 133 (cento e trinta e três) mortes registradas por essa doença no cárcere (FERREIRA, 2021). Na atualidade, esse número chegou a mais de 73 (setenta e três) mil detentos positivados para Covid-19, registrando um total de 317 (trezentos e dezessete) óbitos, conforme dados divulgados em março de 2022 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2022).

Diante de todo exposto, questiona-se então se de fato houve a possibilidade da aplicação de prisão domiciliar aos apenados como estabelecido pela Recomendação nº 62/2020 do CNJ, a qual foi posteriormente prorrogada pela recomendação nº 91/2021 CNJ, como será discutido posteriormente.

4 | DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA PRESOS CONDENADOS

Uma das possíveis medidas de serem adotadas no ordenamento jurídico brasileiro é o instituto da Prisão Domiciliar. Tal instituto está estabelecido no art. 317 do Código de Processo Penal *ipsis litteris*: “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial” (BRASIL, 1941).

Conforme nos ensina com maestria os professores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer,

prisão domiciliar não é medida cautelar, e também não se compara com o recolhimento domiciliar que prega o art. 319, Inc. V, do mesmo código (PACELLI & FISCHER, 2018). A prisão domiciliar do Código de Processo Penal trata-se de uma medida substitutiva da prisão preventiva que tenha sido eventualmente decretada e para sua obtenção, por parte do custodiado, é necessário o cumprimento dos requisitos estabelecidos no Art. 318 do CPP (LIMA, 2017), observe-se:

Art. 318 . Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante; (Lei nº13.257/2016)

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Lei nº 13.257/2016)

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Lei nº13.257 /2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

Outra previsão da aplicabilidade da prisão domiciliar é a disposta no artigo 117 da Lei de Execução, chamada de “Prisão Albergue Domiciliar” por alguns doutrinadores, a qual diferentemente da prisão domiciliar prevista do CPP, não trata-se de medida substitutiva em relação a prisão preventiva (TÁVORA & ALENCAR, 2020) como será aprofundada adiante.

4.1 Hipóteses legais para a concessão de prisão domiciliar para presos condenados

A concessão de prisão domiciliar para presos condenados diz respeito a uma medida excepcional, na qual só se admite a admissão do usufruidor de regime aberto em residência particular (TÁVORA & ALENCAR, 2020) quando se referir as hipóteses previstas no artigo 117 da LEP, vejamos:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Também, entende-se que no caso de ausência de casa de albergado, a qual é designada ao cumprimento de pena em regime aberto e de pena de limitação de fim de semana, é admissível o cabimento de prisão de albergue domiciliar (TÁVORA & ALENCAR, 2020). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal em RE 641.320/RS reconheceu a

possibilidade do preso condenado em regime semiaberto realizar o cumprimento de pena em regime aberto ou domiciliar na escassez de estabelecimento adequado, tal entendimento fora consolidado pela Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal (NEGREIROS, 2021).

Por fim, cabe esclarecer a diferença entre a prisão domiciliar prevista no art. 318 do CPP da contida no art. 117 da LEP, no primeiro caso a prisão domiciliar será concedida em caráter cautelar, posta ao preso provisório, em uma substituição à prisão preventiva, já a prisão albergue domiciliar tratada na Lei de Execução Penal se refere ao cumprimento de pena em regime aberto em residência do apenado, na falta de estabelecimento adequado (casa de albergado), em decorrência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, com hipóteses legais diversas das descritas nos artigos do Código de Processo Penal (TÁVORA & ALENCAR, 2020). Destarte, ficam visíveis as formas jurídicas de aplicabilidade da prisão domiciliar para detentos condenados.

4.2 Recomendações do CNJ para concessão de prisão domiciliar para presos condenados durante a pandemia de Covid-19

Levando em consideração o fato de que o sistema carcerário é particularmente vulnerável a ocorrência do novo Coronavírus, por possuir um elevado corpo populacional em ambientes bastantes restritos, o Conselho Nacional de Justiça instituiu no dia 17 de março de 2020 a Recomendação nº 62, com a finalidade de instruir os juízes de direito na garantia da prestação jurisdicional, resguardando a saúde tanto dos agentes públicos e magistrados, quanto das pessoas encarceradas (CNJ, 2020).

Desse modo, com esse caráter excepcional, a Recomendação nº 62 do CNJ previu a possibilidade, no âmbito da execução penal, de colocação em prisão domiciliar fora das excepcionalidades do artigo 117 da Lei de Execução Penal em duas situações contidas no art. 5º, incisos III e IV da referida recomendação, vejamos:

Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

(...)

III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução;

IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal;

Insta observar no que se refere ao inciso III do artigo supracitado da Recomendação nº62 do CNJ, um dos objetivos presentes é a orientação da autorização de prisão domiciliar aos indivíduos custodiados em regimes aberto e semiaberto, inicialmente com o intuito de incutir a redução da ocupação dos estabelecimentos prisionais e, conseqüentemente, da superlotação de presos, com a finalidade de diminuir a probabilidade de contaminação

(OLIVEIRA, 2020).

Nesse sentido, nos moldes da Recomendação, tal permissão só seria exequível diante de critérios estabelecidos pelo magistrado da execução penal, oportunizando então a discricionariedade do juiz para julgar, de acordo com sua convicção, que questões serão consideradas no momento de análise do pedido de prisão domiciliar (OLIVEIRA, 2020).

Já no que tange ao Inciso IV, art. 5º, da recomendação, nota-se a preocupação, devido à gravidade de se contrair e transmitir o SARS-CoV-2, de colocação em prisão domiciliar dos custodiados, com suspeita ou positivado para a doença, na carência de um local apropriado no sistema penitenciário, visto que devido às particularidades do cárcere brasileiro, como um estado de coisas inconstitucional.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça, com o escopo de uniformizar a fundamentação das decisões judiciais no âmbito da execução penal, definiu parâmetros para a aplicabilidade da recomendação do CNJ, dentre os quais se destacam a de que as decisões devem levar em conta as individualidades de cada caso, não permitindo a utilização do instituto da prisão domiciliar de modo ilimitado (OLIVEIRA, 2020).

Assim, na data de 09 de junho de 2020, em Agravo Regimental no Habeas Corpus Criminal nº 580.495- SC, tendo como relator o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o STJ estabeleceu a necessidade de que o custodiado demonstrasse cerca de três requisitos para fazer jus à prisão domiciliar estabelecida na Recomendação nº 62/2020 do CNJ (OLIVEIRA, 2020), tais quais vejamos na referida jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO DOMICILIAR. PANDEMIA. COVID-19. GRUPO DE RISCO. ASMA E HIPERTENSÃO ARTERIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE E DE PROTEÇÃO ADEQUADA NO ESTABELECIMENTO PENAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 4. “A Recomendação n. 62/2020 do CNJ não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. É necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: **a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, incorrente na espécie**” (HC 582.232/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/6/2020, DJe 17/6/2020). 4. Agravo regimental não provido.

Posteriormente, no dia 26 de outubro de 2021 o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Sexta Turma Superior, em Recurso Especial Nº 1.922.579 - CE (2021/0044604-2) ratificou o entendimento de que, fora as excepcionalidades de alguns casos, os benefícios previstos na Recomendação nº 62 de 2020 do CNJ, não deveriam ser utilizadas aos indivíduos sentenciados por delitos realizado com o emprego de violência ou grave ameaça, observe-se a referida jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E TRÁFICO DE DROGAS. RECOMENDAÇÃO

62/2020 DO CNJ. RISCOS DE COVID-19. CONCESSÃO DE SAÍDA ANTECIPADA COM PRISÃO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO, NOS FERIADOS E FINAIS DE SEMANA E MONITORAMENTO ELETRÔNICO. CONDENAÇÃO POR CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. **1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, salvo em situações excepcionais, os benefícios previstos na Recomendação 62/2020 do CNJ não devem ser aplicados aos apenados por crimes praticados com violência ou grave ameaça.** 2. Na inexistência de excepcionalidade apta a justificar a manutenção do benefício (prisão domiciliar, com monitoração eletrônica), e não tendo sido demonstrado o risco de agravamento da atual condição de saúde do apenado, **que não integra o grupo de risco e foi condenado pelos crimes dos arts. 157, § 2º, I e II, do CP, praticado com violência ou grave ameaça, e 33 da Lei n. 11.343/2006, deve ser reconhecida a ausência dos requisitos previstos na Recomendação n. 62/2020 do CNJ, revogando-se o benefício concedido.** 3. Recurso especial provido. Revogação da saída antecipada (prisão domiciliar) com monitoramento eletrônico, deferida pelo Juízo de Execução. Restabelecimento da pena em regime semiaberto.

(STJ - REsp: 1922579 CE 2021/0044604-2, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 26/10/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: Dje 11/11/2021)

Ademais, é importante complementar que no dia 15 de setembro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação nº 78, a qual considerando a necessidade de adotar medidas severas no combate ao crime organizado, enfrentamento à corrupção e a violência doméstica contra a mulher acrescentou o artigo 5-A na Recomendação nº 62, o qual dispõe o seguinte:

Art. 5-A. As medidas previstas nos artigos 4º e 5º não se aplicam às pessoas condenadas por crimes previstos na Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa), na Lei nº 9.613/1998 (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.), por crimes hediondos ou por crimes de violência doméstica contra a mulher. (NR)

Observa-se que a agregação do Art. 5-A na referida recomendação, instituiu parâmetros sobre os indivíduos que podem ser beneficiados pela prisão domiciliar nas hipóteses dos incisos III e IV, do art. 5º da Recomendação nº 62/2020. Agora também deverá ser comprovado que o custodiado não tenha sido condenado pelos crimes de organização criminosa, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, violência doméstica contra a mulher e crimes contra a administração pública.

Portanto, observa-se que a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça trouxe novas possibilidades de concessão de prisão domiciliar para presos condenados durante a pandemia de Covid-19. Entretanto, o STJ usando o argumento de que é necessário à padronização dos fundamentos das decisões judiciais, definiu critérios em que a recomendação poderia, então, ser de fato utilizado, especialmente no que tange a prisão domiciliar como fora visto.

4.3 Análise de Jurisprudência local (TJPA) selecionada analisando se fora seguido (ou não) a recomendação do CNJ pelos Magistrados

A Recomendação nº 62/2020 fora prorrogada até o dia 31 de dezembro de 2021, pela Recomendação nº 91/2021, sabendo que tais Recomendações do CNJ não possuem efeito vinculante e havendo muita resistência para sua aplicação (SILVA, 2021), questiona-se se de fato houve a possibilidade de aplicação das excepcionalidades de concessão de prisão domiciliar previstas na Recomendação nº 62/2020, diante então de tantas restrições interpostas pela Corte do Superior Tribunal de Justiça que mitigaram ao máximo os efeitos da referida recomendação.

Desse modo, o presente trabalho, partindo da metodologia qualitativa, separou jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA), para visualizar se foi possível seguir as citadas recomendações após as jurisprudências formuladas pelo STJ, bem como constatar se fora realmente levado em consideração o contexto de calamidade pública na tomadas de conversões em prisões domiciliares, ou se, no final, quase nenhum custodiado se enquadrava dentro dos requisitos estabelecidos pela Corte.

O julgado selecionado em questão é o Acórdão nº 217.508 da 2ª Tuma de Direito Penal do TJPA, proferido nos autos do Agravo de Execução Penal, processo de nº 0015991-98.2009.8.14.0401, datado em 01 de fevereiro de 2021, tendo como relatora a Desembargadora Vania Fortes Bitar. O Caso diz respeito a um homem em cumprimento de pena no regime semiaberto na Colônia Penal Agrícola de Santa Isabel, e devido o quadro pandêmico ocasionado pelo SARS-CoV-2, somado com a precariedade do sistema prisional e a superlotação, pugnou pela aplicabilidade da recomendação nº 62/2020 do CNJ diante de uma questão humanitária e do alto risco de propagação da Covid-19 nos presídios.

Durante o julgamento do Agravo de Execução Penal em questão, a Desembargadora indeferiu o pedido de prisão domiciliar alegando, inicialmente que a Recomendação nº 62/2020 não contém natureza genérica, sendo cada caso avaliado individualmente. Além do mais, a Ilustre Desa. Vania Fortes Bitar, entendeu, nas palavras desta no referido Agravo de Execução Penal, Acórdão nº217.508/TJPA (fls. 4):

“Nesse contexto, constata-se que a decisão recorrida se encontra de acordo com as disposições da aludida recomendação, tendo negado o pleito de concessão da prisão domiciliar sob o fundamento de que o apenado sequer demonstrou ser integrante do grupo de risco para o contágio pelo COVID-19, além de terem sido adotadas pelo sistema penal todas as medidas preventivas dentro das carceragens.”

Em seguida, reiterou os requisitos necessários presentes no HC nº582.232/SC, da Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, já discutido neste trabalho anteriormente, para por fim reconhecer o recurso e lhe negar o provimento. Com isso, é importante frisar que houve vários casos similares a este ora debatido, no qual inicialmente a PPL preenchia os requisitos iniciais da Recomendação nº 62/2020, mas devido os entraves estabelecidos pela jurisprudência não houve a concessão da prisão domiciliar como medida excepcional.

No caso em tela, durante o mês de fevereiro de 2021, a Colônia Penal Agrícola de Santa Izabel (CPASI), encontrava-se com 310% (trezentos e dez por cento) de sua capacidade consumida, como se verifica, extremamente superlotada como fora divulgado pela própria Secretária de Administração Penitenciária do Pará em fevereiro de 2021 (SEAP, 2021).

Em suma, se a Recomendação nº 62/CNJ aperfeiçoasse em sua aplicação, acarretariam consequências positivas para prevenir o novo Coronavírus no sistema penitenciário, no sentido de que iria reduzir significativamente a superpopulação carcerária, com isto, possibilitando um melhor manejo sanitário e níveis de contágio, assegurando, por fim, o direito fundamental a vida e a saúde de milhares de PPL (SILVA, 2021). Todavia, mesmo diante de uma pandemia que necessariamente a distanciamento dos indivíduos é a mais recomendada, o poder Judiciário opta por manter os indivíduos encarcerados (OLIVEIRA, 2021).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, o presente trabalho buscou abordar a situação histórica e atual da comunidade carcerária do Brasil no que tange, especialmente, a superlotação do ambiente prisional relacionando-se com as péssimas condições de assistência à saúde nos presídios culminando com o estado de coisas inconstitucional (ADPF 347 de 2015), de modo que tais problemáticas pudessem se tornar um fato intensificador de propagação do novo Coronavírus as pessoas privadas de liberdade.

Diante disso, como o instituto da prisão domiciliar para presos condenados poderia vir a ser um fator que diminuiria a transmissão da doença dentro do sistema penal brasileiro durante o estado de calamidade pública ocasionada pela pandemia de Covid-19 que infectou milhares de pessoas no mundo inteiro, partiu-se para a análise de aplicabilidade da recomendação nº62/2020 do CNJ pelos magistrados, observando, por fim, a jurisprudência local do TJPB sobre tal possibilidade de utilização da prisão domiciliar para presos condenados com base nesse contexto.

Dessa maneira, iniciou-se a discussão sobre a superpopulação prisional mostrando que a precariedade dos presídios, o desinteresse e abandono do Estado à comunidade carcerária é um empecilho histórico herdado desde o período colonial e persistente na contemporaneidade do país.

Desse modo, mesmo após previsões legislativas para amenizar tal realidade, como as contidas na Lei de Execução Penal, no Código de Processo Penal, nas Portarias Interministeriais que instituíram a PNSSP, posteriormente, a PNAISP, ainda assim os presídios continuam superlotados e com uma péssima assistência a saúde, fatores esses que foram reconhecidos na ADPF 347 de 2015 como um sendo um estado de coisas inconstitucional.

Ficou clara a relação entre o contexto delicado em que se encontra o sistema prisional com o advento da pandemia do Coronavírus (SARS-CoV-2), mostrando-se que o

crítico e inconstitucional sistema prisional brasileiro não conseguiria acarretar as medidas de contenção do vírus, já que o distanciamento social seria a melhor e efetivo meio de evitar a transmissibilidade da doença entre as pessoas, o que na comunidade privada de liberdade seria muito difícil de seguir visto que se encontra com um exorbitante déficit de vagas que possibilitasse efetivação de tal medida sanitária.

Dessa forma, a atuação do Conselho Nacional de Justiça que, levando em conta toda a realidade prisional do Brasil, expediu a Recomendação nº 62 a qual continha uma série de parâmetros para os juízes incorporassem no âmbito prisional, dentre elas destaca-se a examinada no presente estudo, que é a possibilidade de aplicabilidade da prisão domiciliar a presos condenados fora das hipóteses previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal, no entanto teve uma aplicação incipiente.

Tal recomendação fora posteriormente mitigada pela Recomendação nº 78/2021 diante das decisões e da corte do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo novas regras a serem cumpridas para poder beneficiar os custodiados a fazerem uso da recomendação nº62/CNJ, providas deste contexto pandêmico.

Por conseguinte, o que se aferiu com toda a exposta pesquisa fora a difícil aplicação de prisão domiciliar para presos condenados, apesar de juridicamente possível, durante o estado de calamidade pública de SARS-CoV-2, diante de tantas barreiras impostas pelo Poder Judiciário, além do que, tal recomendação não vinculava a obrigatoriedade dos magistrados de adotarem tais medidas.

Tal afirmativa fica evidente no Acórdão nº 217.508, do Tribunal de Justiça do Pará, no qual o preso condenado preenchia inicialmente, os requisitos primários da Recomendação nº 62/CNJ, encontrava-se em um ambiente visivelmente superlotado como aferido pelos dados da própria Secretária de Administração Penitenciária do Pará, além de reconhecidamente pelo Supremo Tribunal de Justiça como estado de coisas inconstitucional, com evidente risco a sua saúde e vida, devido as mitigações providas do STJ, tornou-se inexecúvel a colocação em prisão domiciliar do preso condenado diante da hipótese de contexto pandêmico.

Assim, salienta-se que o cumprimento de requisitos legais para a concessão do instituto da prisão domiciliar deve ser observado, e em nenhum momento se pretende, de forma alguma, defender a impunidade pura e simples, mas em situações excepcionais como a que se trata a adoção de decisões com os olhos dos direitos fundamentais, à luz da Constituição, que não de ser garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

Por isso, acredita-se que o instituto da prisão domiciliar poderia salvar vidas quando aplicado, sem tais exorbitantes restrições, atendendo ao princípio de razoabilidade, já que, assim, evitariam mais presos no cárcere, na verdade expostos à morte, já que em meio à pandemia encontra-se abarrotado de pessoas. Por fim, sustentando-se a efetividade do cumprimento nas normas constitucionais, à consideração de fato do ambiente em péssimas condições diante do cenário de Covid-19, ser uma questão literalmente de vida ou morte.

REFERÊNCIAS

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo. Ed. Pólen, 2019.

BONATO, Patrícia de Paula Queiroz; VENTURA, Carla Aparecida Arena; CAETANO, Maria Helena Donadon. **Covid-19 e o Sistema de Justiça Criminal Brasileiro: da Crise Sanitária à Violação Epidêmica do Direito Humano à Saúde no Contexto Prisional**. *Direito Público*, v. 17, n. 94, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4415>. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Informe, “**O Sistema Prisional Brasileiro Fora da Constituição – 5 Anos Depois: balanço e projeção a partir do Julgamento da ADPF 347**”, Brasil, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**- jul./dez. 2021: Base de Dados. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJljoioWYwMDdlNmItMDNkOC00Y2RmLWUyYjQlMmQ0OTUwYTUwNDk5IiwidCI6ImViMDk5NDIwLWlTQ0NGMmNDNDmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 24 mai. 2022.

BRASIL. Portaria Interministerial MS/MJ nº 1, de 02 de janeiro de 2014. **Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Brasília (DF), 2014. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/pri0001_02_01_2014.html. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777, de 09 de setembro de 2003. **Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Brasília (DF), 2003. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/pri1777_09_09_2003.html. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Secretária de Estado de Administração Penitenciária do Pará. **SEAP em Números 2021**. Belém, 2021. Disponível em: https://www.seap.pa.gov.br/sites/default/files/seap_em_numeros_0202.pdf. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Secretária de Estado de Administração Penitenciária do Pará. **SEAP em Números, fevereiro de 2021**. Belém, 2021. Disponível em: http://www.seap.pa.gov.br/sites/default/files/fevereiro_2021_pc_3_0.pdf. Acesso em: 15 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Boletim Mensal CNJ de Monitoramento Covid.-19**, Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/boletim-mensal-cnj-de-monitoramento-covid-19-fevereiro-2022.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RECOMENDAÇÃO Nº 62, DIA 17 DE MARÇO DE 2020**, Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 25 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RECOMENDAÇÃO Nº 78, DIA 15 DE SETEMBRO DE 2021**, Brasil, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original170753202009255f6e23e9a58d4.pdf>. Acesso em 15 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RECOMENDAÇÃO Nº 91, DIA 15 DE MARÇO DE 2021**, Brasil, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original15374320210405606b2ec701d4c.pdf>. Acesso em 15 mai. 2022.

COSTA, Jaqueline Sério da et al. **COVID-19 no sistema prisional brasileiro: da indiferença como política à política de morte**. *Psicologia & Sociedade*, v. 32, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/Jrx9BspBkMmvfLbTTLJLk9D/?lang=pt&format=html>. Acesso em 25 abr. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, José Ferdinando Ramos et al. **Recomendações Convergentes? Documentos sobre a proteção à saúde prisional no início da pandemia de COVID-19**. *REVISTA BRASILEIRA DE EXECUÇÃO PENAL-RBEP*, v. 2, n. 1, p. 19-39, 2021. Disponível em: <http://rbepdepen.depen.gov.br/index.php/RBEP/issue/view/5/11>. Acesso em: 24 abr. 2022.

FILHO, Tadeu José Migoto. **Necropolítica: Morte, Colonialismo e Encarceramento em Achille Mbembe**. *Boletim IBCCRIM*, Ano 29, nº 342, Maio de 2021, p. 21-23, 2021.

FREITAS, André Ricardo Ribas; NAPIMOGA, Marcelo; DONALISIO, Maria Rita. **Análise da gravidade da pandemia de Covid-19**. *Epidemiologia e serviços de saúde*, v. 29, p. e2020119, 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/ress/2020.v29n2/e2020119>. Acesso em: 25 abr. 2022.

LERMEN, Helena Salgueiro; GIL, Bruna Laudissi; CÚNICO, Sabrina Daiana; JESUS, Luciana Oliveira de. **Saúde no cárcere: análise das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira**. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 25, p. 905-924, 2015. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/physis/2015.v25n3/905-924/pt/>. Acesso em: 23 mar. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. **A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044. Acesso em: 23 mar. 2022.

MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; BRETAS, Marcos Luiz. **História das Prisões no Brasil**, vol. I. Rocco, 2009.

MARTINS. F. **Curso de Direito Constitucional** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARTINS, Isabela Fiuza. **COVID-19 nos presídios: um estudo sobre os efeitos da pandemia conjuntamente a necropolítica no cárcere brasileiro**. Uberlândia, 2020. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/30402>. Acesso em: 23 mar. 2022.

NEGREIROS, Conceição de Maria Silva. **O cabimento da prisão domiciliar para o preso no regime fechado e para o preso provisório na hipótese de falta de vaga no sistema prisional.** 2021.

Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3013>. Acesso em: 14 de mai. de 2022.

OLIVEIRA, Andressa Mayara Nascimento de. **Execução penal em tempos de pandemia: análise da divergência de entendimentos do STJ sobre a concessão de prisão domiciliar, ante a suspensão do trabalho externo, por motivo da pandemia da COVID-19.** 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufersa.edu.br/handle/prefix/6242>. Acesso em 14 de mai. de 2022.

ONU NEWS. **OMS projeta três cenários de evolução da Covid-19 pelo mundo.** 31.03.2022.

Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/03/1784912>. Acesso em: 06 abr. 2022.

OPAS. Organização Pan- Americana da Saúde. **Uso racional de equipamentos de proteção individual para doença do Coronavírus (COVID-19) e considerações durante desabastecimentos graves.** 06.04.2020. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52042>. Acesso em 07 abr. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** – 23ª ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

RIBEIRO, Camila Sampaio. **OS IMPACTOS DO COVID-19 AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: REFLEXOS DE UMA CRISE SANITÁRIA.** Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, v. 7, n. 4, p. 160-175, 2021. Disponível em: <https://www.periodicorease.pro.br/rease/article/view/953>. Acesso em: 25 abr. 2022.

SÁNCHEZ, Alexandra et al. **COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública?.** Cadernos de Saúde Pública, v. 36, p. e00083520, 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n5/e00083520/>. Acesso em: 23 mar. 2022.

SCHULTZ, Águida Luana Veriato et al. **Saúde no Sistema Prisional: um estudo sobre a legislação brasileira.** Argumentum, v. 9, n. 2, p. 92-107, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6092501>. Acesso em: 23 mar. 2022.

SILVA, José Adaumir Arruda da Silva. **O Intolerável Desvio De Execução No Sistema Prisional Brasileiro Em Tempos De Covid-19: Estado De Coisas Inconstitucional Reforçado Pela Morte E Supressão De Direitos.** São Paulo, 2021. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-intoleravel-desvio-de-execucao-no-sistema-prisional-brasileiro-em-tempos-de-covid-19-estado-de-coisas-inconstitucional-reforcado-pela-morte-e-supressao-de-direitos>. Acesso em: 25 abr. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 580.495/SC.** Processo 2020/0110658-8. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma. DJe: 15/05/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862569482/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-580495-sc-2020-0110658-8/inteiro-teor-862569492>. Acesso em: 14 mai. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1922579 CE.** Processo 2021/0044604-2. Relato: Olindo Menezes, Sexta Turma. DJe: 11/11/2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1314341028/recurso-especial-resp-1922579-ce-2021-0044604-2>. Acesso em 15 mai. 2022.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo Curso de Direito Processual Penal.** 15. Ed. Salvador. Juspodivm, 2020.

THE NEW YORK TIMES. **Tracking Coronavirus in Brazil: Latest Map and Case Count**. 07.04.2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2021/world/brazil-covid-cases.html>. Acesso em: 07 abr. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. **Agravo em Execução Penal, Acórdão nº 217.508**. Relator: Vania Valente do Couto Fortes Bitar Cunha, Segunda Turma de Direito Penal. Dje: não informado. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=969180>. Acesso em 15 mai. de 2022.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 71.

A POSSÍVEL DISPENSABILIDADE DA FIANÇA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Data de aceite: 01/11/2022

Mário de Oliveira Melo Junior

Jéssica Carla Rocha de Araújo

RESUMO: O presente artigo visa defender a legitimidade da autoridade policial poder dispensar o valor da fiança quando impossível o efetivo pagamento, mesmo após ter sido arbitrada no valor mínimo determinado pelo Art. 325, §1º, II do CPP.

PALAVRAS-CHAVE: Fiança - Dispensa - Delegado de Polícia.

ABSTRACT: This article aims to defend the legitimacy of the police authority to be able to waive the value of the bail when effective payment is impossible, even after it has been arbitrated at the minimum amount determined by Art. 325, §1, II of the CPP.

KEYWORDS: Bail - Waiver - Police Chief

O presente artigo visa defender a legitimidade da autoridade policial poder dispensar o valor da fiança quando impossível o efetivo pagamento, mesmo após ter sido arbitrada no valor mínimo determinado pelo Art. 325, §1º, II do CPP.

Em termos de significado, a palavra Fiança tem como sinônimos caução, abono, garantia, o que demonstra sua finalidade de assegurar alguma obrigação. Bastante conhecida nas relações comerciais civis, a fiança tem natureza jurídica de um contrato onde uma pessoa, denominado fiador, garante o cumprimento de uma obrigação realizada por outra, denominada de afiançado. Exemplificando, suponha que Pedro queira alugar um imóvel pertencente a Paulo, mas não tenha crédito suficiente para garantir o pagamento das locações. Neste caso, Antônio celebra um contrato com Paulo, garantindo o pagamento da obrigação feita por Pedro. Assim, acaso Pedro não pague as locações, Antônio será responsável por elas, podendo Paulo cobrá-lo diretamente.

Entendendo as premissas jurídicas da Fiança, resta-nos entender como ela se aplica ao Processo Penal. E as premissas não são diferentes. A fiança no Processo Penal também visa assegurar o cumprimento de uma obrigação, que neste caso será o devido respeito a persecução penal.

Processualista definem a natureza

jurídica da fiança no Processo Penal como uma medida cautelar alternativa da prisão ou uma contracautela. Independentemente do caminho que se queira seguir, o que importa é saber que a essência do Fiança é assegurar que o investigado/processado não vai tumultuar o bom andamento da instrução e que vai efetivamente cumprir a pena se, ao final do procedimento, for tido como culpado.

Portanto, a fiança penal pode ser definida como um valor pago pelo investigado/processado para que possa responder ao procedimento em liberdade.

A regra é a concessão da fiança, sendo esta proibida quando couber fundamentos para decretação da prisão preventiva ou quando o delito esteja definido constitucionalmente como inafiançável. Quanto a quem pode concedê-la, esta será tanto atribuição do Delegado de Polícia, quanto do Juiz de Direito.

No que se refere a decretação da fiança pelo Delegado de Polícia, esta se dá quando na atuação em flagrante a autoridade policial perceba que o delito imputável tem como punição uma pena privativa de liberdade que em seu máximo não ultrapasse 4 (quatro) anos. Por sua vez, a autoridade judicial poderá arbitrar fiança em todos os casos que o comportem, excluído os casos dos crimes que por mandamento constitucional são inafiançáveis, podendo-se citar como exemplos o Racismo, a ação armada de grupos contra a ordem constitucional, o tráfico, terrorismo, tortura e os crimes definidos como hediondos.

Em relação ao valor arbitrado, nos moldes do Art. 326, este terá como parâmetro a natureza da infração, as condições econômicas e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade e bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento. Embasado nessas premissas, a fiança poderá ser arbitrada de 1 (um) à 100 (cem) salários-mínimos, se arbitrada pelo Delegado de Polícia, ou de 10 (dez) à 200 (duzentos) salários-mínimos se arbitrada pelo Juiz.

Importante ressaltar que na prática referidos valores podem tornar-se injustos, seja pelo fato do imputado ser muito rico, o que faz o valor de 200 (duzentos) salários-mínimos ser pouco, ou ser muito pobre, fazendo com que o valor de 1 (um) salário mínimo seja muito. Nestes casos, o Art. 325, §1º, I, II e III, trouxe a possibilidade do valor arbitrado poder ser dispensado, reduzido em 2/3 ou multiplicado por 1000 (mil).

E é aqui que entra o impasse, pois a letra do Art. 325, §1º, I do CPP preconiza que o valor da fiança pode ser dispensado na forma do Art. 350 do CPP, e quando se lê tal dispositivo, este define que nos casos de fiança, o juiz pode conceder liberdade provisória sem o pagamento da fiança devido a situação econômica do preso. Assim, o fato do dispositivo definir que ao juiz cabe dispensar fiança leva alguns operadores do direito a pensarem que ao Delegado de Polícia não cabe tal decisão, o que é equivocado, data vênua, ao nosso sentir.

O primeiro argumento situa-se na admissão pelo processo penal de interpretação extensiva e aplicação analógica, pois a autoridade policial, quando da análise de um fato trazido a sua apreciação, fará um estudo jurídico daquele, o que o coloca com uma autoridade que por lei exerce funções judiciais, nos moldes do Art. 7º, “d” do Pacto de San José da Costa Rica. Neste caso, quando diz-se que o juiz pode dispensar a fiança, o CPP

também autoriza o Delegado de Polícia realizar referido expediente pelo uso da analogia, perfeitamente cabível no processo penal.

Além disso, se formos fazer uma leitura sistemática de todo código de processo, o próprio Art. 325, que é o traz as especificações dos valores definidos, cita o nome “Autoridade”, e não “Autoridade Judicial”, o que revela perceber que o legislador não quis atribuir especificamente essa dispensa somente àquele profissional. Aliás, é recorrente na doutrina que o uso da palavra “autoridade” pelo legislador, sem a devida especificação, remete a conclusão de abarcar tanto a autoridade policial, quanto a autoridade judicial.

Cite-se a não possibilidade do delegado de polícia dispensar fiança poderia ferir um princípio da proporcionalidade. É que o CPP adota a possibilidade de arbitramento de fiança pelo Delegado de Polícia somente aqueles crimes cuja pena máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos, significando que estes delitos, muito dificilmente, trará uma consequência de cárcere ao imputado. Referidos delitos não comportam prisão preventiva, possibilitarão suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal e regime aberto de cumprimento de pena. Assim, como defender que o delegado não possa dispensar a fiança arbitrada se mesmo no mínimo o autuado não tenha possibilidade de pagar?

Ao menos é corriqueiro nos plantões das polícias civis, nos mais longínquos lugares destes país, que os autuados não tenham nenhuma capacidade econômica, pessoas de verdadeira miserabilidade. Portanto, como demandar ao Estado o custo de levar aquele detido para uma audiência de custódia que inevitavelmente acarretará a concessão de liberdade provisória pela autoridade judicial.

Sendo assim, defendemos perfeitamente a dispensabilidade da fiança pela autoridade policial quando impossível o pagamento pelo autuado, mesmo após ter sido arbitrada no mínimo possível, tendo em vista interpretação analógica e sistêmica do CPP, princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS – SOBRETUDO NO ÂMBITO DA SAÚDE

Data de aceite: 01/11/2022

Adelcio Machado dos Santos

Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento pela UFSC. Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). Florianópolis/SC/Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-3916-972X>

Herneus João de Nadal

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Público –IDP. Bacharel em Direito. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (Brasil)

Anderson Antônio Mattos Martins

Doutor em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado Engenharia Agrônoma pela Universidade Federal de Santa Catarina (1988). Mestre em Administração pela Universidade Federal de Santa Catarina, Vice-Reitor Acadêmico da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). Docente Permanente do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento e Sociedade da UNIARP
<https://orcid.org/0000-0001-6812-4219>

RESUMO: Os municípios podem constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços que lhe convém, conforme previsão normativa. Por conseguinte, os consórcios públicos se consistem na união entre entes da federação, sem fins lucrativos, com a finalidade de prestar serviços e desenvolver ações conjuntas que visem o interesse coletivo e benefícios públicos. Estes entes podem se associar quando constituídos pela mesma esfera de governo (forma horizontal) ou de forma vertical, quando constituídos por entes de diferentes esferas. Tais entes adquiriram relevância, devendo merecer atenção dos gestores e pesquisadores, mormente na área da saúde. Trata-se de abordagem introdutória, de caráter doutrinário, mormente normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Consórcios; Município; Saúde.

INTERMUNICIPAL CONSORTIUMS - ESPECIALLY IN THE SCOPE OF HEALTH

ABSTRACT: Municipalities can form consortia to jointly develop the actions and

services that are convenient for them, in accordance with regulatory provisions. Therefore, public consortia consist of the union between non-profit entities of the federation, with the purpose of providing services and developing joint actions aimed at the collective interest and public benefits. These entities can associate when constituted by the same sphere of government (horizontal form) or vertically, when constituted by entities from different spheres. Such entries have acquired relevance, and should deserve attention from managers and researchers, especially in the health area. It is an introductory approach, of a doctrinal character, mainly normative.

KEYWORDS: Consortia; County; Health.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tende a evoluir com a sociedade, incorporando novos instrumentos que possam viabilizar a concretização de seus objetivos. Assim, configura-se mister aceitar as inovações que contribuem para que a Administração Pública aprimore os seus instrumentos. Sob esta perspectiva, ela não se constitui em fenômeno neutro, mas, pelo inverso, vai incorporando novas técnicas de estrutura e de ação.

Assim, a respeito Teixeira *et al.* (2002, p. 16), oferecem o seguinte contributo:

O avanço do processo de descentralização e o de municipalização da saúde reforçaram a necessidade de se organizar a gestão do sistema de serviços de saúde (microrregionalização) e de se buscar formas de associação que permitissem superar as deficiências de escala e de disponibilidade de recursos (consorciamento). A prestação de serviços de saúde por meio de consórcios deve, no entanto, estar incerta em um contexto regulatório e organizativo que estabeleça regras ao seu funcionamento e permita, assim potencializar seus ganhos. Portanto a existência desses dois mecanismos complementares sugere o estudo que investigue como ambos podem ser usados para aumentar a eficiência, no Brasil, dos gastos com saúde. Mais especificamente é importante entender que problemas de incentivos podem ocorrer num processo de regionalização, e também como os dois processos, consórcio e regionalização, relacionam-se entre si.

Avulta, entre as inovações administrativas, o instituto do consórcio, quando entes federativos firmam compromissos de, em comunhão, promover melhor e maior prestação de serviço.

Antes de tudo, no entanto, faz-se mister adotar um construto acerca do fenômeno em análise. A respeito, dispõe a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências”;

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

Outrossim, vale trazer à colação o disposto na Carta Magna:

Art. 241 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem

como a transferência total ou parcial de encargos, serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Lima (2000, p. 986) fornece a seguinte luz:

“Consórcio, do latim *consortiu*, implica a ideia de associação, ligação, união e, no âmbito das relações intermunicipais, nada mais apropriado do que a formação de entidades visando o estudo, o acompanhamento, o diagnóstico das soluções que, via de regra, envolvem municípios limítrofes e com problemas que se identificam numa ordem cada vez mais crescente, em função de forte demanda dos administrados. A formação de consórcio não obedece a uma única lógica, mas aos interesses e disponibilidades de uma dada região, conformando diversos modos de atuação e permitindo o seu aprimoramento, inclusão ou não de municípios, agrupamento de municípios que, pela lógica da proximidade, pode não pertencer ao estado/sede do consórcio.

De outro vértice, sabe-se de que o direito à saúde está previsto na Carta Maior, nos termos infra exarados.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Destarte, em face deste compromisso estatal, surge como alternativa de mitigar os problemas com a saúde a possibilidade da formação de consórcios administrativos intermunicipais.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1988, reconheceu a figura dos Consórcios Públicos como pessoas jurídicas de direito público.

Ademais disso, introduziu o novo conceito da gestão associada de serviços públicos, por meio do qual um ente da Federação pode cooperar com outros entes para a execução das ações de planejamento, de regulação, de fiscalização ou para a prestação de serviços públicos, como segue:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei n. 8.080, de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e

recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e, em seu art. 18, inciso VII, **prevê a formação dos referidos consórcios.**

Aos Municípios foi facultado constituírem consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços que lhes convém, conforme previsão no artigo 10, § 1º e 2º da citada Lei:

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.

Portanto, os consórcios públicos se consistem na união entre entes da federação, sem fins lucrativos, com a finalidade de prestar serviços e desenvolver ações conjuntas que visem o interesse coletivo e benefícios públicos.

Estes entes podem se associar quando constituídos pela mesma esfera de governo (forma horizontal) ou de forma vertical, quando constituídos por entes de diferentes esferas.

Os consórcios públicos são regidos pela Lei Federal nº 11.107/2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação, sendo a primeira lei brasileira de cooperação federativa.

Com o advento da lei os municípios e estados têm muito a ganhar, uma vez que se abre a possibilidade de ações conjuntas que propiciam o fortalecimento das esferas políticas locais, pois sua atuação pode ser potencializada pela cooperação.

Pode-se afirmar que o principal objetivo da constituição e manutenção de um consórcio é a otimização na gestão pública municipal e regional, através de maior sensibilidade política pela aproximação com a realidade dos cidadãos. Também o fortalecimento da região nas negociações perante o Governo Federal e Estadual para a aquisição e transferência de recursos.

Importante mencionar também que a lei estabelece a obrigatoriedade da criação de uma pessoa jurídica para constituir um consórcio, que pode ser estabelecida de duas formas, sendo a primeira - Consórcios Públicos de Direito Público – são associações públicas de natureza autárquica que devem obedecer a todos os princípios da administração pública e que podem celebrar contratos e receber recursos regionais e da união e, a segunda - Consórcios Públicos de Direito Privado – podem adotar a forma de associação ou de fundação.

Em Santa Catarina os municípios se reuniram em 15 consórcios intermunicipais de saúde, da forma que segue:

Este labor se direciona aos **Consórcios Intermunicipais de Saúde**, verdadeiras alternativas que se oferecem à Administração Pública.

De início, vale trazer à colação o Consórcio do Alto Vale do Rio do Peixe (CIS/

AMARP), e está baseado em auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, por meio de suas Diretorias Competentes (Processo RLI 18/00906827).

O CIS/AMARP é uma associação pública que objetiva ordenar a utilização dos recursos disponíveis e reforçar o papel do município na modernização da gestão pública, com observância da Lei nº 11.107/05, Decreto Federal nº 6.017, de 17/01/2007, e legislação municipal pertinente.

Os municípios que compõem são: Água Doce, Arroio Trinta, Caçador, Calmon, Capinzal, Catanduvas, Erval Velho, Fraiburgo, Herval D'Oeste, Ibiama, Ibicaré, Iomerê, Joaçaba, Lacerdópolis, Lebon Régis, Luzerna, Macieira, Matos Costa, Pinheiro Preto, Rio das Antas, Salto Veloso, Tangará, Timbó Grande, Treze Tílias, Vargem Bonita e Videira (sede).

Tem por finalidade, representar o conjunto dos municípios que o integram, em assuntos de saúde de interesse comum, perante outras esferas de Governo e perante quaisquer entidades de direito público ou privado, nacionais ou internacionais; assegurar a prestação de serviços de saúde em caráter suplementar e complementar a população dos municípios consorciados, em conformidade com as diretrizes do SUS e de maneira eficiente e eficaz, sempre que tais serviços não possam ser prestados diretamente pelo município; criar instrumentos de controle, acompanhamento e avaliação dos serviços de saúde prestados à população; desenvolver e executar serviços e atividades de interesse dos municípios consorciados de acordo com os projetos e programas de trabalho aprovados pelo CIS/AMARP; viabilizar ações conjuntas na área da compra e ou produção de equipamentos, materiais, medicamentos e outros insumos (Art. 6º do Estatuto do Cisamarp e art. 6º do Protocolo de Intenções firmado entre os municípios integrantes do Cisamarp).

O financiamento do Consórcio se dá por meio de um contrato de rateio, o qual define as responsabilidades econômico-financeiras por parte de cada consorciado e a forma de repasse de cada participante.

À luz do magistério de Ariane *Fucci Wady*, contrato de rateio é um contrato celebrado pelos Entes Políticos, em sede de um contrato de consórcio público, visando que os recursos adquiridos com a prestação do serviço público, objeto do consórcio, seja rateado entre os Entes Públicos consorciados, conforme disposto no art. 8º, § 1º, da lei 11107/05.

À luz de dados do processo já referenciado, o CIS/AMARP, de acordo com o Portal de Acesso a Informação da entidade na página <https://lai.fecam.org.br/cisamarp>, integra a rede pública de saúde dos 26 municípios consorciados abrangendo uma população de 344.853 habitantes.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina analisou a gestão associada dos serviços públicos de saúde especificamente em relação ao atendimento da demanda pelo Sistema Único de Saúde (SUS), nos municípios de Caçador e Videira, a fim de averiguar se suas atividades estavam sendo controladas e fiscalizadas.

Foram observadas tanto irregularidades, quanto problemas na gestão dos sistemas de regulação dos municípios visitados, bem como a inter-relação com o sistema estadual, desta forma, a Decisão. 638/2020 do TCE/SC, foi no sentido de realização de auditoria

operacional, bem como de regularidade, no sistema de regulação da saúde dos municípios e no âmbito do estado de Santa Catarina.

No Processo RLA 19/00650280 do âmbito do TCE/SC, está sendo realizada auditoria no Consórcio Intermunicipal de Saúde do Extremo Sul Catarinense (CIS-AMESC), a fim de verificar a regularidade dos registros contábeis e das despesas realizadas pela Entidade.

Segundo o artigo 1º de seu Estatuto, o CIS-AMESC é uma sociedade civil de direito privado, sem fins lucrativos, regendo-se pelo Código Civil.

O poder público pode repassar recursos a entidades privadas para que sejam desenvolvidas algumas finalidades de interesse comum. A verba proveniente do erário, nesses casos, não perde sua natureza pública.

Embora seja pessoa privada que não integra a administração pública, o CIS-AMESC atua em paralelo aos municípios consorciados e se utiliza de verba pública, sendo imperativo que preze pela boa aplicação do dinheiro público, bem como efetue a regular prestação de contas.

O TCE/SC, dentre suas competências está de forma proativa inclinado na análise destes fatores, sem resultado conclusivo, até o momento.

Um último caso a ser relatado diz respeito ao Consórcio Intermunicipal de Saúde do Oeste de Santa Catarina (CIS-AMOSC) teve sua fundação em julho de 1996.

Todavia, segundo dados do processo, em 2008 foi enquadrado na nova legislação, sendo constituído sob a forma de associação pública com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, transformando-se em consórcio público, regendo-se pelos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil, Lei (federal) n.º11.107/05, Decreto (federal) n.º6.017/07, Lei (federal) n.º 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), Lei (federal) n.º 8.142/90 e pelo Protocolo de Intenções.

O CIS-AMOSC é constituído por diversos municípios subscritos no protocolo de intenções ratificado pelas respectivas Câmaras Municipais de Vereadores, cuja representação se dá através do prefeito municipal.

Segundo dados do processo, citado, o CIS-AMOSC conta com 53 municípios filados, numa população de mais de 562 mil habitantes. Possui aproximadamente 240 profissionais credenciados nas mais diversas especialidades e vários municípios de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.

O objetivo de atuação do TCE/SC neste consórcio foi o de verificar a regularidade das despesas realizadas pela Entidade no exercício de 2017, bem como a execução dos programas firmados pelo Consórcio, o cumprimento de metas pactuadas e o atingimento dos resultados estipulados.

Foram constatadas irregularidades e falhas, entretantes, o resultado final foi pela regularidade, com ressalvas (Decisão TCE/SC n. 662/2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde configura direito fundamental do ser humano, e dever de o Estado prover

as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

As ações e serviços de saúde devem ser prestados por órgãos e instituições públicas nas três esferas da administração, contudo, havendo carência na oferta de serviços públicos de saúde, estes podem ser prestados pela iniciativa privada, em caráter complementar, que poderá participar do Sistema Único de Saúde. Para tanto, ao poder executivo cabe o dever de gerenciamento da oferta (pública e privada) para atendimento integral da demanda por meio de sistemas de controle e regulação do acesso à saúde.

Assim, como forma de mitigar tais demandas, surgem os Consórcios Públicos que passaram a constituir, a partir dos anos 90, um importante instrumento de política pública para o desenvolvimento econômico e melhorias no sistema de saúde, saneamento, meio ambiente, entre outros.

Através dos Consórcios, os municípios podem realizar de forma ágil e simplificada, atividades conjuntas na área da saúde, dentre outras, buscando redução dos custos de atendimentos no setor.

Apesar das facilidades proporcionadas pelo consórcio, não se pode substituir a competência dos municípios em atuarem na Atenção Básica à Saúde, por se tratar de serviço público essencial e atividade-fim do Poder Público.

O funcionamento do serviço público de saúde é obrigação do Estado, com participação de forma complementar de entidades privadas. Dessa forma, a transferência de tais serviços aos consórcios, deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, respeitando as normas que regem a matéria.

Por fim, o desafio permanece constante, para que os beneficiários destes serviços possam ter a percepção da expansão e melhoria da qualidade dos serviços prestados através dos Consórcios Intermunicipais de Saúde.

REFERÊNCIAS

ABNT. **ABNT NBR 6028**: informação e documentação – Resumo – Apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ABNT. **ABNT NBR 10520**: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

LIMA, A. P. G. Os consórcios intermunicipais de saúde e o Sistema Único de Saúde. **Cad. Saúde Pública**, v. 16, n. 4, p. 985-996, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/jWHZPRpnJvpXpghpX4v83SJ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2021

TEIXEIRA, L. MAC DOWELL, M.C.; BUGARIN, M. **Incentivos em consórcios intermunicipais de saúde**: uma abordagem da teoria de contratos. n. 894. Brasília: IPEA, 2002. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0894.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

CONSENSUALIDADE E SIMPLIFICAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Data de aceite: 01/11/2022

Rodrigo Borges Nogueira

Mestrando em Direito Público, pela Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura/FUMEC. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva em parceria com a ANAMAGES. Advogado Especialista em Políticas e Gestão da Saúde, com função de Assessor Jurídico na Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/6502281971346624>

RESUMO: O presente texto tem o propósito de analisar o Direito Tributário, quanto às tendências atuais de simplificação e de maior consensualidade no direito público. Analisaremos a maneira como o Direito Tributário adota procedimentos cada vez mais simplificados e objetivos; e também como a consensualidade, a manifestação de vontade do contribuinte, é presente nas relações de direito tributário, embora entendimentos mais conservadores ainda neguem a existência de espaço para consenso em tais relações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Consensualidade. Simplificação.

CONSENSUALITY AND SIMPLIFICATION IN TAX LAW

ABSTRACT: This paper aims to analyze the Tax Law, for the simplification of current trends and more consensual in public law. We analyze how the tax law adopts procedures increasingly simplified and objectives; as well as consensual, the taxpayer will manifestation, is present in the relations of tax law, though more conservative understandings still deny the existence space of for consensus in such relationships.

KEYWORDS Tax Law. Consensuality. Simplification.

Introdução

A consensualidade vem ganhando cada vez mais espaço no Direito Administrativo. Já não mais se nega a existência de instrumentos jurídicos consensuais entre Administração e particular regulados pelas normas de Direito Administrativo. Desafio para os administrativistas ainda é resguardar a isonomia.

Mas, quando se trata de Direito

Tributário, a existência de espaço para consenso ainda é tema controverso. A resistência ao reconhecimento da consensualidade ainda é muito intensa. Juristas afirmam que não há espaço para o consenso no Direito Tributário, sob pena de infração aos princípios da legalidade e da isonomia.

De fato, a consensualidade, conquanto deva representar importante forma de agir administrativo em um Estado social democrático, não pode substituir indiscriminadamente a atuação unilateral da Administração. Ao mesmo tempo em que o consenso tem condições de ser a forma preferencial de atuação em sub-ramos, como os direitos urbanístico e econômico, em outros, como é o caso do direito tributário, há pouco ou nenhum espaço para ele, sob o risco de violação de princípios constitucionais, como os da legalidade e da isonomia. A verdade, portanto, é que existem áreas que não se acham sujeitas ao comércio jurídico e que, por conseguinte, não poderão ser objeto de consenso. (BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 269-270).

O tributo e a respectiva forma de cobrança são definidos em lei. O contribuinte e o fisco estão sob o império da lei. A Administração Tributária não pode deixar de exigir a prestação definida em lei e o contribuinte não pode deixar de cumpri-la. A Administração tem o poder e o dever de declarar, lançar, liquidar e executar o crédito tributário. O ato de liquidação ocorre de automática aplicação da lei, pela Administração.

O princípio da legalidade tributária é garantia primordialmente destinada a proteger o contribuinte contra a sanha arrecadatória do Estado. A lei delimita o comportamento fiscal do Estado.

Mas convém lembrar que a manutenção e atividades do Estado visam atender às necessidades prioritárias das pessoas. Geram gastos que devem ser custeados pela sociedade, através dos tributos.

A posição de supremacia do Estado arrecadador é necessária e evidente. O Estado é quem define liquida e executa o tributo.

Na maioria das formas em que relações tributárias entre Estado e particular se manifestam, a vontade deste não tem relevância. Via de regra, a vontade do particular é mais manifesta no momento anterior à incidência do tributo. Quando ele decide se vai praticar o fato gerador ou não.

Mas, mesmo fora tais casos, é possível detectar situações em que há espaço para consenso. Esse espaço estaria nas incertezas e inexatidões acerca dos dados necessários à verificação e quantificação dos tributos. A impossibilidade de o texto legal prever, apreender e regular todas as possibilidades fáticas é das principais razões que dão lugar a lacunas e discricionariedades. Devido à limitação da linguagem, face à realidade fática, o conteúdo da lei muitas vezes é indefinido, indeterminado, ou constitui norma em branco. Muitas vezes, a inexatidão da lei pode acarretar incertezas cujo interesse no deslinde pode levar o agente estatal a transigir.

A lei pode ocasionar incertezas acerca de fatos e da hipótese de incidência dos impostos. Muitas vezes eles podem até ser contraditórios. Isso não só dá espaço, mas também torna necessário o consenso. E este ocorre de fato, mas não com franca previsão/

autorização, nem regulamentação expressa na lei.

Outra tendência atual do Direito Tributário, que também enseja manifestação de vontade do contribuinte, é a simplificação dos procedimentos de lançamento, liquidação e execução dos tributos, devido à impossibilidade material de a Administração avaliar diretamente a suposta capacidade contributiva de cada contribuinte.

Tal discussão envolve compreensão e atenção aos princípios da legalidade, reserva legal, igualdade, capacidade contributiva, eficiência e segurança jurídica. Princípios cuja conceituação não é objeto desse artigo, considerando que o interesse pelo tema aqui abordado pressupõe suficiente conhecimento acerca deles.

CONSENSO COMO MEIO DE DIRIMIR INCERTEZAS GERADAS PELA LEI – SIMPLIFICAÇÃO – (IN)CONVENIÊNCIAS E RISCOS

A impossibilidade de o texto legal prever, apreender e regular todas as possibilidades fáticas é das principais razões que dão lugar a lacunas e discricionariedades. Devido à limitação da linguagem, face à realidade fática, o conteúdo da lei muitas vezes é indefinido, indeterminado, ou constitui norma em branco. Muitas vezes, a inexatidão da lei pode acarretar incertezas cujo interesse no deslinde pode levar o agente estatal a transigir com o contribuinte.

As incertezas ocasionadas pelos conceitos jurídicos podem ser dirimidas de forma consensual entre o contribuinte devedor e a Administração credora.

Obviamente, quando há ampla margem para discricionariedade e disposição, aumenta-se muito o risco de ocorrência de atos imorais. Se, por um lado, aumenta-se a eficiência, por outro, afeta-se a moralidade e a igualdade.

Há situações que é dada opção para o contribuinte escolher que o valor do tributo seja estimado objetivamente através de presunções obtidas por dados, em detrimento da estimação direta e real.

A impossibilidade material de a Administração avaliar diretamente a suposta capacidade contributiva de cada contribuinte a obriga à adoção de critérios objetivos de estimação, especialmente quando se trata de tributos incidentes sobre rendimentos, ou adoção de sistemas simplificados e regimes especiais.

Há quem diga que, para que não se incorra em inconstitucionalidade, a adoção de regime objetivo de estimação deve ser voluntária, alternativa à estimação real; e que a estimação objetiva não constitui ofensa ao princípio da capacidade contributiva, pelo fato de que na verdade ocorre é alteração do fato gerador - o fato gerador previsto na lei não seria o mesmo quando da estimação. (NOVOA, César García. *El reto de la simplificación de los sistema tributarios*. In. PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325).

Em verdade, é possível que, dependendo dos critérios objetivos, empregados, obtenha-se maior aproximação da capacidade objetiva real. Ademais, a complexidade das obrigações formais deixadas a cargo do contribuinte quando se pretende a estimativa real

pode dar ensejo a fraudes (no método objetivo também) e até mesmo a omissões, dada a dificuldade. Nesse diapasão, a adoção de critérios objetivos talvez melhor coaduna com a segurança jurídica e eficiência.

A rigor, poderia se discutir, teoricamente, se o sujeito passivo do tributo seria obrigado a se auto declarar devedor, ou a produzir prova em seu desfavor.

Muitas vezes, prestigiando o princípio da eficiência e generalidade tributária, e mitigando o princípio da capacidade contributiva e o da legalidade, o Estado opta por simplificar as formas de arrecadação.

O princípio da legalidade aplicado com excessivo rigor não permitiria a hipótese que ocorre em caso como no de Imposto de Renda, em que o contribuinte fornece a declaração. A rigor, os atos de liquidação deveriam ser praticados pela Administração. O credor pratica ato que, em tese, seria próprio da Administração.

Mas há caso que a própria lei flexibiliza o princípio da reserva legal. Exemplo é o artigo 170 da Lei 5172 de 25 de outubro de 1996, que, ao tratar da compensação de créditos tributários, remete à lei do ente arrecadador ou à autoridade administrativa, sem delimitar cada esfera (legal ou da autoridade), a estipulação das condições e garantias para a autorização para compensação de créditos tributários. Na hipótese tratada no dispositivo legal, a matéria sujeita à reserva de lei é imprecisa, indefinida.

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. (BRASIL. Lei n. 5172 de 25 de outubro de 1996 – Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htmhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 02/08/2015.

NORMAS DE DIREITO PRIVADO – SUBSIDIARIEDADE - RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Teóricos afirmam que a flexibilidade capaz de propiciar consensualidade parece decorrer da insuficiência das normas. Solução comumente apresentada para a suposta carência de regulamentação é a aplicação subsidiária das normas de direito privado. (NOVOA, César García. *El reto de la simplificacion de los sistema tributarios*. In: PIREZ, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 227).

Aliás, há quem vá mais adiante e enxergue a relação fisco x contribuinte como relação obrigacional. Se, por um lado, o contribuinte tem o deveres formais mediatos e o dever imediato de pagar o imposto, por outro, ele tem o dever de exigir do Estado o cumprimento concreto das normas. (GUIMARÃES, Vasco Branco. *O papel da vontade na relação jurídico-tributária*. In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES,

Vasco Branco. *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 140).

Cumpra salientar, acerca da autonomia privada, que a pactuação entre privados modificativas do sujeito da obrigação tributária somente é oponível entre elas, mas não contra a Administração.

MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO CONTRIBUINTE – DIVERSAS FASES E FORMAS - FATO

A manifestação de vontade do contribuinte, capaz de gerar efeitos tributários, pode estar presente nas variadas fases do tributo, desde a produção das normas, passando pela prática do fato gerador, liquidação, execução e exaurimento.

Na fase de produção normativa, essa manifestação costuma ser coletiva, através de meios democráticos, de representação e participação.

Na fase compreendida entre a norma e a realização do fato gerador, é comum haver manifestação de vontade do contribuinte através de proposta a ente federado para que instale empresa ou filial em seu território. Normalmente ocorre em caso de empresa de grande vulto que é capaz de trazer benefícios econômicos à região e considerável aumento da arrecadação ao ente. [É muito importante abrir parêntese para notar que casos como o do exemplo acima tendem a ferir gravemente a isonomia e causar graves desequilíbrios econômicos, com dominação dos mais fortes em detrimento dos mais fracos].

Entre o fato gerador e a exigibilidade, normalmente a manifestação do contribuinte é necessária ao esclarecimento de incertezas sobre a quantificação do tributo. A impossibilidade fática material de a Administração conseguir fiscalizar todos os contribuintes, identificar os fatos geradores, quantificá-los é que dá ensejo à necessária participação do particular nessa fase. Os impostos que incidem sobre renda e faturamento são exemplos. A possibilidade de o contribuinte escolher entre mais de uma maneira de declarar o imposto devido (ex. Adesão pelo modelo simplificado ou pelo modelo detalhado) é típica hipótese de manifestação de vontade do contribuinte que terá influência na quantia a ser paga.

Da exigibilidade ao pagamento do tributo, temos como exemplos de manifestação de vontade do contribuinte: acordo de parcelamento; e composição entre perícias contraditórias.

CONCLUSÃO

A existência de consenso e manifestações de vontade na atividade, embora em grau limitado, e em que pesem omissões legais e entendimentos sonegadores, é fato.

Em todas as fases de realização e tributária, as manifestações de vontade estão presentes, em alguma intensidade.

Basicamente, os acordos em matéria tributária, entre contribuinte e fisco, podem ocorrer para: desfazer incertezas e inexistências; ou para definir as formas e procedimentos. E as opções de escolha dadas ao sujeito passivo do imposto vêm a simplificar e aumentar

a eficiência da arrecadação.

Mas, obviamente, quando há ampla margem para discricionariedade e disposição, da coisa pública, aumenta-se muito o risco de ocorrência de atos imorais. Se, por um lado, aumenta-se a eficiência, por outro, afeta-se a moralidade e a igualdade. Ainda, há grave risco de causar sérios e injustos desequilíbrios econômicos, com dominação dos mais fortes em detrimento dos mais fracos.

Por fim, há que se salientar que as normas de direito material representam limite inafastável a qualquer ato, negócio ou consenso. A sua observância deve ser plena. Qualquer ato, negocial ou não, há que estar balizado nas normas de direito material.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Lei n. 5172 de 25 de outubro de 1996 – Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htmhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 02/08/2015.

GUIMARÃES, Vasco Branco. O papel da vontade na relação jurídico-tributária. In: FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva; GUIMARÃES, Vasco Branco. Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NOVOA, César García. *El reto de la simplificacion de los sistema tributarios*. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988: VEDAÇÃO, NA FORMA DA LEI, DAS PRÁTICAS QUE SUBMETAM OS ANIMAIS À CRUELDADE

Data de submissão: 29/08/2022

Data de aceite: 01/11/2022

Nilsen Aparecida Vieira Marcondes

Centro Universitário Internacional –
UNINTER, Programa de Pós-Graduação
em Direito Animal da Escola da
Magistratura Federal do Paraná ESMAFE/
PR-UNINTER. Curitiba - PR
<http://lattes.cnpq.br/6789334957023303>
<https://orcid.org/0000-0001-8865-8939>

RESUMO: Objetiva-se analisar neste estudo o artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal Brasileira de 1988 em matéria de vedação das práticas que submetam os animais à crueldade. Trata-se de um estudo qualitativo, básico, descritivo, documental e bibliográfico em que se realizou a seleção e leitura do documento Constituição Federal de 1988 e das literaturas disponíveis, bem como organização das informações coletadas e análise e discussão das mesmas. E no que diz respeito a perspectiva teórica priorizada assenta-se na investigação crítica. Os resultados apontam que a Constituição Federal Brasileira de 1988 apresenta uma concepção antropocêntrica jurídica ecológica uma vez que a Carta Magna atribui ao Estado – por

meio da norma constitucional (artigo 225, caput e § 1º) deveres de proteção dos bens em questão, quais sejam: natureza em si, bem-estar animal, fauna e flora, bem como aos particulares (sob a ótica de deveres fundamentais de proteção do ambiente) a tutela dos bens jurídicos ambientais o que significa dentre outras realidades não submeter os animais a crueldade e portanto, buscar o bem-estar animal. Conclui-se que o sentido conferido pelo constituinte ao positivizar o artigo 225, § 1º, inciso VII, na Constituição Federal de 1988 foi o de oportunizar em todo o território nacional a busca pela consolidação do bem-estar animal por meio (i) do respeito à dignidade animal e (ii) da garantia futura e posterior de implementação de Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal Brasileira de 1988. Vedação das Práticas de Crueldade. Bem-estar Animal.

BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: PROHIBITION, BY LAW, OF PRACTICES THAT SUBMIT ANIMALS TO CRUELTY

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze article 225, § 1, item VII of the Brazilian Federal Constitution of 1988, regarding the prohibition of practices that subject animals to cruelty. This is a qualitative, basic, descriptive, documentary and bibliographic study in which the Federal Constitution of 1988 and available literature were selected and read, as well as the organization of the information collected and their analysis and discussion. And as far as the prioritized theoretical perspective is concerned, it is based on critical investigation. The results indicate that the Brazilian Federal Constitution of 1988 presents an anthropocentric ecological legal conception since the Magna Carta attributes to the State - through the constitutional norm (article 225, caput and § 1º) duties of protection of the goods in question, which are : nature itself, animal welfare, fauna and flora, as well as to individuals (from the perspective of fundamental duties of environmental protection) the protection of environmental legal interests, which means, among other realities, not subjecting animals to cruelty and therefore , seek animal welfare. It is concluded that the meaning given by the constituent when making positive article 225, § 1, item VII, in the Federal Constitution of 1988 was to provide opportunities throughout the national territory to seek the consolidation of animal welfare through (i) the respect for animal dignity and (ii) guaranteeing the future and subsequent implementation of Public Policies to Protect the Physical and Psychic Integrity of Animals.

KEYWORDS: Brazilian Federal Constitution of 1988. Prohibition of Cruelty Practices. Animal welfare.

1 | INTRODUÇÃO

O Objetivo deste estudo é analisar o artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal Brasileira de 1988 em matéria de vedação das práticas que submetam os animais à crueldade. E diante disso uma questão emerge: A Constituição Federal Brasileira de 1988 contribui para inibir e/ou minimizar as práticas que submetam os animais à crueldade?

Justifica-se a realização da análise desta problemática porque as reflexões continuadas a respeito da importância da vedação das práticas de crueldade e da consequente promoção do bem-estar animal são de extrema relevância. E estas reflexões devem gradativamente ganhar destaque nos ambientes educacionais – em suas diversas instâncias formadoras – bem como nos meios de comunicação em geral – impresso, televisivo e midiático – e ainda nos diversos espaços de protagonismo da sociedade civil.

Trata-se da primeira Constituição Federal Brasileira a incluir em seu texto normativo a inédita preocupação com o bem-estar animal com todo o alcance que uma constituição pode ter na amplitude do território nacional. E, nesta direção um reconhecimento aos profissionais da Assembleia Constituinte também não se pode deixar de mencionar pelo fato de terem colocado um dispositivo (artigo 225, § 1º, inciso VII) que trata da vedação da prática de maus-tratos aos animais dentro do arcabouço constitucional de 1988. Uma constituição histórica que vem a ocupar uma lacuna no âmbito jurídico protetivo do animal não humano no Brasil, oferecendo a todos os protetores dos animais um instrumento

protetivo em âmbito nacional e com todo o alcance que um dispositivo constitucional pode ter e acima de todas as normas infraconstitucionais protetivas (BRASIL, 1988).

Considera-se a vedação das práticas de crueldade e a consequente promoção do bem-estar animal temas bastante complexos justamente por despertarem muitas paixões, muitas discussões inclusive do ponto de vista político, mas também e principalmente por despertarem uma questão importante: a questão de ordem constitucional (ANAZCO, 2015; BARROSO, 2009; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; HACK, 2012).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é inédita e inovadora no que diz respeito à consideração pelo bem-estar animal quando institui o artigo 225, § 1º, inciso VII que trata da vedação das práticas de maus-tratos aos animais. Os atos de abuso, crueldade e maus-tratos contra os animais foram definidos pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV) através Resolução nº 1.236 de 26 de outubro de 2018, que em seu artigo 2º apresenta a seguinte redação:

Para os fins desta Resolução, devem ser consideradas as seguintes definições: [...] II - maus-tratos: qualquer ato, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente ou por negligência, imperícia ou imprudência provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais; III - crueldade: qualquer ato intencional que provoque dor ou sofrimento desnecessários nos animais, bem como intencionalmente impetrar maus-tratos continuamente aos animais; IV - abuso: qualquer ato intencional, comissivo ou omissivo, que implique no uso despropositado, indevido, excessivo, demais, incorreto de animais, causando prejuízos de ordem física e/ou psicológica, incluindo os atos caracterizados como abuso sexual; [...] (CFMV, 2018, p. 2).

E ainda, a conduta de abandonar animais igualmente representa maus-tratos, conforme preconiza o mesmo Conselho Federal de Medicina Veterinária na supracitada Resolução, em seu artigo 5º, inciso IV (CFMV, 2018).

A preocupação com a proteção do animal brasileiro nasce com a Constituição Federal Pátria de 1988: em 05 de outubro de 1988 desponta a vedação da crueldade para com os animais que vivem no território brasileiro (BRASIL, 1988). E neste sentido o Direito Constitucional Brasileiro (BARROSO, 2009; HACK, 2012) está ganhando destaque nesta reflexão justamente por fortalecer e assegurar a importância da promoção do bem-estar animal (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017) o qual será alcançado por meio da implantação, implementação e consolidação de Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais (MARCONDES, 2019b).

Não obstante, reconhece-se também que a busca pelo bem-estar do animal brasileiro ainda não é foco de atenção por parte da totalidade dos municípios brasileiros. E isso porque tais Políticas Públicas Protetivas por enquanto não são reconhecidas como prioridades nas diversas instâncias governamentais, bem como nas distintas agendas políticas dos governantes seja a nível federal, estadual ou municipal (MARCONDES, 2019a).

Uma realidade igualmente relevante situa-se no fato de que não se pode perder de vista que nem todos concordam com essa luta pela promoção do bem-estar animal,

não obstante ser prerrogativa da Constituição Federal de 1988. E ainda nem todos sabem que é justamente da Constituição Federal Brasileira em vigor atualmente que emana esta preocupação com a busca pelo bem-estar animal. Logo, o bem-estar animal não é reconhecido e nem conhecido nos diversos setores da sociedade civil enquanto realidade nascida e positivada na Constituição Federal Pátria de 1988. E por conta disso, a autonomia deste bem-estar no campo das políticas públicas ainda está em construção, não obstante prerrogativas constitucionais favorecer esta implantação, implementação, bem como consolidação dessas intervenções públicas protetivas dos animais (BRASIL, 1988; MARCONDES, 2019a).

2 | METODOLOGIA

Este estudo se apresenta quanto à forma de abordagem do assunto, como qualitativo; no que tange a modalidade investigativa como básico; do ponto de vista de seus objetivos, como descritivo; com relação aos procedimentos técnicos, qualifica-se como documental e bibliográfico; no que diz respeito aos instrumentos de coleta de dados caracteriza-se pela (1) seleção e leitura da normatização constitucional de 1988, bem como da literatura pertinente sobre o assunto (2) organização das informações coletadas, e (3) análise e discussão das informações de cunho documental e bibliográfico; em se tratando da perspectiva teórica priorizada tem-se a investigação crítica (PEROVANO, 2016); e por fim no que concerne ao referencial analítico para análise e interpretação das normatizações utiliza-se da análise de conteúdo (BARDIN, 2011).

3 | RESULTADOS

Por meio da análise de conteúdo (BARDIN, 2011) como eixo para tratamento das informações coletadas nesta revisão documental e bibliográfica chegou-se ao resultado de que a Constituição Federal Brasileira de 1988 apresenta uma concepção antropocêntrica jurídica ecológica uma vez que a Carta Magna atribui ao Estado – por meio da norma constitucional (artigo 225, caput e § 1º) deveres de proteção dos bens em questão, quais sejam: natureza em si, bem-estar animal, fauna e flora, bem como aos particulares (sob a ótica de deveres fundamentais de proteção do ambiente) a tutela dos bens jurídicos ambientais o que significa dentre outras realidades não submeter os animais a crueldade e por conseguinte, buscar o bem-estar animal (BRASIL, 1988).

4 | DISCUSSÃO

4.1 A Constituição Federal Brasileira de 1988 enquanto elemento de superação dos ideais presentes nas correntes filosóficas pretéritas que desconsideravam os animais não humanos

Percebe-se que a Constituição de 1988 reconheceu a dignidade animal e valorou o

bem-estar animal. A afirmação constitucional da necessidade de proteção física e psíquica dos animais não humanos consiste no reflexo da preocupação do legislador constituinte com a Causa Animal (BRASIL, 1988), representando a superação de ideais pautados nas afirmações filosóficas pretéritas de que os animais não humanos são considerados inferiores quando comparados aos humanos (ATAÍDE JÚNIOR, 2020b; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2017, 2020; LEVAI, 1998; LOURENÇO, 2020; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

Distintas correntes filosóficas pretéritas – lembrando que alguns ensinamentos religiosos também agiram nesta direção, mas que não serão tratados neste estudo por não constituir o escopo desta reflexão – bem como a filosofia moderna cujos expoentes tratados neste tópico são René Descartes, Francis Bacon e Immanuel Kant defenderam a ideia de que os animais não humanos são considerados inferiores quando comparados aos humanos e esta concepção permeia até os dias contemporâneos. As ideologias fundantes destes tipos de pensamento, as quais percorreram os séculos, colaboraram significativamente para o nascimento de convicções especistas (ATAÍDE JÚNIOR, 2020b; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2017, 2020; LEVAI, 1998; LOURENÇO, 2020; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

Assim como o racismo ou o sexismo se caracterizam como preconceitos cujas bases fundantes se assentam nas ideias moralmente e/ou filosoficamente aceitas e defendidas pelos seres humanos de que diferenças físicas – por vezes irrelevantes – justificam o pensamento de que existem graus de superioridade ou inferioridade de um *homo sapiens sapiens* para outro *homo sapiens sapiens* o especismo, por sua vez, percorre o mesmo itinerário conceitual e intelectual no que se refere a diferença de uma espécie de vida para outra.

Especismo se configura, portanto, como um preconceito igualmente legitimado moral e filosoficamente por alguns seres humanos pautado não em cor de pele ou em diferenças anatômicas entre os *homo sapiens sapiens* – a saber diferenças dos órgãos genitais, hormônios, altura, tecido adiposo abaixo da pele, sons emitidos pela voz caracterizados como mais ou menos grave, maior quantidade de pelo principalmente no rosto, dentre outros assemelhados – mas sim em distinções entre as espécies, desconsiderando o fato de que desde Darwin já se sabe que no âmbito da evolução das espécies o *homo sapiens sapiens* mantém relacionamento e depende de outras espécies de vida que não somente a sua para seu desenvolvimento e manutenção neste planeta terra (ATAÍDE JÚNIOR, 2020b; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2017, 2020; LEVAI, 1998; LOURENÇO, 2020).

Desde a pré-história – caracterizada pelo período comumente denominado caçador-coletor em que os humanos viveram por aproximadamente dois milhões de ano – até chegar-se aos primeiros filósofos do mundo antigo – representados principalmente por Homero, Hesíodo, Tales de Mileto, Anaxímenes, Heráclito de Efeso, Pitágoras, Protágoras de Abdera, Sócrates, Platão – verifica-se a consolidação de uma ideia de que o homem era a espécie de vida mais privilegiada da face da terra. Aqui encontra-se a origem das convicções especistas. Gradativamente estes valores especistas vão se inserindo nos

hábitos, costumes, comportamentos, práticas, rituais, nas artes e no saber dos povos, particularmente na cultura dos povos do ocidente. E ao se chegar nos tempos históricos de Francis Bacon, René Descartes e Immanuel Kant –usualmente designados filósofos modernos – tem-se ainda a presença destes juízos de valores especistas (FERREIRA, 2014).

Francis Bacon – considerado como precursor da ciência moderna – na condição de político, filósofo e ensaísta era favorável as investigações científicas e defendia o comportamento experimentalista em face dos animais, bem como a instituição de uma filosofia dominadora e manipuladora da natureza. Ele sustentava que os não humanos foram criados para o uso humano, ou seja, o único motivo da existência dos não humanos era para a satisfação do *homo sapiens sapiens*, pois eram julgadas espécies de vida irracionais (FERREIRA, 2014).

René Descartes – enquanto filósofo, cientista e matemático – defendia que a razão se constituía como parâmetro e origem incontestado do conhecimento. Apontado como racionalista, René Descartes desenvolveu uma teoria guiada pelas regras da matemática. Deste cenário emerge o cartesianismo e uma acentuada concepção do antropocentrismo já defendido e consolidado em épocas históricas pregressas. Para René Descartes, o homem é o controlador supremo da natureza. O fato do animal não humano ser desprovido de consciência faz dele uma máquina para o *homo sapiens sapiens*. Esta incapacidade de falar atribuída aos animais não humanos era decorrente – segundo Descartes – da ausência da razão porque somente o ato de pensar possibilita expressar-se por palavras que possam ser decodificadas pelo intelecto humano (ATAÍDE JÚNIOR, 2020b; FERREIRA, 2014; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

René Descartes sustentava que os animais não humanos, por não conseguirem se expressar por meio das mesmas palavras usadas pelo *homo sapiens sapiens*, eram considerados como máquinas. O entendimento do filósofo de que animais não humanos são semelhantes às máquinas e, por isso, destituídos de quaisquer valores intrínsecos trouxe repercussões negativas para a posteridade dos animais não humanos (ATAÍDE JÚNIOR, 2020b; FERREIRA, 2014; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017). A concepção cartesiana de animal-máquina está presente na sua obra intitulada Discurso do Método; Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas (DESCARTES, 1979).

Para René Descartes, os animais não humanos de modo algum teriam a capacidade de fazer uso de palavras ou sinais, bem como agir de forma racional, mas unicamente sob reflexo mecânico de seus órgãos. E na condição de susceptíveis às leis mecânicas, os animais não humanos – assim como todo e qualquer outro objeto propenso às mesmas leis – não sentiriam dor, aflição, agonia, tristeza, medo ou prazer, contentamento, alegria (ATAÍDE JÚNIOR, 2020b; FERREIRA, 2014; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

Diante dos argumentos de René Descartes alusivos aos animais não humanos, justificava-se então o comportamento do *homo sapiens sapiens* em não atribuir relevância nenhuma aos não humanos sendo desnecessário, portanto, se importar com a existência deles – dos não humanos – exceto para o próprio e específico benefício da espécie humana

(ATAÍDE JÚNIOR, 2020b; FERREIRA, 2014; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

A filosofia de René Descartes foi a que mais trouxe prejuízos à existência dos animais não humanos na medida em que identificava a consciência como atributo exclusivo da espécie humana. Isso colocou o *homo sapiens sapiens* numa posição de superioridade em relação às demais espécies de vida existentes ao seu redor justificando a atitude de desprezo para com elas.

A ciência moderna, de inspiração cartesiana, traz em seu bojo a defesa do humanismo cartesiano. E foi justamente o humanismo cartesiano, a doutrina que mais desvalorizou a natureza de forma geral e os animais não humanos particularmente. A cultura ocidental incorporou esta postura filosófica em suas práticas cotidianas o que trouxe consequências nefastas para os animais não humanos (ATAÍDE JÚNIOR, 2020b; FERREIRA, 2014; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

Immanuel Kant – na condição de filósofo – legitimava a invisibilidade moral dos animais não humanos. A acentuada defesa do valor soberano da espécie *homo sapien sapiens* em detrimento dos animais não humanos acabava por excluir estes da esfera moral. O entendimento era de que inexistia a possibilidade de construção de uma relação jurídica a ser iniciada entre o homem e os animais não humanos considerados por Immanuel Kant como irracionais. As alegações eram de que os animais não humanos não possuíam direitos e nem deveres e por consequência não assumiriam obrigações, não havendo para com os animais não humanos qualquer tipo de vinculação de reciprocidade resultado do dever (FERREIRA, 2014).

Como Immanuel Kant posicionava o homem como conhecedor e controlador do universo, recusava-se a preferir ponderações morais que contemplassem os animais não humanos, tornando-os seres passíveis de recebimento de atenção indireta por parte dos homens uma vez que eram considerados como coisas destituídas de direitos e deveres: *res corporalis* (FERREIRA, 2014).

A ausência de obrigações morais para com os animais não humanos trouxe repercussões diretas ao pensamento que se consolidava nos séculos XVIII e XIX e também particularmente na edificação das normativas legais. No que se refere propriamente ao âmbito jurídico, tal desconsideração podia ser percebida quando por exemplo os animais não humanos não eram reconhecidos ou quando sim era para defender somente os homens e em nenhum momento os interesses dos animais não humanos (FERREIRA, 2014).

4.2 O modelo de proteção dos animais não humanos adotado pelo constituinte originário na Constituição Federal Brasileira de 1988

O modelo de proteção dos animais não humanos adotado pelo constituinte originário na Constituição brasileira de 1988 – por força do que dispõe o § 1º, inciso VII do artigo 225 ao vedar as práticas de crueldade – deixa transparecer a preocupação com o bem-estar animal. A ideia presente por trás da vedação desta atitude é a de que um Estado (Constitucional) Democrático de Direito não admite maus-tratos para com os animais não humanos e conseqüentemente prima pelo bem-estar destas vidas sencientes e não

humanas (BRASIL, 1988).

A vedação das práticas de maus-tratos aos animais e consequente busca pelo seu bem-estar físico e psíquico foi requerida, postulada e proposta pelo constituinte de 1988 o qual a deixou expressa no texto constitucional. Então toda derivação desta vedação aos maus-tratos e desta busca pelo bem-estar advém de fonte constitucional (BRASIL, 1988).

Quando se fala em busca pelo bem-estar animal, além de reforçar o fato de se tratar de uma prerrogativa constitucional, defende-se também tratar-se de um valor. Considera-se o bem-estar um valor, um valor que se estende a todos os animais não humanos indistintamente (CAMPOS NETO, 2005; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; LEVAI, 1998). É um valor constitucional. E foi justamente essa a valoração proposta pelo constituinte originário na ocasião da redação do texto constitucional de 1988 (BRASIL, 1988).

O ápice do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a Constituição Federal de 1988, é o lócus de onde emana a preocupação com o bem-estar animal. O constituinte buscou assegurar o bem-estar animal quando positivou o artigo 225, § 1º, inciso VII. A previsão do artigo 225, § 1º, inciso VII, no texto constitucional por si só já evidencia a importância da busca pelo bem-estar animal enquanto incorporação da dimensão jurídica do assunto tornando a questão dos maus-tratos especial e passível de atenção no âmbito constitucional (ANAZCO, 2015; BRASIL, 1988; CERRI NETO, 2018).

Não é possível deixar de mencionar neste contexto o fato de a história brasileira passada, recente e provavelmente futura, ter sido, estar e ainda ser vergonhosamente, marcada por flagrantes atitudes de maus-tratos aos animais não humanos perpetradas por pessoas físicas e/ou jurídicas (CERRI NETO, 2018). A este cenário podem ser somados outros fatores, entre os quais se destaca: a dificuldade de acesso de parcela significativa da população de baixa renda e tutora de animais ao atendimento veterinário público-gratuito; a inexistência de Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais em muitos municípios brasileiros; a impunidade e/ou a falta de fiscalização das ações daqueles que cometem maus-tratos para com os animais; dentre outras situações assemelhadas (CERRI NETO, 2018; MARCONDES, 2019a, 2019b).

Diante destas realidades, reforça-se que a preocupação com a vedação das práticas de crueldade e com a consequente promoção do bem-estar animal não é somente questão ideológica e/ou partidária: é principalmente fundamento da República uma vez que se encontra grafada no artigo 225, § 1º, inciso VII. A reflexão em torno desta temática não deve ocorrer somente no âmbito relacional das pessoas que se encontram próximas umas das outras, ou daquelas que mantêm afinidade entre si, ou ainda daquelas que compartilham o mesmo tipo de pensamento. Não. E, não porque a vedação das práticas de crueldade e a consequente promoção do bem-estar animal é prerrogativa constitucional que deve ser respeitada e perseguida pela totalidade dos agentes que compõem a sociedade brasileira (LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a, 2019b; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SOARES; BARBOSA, 2020).

A vedação das práticas de crueldade e a busca pelo bem-estar animal, tanto

em seu aspecto teórico quanto prático, não deve partir somente deste ou daquele segmento específico da sociedade brasileira. Pelo contrário, tais temáticas devem ocupar constantemente o cenário nacional independentemente do sentimento de afeto ou não pelos animais não humanos, da identificação ou não com a Causa Animal ou de qualquer outra questão que se queira colocar em voga na discussão (ANAZCO, 2015; BARROSO, 2009; BRASIL, 1988; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; HACK, 2012).

A argumentação defendida neste estudo não está pautada na afetividade ou na identificação ou ainda em qualquer outra realidade abstrata ou concreta que se queira trazer à tona para adensar o debate em torno da vedação das práticas de crueldade e a busca pelo bem-estar animal. A presente análise fundamenta-se na normatização e normatização constitucional que deve ser cumprida sob a pena de trazer consequências de ordem civil, e/ou administrativa e/ou penal para o(a) transgressor(a) seja ele(a) pessoa física ou jurídica (BRASIL, 1988; CERRI NETO, 2018).

No tratamento da temática protetiva do animal não humano não se pode perder de vista o fato da vedação aos maus-tratos se configurar como realidade advinda do âmbito constitucional e não somente do âmbito afetivo e subjetivo deste ou daquele segmento populacional que se identifica com a Causa Animal ou deste ou daquele grupo de indivíduos que se autointitulam como protetores dos animais, por exemplo (BRASIL, 1988; CERRI NETO, 2018; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a).

Ao contrário daqueles que pensam e defendem que a questão protetiva dos animais não humanos se concentra apenas na esfera da afetividade e da identificação com a Causa Animal, a Constituição Federal de 1988 vem impor a todos os seres humanos que vivem no território nacional – por meio de um mandamento legal – uma atuação pautada na vedação das práticas de maus-tratos aos animais não humanos. Isso significa que ao se executar ações em prol da integridade física e psíquica dos animais está se cumprindo mandamentos legais e não sendo levados exclusivamente por motivações compassivas. Portanto, a atuação dos defensores da Causa Animal é pautada por princípios constitucionais (BRASIL, 1988).

Para aqueles que se interessam pela categoria “vedação das práticas de crueldade e a busca pelo bem-estar animal” como marcador de análise jurídica no ambiente político, social e acadêmico é importante considerar que não se trata de um tema envolto pura e simplesmente pela questão da afetividade. Não. Trata-se sim de uma questão de ordem constitucional. Olhar para a vedação das práticas de crueldade e para a busca pelo bem-estar animal unicamente como categoria político-ideológica é fugir do escopo constitucional (LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020a, 2020b, 2022; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SANTOS, 2022; SOARES; BARBOSA, 2020).

Questão de outra ordem igualmente relevante diz respeito ao fato de que diante dos episódios – comumente noticiados pelos meios de comunicação de massa: jornais, televisão, rádio, cinema, internet – que evidenciam incontáveis atos de maus-tratos para com os animais não humanos, faz-se necessário então que o tema da proteção animal

esteja sempre na pauta de discussões de toda e qualquer ambiência societária brasileira, seja para cumprir os preceitos constitucionais, seja para reforçar o dever cívico da busca pelo bem-estar animal, seja para plantar nas futuras gerações a ojeriza às consequências danosas que alguns comportamentos humanos acarretam aos animais não humanos (ANAZCO, 2015; ATAÍDE JÚNIOR, 2020a; ATAÍDE JÚNIOR; ATAÍDE, 2020; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018, 2021; FERREIRA, 2014).

Outra realidade a ser considerada para adensar as reflexões aqui apresentadas trata-se do fato de que na ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, o modelo de proteção dos animais não humanos adotado pelo constituinte originário pautou-se numa prerrogativa constitucional sem pretensões exclusivistas (GORDILHO, 2006, 2017). Na Constituição Federal de 1988 não está especificado para qual tipo de animal não humano – se canino, felino, equino, dentre tantas outras espécies – é vedada as práticas que o submetam a crueldade. A Constituição de 1988 não foca uma determinada espécie. Logo, depreende-se do texto constitucional que a universalidade dos animais não humanos brasileiros deve ter sua integridade física e psíquica tutelada (BRASIL, 1988; GORDILHO, 2006, 2017)

Dito isso compreende-se, na forma da lei, que é inconcebível fazer discriminação entre os animais não humanos brasileiros no que se refere a qual espécie deve receber maior tutela e qual pode ter sua integridade física e psíquica negligenciada ou mesmo protegida numa escala de menor ou maior atenção, de reduzida ou ampliada intensidade (BRASIL, 1988).

Por consequência, além do necessário investimento na implantação, implementação, consolidação e execução de Políticas Públicas Protetiva dos Animais Brasileiros, deve-se também ater-se ao fato de que as mesmas não podem ser excludentes, mas sim privilegiar a totalidade dos animais não humanos (MARCONDES, 2019a, 2019b).

Acrescenta-se também o fato de que não há bem-estar quando se está sendo alvo de atos cruéis e/ou onde existe necessidade (MARCONDES, 2019a). E, a necessidade de um mínimo existencial a ser assegurado para alcance do bem-estar animal significa ser:

- (1) alimentado com regularidade;
- (2) protegido contra todo e qualquer tipo de agressões advindas: (a) de fatores ambientais – chuvas, ventos, alagamentos; (b) dos seres humanos – maus-tratos, abandono nas ruas; e/ou (c) de outros animais – brigas por manutenção da sobrevivência;
- (3) tratados com respeito e carinho;
- (4) abrigados em um lar provisório ou definitivo;
- (5) abrigados em uma Entidade provisória ou definitiva de Proteção dos Animais;
- (6) acompanhados, medicados e tratados e contra toda e qualquer situação que lhes causem desconforto físico (ferimentos diversos consequente da fragilidade de sua situação de saúde, de fraturas sofridas e/ou de agressões que lhes foram imputadas decorrentes de contatos com outros animais ou com seres humanos) e/ou desconforto mental (abandono);
- (7) vacinados sempre que necessário;
- (8) vermifugados sempre que necessário;
- (9) internados para um tratamento intensivo se a situação assim o exigir;
- (10) castrados;
- (11) levados para passear;
- (12) incentivados a participar de atividades recreativas (brincadeiras dentro e fora de seu local de moradia);
- (13) deixados em local especializado e/ou permanecer aos cuidados de terceiros (pessoa de confiança) quando a família for viajar e não puder levá-lo;
- (14) dentre outras

Assegurar o mínimo existencial trata-se de um pressuposto fático para a manutenção da vida deste animal, ou seja, são necessárias algumas condições – inclusive do ponto de vista material – para que se possa garantir ou mesmo permitir o pleno desenvolvimento ao longo de sua existência. E isso porque do contrário, quando o animal está com fome, com frio, com sede, com medo, com dores, dificilmente conseguirá reunir forças para manter sua integridade física e mental. Portanto, o animal não humano está determinado pelas suas necessidades assim como o homem também está. E ainda, necessidades estas que representam limites tanto para o pleno alcance da dignidade humana quanto da dignidade dos não humanos (MARCONDES, 2019a).

Entende-se que o conceito de mínimo existencial é uma importante categoria hermenêutica – ou seja interpretativa e explicativa – do pensamento contemporâneo acerca do que significa vedação das práticas de crueldade e busca pelo bem-estar animal (MARCONDES, 2019a).

Em termos de necessidades vitais – físicas e mentais – ambas as espécies (humanas e não humanas) não se encontram tão distantes umas das outras quanto pode parecer numa primeira análise observacional. E, esse entendimento vem adensar: (i) a necessidade de respeito pela vida independente de quem seja o portador dela; (ii) e a importância da reciprocidade e da complementariedade em termos de estabelecimento de um relacionamento harmonioso entre o *homo sapiens sapiens* e as demais espécies de animais existentes no planeta terra (MARCONDES, 2019a).

4.3 A Constituição Federal Brasileira de 1988 e os limites na defesa da dignidade animal

Tomando como ponto de partida o pressuposto de que não existem direitos absolutos, entendido como completa imunidade e a toda e qualquer categoria de limitação, importa destacar que existem algumas situações em que a defesa da dignidade animal se depara com limites. Em linhas gerais, pode-se indicar dois grandes limites à defesa da dignidade animal, a saber: (i) mínimo existencial e (ii) valoração da senciência animal (MARCONDES, 2019a).

Defende-se que a não satisfação de um mínimo existencial se configura como um dos limites para alcance do bem-estar animal. Diante disso, só há que se falar em respeito à dignidade animal quando as necessidades individuais indispensáveis à vida deste animal se encontrem minimamente satisfeitas (MARCONDES, 2019a).

A situação de maus-tratos dos animais domésticos, silvestres e exóticos brasileiros, fenômeno associado à ausência de um mínimo existencial, constitui-se como a negação do direito fundamental ao bem-estar conforme defendido na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), porque transforma a vida destes animais em mera luta pela sobrevivência. E, diga-se de passagem, lutas às duras penas diante das crueldades que lhes são infringidas por alguns seres humanos (MARCONDES, 2019a).

Nesse sentido, o mínimo existencial se configura como uma baliza a orientar a atuação dos protetores dos animais, dos agentes públicos, da comunidade acadêmica,

face ao caso concreto, de modo a permitir que a nenhum animal não humano no território nacional possa ser imposta condição de desrespeito a este mínimo necessário para garantia de um bem-estar físico e psíquico (MARCONDES, 2019a).

Com relação à valoração da senciência animal, trata-se de um relevante elemento associado à defesa da dignidade animal e conseqüentemente da consolidação de Políticas Públicas voltadas ao Bem-Estar Animal porque promove um modelo do entendimento – a ser compartilhado com toda a espécie humana – de que os sentimentos e/ou sensações de dor, fome, tristeza, alegria não são exclusividade da espécie humana visto que tais sentimentos e/ou sensações estão presentes também no âmago existencial das espécies não humanas (ATAÍDE JÚNIOR; ATAÍDE, 2020; FERREIRA, 2014; MARCONDES, 2019a; 2019c).

A não responsabilização e o não cumprimento dos deveres que a espécie humana tem diante das outras formas de vida terrestre, torna-se um mecanismo limitador para alcance e ampliação da compreensão de que os animais não humanos são portadores de necessidades, sentimentos e/ou sensações, os quais devem ser valorados e respeitados (ATAÍDE JÚNIOR; ATAÍDE, 2020; FERREIRA, 2014; MARCONDES, 2019a; 2019c).

4.4 A Constituição Federal Brasileira de 1988 enquanto instrumento regulador da relação homem e animal não humano

Quando a Constituição Federal de 1988 positiva o artigo 225, § 1º, inciso VII vedando as práticas de crueldade contra os animais não humanos, além de deixar transparecer a preocupação com o bem-estar animal está também apontando e reforçando a existência de uma relação de desequilíbrio entre o homem e o animal não humano (BRASIL, 1988; CFMV, 2018; DESCARTES, 1979; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; LEVAL, 1998; MARCONDES, 2019b; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SOARES; BARBOSA, 2020).

Constata-se uma relação de excesso e de abuso, uma relação em que há uma não equivalência entre as partes como se pode verificar nos animais não humanos vitimizados pelas práticas de crueldade cometidas pelos humanos contra eles. E, diante da constatação desta relação desequilibrada é bastante importante que se regule tal relação. Considerando que uma parte do elo é mais frágil faz imenso sentido que a Constituição Federal se ocupe da proteção deste lado mais vulnerável da conexão (ANAZCO, 2015; BRASIL, 1988; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018; CFMV, 2018; DESCARTES, 1979; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017).

Na medida em que a Constituição de 1988 veda as práticas de crueldade contra os animais não humanos, ou seja, quando aponta para o fato de que os direitos atinentes à integridade física e psíquica dos animais precisam ser resguardados, observados e efetivados tal Normatização busca justamente trazer equilíbrio para essa relação. A intenção do artigo 225, § 1º, inciso VII é tentar regular esta relação homem e animal não humano. O objetivo do dispositivo constitucional é harmonizar tais relações, é proteger de fato a parte mais vulnerável, a parte que precisa de um auxílio e de uma atenção estatal (BRASIL, 1988).

Os animais não humanos têm inclusive um arcabouço legislativo infraconstitucional próprio para sua proteção – tanto a nível federal, quanto estadual como municipal. E por que a necessidade de tanta normatização constitucional e infraconstitucional? Porque se percebe, se compreende e se ressalta a vulnerabilidade dos animais perante quem está do outro lado da relação, qual seja, o homem. Diante dos que são mais vulneráveis, dos que necessitam de um cuidado maior, em face da existência do lado fraco da relação, a intermediação do Poder Público é muito importante (CFMV,2018; DESCARTES, 1979; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019b; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SOARES; BARBOSA, 2020).

O Estado precisa entrar na relação homem e animal não humano fazendo a substituição do cuidado, do olhar, da proteção de forma a prover a tutela para esta parte vulnerável da relação. E os direitos atinentes à integridade física e psíquica dos animais são muito importantes justamente para garantir essa adequação das relações homem e animal (ANAZCO, 2015; BRASIL,1988; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO,2018).

4.5 As ameaças públicas e privadas que podem inibir a efetivação do artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal Brasileira de 1988

Constata-se que as ameaças à efetivação do artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988 – que trata da vedação das práticas de crueldade e consequente busca pelo bem-estar animal – podem advir tanto da dimensão privada quanto da pública. Portanto, não somente nas residências das famílias brasileiras é vedada a prática dos maus-tratos, mas também nos Centros de Zoonoses, nos Abrigos Públicos e Particulares, nas Clínicas e Hospitais Veterinários, nos Laboratórios das Universidades, das Empresas Farmacêuticas, de Cosméticos e de Alimentos, nas Reservas Ecológicas, nas Propriedades dos Produtores Rurais, nos Jardins Zoológicos, enfim em todos os locais onde o animal não humano está presente (CFMV,2018; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020a, 2020b, 2022; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SOARES; BARBOSA, 2020).

Portanto, práticas de crueldade podem ser exercidas tanto na esfera pública quanto na privada, o que acarreta perigo para o bem-estar de seres sencientes passíveis de dominação. E, qualquer um que atente contra a integridade física e psíquica dos animais não humanos atenta contra a dignidade animal (ANAZCO, 2015; ATAÍDE JÚNIOR, 2020a; BRASIL, 1988; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018).

Assim, se por um lado é exigido do Estado que ele se abstenha de ferir os direitos atinentes à integridade física e psíquica dos animais, por outro lado, exige-se que ele atue no sentido de garantir que tais direitos sejam respeitados por terceiros (CFMV,2018; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020a, 2020b, 2022; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SOARES; BARBOSA, 2020).

Como detentor do monopólio da força, o Estado passa a ter uma dupla missão: deve não apenas respeitar os direitos atinentes à integridade física e psíquica dos animais – em

perspectiva negativa – mas também os proteger – em perspectiva positiva – contra os ataques e ameaças de terceiros. Portanto, é preciso editar instrumentos necessários à tutela desses direitos de modo a minimizar a práticas de crueldade cometidas por particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos (ANAZCO, 2015; ATAÍDE JÚNIOR, 2020a; BRASIL, 1988; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018).

Nesta direção, considera-se de suma importância que os Legisladores brasileiros editem diplomas legais que regulamentem o artigo 225, § 1º, inciso VII do texto constitucional com o objetivo de exercer controle mais efetivo sobre as ameaças públicas e privadas que podem inibir a efetivação do referido artigo. E, isso por meio da prevenção de riscos e correção de desvios tendo em vista que o grande objetivo de todos os diplomas legais regulamentadores do artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal é um só: proteger a integridade física e psíquica do elo mais fraco da relação homem e animal (BRASIL, 1988).

4.6 Efetivação do artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal Brasileira de 1988: as atividades legislativas pós 1988 e a importância da atuação do Poder Judiciário

É comum referir-se ao chefe do Poder Executivo – seja um Prefeito, Governador ou Presidente da República – como o grande culpado pela ausência de Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais ou como o único responsável por alocar responsabilidades para a sua concretização. No entanto, a responsabilidade pela implantação, implementação, consolidação e execução de tais Políticas não cabe unicamente ao Poder Executivo. É aqui neste caso é importante que se reforce a responsabilidade compartilhada de outro Poder: o Poder Legislativo – responsável pela proposição, discussão e criação de leis (BRASIL, 1988).

O dispositivo expresso no artigo 225, § 1º, inciso VII que trata da vedação das práticas de crueldade contra os animais não humanos preexiste às atividades legislativas pós 1988. Portanto, a partir da Constituição Federal de 1988 todas as atividades do Poder Legislativo relacionadas à questão da proteção animal devem ser exercidas levando em consideração esse direito do animal em ter sua integridade física e psíquica protegida no âmbito constitucional (BRASIL, 1988).

Alguns direitos e garantias constitucionais demandam uma atividade legislativa para sua efetivação e o artigo 225, § 1º, inciso VII é um claro exemplo disso. Não basta estar escrito que todo animal brasileiro deve ter sua integridade física e psíquica protegida mediante vedação das práticas de crueldade. É a Lei infraconstitucional, são as Políticas Públicas colocadas em prática elaboradas pelo Poder Executivo e Poder Legislativo é que vão efetivar esse direito abstrato, constitucional (BRASIL, 1988).

O direito do animal não humano de ter sua integridade física e psíquica protegida depende então da atividade legislativa para sua eficácia, de uma regularização, de uma normatização. O direito constitucional à proteção da integridade física e psíquica do animal não humano preexiste às atividades legislativas. Portanto, não será o legislador quem vai mudar ou criar direitos constitucionais atinentes à integridade física e psíquica dos animais, tais direitos preexistem, assim sendo as atividades legislativas devem ser exercidas levando

em consideração esse direito constitucional do animal não humano (BRASIL, 1988).

Os direitos atinentes à integridade física e psíquica dos animais, dada sua magnitude de conteúdos e objetivos, bem como sua previsão constitucional podem oferecer resistência ao legislador pois se identificam como direitos contramajoritários, uma vez que sua configuração não está à livre disposição das maiorias parlamentares. E isso porque é a lei infraconstitucional que deve mover-se no sentido dos direitos fundamentais constitucionais e não o contrário (BRASIL, 1988).

O legislador é o responsável por realizar referidos direitos atinentes à integridade física e psíquica dos animais, concretizando-os na prática da vida social, por meio da promoção de condições para sua efetivação e usufruto. O artigo 225, § 1º, inciso VII além de depender da intervenção do legislador também demanda proteção judicial efetiva imediatamente exigível (BRASIL, 1988).

E em se tratando da proteção judicial efetiva e imediatamente exigível, é imperioso tratar também de mais um integrante do Poder Central para a implantação, implementação, consolidação e execução das Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais: o Poder Judiciário – independente e imparcial (BRASIL, 1988).

O Brasil é considerado um Estado de Direito. E, isso significa que se tem um sistema judiciário em que as regras – como por exemplo a da vedação das práticas de maus-tratos aos animais (artigo 225, § 1º, inciso VII do texto constitucional) – são transparentes, evidentes, claras, de domínio público as quais devem ser cumpridas de forma correta, bem como integralmente respeitadas por indivíduos e/ou organizações e/ou governo (BRASIL, 1988).

Portanto, o Poder Judiciário protege a integridade física e psíquica do animal não humano expressa e reconhecida em normativa constitucional na medida em que: (i) por um lado, é responsável pela solução definitiva dos conflitos que podem emergir da dificuldade de se colocar em prática o artigo 225, § 1º, inciso VII de vedação das práticas de maus-tratos aos animais; e (ii) por outro lado, é incumbido de garantir o respeito ao ordenamento jurídico protetivo da dignidade animal mediante a aferição da compatibilidade entre as condutas advindas de pessoas físicas e/ou jurídicas e os comandos constitucionais (BRASIL, 1988).

Não basta a existência das Leis Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais e a sua exequibilidade por meio da implantação, implementação e consolidação de Políticas Públicas de Bem-Estar Animal. É necessário também um Poder independente e imparcial apto a receber as demandas dos animais não humanos direcionadas a ele, julgando-as e garantindo a aplicação das Leis Protetivas da Dignidade Animal. Do Poder Judiciário é esperado o exercício de forma satisfatória da solução dos conflitos de interesse apresentados a ele atinentes à proteção animal. É essa a sua precípua função quando se tratar da tutela da dignidade animal. O Poder Judiciário tem a responsabilidade de compor conflitos de interesse em cada caso concreto de prática de maus-tratos aos animais (BRASIL, 1988).

Ao Poder Judiciário – dentro de um Estado Democrático de Direito como é o caso do

Brasil – cabe a guarda da Constituição, com o objetivo de conferir efetividade aos princípios nela contidos. E, dentre estes princípios encontra-se o da dignidade animal contemplado no artigo 225, § 1º, inciso VII que trata da vedação das práticas de maus-tratos. E nesta direção, acrescenta-se o fato de que com relação à proteção judicial exigível considera-se de suma relevância a atuação das Cortes detentoras de jurisdição constitucional na efetivação do artigo supracitado em qualquer tempo e em qualquer fase (BRASIL, 1988).

Por meio do controle de constitucionalidade – que se manifesta de maneira difusa e concentrada, negativa e positiva – a atuação da jurisdição constitucional contribui sobremaneira para dar eficácia aos ordenamentos constitucionais. Em todos esses momentos e na totalidade dessas modalidades, o papel da jurisdição constitucional deve ser o de validar o artigo 225 § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988 tornando a vedação das práticas de maus-tratos uma realidade exitosa, efetiva e eficiente no território nacional (BRASIL, 1988).

A concretização do artigo 225 § 1º, inciso VII por se tratar de um pressuposto constitucional não pode estar alicerçada em parâmetros pessoais de conveniência política e/ou princípios e orientações morais. É preciso que esta concretização esteja adequada à Constituição Federal e para isso a atuação das cortes constitucionais é imprescindível. Sem a atuação substancial das cortes constitucionais na realização dos valores democráticos expressos na Constituição, não há efetiva tutela dos animais não humanos conforme proposto pelo legislador constituinte na redação do artigo 225 § 1º, inciso VII em 1988 (BRASIL, 1988).

Diante do que foi comentado neste tópico, verifica-se, portanto, que a centralização de responsabilidade no âmbito das Políticas Públicas Protetivas dos Animais no território nacional inexistente: ela não é centralizada, mas sim compartilhada. E, é relevante reforçar que o Brasil não se encontra sob um regime absolutista no qual a criação, execução e fiscalização das leis está a cargo de um só poder ou de um só governante e que por consequência não há predominância de um poder sobre o outro (BRASIL, 1988).

Por fim, ressalta-se ainda que naqueles ambientes em que a aplicabilidade das Leis Protetivas dos Animais é falha, há uma tendência de se gerar não somente a sensação de injustiça, mas principalmente de impunidade sugerindo que o Poder Judiciário, Executivo e Legislativo, bem como a própria Constituição Federal no que tange à proteção animal não podem ser confiáveis (BRASIL, 1988).

4.7 Considerações sobre a importância das intervenções interdisciplinares e transdisciplinares na vedação das práticas que submetam os animais à crueldade

A busca pelo bem-estar animal – mediante vedação constitucional das práticas de crueldade – está em construção e em alargamento no Brasil a qual implica numa intervenção de âmbito interdisciplinar e/ou transdisciplinar (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a; BRASIL, 1988).

Interdisciplinar porque se entende que para alcance do bem-estar animal são necessárias as realizações de ações, bem como as trocas de conhecimentos (diálogos) entre dois ou mais profissionais de áreas do saber distintas – como por exemplo, do médico

veterinário e do advogado animalista – sem que um profissional se sobreponha ao outro ou venha a extirpar a atuação do outro, com a consciência de que ambos são imprescindíveis para alcance do que seja almeja (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a).

Portanto, trata-se de uma ação e/ou diálogo interdisciplinar no sentido de que cada esfera do conhecimento realiza sua intervenção específica em um caso concreto de violação de direitos e/ou da integridade física de um animal, mas sem que uma área do conhecimento interfira na outra ou realize uma ação que é de competência da outra área. Existem fronteiras bem delimitadas e que permanecem distintas durante a execução das ações embora o objetivo permaneça único e inalterável, qual seja, o alcance do bem-estar animal (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a).

Transdisciplinar, por sua vez, porque se considera que para efetivação do bem-estar animal em seu âmbito integral e coletivo são primordiais as construções de conhecimentos que visem agregar em único escopo as contribuições advindas das diversas áreas do saber, de forma a não haver mais fronteiras demarcadas entre elas. A intervenção transdisciplinar visa à unidade dos conhecimentos com o intuito de apreender a complexidade dos elementos necessários para alcance do bem-estar animal. Uma ação transdisciplinar, por exemplo, pode ser verificada quando diversos profissionais se unem em torno de um único objetivo, qual seja, de um único pensamento/conhecimento organizado para implantação, implementação e consolidação de Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a).

A intervenção transdisciplinar abarca não somente as contribuições individuais que cada profissional fornece para alcance do bem-estar animal, mas também contempla e abrange a existência de uma unidade de pensamento integrativa e organizada em torno do que significa bem-estar animal que ultrapassa as especificidades de cada área do conhecimento (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a).

Não se trata apenas de soma de conhecimentos, mas sim de organização deles de modo a torná-los uma única realidade a serviço da promoção do bem-estar animal. E é esta unidade de pensamento integrativa e organizada em torno do bem-estar animal que propicia e fundamenta a implantação, implementação e consolidação de Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais. Dito de outra forma, uma Política Pública Protetiva dos Animais considerada sob o aspecto de sua amplitude e universalidade é – ou deveria ser – fruto, consequência de uma ação transdisciplinar (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a).

Não é possível atuar na vedação das práticas de crueldade e na busca pelo bem-estar animal sem levar em conta duas características fundamentais. A primeira delas é o caráter interdisciplinar e transdisciplinar destas atuações. É custoso e limitante atuar na esfera protetiva, por exemplo, sem conhecimentos mínimos atinentes aos direitos dos animais brasileiros como quais princípios normativos constitucionais e também infraconstitucionais existem no âmbito do direito pátrio englobando a arena legislativa, jurídica, normativa e jurisprudencial da proteção do animal brasileiro (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a).

A interdisciplinaridade e/ou a transdisciplinaridade se configuram como prerrogativas

do bem-estar animal o que implica focar este bem-estar sob a ótica das diversas áreas do saber humano – medicina veterinária, biologia, zootecnia, ética, filosofia, história, direito, ciência política, administração pública – o que traz muitos benefícios para os animais (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a).

A interdisciplinaridade e/ou a transdisciplinaridade na questão da vedação das práticas de crueldade e na busca pelo bem-estar animal faz com que vários profissionais provenientes do campo do saber diferentes sejam demandados, necessários para que a atuação protetiva dos animais seja concretizada em sua plenitude. Tem-se juristas, professores de direito, juízes, promotores de justiça, advogados, médicos veterinários, biólogos, zootecnistas, membros de Organizações Não Governamentais de Proteção Animal, protetores independentes, operadores de Políticas Públicas Protetivas, prefeitos, secretários de meio ambiente e bem-estar animal, membros da comunidade científica. Como se pode verificar, existem profissionais de diversas áreas que compõem este quadro interventivo protetivo interdisciplinar e transdisciplinar que é característico da atuação na vedação das práticas de crueldade e na busca pelo bem-estar animal (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a).

Deduz-se então que, não há como atuar na vedação das práticas de crueldade e na busca pelo bem-estar animal sem intervenções interdisciplinares e/ou transdisciplinares. Não é possível alcançar a plenitude destas atuações sem entender que para isso vários profissionais precisam entrar em cena que não somente o médico veterinário, o biólogo, mas também os operadores do direito, os profissionais da área da administração pública, os membros da comunidade científica, enfim (ATAÍDE JÚNIOR, 2020a).

4.8 Ponderações sobre a existência de normatização jurídica relevante e consolidada

Dando prosseguimento neste estudo reflexivo, não é possível atuar na vedação das práticas de crueldade e na busca pelo bem-estar animal sem levar em consideração outra característica fundamental desta atuação. A primeira delas – qual seja, o caráter interdisciplinar e transdisciplinar destas atuações – já foi discutida no tópico anterior, resta agora fazer as devidas ponderações sobre a segunda característica: a existência de normatização jurídica relevante e consolidada.

Debruçar-se sobre as – e/ou intervir diretamente nas – questões atinentes à vedação das práticas de crueldade e à busca pelo bem-estar animal contribui sobremaneira na efetivação das prerrogativas constitucionais de 1988. Estudar e conhecer as implicações da Constituição Federal de 1988 na vedação das práticas de crueldade e na promoção do bem-estar animal significa: primeiramente contribuir no fortalecimento e incremento de mais e de novas políticas públicas protetivas dos animais; e segundo participar da consolidação destas implicações, quais sejam: desenvolvimento destes vínculos entre Constituição Federal de 1988 e vedação das práticas de crueldade com conseqüente promoção do bem-estar animal (FERREIRA, 2014; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a, 2019b; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SOARES; BARBOSA, 2020).

Estudar e conhecer as implicações da Constituição Federal de 1988 na vedação

das práticas de crueldade e na promoção do bem-estar animal não é somente olhar para o passado e rever o que já existe na literatura especializada, o que outros autores já escreveram sobre a temática, mas sim e principalmente construir novos aportes teóricos sobre o vínculo Constituição Federal de 1988 e vedação das práticas de crueldade com consequente promoção do bem-estar animal, fortalecendo-o e tornando-o mais conhecido, contribuindo também na sua socialização pública cada vez mais alargada (ANAZCO, 2015; BARROSO, 2009; BRASIL, 1988; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018).

Estudar e conhecer as implicações da Constituição Federal de 1988 na vedação das práticas de crueldade e na promoção do bem-estar animal é dar a devida contribuição. É entender que o constituinte originário já demonstrou esta preocupação na ocasião da redação da Constituição Federal de 1988 e que cabe agora à posteridade ampliar esta preocupação, este reconhecimento, bem como, conhecimento de que entre Constituição Federal de 1988 e vedação das práticas de crueldade com consequente promoção do bem-estar animal existe um vínculo (BRASIL, 1988).

A sociedade brasileira já tem uma Constituição defensora dos animais não humanos. A espécie *homo sapiens sapiens* que reside no Brasil já tem um fundamento seguro sobre o qual pode se apoiar em suas intervenções protetivas, resta-lhe agora: primeiro, tornar este material constitucional disponível reconhecido e conhecido; segundo, enriquecer este material constitucional com estudos e/ou intervenções práticas fortalecedoras deste vínculo – vínculo entre Constituição Federal de 1988 e vedação das práticas de crueldade com consequente promoção do bem-estar animal; terceiro, garantir o reconhecimento deste vínculo; e quarto, intensificar, deixar claro o posicionamento da Constituição Federal de 1988 no que se refere à vedação de práticas que exponham os animais não humanos ao sofrimento, ou seja sua preocupação com o bem-estar animal (BRASIL, 1988). E o propósito de tudo isso é um só: consolidar as políticas protetivas da integridade física e psíquica dos animais não humanos em todos os níveis governamentais dentro do território brasileiro. À vista disso, a tarefa é de construção crítica (FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; HACK, 2012; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a, 2019b; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SOARES; BARBOSA, 2020).

Deve-se fazer da Constituição Federal de 1988 uma ferramenta de luta em prol da vedação das práticas de crueldade com consequente promoção do bem-estar animal, um artefato de luta pelas vidas mais vulneráveis, que se encontram em situação de sofrimento, completamente desamparadas e muitas vezes abandonadas à própria sorte. Deve-se fazer da Constituição Federal de 1988 um instrumento à disposição para a proteção integral dos animais não humanos, a camada mais vulnerável dos indivíduos sencientes (ANAZCO, 2015; BARROSO, 2009; BRASIL, 1988; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018).

Há um longo caminho a ser percorrido para que de fato os direitos atinentes à integridade física e psíquica dos animais se efetivem de maneira plena. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 fornece ferramentas para que tais direitos sejam perseguidos com seriedade (FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; HACK, 2012; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a, 2019b; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SOARES;

4.9 A relevância dos eventos históricos na construção dos direitos: um paralelo reflexivo para análise da consolidação do bem-estar animal instituído na Constituição Federal Brasileira de 1988

Um exemplo na história da humanidade de que não se deve desistir de acreditar que a consolidação do bem-estar animal previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988 poderá vir a se concretizar, mesmo decorridos anos após sua positivação no texto constitucional, é o fato de o povo e a nobreza inglesa começar a cobrar respeito aos princípios que a Magna Carta enunciava em sua época de origem – em 1215 – somente no século XVII – entre 1630 e 1670 – quando efetivamente estes direitos passaram a ser exigidos (SANTOS, 2022).

Diante disso, se no passado não houve adesão à Magna Carta – na ocasião de seu surgimento: 1215 – decorridos anos posteriores – de 1630 a 1670, embora o povo demorasse para tomar interesse pelo documento – a adesão tornou-se severa e plena ao ponto de gerar, inclusive, uma guerra na Inglaterra conhecida na literatura especializada como Revolução Gloriosa (SANTOS, 2022).

Esta Revolução Gloriosa – ocorrida tanto no aspecto prático quanto teórico – foi determinante para que os elementos do constitucionalismo atinentes à luta pela efetivação da Magna Carta pudessem reinar em território inglês no lugar dos interesses defendidos pela monarquia que existia até então. E, apesar da sucessão monárquica permanecer no poder após a citada Revolução, esta monarquia apropriou-se de tal poder com o compromisso de respeitar os atos do Congresso, ou seja, assume mediante postura totalmente nova quando comparado ao período monárquico que o antecedeu evidenciando uma clara e gradativa prevalência do Parlamento sobre a Monarquia (SANTOS, 2022).

Em vista do exemplo inglês citado acima, é preciso ter clareza de que o alcance dos direitos é marcado por uma natureza que essencialmente carrega em si as características conflituosas, tumultuosas e políticas de uma guerra teórica ou prática. Uma natureza por vezes diversa daquela que se apresenta comumente no campo jurídico como simples vontade do legislador constituinte ao positivar tais direitos no Texto Constitucional, como se um dado direito fosse um elemento da racionalidade humana que após vir se perpetuando no tempo a um dado momento toma a forma concreta de normatização (SANTOS, 2022).

Não. Não é esse o trajeto que normalmente percorrem os direitos. Eles não nascem do acaso e se tornam prerrogativas constitucionais quando alcançam sua maturidade, por assim dizer. Não! São necessários eventos para que possam ser primeiramente instituídos em uma Constituição e após outros eventos para tornar-se prática cotidiana na vida dos homens e/ou dos animais não humanos porque a história da humanidade demonstra que a justiça evolui em meio aos conflitos (BRASIL, 1988; SANTOS, 2022).

Relevantes eventos da humanidade foram fundamentais para a construção e consolidação dos direitos. Tais eventos constituem elementos que marcam a evolução dos direitos de uma forma bastante severa e que pontuam a oposição entre os fatores contrários

à aquisição daquele determinado direito e as variáveis favoráveis (SANTOS, 2022).

Outra realidade importante, é desmistificar que os eventos ocorrem em um determinado dia. E a Revolução Inglesa também se constitui em um excelente exemplo para evidenciar que estes movimentos – que vai do nascimento de um direito à sua consolidação no campo jurídico (teórico) e societário (prático) – duram décadas. A Revolução Gloriosa na Inglaterra, marcada por avanços e retrocessos, transcorreu durante um período de mais de quatro décadas: de 1642 a 1689. Aliás, toda a história da Inglaterra, para citar um caso ilustrativo, foi considerada como um campo de batalha constitucional até que os elementos do direito foram sendo incorporados (SANTOS, 2022).

Retomando a questão do bem-estar do animal brasileiro, o que o exemplo dos ingleses e da Revolução Gloriosa deixa claro é a importância de se desfazer do mito de que existe evolução no que diz respeito aos direitos dos homens e dos animais não humanos como algo homogêneo. Não. Os direitos não são decorrentes da natureza e sim das lutas pelo seu reconhecimento. Os direitos – tanto dos humanos quanto dos animais não humanos – têm elementos políticos e não elementos de uma doutrina a respeito da condição inerente ao ser humano ou ao ser animal não humano (MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020b, 2022; SANTOS, 2022).

Não obstante o bem-estar animal hoje ganhar status jurídico, é preciso entender que a noção de bem-estar animal enquanto conceito não evolui sem conflitos, sem turbulência, como um elemento natural cuja ação do tempo é suficiente para sua maturação. Não. Na década de 1640, ainda havia luta para que a Carta Magna de 1215 da Inglaterra produzisse efeitos práticos de ordem constitucional (MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020b, 2022; SANTOS, 2022).

É por isso que se faz necessário lutar pela Causa Animal e não esmorecer jamais. É preciso romper com certos paradigmas – presentes em alguns discursos que emergem da história da humanidade – que apresentam a evolução dos direitos como fruto do desenvolvimento natural das espécies, seja ela humana ou não humana, como se cada direito adquirido tivesse sido consequência de uma racionalização coletiva livre de disputas e de guerras seja ela guerra física, literal ou teórica entre diferentes posições que aparecem em um debate em um determinado tempo (MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020b, 2022; SANTOS, 2022).

Mais um exemplo na história da humanidade de que não se deve desistir de acreditar que a consolidação do bem-estar animal previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988 poderá vir a se concretizar, mesmo decorridos anos após sua positivação no texto constitucional, é o caso da Revolução Francesa – talvez uma das mais conhecidas na ambiência mundial (BRASIL, 1988; SANTOS, 2022).

Diferentemente do que se prega, a Revolução Francesa não aconteceu em 14 de julho de 1789. A Revolução Francesa começa antes, ou seja, com a atitude de uns reclamantes que se dirigem até Versalhes – cidade francesa artificial, criada a partir do alicerce por vontade do rei Luís XIV – onde se encontrava a realeza francesa e apresentam um caderno de demandas, ou seja, uma lista de pedidos ao Luiz XVI (SANTOS, 2022).

O autor Santos (2022) apresenta duas pertinentes indagações: Será que estes demandantes, estes reclamantes que apresentaram este caderno ao Monarca sabiam naquele momento que estavam rompendo com um regime na França e dando início a uma das Revoluções que mais marcaram a história da humanidade contemporânea? Será que de fato essas pessoas tinham consciência de que a atitude de reclamação que elas iniciavam iria culminar em um movimento democrático que mudaria o lócus do poder da monarquia para o povo?

Não era esse o objetivo inicial dos revolucionários franceses porque a ideia era compor um órgão de representação que trabalhasse em conjunto com a Monarquia conforme inspiração que receberam da Inglaterra em que a monarquia não deveria ser excluída, mas sim submetida a um regime constitucional (SANTOS, 2022).

A importância da Revolução Francesa é mostrar que os movimentos revolucionários têm o condão de mudar inclusive a lógica do pensamento de sua época. E, dentre outras consequências importa salientar neste estudo que a Revolução Francesa possibilitou a elaboração de uma Constituição marcadamente conhecida pelo preâmbulo que é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (SANTOS, 2022).

Diversos teóricos contribuíram para os valores que aparecem na Constituição Revolucionária Francesa como Voltaire, Rousseau, Montesquieu – somente para citar alguns – ou seja, autores importantes que marcam inclusive o conceito de constituição. Não obstante, a Revolução Francesa é mais um exemplo de evolução constitucional alicerçada em conflitos (SANTOS, 2022).

Resgatando a temática do bem-estar do animal brasileiro e seu aporte com a questão da Revolução Francesa o que se pretende apontar é que se a lógica do pensamento foi mudada – inclusive com a contribuição de autores importantes – o que culminou com Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão isso significa que a lógica do pensamento dos homens e mulheres brasileiros para com os animais também pode ser mudada (MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020b, 2022; SANTOS, 2022).

E, com o auxílio de autores que venham a adensar ainda mais a já existente literatura nacional sobre a importância da Causa Animal, este objetivo ganha mais força e repercussão no cenário brasileiro. Portanto, é preciso unir esforços no sentido de creditar a estes seres sencientes o reconhecimento de que possuem dignidade própria, a qual deve ser protegida pela vedação das práticas de crueldade, alcançando assim um patamar mínimo de proteção de sua integridade física e psíquica (ANAZCO, 2015; ATAÍDE JÚNIOR, 2020a; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018).

Em vista disso, como forma de concretização do artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988 pode-se partir à concretização desta proteção por meio da implantação de Políticas Públicas Protetivas dos Animais a serem operacionalizadas em todos os municípios do Brasil (MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020b, 2022).

Importa salientar que os embates teóricos e práticos fazem parte dos movimentos históricos de ascensão e consolidação de direitos – sejam eles humanos ou animais – no decorrer da existência terrena. Autores do campo das Políticas Públicas Protetivas dos

Animais, do Direito, da Medicina Veterinária, da Segurança Pública, da Educação Ambiental, da Biologia, enfim precisam compreender que a realidade social é constituída por forças antagônicas e que é preciso recepcionar este antagonismo. Faz-se necessário recepcionar as diferenças e não as eliminar porque elas sempre existirão. Conflitos teóricos e práticos são normais. Dificilmente as verdades discursivas se estabelecem sem resistência ou divergência. (MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020b, 2022; SANTOS, 2022).

Direitos constitucionais substantivos considerados como de potencial relevância para seus destinatários, mas que na prática contam com opositores para sua efetivação, demandam esforços também substantivos para sua concretização. Nestas situações, o mero formalismo, ou seja, o fato de tais direitos estarem garantidos somente no texto constitucional – apenas no papel, por assim dizer – não dá conta de garantir que eles serão implementados (MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020b, 2022; SANTOS, 2022).

Qualquer matéria constitucional que desafie os interesses de uma categoria que venha a dominar o cenário sociopolítico e econômico terá dificuldade de ser realizada no mundo fenomênico. O simples fato de a regra da proibição da crueldade fazer parte do texto constitucional brasileiro – artigo 225, § 1º, inciso VII – não garante acesso efetivo ao bem-estar, principalmente quando se tem atores detentores do poder político ou econômico contrários uma vez que a máxima exploração destas vidas sencientes lhes trazem substanciais retornos financeiros. Diante deste cenário, é preciso ter consciência de que será necessário lutar arduamente pelos direitos dos animais não humanos (MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020b, 2022; SANTOS, 2022).

A Constituição Federal de 1988 foi fruto de amplo debate do corpo social, ou seja, nasceu do campo social e foi promulgada pelos representantes dos diversos indivíduos, das diversas forças que atuam no campo social brasileiro. Portanto, a constituição materializou-se como a escolha política de um determinado corpo social homogêneo à época. Se a Constituição determina a proteção dos animais não humanos no artigo 225, § 1º, inciso VII então fazer acontecer essa proteção não é engajar-se politicamente na proteção animal, mas sim cumprir uma determinação constitucional, é realizar o desenho social que a Constituição faz no seu aspecto normativo, é cumprir os ditames daquilo que é compreendido como a escolha daquele corpo social (BRASIL, 1988).

Acrescenta-se ainda o fato de que, a Constituição Federal de 1988 enquanto fruto do exercício racional da sociedade brasileira tem natureza puramente de dever ser, ou seja, uma natureza essencialmente deontológica e que, portanto, precisa encontrar respaldo na realidade (BRASIL, 1988).

Para que a Constituição encontre respaldo na realidade, é necessário que se busque realizar o direito que outrora foi enunciado, e neste caso no que se refere especificamente aos animais não humanos, o direito que assegura a eles ter sua integridade física e psíquica protegida mediante vedação das práticas de crueldade, conforme expresso no artigo 225, § 1º, inciso VII. Entre enunciar e realizar há um longo caminho por isso a realização do direito à integridade física e psíquica será possível por meio de movimentos defensivos que os humanos deverão fazer em prol dos não humanos (BRASIL, 1988).

É essencial a compreensão de que os processos históricos passam por movimentos. Primeiro os direitos são teorizados, enunciados e depois são objeto de luta e de disputa. Da mesma forma, a busca pela proteção da integridade física e psíquica dos animais não nasce, nem se desenvolve, de maneira uniforme, sem luta, sem teorias, sem debates, sem resultados práticos que implicam em resistência, reação e conflito como ocorreu com o próprio desenvolvimento do constitucionalismo. Aqui no Brasil luta-se para que o artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988 seja respeitado, surta efeitos práticos e garanta aos animais não humanos os direitos enunciados (FERREIRA, 2014; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020b, 2022; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SANTOS, 2022; SOARES; BARBOSA, 2020).

Partindo desta perspectiva é preciso tornar efetivo o artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988 dentro do panorama brasileiro. No Brasil já está consolidada no artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988 a ideia de vedação das práticas de crueldade para com os animais. Agora é preciso sair do plano teórico e enveredar-se pelo campo prático, o que cabe na atualidade é como criar mecanismos para que este artigo seja de fato efetivado (ANAZCO, 2015; ATAÍDE JÚNIOR, 2020a; BRASIL, 1988; CAMPOS NETO, 2005; CERRI NETO, 2018).

4.10 O necessário movimento da constitucionalização à concretização do artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal Brasileira de 1988

Evidentemente que a simples instituição teórica dos direitos atinentes à integridade física e psíquica dos animais não assegura a concretização prática deles. Por isso é importante lutar para que sejam garantidos e previstos os meios para efetivação destes direitos. Sabe-se que a obrigatoriedade de efetivação dos direitos atinentes à integridade física e psíquica dos animais passa pela sua constitucionalização. Entretanto, sua concretização depende de regras – Leis infraconstitucionais – e/ou garantias de efetivação – implantação, implementação e consolidação de Políticas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais (BARROSO, 2009; BRASIL, 1988; FERREIRA, 2014; GORDILHO, 2006, 2017; HACK, 2012; LEVAI, 1998; MARCONDES, 2019a, 2019b, 2019c, 2020a, 2020b, 2022; SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; SILVA, 2013; SOARES; BARBOSA, 2020).

A ausência de sanção e/ou sanção muito branda em caso de descumprimento da vedação das práticas de crueldade para com os animais não humanos brasileiros gera a ineficácia deste direito. Nesta direção, é importante a Lei Infraconstitucional ser mais severa tanto quanto foi no caso específico de maus-tratos contra cães e gatos, por exemplo conforme se pode verificar na Lei Federal 14.064/2020. E ainda intensificar a fiscalização também contribuirá para maior concretização do artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988 contribuindo para a eficácia do direito atinente à proteção da integridade física e psíquica dos animais não humanos (ATAÍDE JÚNIOR; ATAÍDE, 2020; BRASIL, 2020; CERRI NETO, 2021; MARCONDES, 2022).

5 | CONCLUSÃO

Conclui-se que o sentido conferido pelo constituinte ao positivizar o artigo 225, § 1º, inciso VII, na Constituição Federal de 1988 foi o de oportunizar em todo o território nacional a busca pela consolidação do bem-estar animal por meio (i) do respeito à dignidade animal e (ii) da garantia futura e posterior de implementação de Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais.

Dessa postura valorativa da dignidade animal assumida pelo legislador constituinte são derivados o direito à vida, direito à integridade física e psíquica; direito à não ser submetido à prática de instrumentalização por parte dos seres humanos; direito a ser considerado um fim em si mesmo; direito à igualdade e universalidade enquanto espécie não humana de forma a inibir ou mesmo impedir distinções especistas entre caninos, felinos, equinos, bovinos, roedores, dentre outras.

Acrescenta-se ainda que, o vínculo umbilical entre Constituição Federal de 1988 e vedação das práticas de crueldade com conseqüente promoção do bem-estar animal tem como primeira característica o caráter interdisciplinar e transdisciplinar das atuações que buscam vedar tais práticas de crueldade, bem como promover o referido bem-estar animal.

E, como segunda característica o fato de já existir normatização jurídica bastante relevante e consolidada, qual seja, a Constituição Federal de 1988. Sendo assim, a vedação das práticas de crueldade com conseqüente promoção do bem-estar animal a partir da Constituição, dos instrumentos constitucionais é uma realidade presente e viável no cenário brasileiro. Logo, a Tutela Constitucional dos Animais é possível.

Por fim, as considerações aqui elencadas, tratadas e analisadas não possuem a pretensão de esgotar o assunto, e tampouco exclui a correção de outras propostas temático-conceituais que venham a ser apresentadas à comunidade científica.

REFERÊNCIAS

ANAZCO, J. I. K. Direito e bem-estar dos Animais: uma abordagem ética, moral e legal. **Revista Jusbrasil**, Salvador/BA, v. -, n. -, p. 1-12, ago. 2015. Disponível em: <<https://jkoffler.jusbrasil.com.br/artigos/215036382/direito-e-bem-estar-dos-animais-uma-abordagem-etica-moral-e-legal>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

ATAÍDE JÚNIOR, V. de P. **Aulas Ministradas**. Disciplina: Introdução ao Direito Animal. (Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Animal) Escola da Magistratura Federal do Paraná e Centro Universitário Internacional – UNINTER/PR, 2020a.

ATAÍDE JÚNIOR, V. de P. **Aulas ministradas**. Disciplina: Epistemologia do Direito Animal (Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Animal) Escola da Magistratura Federal do Paraná e Centro Universitário Internacional de Curitiba, 2020b.

ATAÍDE JÚNIOR, V. de P.; ATAÍDE, L.E. de L. Comentários sobre o crime qualificado de maus-tratos contra cães e gatos (art. 32, § 1º-A, Lei 9.605/1998). **Revista Jus Navigandi**, Teresina/PI, v. -, n. -, p. 1-21, nov. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86787/comentarios-sobre-o-crimequalificado-de-maus-tratos-contra-caes-e-gatos-art-32-1-a-lei-9-605-1998>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROSO, L.R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 14.064**, 29 de setembro de 2020. Dispõe sobre a alteração da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, DF, 2020.

CAMPOS NETO, A. A. M. de. **O Direito dos Animais**. 2005. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67625/70235>. Acesso em: 29 ago. 2022.

CERRI NETO, M. **Combate ao crime de maus-tratos contra animais**. São Paulo: Sentido Animal, 2018.

CERRI NETO, M. Especismo afetivo. **Publicações Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), 4ª Subseção**, Rio Claro/SP, v. -, n. -, p. 1-2, abr. 2021. Disponível em: <<https://www.oabrioclaro.org.br/especismo-afetivo/>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

CFMV. Conselho Federal de Medicina Veterinária. **Resolução 1.236**, 26 de outubro de 2018. Dispõe sobre a definição e caracterização de crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas e dá outras providências. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47542721/do1-2018-10-29-resolucao-n-1-236-de-26-de-outubro-de-2018-47542637>. Acesso em: 29 ago. 2022.

DESCARTES, R. **Discurso do Método; Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1979.

FERREIRA, A.C.B.S.G. **A proteção aos animais e o direito**: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito. Curitiba: Juruá, 2014.

GORDILHO, H. J. de S. **Abolicionismo Animal**. 2006. 281f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito/Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2006.

GORDILHO, H. J. de S. **Abolicionismo Animal: habeas corpus para grandes primatas**. 2ª ed. Salvador: Edufba, 2017.

HACK, E. **Direito Constitucional**: conceitos, fundamentos e princípios básicos. 1ª ed. Curitiba: Intersaberes, 2012.

LEVAL, L. F. **Direito dos Animais**: o direito deles e o nosso Direito sobre eles. 1ª ed. Campos do Jordão/SP: Editora Mantiqueira, 1998.

MARCONDES, N. A. V. A atuação dos Ativistas pelos Direitos dos Animais no âmbito das Políticas Públicas Protetivas. In: MIRANDA, P. F. M. (Org.). **Análise e Financiamentos das Políticas Públicas**. E-book. Ponta Grossa: Editora Atena. 2019a. p. 1-23. Disponível em: <<https://www.atenaeditora.com.br/arquivos/ebooks/analise-e-financiamentos-das-politicas-publicas>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MARCONDES, N. A. V. A Proteção Jurídica enquanto realidade fortalecedora das Políticas Públicas Protetivas dos Animais. 2019b. In: **ENCONTRO LATINO AMERICANO DE PÓS-GRADUAÇÃO**, 19., 2019. São José dos Campos, SP. Anais... São José dos Campos: UNIVAP, 2019b. p.1-6. Disponível em: <http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2019/anais/arquivos/RE_0022_0004_01.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MARCONDES, N. A. V. Tutela do Animal Doméstico: Uma breve retrospectiva do período pré-histórico da humanidade aos dias atuais no âmbito das Constituições Federais Brasileiras de 1824 a 1988. In: GUILHERME, W. D. (Org.). **A Produção do Conhecimento nas Ciências Sociais Aplicadas. Volume 4**. E-book. Ponta Grossa: Editora Atena. 2019c. p. 286-306. Disponível em: <<https://www.atenaeditora.com.br/arquivos/ebooks/a-producao-do-conhecimento-nas-ciencias-sociais-aplicadas-4>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MARCONDES, N. A. V. Política Protetiva Animal e Segurança Pública. 2020a. In: **ENCONTRO LATINO AMERICANO DE PÓS-GRADUAÇÃO**, 20, 2020a. São José dos Campos, SP. Anais... São José dos Campos: UNIVAP, 2020a. p.1-5. Disponível em: <https://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2020/anais/arquivos/0348_0112_01.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MARCONDES, N. A. V. Motivações pelas quais uma Administração Pública Municipal deva se interessar pelas Políticas Públicas Protetivas da Integridade Física e Psíquica dos Animais. In: SENHORAS, E. M. (Org.). **As Políticas Públicas Frente à Transformação da Sociedade. Volume 3**. E-book. Ponta Grossa: Editora Atena. 2020b. p. 34-51. Disponível em: <<https://www.atenaeditora.com.br/arquivos/ebooks/as-politicas-publicas-frente-a-transformacao-da-sociedade>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MARCONDES, N. A. V. Crime Qualificado de Maus-Tratos contra Cães e Gatos: Reflexões sobre a Lei Federal 14.064/2020. In: VASCONCELOS, A. W. S. de (Org.). **O Direito em Perspectiva**. E-book. Ponta Grossa: Editora Atena. 2022. p. 211-226. Disponível em: <<https://www.atenaeditora.com.br/post-ebook/4928>>. 29 ago. 2022.

PEROVANO, D. G. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. Curitiba: Intersaberes, 2016.

SANTOS, F. A. de O. **Aulas Ministradas**. Disciplina: Teoria da Constituição. (Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional) Centro Universitário Internacional – UNINTER/PR, 2022.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, T. T. de A. **Direito Animal e Ensino Jurídico**: Formação e Autonomia de um Saber Pós-Humanista. 2013. 192f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito/Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Animal, Meio Ambiente e Pós-Modernidade, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2013.

SOARES, A.R.N.; BARBOSA, E. P. Direito dos Animais: Regulamentação no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina/PI, v. -, n. -, p. 1-14, set. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86119/direito-dos-animais-regulamentacao-no-brasil>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

A CONFISSÃO DO INVESTIGADO COMO CONDIÇÃO PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Data de aceite: 01/11/2022

Liane Rose Balog de Lima

Graduada em Direito do Centro
Universitário Adventista de São Paulo,
Engenheiro Coelho - SP, Brasil
[https://www.cnpq.br/cvlattesweb/
PKG_MENU.menu?f_
cod=76AC5BDA083D706D3E
5EE81C60626020](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=76AC5BDA083D706D3E5EE81C60626020)

RESUMO: **Introdução/contexto:** sabe-se que o sistema pátrio jurídico enfrenta diariamente problemas com o número crescente e inacabável de lides que abarrotam os sistemas dos tribunais, causando assim, inadimplência com a celeridade processual. Diante de tal cenário, em busca de uma justiça mais consensual e eficaz. **Objetivo:** o presente artigo busca contemplar uma análise jurídica a um dos instrumentos benéficos criados, sendo o Acordo de Não Persecução Penal implementado no ordenamento jurídico por meio do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), e posteriormente acrescentado no Código de Processo Penal por meio do artigo 28-A, em que se impõe a confissão do averiguado como condição

para a celebração do acordo beneficente entre o Ministério Público e o investigado, para que assim, o Estado renuncie o devido processo e decreto condenatório, e imponha penas mais brandas em favor do averiguado. **Desenvolvimento:** o estudo visa compreender brevemente e diferenciar os novos instrumentos consensuais da justiça brasileira, utilizados para efetivar o devido processo legal e agilizar o grande número de demandas processuais que sobrecarregam os tribunais diariamente. No entanto, o escopo principal do artigo é justamente analisar a necessidade da confissão do réu, em comparação aos outros institutos, sendo a confissão uma condição necessária para tal benefício, analisando se tal exigência fere premissas fundamentais presentes na Constituição Federal e no ordenamento jurídico anteriormente tutelados. **Conclusão:** De maneira resumida, compreende-se que a confissão é uma medida razoável, haja vista ser um contrato bilateral, em que ambas as partes possuem ônus para um melhor resultado frente à justiça brasileira. **Método:** a pesquisa utilizou o método dedutivo, que por intermédio de uma cadeia de raciocínio

em ordem descendente, parte de uma análise geral para o particular, alcançando assim, uma conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Confissão; Acordo de Não Persecução Penal; Ordenamento Jurídico; Justiça Consensual.

THE RESPONDENT'S CONFESSION AS A CONDITION FOR ENTERING INTO THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT

ABSTRACT: It is known that the Brazilian legal system faces daily problems with the growing and unending number of lawsuits that crowd the court systems, thus causing defaults with procedural speed. In view of this scenario, in search of a more consensual and effective justice, this article includes a legal analysis of one of the beneficial instruments created, with the Agreement on Non-Prosecution being implemented in the legal system through the Anti-Crime Package (Law No. 13,964 /2019), and later added to the Criminal Law through article 28-A, which imposes the confession of the investigated as a condition for the conclusion of the beneficent agreement between the Public Prosecutor's Office and the investigated, so that the State renounce due process and condemnatory decree, and impose lighter penalties in favor of the investigated. Furthermore, the study aims to briefly understand and differentiate the new consensual instruments of Brazilian justice, used to implement due process of law and streamline the large number of procedural demands that burden the courts on a daily basis. However, the main scope of the article is precisely to analyze the need for the defendant's confession, in comparison to other institutes, with confession being a necessary condition for such benefit, analyzing whether such requirement violates fundamental premises present in the Federal Constitution and in the legal system previously protected. In short, it is concluded that it is a reasonable measure, given that it is a bilateral contract, in which both sides have the burden for a better result before the Brazilian justice. Therefore, the research used the deductive method, which, through a set of reasoning in descending order, starts from a general analysis for the particular to a conclusion.

KEYWORDS: Confession; Agreement on Non-Prosecution; Legal Order; Consensual Justice.

1 | INTRODUÇÃO

O Sistema Judiciário Brasileiro vem enfrentando inúmeras dificuldades no decorrer das últimas décadas, no que tange principalmente a eficiência dos tribunais em atender ao grande número de processos que tramitam diariamente pelo sistema pátrio, razão pela qual muitas infrações graves nem sequer chegam ao julgamento pleno.

Diante dos obstáculos supracitados, instrumentos processuais foram criados para reverter o quadro dos processos no Brasil. Diante disso, entende-se que os acordos implementados no âmbito criminal tornaram ainda mais eficientes as tramitações dos processos, estabelecendo um sistema que realiza eleições de prioridade, levando a julgamento plenário somente os casos mais graves.

Frente a tal cenário, na primeira parte desse trabalho pretende-se realizar um breve

contexto histórico sobre o Acordo da Não Persecução Penal (ANPP), dissertando acerca das influências estrangeiras que recebeu e como essa ferramenta de resolução de conflitos se estruturou no sistema pátrio.

Nessa linha, com o intuito de compreender a justiça penal consensual, passa-se à explicação de alguns dos instrumentos consensuais penais. Com este objetivo, inicia-se traçando linhas gerais sobre o acordo de não persecução penal, que foi inaugurado pelo Pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019), que ofereceu ao acusado a oportunidade de celebrar acordo o Ministério Público, obstaculizando a continuidade do processo legal, o que, como se verá implicará em consequências positivas ao sistema judiciário brasileiro.

Ainda no tópico em apreço, serão apontados outros instrumentos jurídicos consensuais, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, trazendo a lume suas especificidades e diferenças.

Nessa linha, com o intuito de melhor compreender o acordo de não persecução penal, pretende-se explicitar no capítulo que se segue os questionamentos levantados pela doutrina, que desde a positivação desse mecanismo debate acerca do requisito da confissão do averiguado como condição ao recebimento do benefício. Além disso, almeja-se analisar se a fixação do requisito de confissão do acusado fere premissas fundamentais presentes na Constituição federal e no ordenamento jurídico.

Tendo sido levantadas e debatidas as divergências doutrinárias, o presente artigo tem o escopo demonstrar a necessidade da confissão do réu para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal, apontando se tal ferramenta consensual pode ser tratada como um benefício ao acusado.

Para tornar possível essa pesquisa utilizou-se o método dedutivo, que conforme Pradanov e Freitas (2013, p.27), “tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas. Assim, por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise geral para o particular, chega a uma conclusão” e para isso foi utilizado materiais bibliográficos, tais como: livros, artigos e trabalhos acadêmicos, partindo de um contexto geral para uma conclusão particular.

Para tanto, é necessário primeiramente compreender a história e as influências que resultaram na criação e implementação de um processo penal mais consensual no Brasil. Em seguida, analisar leis anteriormente estabelecidas, e compreender o funcionamento pretérito do devido processo legal, para que assim, o principal objeto de estudo, ou seja, “a confissão do averiguado como condição para celebração do Acordo de Não Persecução Penal”, seja devidamente analisado e discutido.

2 | BREVE HISTÓRICO SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Diante do cenário caótico da justiça brasileira, em razão da grande demanda de processos, a falta de credibilidade do sistema e a impunidade de crimes de maior potencial ofensivo se tornou recorrente, devido ao acúmulo de processos, que por muitas vezes são postergados, fator que deixa claro a ineficiência do sistema judiciário brasileiro.

Em razão disso, tem sido crescente a busca da justiça brasileira por soluções

inovadoras e eficientes, especialmente a partir de experiências estrangeiras, principalmente estadunidense, local onde é notável o indício de características do sistema *common law* como meios consensuais para resolução de conflitos, conforme salienta Aury Lopes Junior (2019), quando pondera que “a ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões”.

Uma das influências de origem anglo-saxão sofridas, trata-se do *Plea Bargaining*¹, que de maneira resumida consiste em:

Um mecanismo procedimental, em que o Ministério Público e o acusado podem chegar em um acordo, em que o suspeito abre mão de um julgamento do caso por meio de um processo penal *full trial*, em troca de algum tratamento mais benéfico [...] A pena acordada no *plea bargain* norte-americano tem caráter imperativo, sendo, pois, desnecessária a submissão do acusado a julgamento (CABRAL, 2021, p. 70-71).

No entanto, apesar dos resquícios do *plea bargaining* nos novos instrumentos consensuais pátrios, Aury Lopes Junior (2019, s/n) alerta que ele viola o pressuposto fundamental da jurisdição “pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade”. Sendo assim, o Ministério Público atuaria em uma área que é dominada pelo tribunal.

Dessa forma, entende-se que por mais que tenha sofrido influências em sua origem, não se pode confundir com o Acordo de Não Persecução Penal, pois geralmente o *Plea Bargaining* importa em uma condenação definitiva e pode ser aplicado a qualquer delito, enquanto o ANPP² é direcionado para delitos de média e pequena gravidade, e “não há condenação ou aplicação de pena, não sendo possível também a assunção de medidas de privação de liberdade” (CABRAL, 2021, p. 73).

Ademais, para Rogério Sanches Cunha (2020, p. 127), deve-se entender o conceito de não persecução penal como um ajuste obrigacional celebrado entre órgão de acusação e o investigado, em que o indiciado confessa sua responsabilidade sobre tal delito aceitando cumprir condições menos severas que aquelas que sobreviriam caso a persecução criminal fosse levada a termo.

Outrossim, é inegável que a inserção desse mecanismo no ordenamento jurídico não gerou conflitos e debates. Nessa linha, Pedro Monteiro (2020) destaca que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a resolução 181/2017 que propunha a possibilidade de o Ministério Público celebrar o Acordo de Não Persecução Penal, sendo posteriormente inserido na legislação pátria (CNMP, 2017).

No entanto, fica evidente que tal resolução feriu o texto constitucional, vez que este estabelece ser competência privativa da União legislar sobre a matéria processual penal. Desta forma, a aludida resolução do CNMP teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal (2017) por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI

1 Barganha; Delação Premiada. (Tradução nossa).

2 Sigla para ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

5790 e ADI 5793), respectivamente ajuizadas pela Associação de Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Segue o resumo das ADIs:

A resolução do CNMP invadia a competência legislativa, inovando em matéria processual penal e, por conseguinte, violando direitos e garantias individuais do investigado, ou seja, possuía vício de inconstitucionalidade, com dispositivos que afrontavam as competências dos órgãos responsáveis pela investigação. [...] A resolução do CNMP ofendia o princípio da reserva legal e da segurança jurídica, extrapolando o poder regulamentar do Conselho Federal do Ministério Público, sob clara afronta ao que prevê a Constituição Federal (MONTEIRO, 2020, s/n).

Outro ponto de polêmica do novo acordo foi a necessidade de confissão. Este requisito fundamentou o ajuizamento da ADI³ n° 6304 pela ABRACRIM – Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. A razão da crítica decorre do entendimento quanto à inconstitucionalidade da necessidade de o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática da infração, por ferir o princípio da presunção da inocência (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Dessa forma, apesar das melhores intenções ao ser inserido no meio processual penal, trazendo assim uma solução consensual para a resolução de conflitos e dando prioridade para que crimes de maior potencial ofensivo sejam devidamente observados e julgados de forma plena, o ANPP também trouxe abrangências e discussões doutrinárias sobre sua constitucionalidade na forma e matéria.

3 | O ANPP E OUTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS CONSENSUAIS MODERNOS

Conforme já destacado, o objeto deste estudo visa notoriamente melhorar o cenário brasileiro, trazendo mais celeridade e credibilidade à justiça brasileira. Neste sentido, o ordenamento jurídico pátrio apresenta instrumentos jurídicos consensuais. Isto reforça a importância de trazer à baila as especificidades e diferenças destes institutos.

É cediço que a Justiça Penal consensual está ganhando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico, haja vista a celeridade que proporciona ao trâmite processual, o que por consequência diminui de maneira significativa o número de processos.

Nesse diapasão, um dos instrumentos jurídicos consensuais é o Acordo de não persecução penal, que foi inserido no sistema legislativo pela Lei n. 13.964/19 e está disposto no artigo 28-A no Código de Processo Penal.

Sobretudo, tem-se que desde a sua inserção no ordenamento é alvo de inúmeros debates. Por conseguinte, faz-se necessário apontar alguns dos seus requisitos, sabendo que os de natureza objetiva estão ligados a pena mínima cominado ao crime, ao emprego de ameaça ou violência, ao cumprimento “das funções político-criminais”. Frisa-se que o ANPP não é cabível quando couber transação penal e não poderá ser aplicado aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica (CABRAL, 2021, p. 93).

3 Ação Direta de Inconstitucionalidade

Um dos requisitos expostos no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal é que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal. Dessa maneira, percebe-se que a confissão do acusado é um dos requisitos para a concessão do ANPP, exigência legislativa que levanta diversas inquietações e é alvo de diversas críticas – como se verá no tópico seguinte-, exigência que diverge de outros benefícios e mecanismos, vez que é o único que exige confissão do acusado (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, importa dissertar que um dos mecanismos consensuais do Sistema Penal Brasileiro é a transação penal, que se materializa como “uma faceta fundamental dos Juizados Especiais Criminais”, tendo o seu alicerce no artigo 98, inciso I da Constituição Federal (CABRAL, 2021, p.73).

A transação penal foi estabelecida no artigo 76 da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Este instituto consiste na aplicação de pena restritiva de direitos ou multa pelo Ministério Público, imposição que recairá sobre o infrator que cometeu crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima ou crime de ação penal pública incondicionada (ALMEIDA, 2011, p.103).

Ainda sobre a transação penal, é relevante pontuar que quando o infrator aceita a transação penal, o processo é obstaculizado. Não há, portanto, o prosseguimento do feito, o que não implica dizer que o acusado esteja confessando o crime ou que esteja assumindo a culpa (ALMEIDA, 2011, p.104).

Assim, tendo assentado tais premissas, faz-se necessário pontuar que há similaridades entre a transação penal e o acordo de não persecução penal, sendo os mais relevantes os seguintes: a) ambos são manifestações de consenso no cenário processual criminal; b) são acordos pré-processuais; c) implicam no não oferecimento de denúncia; d) precisam ser homologados judicialmente; e) não implicarão – necessariamente- a aplicação de alguma pena; e) caso ocorra descumprimento, será necessário a instauração de um processo penal, para que seja aplicada uma sanção criminal; f) o aceite pela parte não importa em maus antecedentes, uma vez que os celebrantes não são formalmente tidos como culpados (CABRAL, 2021, p. 75).

Outrossim, há diferenças entre a transação penal e o acordo de não persecução, tendo em vista que seus requisitos objetivos e subjetivos se diferem substancialmente, uma vez que a transação penal fixa como critério a pena máxima de dois anos, já o acordo de não persecução penal só é cabível para os crimes com pena mínima de até quatro anos. Ademais, outra diferença é que a transação penal está direcionada para os crimes de menor potencial ofensivo, ao passo que o ANPP se volta para os crimes de pequena e média gravidade, aqueles não abarcados pela transação penal. Além disso, outro requisito que os diferenciam é que o ANPP exige a confissão, elemento não exigido pela transação penal (CABRAL, 2021, p. 75).

Outro mecanismo consensual é a suspensão condicional do processo, que também foi inovação dada pela Lei nº 9.099/95, legislação que consolidou no sistema processual penal a conciliação e as medidas despenalizadoras. Desta forma, diante dessa modificação

e inovação no âmbito legislativo, é que se tem a suspensão condicional do processo, considerada pelos doutrinadores como um benefício disponibilizado para o indivíduo acusado de praticar crimes cuja pena mínima fixada em abstrato não ultrapasse um ano (CAVALCANTI, 2012, p. 401).

Assim, entende-se que a suspensão condicional do processo se trata de uma solução dos conflitos penais, no qual o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, tem a possibilidade de propor a suspensão do feito, pelo prazo de dois a quatro anos, desde que a pena mínima cominada ao crime não ultrapasse um ano, sendo requisito que o acusado não tenha sido condenado por outro crime, bem como, deverão ser observados os demais requisitos descritos no artigo 89 da lei supracitada. Dessa forma, analisados e considerados todos os requisitos listados neste artigo, tendo transcorrido o prazo de prova de dois a quatro anos, sem que seja declarada a revogação da suspensão condicional do processo, extingue-se a punibilidade do indivíduo, sendo inalterada a sua primariedade (TAFFAREL; PINHEIRO, 2012, p. 2).

As diferenças entre a ANPP e SCP são mais volumosas das que as com a transação penal, cita-se como exemplo o fato de que o ANPP é celebrado na fase pré-processual, ao passo que a SCP, como visto, tem como requisito o oferecimento da denúncia. Assim, observa-se que no acordo de não persecução penal o principal objetivo do Estado é não oferecer a acusação, enquanto na suspensão condicional o escopo é impedir o prosseguimento do feito (CABRAL, 2021, p. 77).

Com face ao narrado, percebe-se que os instrumentos jurídicos consensuais são de extrema importância para o sistema processual penal brasileiro, pois possibilita – ainda que em passos lentos – uma justiça consensual, trazendo mais celeridade ao Poder Judiciário, que sente os reflexos positivos da aplicação dessas ferramentas.

Dessa forma, tendo como base a paulatina expansão e desenvolvimento da Justiça Penal consensual em território brasileiro, se faz indispensável debruçar sobre o tema, fazendo questionamentos e apontamentos, levantando as inquietações acerca desses mecanismos, fator este que impulsionou a realização dessa pesquisa e especificamente a formulação do próximo capítulo.

4 | A CONFISSÃO DO INVESTIGADO SOB A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E DA DOUTRINA

Como já anteriormente mencionado, entre os instrumentos de justiça consensual criados, está o Acordo de Não Persecução Penal, instaurado pela Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019) conhecida como “Pacote Anticrime”, e posteriormente incrementado no Código de Processo Penal, na forma do artigo 28-A, estabelecendo em seu *caput* que:

Não sendo caso de arquivamento **e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente** a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (BRASIL, 2019, GRIFO

NOSSO).

Dessa forma, o texto legal de maneira expressa determina que a confissão do investigado de maneira formal e circunstancial na presença de membro do Ministério Público é um dos requisitos a serem observados para que seja concedido o benefício. Nessa senda, conforme dispõe Cabral (2021, p. 122), “caso o acordo seja celebrado sem confissão, será caso de o juiz indeferir o pedido de homologação, como inclusive já decidido pelo STF, em HC n° 183224”.

Em face da exigência estabelecida pelo novo instituto, é interessante analisar a forma em que o termo “confissão” era anteriormente protegido pelo ordenamento jurídico, como por exemplo no Código de Processo Penal de 1941, que tutelava esse direito do artigo 197 a 200 e estipulava que:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e esta existe compatibilidade ou concordância.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto. (BRASIL, 1941).

Diante do estipulado pelo Código de Processo Penal, compreende-se que a confissão conforme abordada por Aline Lovatto e Daniel Lovatto (2020, p. 70), não é objeto de capitulação penal, mas sim, de assunção da responsabilidade penal que lhe é imputada no processo. Contudo, é válido ponderar que se faz necessário que o juiz observe outros elementos de provas, não sendo a confissão suficiente para protelar a sentença.

Outrossim, em se tratando de confissão, a doutrina estipula requisitos para que tenha validade. Nessa linha, de acordo com Eugênio Pacelli (2014, p. 411 - 412) a confissão deverá ser realizada perante autoridade julgadora do processo e “não terá valor algum quando prestada unicamente na fase de inquérito, se não for confirmada perante o juiz”. Além disso, entende-se que mesmo quando prestada em juízo a confissão deve estar em concordância com os demais elementos probatórios.

Nesse cenário, ao observar o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição, é possível perceber que o direito ao silêncio é declarado como fundamental. Dessa mesma maneira é tratado e concebido pelo artigo 8.2, “g” do decreto n° 678, conhecido como Pacto São José da Costa Rica, que deslinda que:

8.2 Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

É mister salientar que o princípio da não autoincriminação, ou, *Nemo tenetur se detegere*⁴, é explicitamente defendido pelo ordenamento nacional e internacional. Nesse sentido, como explica Luiz Flávio Gomes (2010, s/n), o direito de não se incriminar engloba diversas dimensões, como o “direito ao silêncio, direito de não colaborar com a investigação ou instrução criminal, direito de não declarar contra si mesmo, direito de não confessar”.

Assim, seguindo a linha de pensamento de Gomes (2010), entende-se que não é possível comprovar a culpabilidade sem o devido processo legal e não existe o devido processo legal sem garantias, “como a da ampla defesa, da autodefesa e da defesa técnica”. Desta maneira, sem a observância de tais requisitos, sabe-se que a inocência do réu deve ser presumida até o trânsito em julgado.

Diante da problemática da confissão, outro aspecto que merece ser discutido são as situações em que existem corréus. Nessa senda, Sidio Rosa de Mesquita Júnior (2020, s/n) apresentou que, em aproximadamente 35% dos casos em que há o concurso de pessoas, a confissão de um deles é utilizada como prova contra os demais corréus, sendo assim, o que em tese deveria ser um benefício para um dos investigados, acaba se transformando em provas acusatórias para os demais. Nessa linha explica Sidio Rosa de Mesquita Júnior (2020, s/n):

Um dos réus realizar acordo de não persecução penal, não se poderá confundir a sua confissão com o acordo de colaboração premiada. A confissão do acordo de não persecução criminal não poderá ser valorizada contra os corréus, sob pena de violar o contraditório e a ampla defesa. A colaboração premiada é um acordo que é regulado pela Lei n. 12.850, de 2.8.2013, com procedimento mais complexo do que o simplificado procedimento para o acordo de não persecução criminal.

De outro modo, o réu fazer confissão e, no caso de ser promovida a ação, poderá haver retratação em seu interrogatório e a confissão anterior deverá ser desconsiderada, uma vez que violadora de princípios constitucionais norteadores da processualística criminal.

Aury Lopes Junior (2021, p. 116) descreve que o averiguado ao ser interrogado, deve compreender que essa é uma maneira de se defender. Portanto, o interrogatório deve ser considerado como um direito e não como um dever, “assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico”.

Além disso, não se pode olvidar que o direito ao silêncio não deve trazer prejuízos ao investigado, pois:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória de acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não se pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado (LOPES JUNIOR, 2021, p. 116-117).

4 Não produzir provas contra si mesmo (tradução nossa).

Portanto, diante do exposto pelo doutrinador supracitado e tendo como base a legislação vigente, entende-se que ao optar pelo silêncio o investigado não deverá sofrer prejuízos. Dessa forma, perder o direito à celebração do Acordo de Não Persecução Penal, não seria uma maneira de prejudicá-lo? Uma vez que a perda desse benefício fará com que o acusado seja parte e sofra com todo trâmite processual, que por muitas vezes é extenso e vagaroso, trazendo prejuízos ao averiguado e ao próprio poder judiciário.

Em contraponto, sabe-se que o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, foi inspirado no direito norte americano, conforme já observado anteriormente e explicitado por José Lucas Perroni Kalil (2020, p. 53), na qual o indiciado opta pelo *guilty plea*, e por meio dele, reconhece sua culpabilidade e aceita a imposição imediata de uma pena, renunciando seus direitos fundamentais. Frente a tal afirmação, José Lucas Perroni Kalil (2020, p.53) aponta que se a inspiração do instituto é de origem norte-americana, “não há qualquer sentido em, a pretexto de se obedecer a alguma faceta do direito ao silêncio exposto na Quinta Emenda, alegar sua inconstitucionalidade”.

O mesmo autor questiona a postura de outros doutrinadores já citados no presente artigo, como Aury Lopes Junior e Rogério Sanches Cunha, pois defendem que a confissão não poderá ser usada contra o investigado no curso do processo. Afinal, se não puder ser aproveitada a confissão, caso ocorra o descumprimento do ANPP, o trabalho do Ministério Público na busca pela confissão será inútil. Ademais, diante da natureza silagmática do acordo, faz-se necessário que se tenha concessões mútuas, não sendo justo que apenas o Estado abra mão de possuir um decreto condenatório contra o autor, como observa-se abaixo:

Repita-se ad nauseam: em um acordo, há concessões mútuas. Nesse acordo de não persecução penal, destinado aos crimes de gravidade mediana, não cabendo, portanto, a mera transação penal, o Estado abre mão de obter um decreto condenatório contra o autor do delito e de eventualmente aplicar-se-lhe uma pena privativa de liberdade. Excepciona-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em contrapartida, o indivíduo abre mão de seu direito ao silêncio e do momento processual em que o interrogatório ocorreria, bem como da imprescindibilidade de repetir essa prova em sede judicial para que possa ser valorada pelo juízo (KALIL, 2020, p. 54-55).

Nesse mesmo sentido, o autor Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021, p. 125) esclarece a importância da confissão, uma vez que ela possui a função de garantia processual. No que se trata de garantia, ao celebrar o acordo não se está a praticar uma injustiça contra um inocente, tendo em vista que a “confissão reforça a justa causa que já existia para o oferecimento da denúncia, dando seriedade e peso para a realização do acordo”.

A outra função é a processual, em que se caso haja o descumprimento do acordo, a confissão fornece ao Ministério Público um importante elemento de vantagem processual, pois se não houvesse a condição de confissão, o descumprimento do acordo de não persecução penal não resultaria em consequências para o investigado. Ademais, entende-se que há “movimentação da máquina estatal para a sua celebração e concretização”, devendo, portanto, o seu descumprimento gerar penalidade ao investigado que descumpriu

com o acordo (CABRAL, 2021, p. 125).

Ademais, assim como José Lucas Perroni Kalil o doutrinador Rodrigo Cabral (2021, p. 128) defende que a confissão do investigado perante o Ministério Público pode ser utilizada como um elemento de confronto, juntamente com as outras provas colhidas durante o processo investigatório. Dessa forma, defende que

Ora, sendo o processo penal um debate público não há nenhuma vedação no uso desse interrogatório extrajudicial como forma de desacreditar versões ou determinados elementos de prova. Veja-se que esse uso dos elementos extrajudiciais como forma de contraste de provas tem sido admitido, inclusive, pela Corte Europeia dos Direitos Humanos (CABRAL, 2021, p. 128).

Dessa forma, compreende-se que por ser um acordo em que se devem existir benefícios para ambas as partes, o Ministério Público deve ter o direito de utilizar tal confissão para o devido processo penal como forma de corroborar com as provas anteriormente obtidas, caso haja o descumprimento por parte do réu.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o sistema judiciário brasileiro vem enfrentando inúmeras dificuldades e possui déficits que conduzem a uma situação caótica. Um dos problemas que mais se destacam é a ausência de celeridade processual, outro problema que assombra o judiciário brasileiro é o número exorbitante de processos.

Dessa forma, tendo como base este problema real e inegável, instrumentos processuais foram criados para tentar dirimir esses descompassos que prejudicam a imagem do judiciário e obstaculizam o acesso à justiça.

Dentre os instrumentos jurídicos consensuais pode-se citar a transação penal, que tem base no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal e artigo 76 da Lei nº 9.099/95, tal mecanismo possui importância ímpar no sistema jurídico brasileiro, pois permite que o acusado e o Ministério Público firmem um acordo, fazendo com que o acusado pelo crime de menor potencial ofensivo não responda a um processo criminal e conseqüentemente não sofra com os efeitos advindos de uma sentença condenatória.

Nesse caso, o processo não tem prosseguimento e o acusado continua sem registro criminal, tendo a sua primariedade inalterada, o que sem qualquer dúvida repercute positivamente para o acusado, que não terá contra si processo penal, tratando-se, portanto, de claro benefício concedido pelo legislador.

Outro mecanismo consensual é a suspensão condicional do processo, que permite que o Ministério Público, tendo com alicerce o disposto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, suspenda o processo por até quatro anos, com o fito de que o acusado realize alguns requisitos e condições, para que o processo seja extinto.

Conquanto, há diversos debates acerca da legalidade desse instituto e das condições para sua aplicação. Fato é que, mesmo com as críticas e debates sobre essa ferramenta, tal mecanismo ainda vige no ordenamento penal e não deixa de ser uma ferramenta apta a “desafogar” o sistema judiciário brasileiro.

Por fim, tem-se o Acordo de não persecução penal, que foi objeto da presente pesquisa, e se mostrou como uma importante ferramenta para o desenvolvimento e expansão de uma justiça penal consensual, haja vista o seu poder de expandir a possibilidade de o acusado realizar acordo com o Ministério Público antes do oferecimento da denúncia.

Diante dos fatores argumentativos apresentados no decorrer do artigo, foi possível notar de forma prévia que o instituto consensual do Acordo de Não Persecução Penal possui sem dúvidas pontos favoráveis à celeridade processual. No entanto, talvez por ainda ser algo novo, a doutrina questiona e se dispersa na necessidade da confissão para tal benefício, levantando indagações sobre o rompimento de direitos fundamentais, ou se a confissão como condição é necessária para que as partes do acordo sejam devidamente beneficiadas.

Contudo, entende-se que o acordo fixado entre o acusado e o Ministério Público, mesmo tendo a necessidade de confissão do acusado, apresenta-se como um benefício para o acusado, uma vez que não sofrerá com a denúncia realizada por parte do Ministério Público, e por consequência não sofrerá com os trâmites – e com uma possível sentença penal condenatória- de um processo penal.

Com face ao exposto, nota-se que o acordo de não persecução penal se apresenta como uma medida razoável, haja vista os benefícios já mencionados, bem como pelo fato de que o acusado não sofrerá com a perda da sua primariedade, não sendo considerado para fins de registros criminais.

Contudo, é de extrema relevância pontuar que para a realização de acordos, seja por meio de qualquer dos mecanismos consensuais posto em pauta neste artigo, deve-se considerar estratégias de defesa, sendo a decisão pela realização ou não realização sopesada, com o intuito de não prejudicar o acusado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vera Ribeiro. Incongruência na transação penal. **Sistema Penal & Violência**, v. 3, n. 1, 2011. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7744>. Acesso em: 20 de agosto de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Código de Processo Penal**, [S. l.], 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

_____. Decreto-Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a Legislação penal e processual penal. **Pacote anticrime**, [S. l.], 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 2º. ed. atual. Salvador: JusPodium, 2021.

CAVALCANTI, Carla Adriana de carvalho. Suspensão condicional do processo (art. 89 da lei 9.099/95): benefício ou constrangimento?. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 19, n. 1, p. 401-489, 2012. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/191>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017.** Instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. [S. l.], 7 ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019:** Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP. Salvador: ed. Juspodvm, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação:** significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em http://www.lfg.com.br_26 janeiro. 2010. Acesso em: 4 abr. 2021.

KALIL, José Lucas Perroni. Sobre a Constitucionalidade da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista de Direito Penal e Processo Penal**, [s. l.], v. 2, ed. 1, p. 50-60, Jan/jun 2020. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/article/view/1632/1467>. Acesso em: 30 mar. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1248

_____. Adoção do Plea bargaining no projeto anticrime: remédio ou veneno?. **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 22 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 12 maio 2021.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (Des)Acordo de Não Persecução Penal. **Revista da Defensoria Pública RS**, Rio Grande do Sul, ano 11, ed. 26, p. 65-84, Jan/jun 2020. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/17>. Acesso em: 30 mar. 2021.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. O Momento do Acordo de Não Persecução Criminal e o Desvalor Probatório da Confissão Necessária. **Conteúdo Jurídico**, [s. l.], 3 dez. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/coluna/3152/o-momento-do-acordo-de-no-persecuo-criminal-e-o-desvalor-probatario-da-confisso-necessaria>. Acesso em: 13 maio 2021.

MONTEIRO, Pedro. Justiça Penal Negociada: o novo acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, sem local, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 8 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Lei Anticrime acaba com a impunidade, avalia Desembargador. **Revista Migalhas**, [s. l.], 17 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/318566/lei-anticrime-acaba-com-a-impunidade--avalia-desembargador>. Acesso em: 8 jun. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADANOV, Cleber; FREITAS, Ernani. **Metodologia do Trabalho Científico:** Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2. ed. Rio Grande do Sul: Editora Feevale, 2013. 277 p. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=zUDsAQAAQBAJ&dq=m%C3%A9todo+dedutivo&lr=&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s_. Acesso em: 18 abril 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 5790**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2017, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcl> Acesso em: 10 maio 2021.

_____, **ADI 5793**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2017, Disponível em: <<https://www.escavador.com/processos/69594987/processo-adi-5793-do-supremo-tribunal-federal>> Acesso em: 10 maio 2021.

_____, **ADI 6304**, Rel. Min. Luiz Fux, 2020, Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101113481/medida-cautelar-na-acaodireta-de-inconstitucionalidade-adi-6304-df-0085234-6020201000000/inteiro-teor-1101113482?ref=serp>> Acesso em: 19 maio 2021.

TAFFAREL, Aline Fernanda; PINHEIRO, Carolina de O. Lopes. Suspensão condicional do processo: extensão de sua admissibilidade para todos os crimes não violentos. **Percurso**, v. 1, n. 12, p. 191-209, 2012. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/506>. Acesso em: 20 de agosto de 2021.

CONTRATOS DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL E O DEVER DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL

Data de aceite: 01/11/2022

Maria Angélica Valadão Arruda Quelhas
Rio De Janeiro

Contractual Renegotiation; Regulated Agreements.

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a existência de dever de renegociar contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural que possam estar em desequilíbrio econômico-financeiro, à luz (i) do princípio contratual de equilíbrio econômico-financeiro; e (ii) do princípio de soberania nacional sobre recursos naturais.

PALAVRAS-CHAVE: Petróleo e Gás Natural; Renegociação Contratual; Contratos Regulados.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the existence of an obligation to renegotiate concession agreements for the exploration and production of oil and natural gas that may be economically and financially unbalanced, in light of (i) the contractual principle of economic-financial balance; and (ii) the principle of national sovereignty over natural resources.

KEYWORDS: Oil and Natural Gas;

1 | INTRODUÇÃO

O petróleo e o gás natural brasileiros, bem como o direito de exercer sua regulação, são, conforme previsto no artigo 177 da Constituição Federal, de propriedade da União, que, por sua vez, transferiu, através do artigo 7º, da Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997, a Lei do Petróleo, à Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP a competência para regular, fiscalizar e representar a administração pública em relação a atividades envolvendo tais hidrocarbonetos. Lê-se, respectivamente:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e

exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem¹;

[...]

Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia².

Assim, a ANP é responsável, no âmbito da exploração e produção de petróleo e gás natural (*upstream*³), pela edição de normas e realização de licitações, bem como por elaborar, negociar, figurar como parte e fiscalizar o cumprimento de contratos que viabilizem a atividade, os Contratos de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás.

Não há, no âmbito do contrato, no entanto, qualquer previsão de renegociação ou reequilíbrio contratual em caso de desequilíbrio, com exceção de disposições sobre caso fortuito e força maior ou aditivos realizados, que deverão observar a Legislação Aplicável e somente terão validade se realizados formalmente e por escrito e assinados pelos representantes das Partes.

A referida questão se tornou ainda mais relevante em razão da crise sanitária decorrente da pandemia de coronavírus (COVID-19), durante a qual indivíduos, companhias e até economias nacionais passaram por dificuldades, resultando na necessidade de renegociação dos mais diversos contratos, inclusive os de concessão.

Nesse sentido, escreveu Daniel Andrade⁴:

Entre os diversos ramos jurídicos que sofrem influências da crise sanitária global, destacam-se os contratos públicos e privados de longo prazo e a sua manutenção diante do desequilíbrio superveniente advindo da crise deflagrada pela COVID-19.

No Brasil, a disciplina que se encarrega da matéria no direito privado está insculpida no art. 478 do Código Civil dentro da seção IV denominada “Da Resolução por Onerosidade Excessiva”. Entretanto, o que se sustenta no presente trabalho é que mais importante do que resolver o contrato diante de um acontecimento extraordinário e imprevisível é manter o ajuste pactuado, reformulando, contudo, as condições do negócio de forma que os efeitos da pandemia não desencadeiem uma sucessão de resoluções contratuais.

Se por um lado a resolução não é o melhor cenário, o pleito de revisão

1 BRASIL, **Constituição da República Federativa Brasileira de 05 de outubro de 1988**.

2 BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

3 Termo definido, segundo o Glossário da ANP, como “segmento da indústria de petróleo que inclui as atividades de exploração, desenvolvimento, produção e o transporte do petróleo até as refinarias”. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Glossário**.

4 ANDRADE, Daniel Josy Monteiro. O dever de renegociar em tempos de COVID-19 e como lidar com contratos administrativos. In.: **Revista Eletrônica da PGE-RJ**. Rio de Janeiro. v.3, Ed. 1. 2020.

judicial dos contratos em vigor, além de sobrecarregar o judiciário diante da quantidade de contratos que restarão desequilibrados ao mesmo tempo, não prestigia a consensualidade.

De acordo com o autor, durante a pandemia de COVID-19, diversos setores foram afetados, resultando no desequilíbrio de contratos públicos e privados e, por sua vez, em grande número de rescisões contratuais.

Esse fenômeno, no entanto, é extremamente prejudicial para a economia, havendo outras opções em caso de desequilíbrio, dentre as quais, a revisão judicial e o dever de renegociar.

Ultrapassada a ausência de disposição contratual quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro de contratos e a menor efetividade da resolução contratual ou da revisão judicial, cumpre destacar o denominado Princípio do Equilíbrio Contratual, que, nas palavras de Leonardo Mattietto “enseja, por um lado, a renegociação, pelas próprias partes, dos termos inicialmente avençados, como também, por outro lado, abre a via, nem sempre desejável, mas frequentemente adotada, conducente à revisão do contrato ou mesmo à sua resolução”⁵.

Assim, apesar de não haver previsão contratual expressa ou norma do órgão regulador e fiscalizador – também parte dos contratos –, referente à obrigação de restabelecer o equilíbrio contratual nos contratos de concessão firmados, esta consiste em princípio, ou seja, apesar de não ter sido regulamentada, ela não deixa de ser uma obrigação.

Tendo em vista o exposto acima, o presente trabalho analisará o conflito entre o dever de renegociar e a soberania nacional sobre recursos naturais.

Sendo assim, presente trabalho analisará, em seu primeiro capítulo, o tratamento do petróleo e gás natural pela legislação brasileira.

Ele será dividido em quatro subcapítulos, que abordarão (i) a definição e as aplicações da soberania permanente sobre recursos naturais, bem como seus impactos em relação à exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil; (ii) um panorama geral da legislação brasileira sobre petróleo e gás natural, conforme estabelecido na Constituição Federal e na Lei do Petróleo; (iii) o monopólio da regulação sobre petróleo e gás natural no Brasil, em que serão desenvolvidas as funções do Estado e da Agência Nacional de Petróleo e Gás Natural – ANP; e (iv) o contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, em que serão abordados, tanto o processo de licitação e contratação, quanto os principais termos do contrato.

Em seguida, no segundo capítulo, o trabalho abordará o tratamento do princípio de equilíbrio contratual pela legislação brasileira, sendo dividido em dois subcapítulos, nos quais serão analisados, respectivamente, (i) a definição, as implicações e a legislação aplicável em relação ao princípio do equilíbrio contratual; e (ii) o tratamento, pela lei brasileira e costume contratual do dever de renegociar, bem como sua efetividade em casos em que sua utilização se faz necessária.

5 MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. In: **Revista do Direito Processual Geral**. Ed. 64, 2009, Rio de Janeiro. p. 186.

Já no terceiro e último capítulo, será abordado o dever de renegociação contratual de contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, no qual será analisado o tratamento do Estado em relação ao dever, bem como o conflito entre ele e a soberania permanente sobre recursos naturais.

Finalmente, ultrapassadas as discussões dos capítulos acima, serão apresentadas as conclusões sobre o referido conflito e a forma com que ele é tratado em casos concretos.

2 | O TRATAMENTO DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 A Soberania Permanente sobre Recursos Naturais

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o monopólio previsto no artigo 177, incisos I a IV da Constituição Federal, decorre do conceito da soberania permanente sobre recursos naturais, prevista pela Resolução nº 1.803 (XVII), de 14 de dezembro de 1962, da Assembleia Geral das Nações Unidas, que estabelece que as populações e nações possuem soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais, que deverá ser exercida conforme o interesse do desenvolvimento nacional e do bem-estar da população do Estado em questão⁶.

Este princípio, firmado pela Organização das Nações Unidas, consiste, conforme exposto por Jane Hofbauer⁷, no direito inalienável de quaisquer pessoas e Estados de dispor livremente de seus recursos naturais.

Para a autora, este princípio surgiu como resposta à posse e propriedade de concessões e instalações de produção decorrente da tradição colonial, tendo sido importante ferramenta para restabelecer a soberania de países menos desenvolvidos e o controle sobre seus ativos, com o objetivo de possibilitar seu desenvolvimento político e econômico.

Em adição, escreveu George Elian⁸ que o principal fator no momento de considerar

6 “1. The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned.” ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 1.803 (XVII), de 14 de dezembro de 1962.**

7 “At the heart of the principle of PSNR stands the inalienable right of all peoples and states to freely dispose of their natural resources. Conceptualized as a response to the prior system of foreign ownership and possession of concessions and production facilities, it gives states the means to regain their sovereignty and control over their assets to enable their economic and political development. In order to safeguard this legal capacity the principle builds upon numerous other rights. Thus, for states to be able to determine the fate of their natural resources it is *inter alia* necessary that they enjoy the corollary rights permitting them to regulate the use and exploitation methods, whether this concerns the pre or post-authorization phase. Therefore, they e.g. are entitled to regulate the admission of foreign investors, the granting of concessions concerning the exploitation of certain natural resources, the length of period the authorization is valid for, the conduct of entities engaged in the exploitation and the distribution of profits.”. HOFBAUER, Jane. **The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications.** 2009. 109f. Dissertação (LLM). University of Iceland, Reykjavík. 2009. p. 13-14.)

8 The prime factor in considering the relation between the State and its natural resources is a universal constant which holds whatever way the State acts for its economic and social development. The universal constant for all State the relation almost universally acknowledged as a general truth is that of sovereignty over their resources. The State's definition, indisputable and uncontested supremacy over its territory involves a reality which is beyond discussion: permanent sovereignty over the resources of that territory. The construction of juridical relations framed within the notion of permanent sovereignty over natural resources proceeds from the premise that these resources do and must belong exclusively to the population on the territory of the State, which can use them freely, as it deems fit. The juridical regime of the exploitation of these resources can at any time be changed and adapted through the promulgation of legislation

a relação entre determinado Estado e seus recursos naturais é a constante universal detida na sua forma de atuação quanto a seu desenvolvimento econômico e social, que é representada pela supremacia indisputável e incontestável sobre seu território, envolvendo a soberania permanente sobre seus recursos naturais. Para o autor, a construção de relações jurídicas enquadradas sob a noção de soberania permanente sobre recursos naturais parte da premissa de que esses recursos pertencem e devem pertencer exclusivamente à população do território do Estado, que pode usá-los livremente, conforme julgar conveniente. O regime legal de exploração desses recursos pode a qualquer momento ser alterado e adaptado mediante a promulgação de atos legislativos pelas autoridades competentes do respectivo Estado. Este é o princípio do direito internacional privado. A ideia de soberania se reflete no fato de que cada estado tem seu próprio sistema de direito internacional privado, obrigatório e imposto a todos aqueles que vivem dentro das fronteiras do estado. Ao mesmo tempo, é inquestionável que a legislação de cada país se torne uma fonte de direito interno e também de direito internacional privado.

Sendo assim, para possibilitar esta capacidade legal, a soberania permanente sobre recursos naturais se escora em outros numerosos direitos, dentre eles, por exemplo, a determinação do destino de seus recursos naturais, a possibilidade de regular seu uso e exploração e a admissão de investidores estrangeiros e o direito de garantir concessões envolvendo a exploração dos recursos.

Adicionalmente, ressalta-se que este tema também foi exaustivamente explorado pela doutrina brasileira. Isto se deve ao fato de que o Brasil é rico em recursos naturais, dentre eles, o petróleo, o que justifica o interesse estatal em deter o domínio destes recursos, além de sua liberdade de dispor conforme seja interessante para seu desenvolvimento. Nas palavras de Marilda Rosado⁹:

A questão da soberania sobre os recursos naturais passou a ser considerada também um “direito ao desenvolvimento”, demonstrando uma natureza político-jurídica. Não se trata de achar que o direito dos Estados de apropriar-se de propriedade de estrangeiros em seu território fosse novidade, já que até nos escritos de Grócio e outros clássicos o *dominium eminens* foi reconhecido.

Trata-se de reconhecer que, embora o respeito do Estado aos direitos adquiridos de estrangeiros seja um princípio básico do Direito Internacional, isso não significa que não possa haver violação aos direitos dele decorrentes, desde que tal fato se coadune com as necessidades e com o interesse geral que o Estado soberano precisa garantir. Ante o exposto, conclui-se que a PSNR consiste em direito aplicado à ordem internacional, que garante que Estados disponham livremente de seus recursos naturais, podendo firmar contratos e direcionar sua atuação neste sentido visando seu maior benefício e desenvolvimento. Assim, o Estado pode regular seus regimes de contratação como bem entender, desde que estas formas tenham como objetivo seu favorecimento, sua segurança e seu desenvolvimento sustentável, ao mesmo

acts by the competent authorities of the respective State. This is the principle of private international law. The idea of sovereignty is reflected in the fact that each State has its own system of international private law which is binding and which is imposed upon all those who live within the State's frontiers. At the same time it is beyond dispute that each country's legislation becomes a source of domestic law well as a source of private international law. ELIAN, George. **The principle of sovereignty over natural resources**. Alpen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhohh. 1979. P. 12-13.

⁹ RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 60.

tempo que tem o direito de alterar seu regime jurídico, mesmo que acabe por violar contratos já firmados.

Tendo em vista o exposto acima, é possível visualizar a importância do referido instituto, responsável por proteger ativos essenciais para o desenvolvimento de economias e manutenção da soberania de países.

2.2 Panorama Geral da Legislação sobre Petróleo e Gás Natural

Partindo deste princípio, destaca-se que, até meados do século XX, apesar do conhecimento de que havia petróleo no Brasil, a política nacional era voltada para a não exploração das reservas existentes.

Este panorama mudou, no entanto, com a Lei nº 2004, de 3 de outubro de 1953, que foi responsável pela criação da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e pela estipulação de que as jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos líquidos e gases raros, existentes no território nacional constituem monopólio da União, conforme segue:

Art. 1º Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos líquidos e gases raros, existentes no território nacional;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.

Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior:

I – por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização;

II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução¹⁰.

Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal, que optou por manter este monopólio e, conseqüentemente, a redação da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, na forma de seu artigo 177.

Em 1995, no entanto, foi publicada a Emenda Constitucional nº 9¹¹, que acrescentou, ao referido artigo, a possibilidade de contratação, com empresas estatais ou privadas, das atividades envolvendo petróleo, gás natural e hidrocarbonetos, processo este que se tratou da abertura do mercado.

Assim, sua redação passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros

10 BRASIL. **Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências.

11 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

II - os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.¹²

Já em 1997, foi promulgada a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997^{13 14}, que foi

12 BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 05 de outubro de 1988.

13 BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

14 Para fomentar o desenvolvimento do ramo de transporte de gás natural, foi promulgada também, em 2021, a nova Lei do Gás, a Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021. Para maiores informações, consultar MORAES, Alexandre Gustavo

responsável pela regulação deste mercado, recém aberto para a indústria privada.

Conforme abordado por Pires e Schechtman¹⁵:

O marco regulatório criado em 1997 determinou as regras necessárias à participação dos agentes privados nas atividades de *upstream* da indústria do petróleo e do gás natural, antes exclusivamente desempenhadas pela Petrobras. Nesse sentido, seu objetivo era o de promover a entrada de novas empresas, fomentar a competição e atrair novos investimentos - isolados ou em parceria com a própria Petrobras.

Esta abertura e, conseqüentemente, o aumento da flexibilização do monopólio da União, foram possibilitados, principalmente, através da outorga de concessões, em relação às atividades anteriores ao refino (*upstream*), e autorizações, em relação às posteriores (*downstream*).

Conforme já tratado por Marilda Rosado de Sá Ribeiro¹⁶:

Em linhas gerais, afirma-se que o monopólio tornou-se "flexível" porque, embora a propriedade dos recursos do subsolo ainda seja da União Federal, o exercício exclusivo, concedido por mais de quarenta anos a uma empresa estatal, a Petrobrás, tornou-se aberto a empresas privadas, através da celebração de contratos de concessão para as atividades de *upstream*; ou por meio de autorização, para as atividades de *downstream*.

A esse respeito, escreveram também Bianca Santos Marzani, André Tosi Furtado e Sinclair Mallet-Guy Guerra¹⁷, que a abertura do mercado resultou em seu crescimento e no aumento de competição entre empresas, visto que o padrão de concorrência foi modificado de um sistema extremamente verticalizado a uma indústria plural, gerando a necessidade, assim, de alterações em todo o arranjo institucional. Em suas palavras:

Com a abertura do mercado de petróleo, vislumbra-se o crescimento do mercado brasileiro de petróleo e de produtos derivados, acompanhado de uma concorrência crescente entre empresas nacionais e estrangeiras. Em paralelo, os fornecedores de bens e serviços nacionais e estrangeiros também deverão dividir o espaço concorrencial e disputar as carteiras de projetos a serem contratadas pelas companhias petrolíferas nacionais e estrangeiras (Zamith, 1999).

A promulgação da lei 9.478 em 1997 (lei do petróleo) modificou o padrão de concorrência nessa indústria, anteriormente caracterizado por uma estrutura altamente verticalizada de monopólio, passando para um ambiente econômico com mais atores públicos e privados. A lei do petróleo desenvolveu um novo arranjo institucional, alterando as funções dos agentes econômicos no setor, bem como as regras e os papéis que permeiam as atividades destes nas atividades do petróleo (Furtado, 2001).

Sendo assim, com o objetivo de regular estas relações recém formadas, a Lei do

Teixeira. **Monopólio Natural e custos de transação no transporte via gasodutos: oportunidades e desafios** com a Lei 14.134/2021. Salvador: DaIN. 2021.

15 PIRES, Adriano; SCHECHTMAN, Rafael. Os Resultados da Reforma: Uma estratégia Vencedora. **Petróleo: Reforma e Contrarreforma do Refino do Setor Petrolífero Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2013. p. 84.

16 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 419-420.

17 MARZANI, Bianca Santos; FURTADO, André Tosi; Guerra, SINCLAIR Mallet-Guy. Novo contexto de abertura do mercado brasileiro de petróleo e os fornecedores locais: a criação do REPETRO. In: **2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás**. 2003. p. 3.

Petróleo contou com a criação, entre outros órgãos¹⁸ da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, que passou a legislar a respeito das questões mais específicas da exploração, produção, transporte e comercialização de petróleo, gás natural e biocombustíveis, além de supervisionar todos os contratos envolvendo as mencionadas atividades. Sua importância e suas inúmeras funções foram devidamente abordadas pela obra de Manoel P. S. Neto¹⁹, conforme segue:

Desde a sua constituição, a ANP realizou licitações de áreas para exploração e produção, concedeu autorização para que novas companhias do ramo se instalassem no Brasil e se associassem a plantas de refino existentes, regulamentou as atividades de distribuição, liberou a importação e exportação de petróleo e seus derivados, exceto diesel e gasolina e a facilitação da construção e operação de postos de gasolina.

Dessa forma, através de breve análise, é possível concluir que o poder legislativo enxerga o petróleo e o gás natural como bens que, em razão de sua importância para a economia e a segurança energética do país, demandam exaustiva regulação, não sendo descartado, no entanto, o imenso potencial lucrativo presente nestes recursos naturais.

2.3 O Monopólio da Regulação sobre Petróleo e Gás Natural

Tendo sido explorados os aspectos mais relevantes da legislação, cabe abordar com maior profundidade o monopólio da união sobre o petróleo e o gás natural, cuja relevância foi abordada por Humberto Mariano de Almeida²⁰:

Os recursos minerais possuem características que os colocam em posição destacada perante os demais bens ambientais. Sua importância ambiental é indiscutível, sua relação com a soberania, sua exploração e possíveis degradações ambientais, além de ser um recurso não renovável, portanto a preocupação com seu esgotamento deve nortear toda a política de aproveitamento dos recursos minerais do País. E como um bem difuso, os recursos minerais devem ser preservados e defendidos pelo Poder Público e pela coletividade.

Em resumo, os recursos minerais brasileiros, especialmente o petróleo e o gás natural, possuem um enorme potencial econômico que deve ser explorado.

Entretanto, é necessário ter em mente que estes recursos são esgotáveis e representam, também, parcela relevante do potencial energético global, sendo de extrema importância para a segurança energética brasileira e, conseqüentemente, para a soberania nacional. Sobre este assunto, cabe mencionar a obra de Thiago Brito, Edmilson dos Santos, Isabelle Rousseau e Pablo Nava²¹. Lê-se:

18 Para maiores informações sobre o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, consultar NETO, Manoel Pereira dos Santos. **Manual de Direito do Petróleo**: uma visão jurídica do ouro negro do Brasil. 1 ed. Jundiaí: Paco, 2018 e RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

19 NETO, Manoel Pereira dos Santos. **Manual de Direito do Petróleo**: uma visão jurídica do ouro negro do Brasil. 1 ed. Jundiaí: Paco, 2018. p. 87

20 ALMEIDA, Humberto Mariano de. **Mineração e Meio Ambiente na Constituição Federal**. São Paulo: LTR. 1999. p. 47-48.

21 BRITO, Thiago L. F.; DOS SANTOS, Edmilson M.; ROUSSEAU, Isabelle; NAVA, Pablo C. A dialética da segurança energética e a interdependência das nações. In: MONIÉ, F.; BINSZTOK, J. (Org.). **Geografia e geopolítica do petróleo**. Rio de Janeiro: Mauadx, 2012. p. 28.

A dialética da Segurança Petroleira parte da tese que explica a meteórica ascensão do petróleo rumo ao topo da matriz energética mundial. Sua ampla disponibilidade, a preços competitivos e qualidades tecnológicas adequadas às necessidades energéticas da humanidade do século 20, fez com que a “maior dependência ao petróleo importado” garantisse uma maior Segurança Energética para as nações consumidoras. Nos países exportadores, a venda do petróleo também gerou a percepção de maior segurança. A exportação do recurso garantiu riqueza, opções de desenvolvimento, maior inserção global e influência política para nações que seriam relativamente pobres sem o petróleo.

Além destes aspectos, cabe ressaltar o imenso impacto ambiental causado por todas as atividades relacionadas a estes minerais, dentre elas a exploração, a produção e o enriquecimento, chegando até o consumo.

Sendo assim, faz-se clara a motivação da legislação brasileira ao tornar o referido recurso monopólio da União Federal, tanto em termos de propriedade dos minerais, quanto na elaboração da legislação pertinente.

Ainda assim, é necessário chamar atenção para a atratividade desse mercado para a iniciativa privada e o potencial dos benefícios que isto pode trazer para a economia do país, o que resultou na abertura do mercado, regulada pela Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, e as demais regras citadas anteriormente. Nas palavras de Jose Emilio Nunes Pinto²²:

A flexibilização do monopólio estatal do petróleo e gás natural nos termos da Emenda Constitucional nº 9 de 9 de novembro de 1995, e a subsequente edição da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, abriram caminho para que o desenvolvimento dessa indústria no país viesse a contar com a participação dos grandes *players* mundiais ao lado da companhia estatal de petróleo – Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS.

Inclusive, entendem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins²³ que:

o monopólio de que se trata aqui não é aquele de fato, isto é, que surge pela desnaturação do regime de competição, fazendo emergir um único fornecedor de um dado produto. Este monopólio é reprimível. O que faz a Constituição é autorizar a criação por lei, em favor do Poder Público, do regime de monopólio. Não há que se confundir no nosso sistema constitucional o monopólio com o serviço público. Este também leva a um regime monopolístico, mas não se cifra a isso. Há também, neste caso, um regime jurídico especial. No monopólio esta especialidade de regime não é de sua essência.

Adicionalmente, é preciso chamar atenção para o fato de que a gestão dos recursos por parte do Poder Público é extremamente custosa, o que, além de gerar prejuízo para o Estado, resulta em investimento inferior ao necessário para o desenvolvimento do mercado, sendo mais vantajoso permitir e regular o investimento privado. Conforme tratado por André Canelas²⁴:

22 PINTO, Jose Emilio Nunes. A arbitragem nos contratos da indústria de petróleo e gás natural. PIRES, Paulo Valois (Org.) **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. P. 121.

23 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. 3, e. 7, 1990. p. 165

24 CANELAS, André. **Investimentos em exploração e produção após a abertura da indústria petrolífera no Brasil**:

O fim dos anos 80 e os anos 90 foram um divisor de águas na história do investimento em setores de infra-estrutura no Brasil. Dada a crença na incapacidade do Estado em gerar um volume de investimento compatível com as necessidades de crescimento da economia brasileira, aliada à paralela mudança de prioridades dos gastos públicos, houve um processo de privatização e concessão de ativos públicos dos setores infra-estruturais. Assim, consolidou-se a mudança de paradigma teórico acerca do papel econômico do Estado: o Estado não seria mais planejador/investidor/ produtor em setores econômicos infra-estruturais. De acordo com este novo entendimento, os serviços de infra-estrutura, sobretudo energia, seriam *commodities* comercializáveis e não serviços de responsabilidade do Estado. Esta mudança de entendimento sobre o papel econômico do Estado, em direção a um entendimento liberal, o chamado “Consenso de Washington”, foi teoricamente embasada pelas teorias monetarista e novo-clássica, principalmente no plano macroeconômico das políticas monetária e fiscal, e pela Teoria dos Mercados Contestáveis, que alegava que os setores econômicos infra-estruturais teriam evoluído de maneira a superar suas características de monopólios naturais (BAUMOL, PANZAR e WILLIG, 1982).

Sendo assim, a Emenda em comento trouxe uma nova visão do monopólio supracitado, buscando equilibrar os poderes do capital privado e do poder público e proteger este recurso natural. Conforme explorado por Regina Linden Ruaro e Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença²⁵:

O monopólio da União e a regulação do setor projetam justamente confluir os fatores positivos da cadeia, ajustando, na medida em que possível for, o capital privado e o interesse público. O que não se pode olvidar é a necessidade de constante acompanhamento do setor por intermédio de medidas interventivas no domínio econômico, de caráter regulatório ou concorrencial. Os aspectos positivos da Emenda nº 9 são justamente possibilitar o surgimento dessa indústria antes restrita à Petrobrás, mas que, como já demonstrado, tem uma face de maior dimensão que merece o cuidado atento do Estado, como administrador e legislador.

Com esta maior necessidade de supervisão, no entanto, percebeu-se que a União não era mais capacitada para regular e fiscalizar, ela mesma, todas as relações e situações decorrentes das atividades relacionadas a petróleo e gás natural, o que resultou na criação das agências reguladoras, mais especialmente, a ANP.

A necessidade de delegação destas funções, anteriormente detidas pela União, foi amplamente abordada por Luís Roberto Barroso²⁶:

[...] o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a

impactos econômicos. 2004. 106f. Monografia (Bacharelado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2004. p. 55.

25 RUARO, Regina Linder; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. *Análise Econômica do Direito do Petróleo: Desafios do Novo Sistema Exploratório. Direito Público.* v. 12, e. 65. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público. 2005. p. 198.

26 BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Revista do Direito Administrativo.* v. 229. Rio de Janeiro: FGV. 2002, p. 293.

ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surgem como personagens fundamentais, as agências reguladoras.

Nesse sentido, conclui-se que as agências reguladoras possuem como objetivo principal a elaboração de regras que demandam maior especialização, além da regulação e fiscalização das relações envolvendo o governo e entes privados na realização de atividades relacionadas às matérias que regulam. Nas palavras de Sérgio Guerra²⁷:

A regulação estatal representa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade. Essas regras devem ser observadas em determinado comportamento ou situação, afetando-se minimamente direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Pela ótica do postulado da eficiência e como fundamento jurídico, a regulação estatal deve alcançar a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício de outros interesses constitucionalmente protegidos. Secundariamente, a regulação deve buscar o menor dispêndio de recursos públicos.

A escolha regulatória fundamenta-se, portanto, na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais de forma adequada, necessária e proporcional, para o equilíbrio de subsistemas.

Exclusivamente sobre a criação da ANP num contexto de recente abertura do mercado de petróleo e gás natural para entidades privadas, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio²⁸ entende que:

[a] presença de uma entidade reguladora autônoma foi vislumbrada como necessária num contexto em que se buscava atrair a iniciativa privada para investimentos no setor e, nesse sentido, conferir segurança jurídica e previsibilidade à regulação setorial e aos contratos a serem firmados.

A importância da regulação, inclusive foi tratada, no contexto da abertura do mercado de petróleo e gás natural, por Francisco José Zagari Rigolon²⁹, que escreveu que:

Uma regulação eficiente é desejável porque aumenta a credibilidade da reforma da infra-estrutura e, conseqüentemente, a probabilidade de entrada do capital privado no setor. Neste sentido, uma estratégia recomendável para os países em desenvolvimento seria: primeiro, formular as regras do jogo, ou seja, instituir um marco regulatório crível; depois, definir a estrutura da indústria; e, finalmente, privatizar os serviços de infra-estrutura. O Chile implementou uma seqüência semelhante a esta ao longo de uma década. Em outros países, entretanto, resultados significativos foram alcançados mesmo com defasagens na regulação. Por outro lado, outras variáveis, tais como a incerteza política, a estabilidade macroeconômica, o desenvolvimento do mercado financeiro doméstico, a oferta de crédito para a infra-estrutura, o risco cambial etc., também influenciam o andamento da reforma. As evidências sinalizam que, no curto prazo, uma regulação eficiente é desejável, mas não

27 GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. GUERRA, Sérgio (Org.) **Regulação no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014. p. 379.

28 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação da atividade de petróleo e gás natural no Brasil. GUERRA, Sérgio (Org.) **Regulação no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014. p. 304.

29 RIGOLON, Francisco José Zagari. Regulação da Infra-Estrutura: A Experiência Recente no Brasil. **Revista do BN-DES**. v. 4, n. 7. 1997. p. 135-136.

é nem necessária nem suficiente para assegurar o início de um processo bem-sucedido de reforma da infra-estrutura. No longo prazo, entretanto, uma regulação estável, compreensiva e que incentive a competição aumenta a probabilidade de sucesso da reforma.

Especificamente sobre a ANP, ela é responsável, entre outras atividades, por aplicar a lei existente, regular e fiscalizar a exploração, produção, enriquecimento, refino, transporte e comércio, tanto interno, quanto externo, de petróleo, gás natural e seus derivados, além de conduzir as rodadas de licitações de áreas a serem exploradas e figurar como parte concedente nos contratos firmados com companhias que realizaram a exploração e produção destes bens, e como interveniente anuente dos contratos privados envolvendo os mesmos.

Conforme abordado por Manoel P. S. Neto³⁰:

[...] por meio de normas infralegais (em especial as resoluções, portarias e editais de licitação) , ela estabelece regras licitatórias, e contratuais e de funcionamento dessa indústria (englobando toda a cadeia produtiva: exploração e produção, refino e distribuição), fiscaliza as atividades industriais e impõe sanções administrativas ante o descumprimento normativo e/ou contratual.

Dessa forma, é possível entender que, por mais que o mercado de petróleo e gás natural tenha sido aberto para demais empresas que não sejam a Petrobras, ele ainda é protegido, regulado e fiscalizado exaustivamente pela União e a agência por ela criada com este objetivo.

2.4 O Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás

No contexto da referida proteção, regulação e fiscalização da atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural, foi implementado, através da Lei do Petróleo³¹, o regime de concessão das referidas atividades, através do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural.

Conforme abordado por Ilana Zeiotune, o referido regime se deve a diversos fatores, dentre os quais (i) o alto risco exploratório relacionado à atividade; (ii) a dificuldade do Estado em obter financiamentos; (iii) a existência de campos petrolíferos em relação aos quais o Estado não possuía interesse direto; e (iv) o baixo preço do petróleo à época da escolha do regime.

Em suas palavras:

Aponta-se como os principais fatores que motivaram a escolha brasileira pelo modelo de concessão para as atividades exploratórias: (i) o alto risco exploratório existente à época de sua concepção; (ii) a baixa capacidade de financiamento do Estado; (iii) a existência de campos petrolíferos de tamanho

30 NETO, Manoel Pereira dos Santos. **Manual de Direito do Petróleo**: uma visão jurídica do ouro negro do Brasil. 1 ed. Jundiaí;Paco, 2018. p. 58-59.

31 Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica. BRASIL. **Lei ° 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

pequeno ou médio; e (iv) o baixo preço do barril de petróleo à época³²

Sobre o referido regime, escreveu Patrícia Regina Pinheiro Sampaio que:

De uma atividade até então executada exclusivamente pelo Estado, por meio da Petrobras, a Lei nº 9.478/1997 passou a permitir a celebração de contratos de concessão industrial, por meio dos quais, após o devido processo licitatório, transfere-se aos concessionários a possibilidade de exploração e, em caso de êxito, produção de petróleo a partir de um determinado bloco, pelo tempo previsto no contrato.

De acordo com o modelo de concessão, o risco da fase exploratória, isto é, da pesquisa acerca da existência de petróleo e gás comercialmente viável no bloco, fica a cargo do investidor privado. Em caso de insucesso, este perde os investimentos realizados, sem ônus para o poder público. Por outro lado, em sendo exitoso, apropria-se do resultado da produção, pagando os tributos legal e contratualmente previstos.³³

Ainda sobre o regime de concessão, escreveram Mauricio Tiomno Tolmasquim e Helder Queiroz Pinto Junior sobre as etapas anteriores e posteriores à assinatura dos contratos de concessão:

O processo de organização de uma Rodada de Licitações inclui as seguintes etapas (ANP, 2009):

- i. Definição dos blocos;
- ii. Anúncio da rodada;
- iii. Publicação do pré-edital e da minuta do contrato de concessão;
- iv. Realização da audiência pública;
- v. Recolhimento das taxas de participação e das garantias de oferta;
- vi. Disponibilização do pacote de dados;
- vii. Seminário Técnico-ambiental;
- viii. Seminário Jurídico-fiscal;
- ix. Publicação do edital e do contrato de concessão;
- x. Abertura do prazo para a habilitação das empresas concorrentes;
- xi. Realização do leilão para apresentação das ofertas e assinatura dos contratos de concessão.

[...]

Finalizada a etapa de licitação, são assinados os contratos de concessão entre as empresas vencedoras e a ANP (em nome da União), que passa a acompanhar os seguintes pontos de execução dos contratos (ANP, 2009):

- i. Os pagamentos pela ocupação (ou retenção) da área;
- ii. O pagamento dos *royalties*;

32 ZEIOTUNE, Ilana. **Petróleo e gás no Brasil: Regulação da Exportação e produção**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 60.

33 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação da atividade de petróleo e do gás natural no Brasil. In.: GUERRA, Sérgio. **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014. p. 305.

- iii. O pagamento da [participação do Estado] sobre campos de grande volume de produção ou de alta rentabilidade;
- iv. As condições de devolução das áreas;
- v. A vigência, duração do contrato e os prazos e programas de trabalho para as atividades de exploração e produção;
- vi. O compromisso com a aquisição de bens e serviços de fornecedores nacionais (conteúdo local);
- vii. O compromisso com a realização do Programa Exploratório Mínimo (PEM) proposto na oferta vencedora;
- viii. A obrigatoriedade de adoção das medidas necessárias para a conservação dos reservatórios e outros recursos naturais, segurança das pessoas, dos equipamentos e para a proteção do meio ambiente;
- ix. A obrigatoriedade de adoção das melhores práticas da indústria e obediência às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive quanto às técnicas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas;
- x. As responsabilidades das concessionárias, inclusive quanto a danos ao meio ambiente;
- xi. O investimento de 1% da Receita Bruta em Pesquisa e Desenvolvimento (estão sujeitos a esta cobrança todos os campos que pagam a [participação do Estado]³⁴).

Pelo exposto acima, é possível concluir que, além da complexidade e dos custos relacionados à participação nas licitações, o contrato de concessão é extremamente restritivo, prevendo obrigações que, apesar de necessárias em relação à proteção dos recursos e ao desenvolvimento econômico do país, são extremamente onerosas para os concessionários.

3 | O TRATAMENTO DO REEQUILÍBRIO CONTRATUAL PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1 O Princípio do Equilíbrio Contratual

Ultrapassada a necessidade de conceituação em relação ao contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás, cumpre analisar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro de contratos em geral.

Sendo assim, em primeiro lugar, cabe desenvolver sobre o princípio do equilíbrio contratual.

Especificamente sobre o escopo do princípio do equilíbrio contratual, escreveu Anderson Schreiber que este se relaciona à manutenção de equilíbrio entre as partes contratuais quanto ao somatório dos impactos econômicos decorrentes dos direitos e obrigações do contrato, ou seja, os ganhos e sacrifícios econômicos incorridos pelas partes

³⁴ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno; PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (orgs.). **Marcos Regulatórios da Indústria Mundial de Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia: EPE. 2011. p 274 e 275.

devem ser equivalentes. Lê-se:

[...] o princípio em estudo dirige-se ao equilíbrio do objeto do contrato. Por objeto do contrato não se deve compreender tão somente as suas prestações principais. Ao intérprete cumprir a observar não apenas o somatório das prestações principais e acessórias, mas todo o complexo conjunto de direitos, faculdade, obrigações, ônus e outras situações jurídicas derivadas do contrato - direitos e obrigações em sentido lato -, com vistas a identificar o seu reflexo concreto sobre os contratantes. O que é o princípio em tela interessa não são as situações jurídicas em si, mas as suas consequências econômicas, ou seja, os sacrifícios econômicos suportados e os benefícios econômicos auferidos pelas partes em virtude dos direitos e obrigações, sempre Lato Sensu, que compõem o contrato. Por essa razão, preferiu se não se adotar nessa obra a tradicional nomenclatura “equilíbrio das prestações”, pois se pretende enfatizar que não se trata tão somente de avaliar as prestações em sentido estrito. Mais: não se limita o equilíbrio contratual, na perspectiva aqui adotada, aos contratos com prestações correspectivas, como poderia sugerir aquela expressão; aplica-se por força de sua matriz constitucional a toda e qualquer espécie de contrato, sendo certo que o próprio Código Civil reconhece, em ao menos uma passagem, a possibilidade de reequilíbrio de contratos unilaterais.

Assim, o princípio do equilíbrio contratual não está adstrito a mero reforço daquilo que já derivaria da própria noção de comutatividade, centrado sobre o vínculo correspectivo entre prestações. Sua aspiração é mais ampla que a mera valorização de um dado estrutural já presente na ordem jurídica brasileira. Destina-se a impedir não somente que um contratante sofra sacrifício econômico desproporcional ao benefício econômico obtido - o que se pode denominar desequilíbrio contratual vertical, porque constatado a partir da comparação entre as dimensões econômicas dos direitos e obrigações recíprocos que compõem o objeto do contrato -, mas também que sofra sacrifício econômico desproporcional ao assumido - o que se pode denominar desequilíbrio contratual horizontal, porque verificado a partir do agravamento do sacrifício econômico imposto ao contratante no tempo, entre o momento da formação do contrato e o momento da sua execução.³⁵

No mesmo sentido, escreveram Juliano Heinem e Leonela Otilia Sauter Soares que o objetivo do princípio do equilíbrio contratual é a manutenção da intenção das partes no momento da assinatura do contrato, ou seja, que os objetivos originais das partes sejam preservados na medida do possível, sem que qualquer das partes seja excessivamente onerada ou beneficiada em relação às outras. Em suas palavras:

[...] o equilíbrio contratual, se visto como “princípio geral do direito privado”, tem por meta manter o que as partes pretenderam quando da celebração do negócio. E isto revela a necessidade de se perguntar por que se estabeleceu a troca. Se a realidade se modifica no tempo, e o contrato ainda está vigente, deve-se questionar: “a parte onerada ainda continuaria negociando, diante da situação em que se encontra agora?”; ou, de outro modo: “se, à época da celebração do negócio, a parte soubesse dos câmbios que se processaram durante a execução do contrato, teria ainda assim feito o ajuste que se está a questionar?”. E tudo isto deve, é claro, ser visto em termos economicamente

35 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 55-56.

apreciáveis. Se a resposta a estes questionamentos indica que uma das partes jamais teria feito o negócio ou continuado o contrato, percebermos a presença, no mínimo, do enriquecimento sem causa da outra parte que se beneficia da onerosidade. Até porque, como se viu logo antes, o Código Civil fala em “desproporção manifesta” (art. 317), o que dá uma ideia negativa, e não positiva. Esta perspectiva, também como demonstrado, não se repete no art. 478, porque esta regra se pauta na perspectiva de uma “prestação excessivamente onerosa”. Assim, o código parte de uma ideia de equidade que se baseia na compreensão de que há impossibilidade de vantagem exagerada de uma das partes, situação que deve se manter durante o contrato.

Vale dizer, assim, que a objetivação do contrato propõe dar menos valor à declaração de vontade, e valorar mais a visão econômico-social do contrato. Repete-se, não se pode perder de vista que o contrato é uma operação econômica, o que reforça a tese exposta.

É claro que não se pode dar guarita à revisão contratual quando, no futuro, era razoável para as partes contratantes prever a justa perda patrimonial, ou seja, o câmbio da realidade era previsível. Então, se era razoável prever uma justa perda patrimonial (v.g., sabia-se que existiria, no futuro, mudança do sinalagma), não há que se dar guarita ao reequilíbrio contratual. E por uma simples razão: o fato que rompe a relação contínua no âmbito de previsibilidade das partes desde a gênese do negócio. Logo, em outras palavras, faz parte da causa do contrato.³⁶

De acordo com os autores, o objetivo do princípio é evitar desproporção entre os direitos, obrigações, ganhos e prestações contratados. Sendo assim, caso seja identificado o ônus ou bônus excessivo de alguma das partes, desde que não previsto ou previsível no momento da contratação, caberá discutir de comum acordo ou, caso a discussão não seja viável, impor judicial ou arbitralmente que o contrato seja renegociado e/ou que suas disposições sejam ajustadas para que o contrato retome o equilíbrio existente no momento da contratação.

Apesar de não contar com regulamentação expressa no Código Civil Brasileiro, o princípio do equilíbrio contratual é um princípio consolidado em diversos outros diplomas normativos, bem como pelo costume contratual e pela jurisprudência atual.

Conforme abordado por Heinem e Soares que o princípio é regido pelo equilíbrio projetado no contrato através da intenção comum das partes. Nesse sentido, os autores entendem que, como forma de manutenção do equilíbrio decorrente da intenção das partes, caso o contrato se torne excessivamente custoso para uma ou mais delas, a tentativa de modificação do mesmo pode ser considerada mais benéfica que sua simples rescisão.

Lê-se:

[...] o Código Civil não prevê expressamente um “princípio do equilíbrio contratual”. O que existe é uma relação jurídica sinalagmática guiada por um equilíbrio subjetivamente apreciado e que se projeta no contrato. Em outras palavras, o “equilíbrio funcional” dos contratos deve ser garantido – pela

36 HEINEM, Juliano; SOARES, Leonela Otilia Sauter. A estrutura teórico-dogmática do equilíbrio contratual no direito privado - Pode ser ele considerado um princípio geral do direito? In.: **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 28. abr./jun. 2021. p. 40.

intenção comum das partes.

E, de mais a mais, a resolução contratual deve ser a ultima ratio, ou seja, a todo custo deve ser evitada. Antes de se romper com o negócio, impõe-se seja oferecido à outra parte contratante a possibilidade de modificar equitativamente as condições do contrato – tudo de acordo com o que dispõe o art. 479 do CC. Assim, este dispositivo deve ser considerado, porque a base do contrato se assenta, antes de tudo, em uma relação de interesse entre as partes. De qualquer sorte e de outro lado, não se pode impor o reequilíbrio, porque a resolução do negócio pode ser uma boa opção.³⁷

Colaborando com esse entendimento, escreve Anderson Schreiber que a obrigação de manutenção do equilíbrio contratual, além da legislação pátria, decorre dos valores constitucionais, sendo necessário observá-la à luz de seu merecimento de tutela:

Mais que o conjunto de regras específicas com que o legislador brasileiro parece procurar evitar o desequilíbrio excessivo das relações contratuais são os valores constitucionais, com toda sua carga histórico-cultural, que vem impor o reconhecimento de um princípio setorial voltado a garantir a formação e o desenvolvimento de relações de materialmente equilibradas no campo do Direito dos Contratos. Supera-se, assim, a tradicional postura de indiferença da ordem jurídica ao conteúdo dos contratos. Se, no exame abstrato de validade do contrato, a lei contenta-se com a possibilidade, determinabilidade e licitude do seu objeto (art. 104, III, do Código Civil), seu merecimento de tutela em concreto exige mais: que tal objeto afigure-se equilibrado. Impende, todavia, definir o que se deve entender por contrato equilibrado, daí derivando o preciso significado do princípio do equilíbrio contratual.³⁸

Tendo em vista o exposto acima, é possível concluir que o princípio do equilíbrio contratual, apesar de não regulamentado de forma consolidada na legislação pátria, é reforçado nas esferas públicas e privadas. Ele se caracteriza pela necessidade de manutenção de condições econômicas equilibradas entre as partes de determinados contratos, em relação a seus ganhos e prestações previstos nos contratos. Dessa forma, caso seja identificado desequilíbrio na referida relação, os contratos deverão ser alvo de renegociação ou, caso a referida renegociação não seja frutífera, de rescisão, com o objetivo de não configurar onerosidade ou benefício excessivo para alguma das partes.

3.2 O Dever de Renegociação

Especificamente sobre o dever de renegociação contratual, conforme abordado de forma inicial no capítulo acima, este se refere à possibilidade de as partes renegociarem e/ou imporem o dever de renegociar contratos considerados excessivamente onerosos para alguma das partes, desde que a referida onerosidade excessiva não tenha sido prevista e/ou previsível no momento da contratação.

Nesse sentido, faz-se necessário isolar dois conceitos, quais sejam: (i) a imprevisão;

37 HEINEM, Juliano; SOARES, Leonela Otilia Sauter. A estrutura teórico-dogmática do equilíbrio contratual no direito privado - Pode ser ele considerado um princípio geral do direito? In.: **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 28. abr./jun. 2021. p. 40-41.

38 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 51-52.

e (ii) a onerosidade excessiva.

Em relação à imprevisão, escreveram Heinem e Soares que esta pressupõe que os fatos geradores do desequilíbrio contratual sejam imprevisíveis ou imprevistos, ou que caso previsíveis, suas consequências sejam imprevisíveis ou imprevistas no momento da assinatura do contrato, ou seja, que a possibilidade de constituição da referida oneração não possa ter sido prevista por qualquer das partes antes de sua ocorrência.

Já quanto à onerosidade excessiva, os autores afirmaram que esta é definida pela conjunção entre o prejuízo excessivo de uma ou mais partes e o ganho excessivo de outra(s), desde que decorrentes de fato imprevisível, conforme definido acima.

Nesse sentido, cabe observar o disposto pelos autores:

Em termos dogmáticos, a teoria da imprevisão pressupõe a ocorrência de fatos imprevistos, ou previsíveis, mas de consequências imprevisíveis, enfim, ocorridos após a constituição do contrato, e alheios à vontade das partes, resultando em um ambiente econômico diverso. A definição da teoria pode bem partir da dicção do art. 317 do CC:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Esse dispositivo deve ser conjugado com o art. 478 do mesmo código:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Enfim, trata-se da soma de um fato superveniente, com a ocorrência de uma onerosidade excessiva.

Para tanto, uma soma de condições deve estar presente para que o contratante prejudicado possa pleitear medidas compensatórias:

(a) O risco (álea) deve ser independente da vontade das partes e imprevisível, como no caso de guerra, grave crise econômica, desvalorização da moeda etc. Enfim, deve ser oriundo de acontecimento dificilmente resistível. Sendo assim, a causa da recomposição deve ser considerada imprevisível, ou previsível, mas de consequências imprevisíveis;

(b) A onerosidade deve existir, mas

não pode ser absoluta, e deverá ter um carácter temporário. Mas ela deverá existir, causando uma desproporção no sinalagma contratual; e

(c) A parte contratada deverá continuar a execução do contrato, apesar das dificuldades.

É claro que o contrato, ainda, deverá ser de execução diferida ou continuada (trato sucessivo), comutativo e oneroso. Assim, a teoria da imprevisão não se aplica, em regra, aos negócios instantâneos ou de execução imediata. Tanto que o fundamento da teoria da imprevisão é a cláusula *rebus sic stantibus*, que é considerada implícita em qualquer contrato de trato sucessivo.

Partindo dessas premissas, as medidas compensatórias serão fixadas amigável ou judicialmente, a fim de cobrir parte do déficit que o contratado sofreu. O “estado de imprevisão”, sempre temporário, vai intentar restabelecer o equilíbrio do contrato. Do contrário, as partes deverão partir para a sua rescisão do negócio.

[...]

[...]. Em resumo, podem-se elencar os seguintes elementos dogmáticos à aplicação da teoria: (a) há de se estar diante de um evento extraordinário e posterior à constituição do negócio; (b) tal evento deve ter causado uma onerosidade a uma das partes, sendo que, claro, ela não pode ter sido causada por uma das partes; (c) de outro lado, o mesmo evento deve gerar uma maior vantagem para uma das partes contratantes; (d) o evento a ser considerado e que perturbou o equilíbrio contratual deve ser imprevisível ou previsível, mas de consequências imprevisíveis. Isto porque, se uma das partes podia considerar razoavelmente possível de ocorrer no futuro tal situação, deveria ter a considerado quando fez o negócio, cabendo, pois, suportar os ônus desta deficiência na avaliação inicial.³⁹

Tendo em vista o exposto acima, a necessidade de renegociação decorre da existência de ônus e bônus excessivos e imprevisíveis no momento da contratação.

Adicionalmente, conforme destaca Anderson Schreiber, o dever de renegociar, decorrente de desequilíbrio contratual não impõe às partes a obrigação de reequilibrar o disposto do contrato, mas tão somente a possibilidade de submissão de pedido de renegociação dos termos do contrato pela(s) parte(s) onerada(s) e a obrigação de avaliação do pleito, com a devida seriedade, pela(s) parte(s) beneficiada(s).

Em suas palavras:

O dever de renegociação constitui, como visto, um dever anexo, imposto pela boa-fé objetiva a ambos os contratantes. Não tem como objeto a obtenção de um resultado consubstanciado no efetivo acordo para a revisão do contrato, mas sim a conduta a ser adotada pelas partes diante do desequilíbrio contratual. Desdobra-se em duas etapas: (a) o dever de comunicar prontamente a contraparte acerca da existência do desequilíbrio contratual identificado; e

39 HEINEM, Juliano; SOARES, Leonela Otilia Sauter. A estrutura teórico-dogmática do equilíbrio contratual no direito privado - Pode ser ele considerado um princípio geral do direito? In.: **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 28. abr./jun. 2021. p. 25-28

(b) o dever de suscitar uma renegociação que possibilite o reequilíbrio no contrato ou de responder a proposta nesse sentido, analisando-a seriamente.

Assim, o dever de renegociação consubstancia uma abertura adicional à revisão do contrato, mas a uma revisão extrajudicial e autônoma, conduzida pelas próprias partes e que pode, eventualmente, fracassar. Repita-se: o dever de renegociar não configura um dever de reequilibrar o contrato em site negocial. Não constitui tampouco um dever de aceitar as novas condições propostas pelo contratante que Alegre está sofrendo a excessiva onerosidade. Não se trata, nesse sentido, de um dever de realizar o contrato extrajudicialmente ou, pior, de aceitar um contrato novo. O contratante favorecido atende ao dever de renegociação analisando e respondendo ao pleito que lhe é apresentado, ainda que simplesmente para rejeitá-lo. O dever de renegociar constitui, em outras palavras, um dever de ingressar em renegociação, informando prontamente o fato que a enseja e formulando um pleito de revisão do contrato ou analisando e respondendo, com seriedade, ao pleito apresentado pelo outro contratante. É, em essência, um dever de comunicar, de pronto, a existência do desequilíbrio contratual ingressando em tratativas para encontrar a melhor forma de superá-lo, em consonância com a boa-fé objetiva⁴⁰.

Scheiber aborda, ainda, as consequências da não observância do referido dever, ou seja, da ausência de resposta ao pleito de renegociação ou da recusa quanto a iniciar a referida renegociação, que consistem na responsabilização da parte inadimplente por eventuais danos decorrentes da referida inobservância, bem como na imposição de outros remédios, como a configuração de inadimplemento do contrato ou a imposição da obrigação de renegociação. Lê-se:

4.5. A violação de dever de renegociar, quer pelo silêncio recusa e iniciar a renegociação, quer pela ruptura injustificada da renegociação já iniciada, quer, ainda, pela ausência de tão pronta quanto possível comunicação à contraparte acerca do desequilíbrio contratual superveniente, enseja responsabilidade civil pelos danos causados. Aqui, afigura-se possível o paralelo com a incidência da boa-fé objetiva nas tratativas anteriores à formação do contrato, cuja violação deflagra a responsabilidade pré-contratual, já amplamente reconhecida na experiência jurídica brasileira. Outras consequências tem sido suscitadas na experiência estrangeira internacional, como a preclusão do acesso à ação judicial de revisão ou resolução do contrato ou a deflagração do *exceptio non adimpleti contractus*, mas, diante do atual tecido normativo brasileiro, é o dever de reparar consequência indiscutível da quebra do dever de renegociação.⁴¹

Sendo assim, conclui-se que, configurado desequilíbrio contratual, a(s) parte(s) oneradas do contrato devem notificar a(s) outra(s) parte(s), solicitando a renegociação dos termos do contrato que geram a onerosidade excessiva e a(s) outra(s) parte(s) devem atender seriamente à solicitação de renegociação, devendo esta ser negada apenas de forma justificada.

40 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 297-298.

41 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 341-342.

Destaca-se que a violação ao dever de renegociar suscita a responsabilização civil em juízo da parte que o violar, bem como demais deveres, a serem impostos pelo juízo, caso este entenda necessário.

41 O DEVER DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL DE CONTRATOS DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS

Em primeiro lugar, importa destacar, conforme abordado por Alexandre Santos de Aragão, que contratos administrativos, diferentemente de grande parte dos contratos privados, possuem proteção da equação econômico-financeira inicial do contrato, que deve ser preservada diante de quaisquer fatos que modifiquem seus elementos constitutivos. Lê-se:

Os contratos administrativos em geral possuem uma proteção contra a instabilidade que inexistente nos contratos privados, proteção essa consistente basicamente na proteção da equação econômico-financeira inicial do contrato, que deve ser mantida diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem seus elementos constitutivos, excetuando-se as alterações decorrentes de fatos previsíveis, inerentes à própria álea da economia e que nada tenham a ver com a atuação do Estado.⁴²

Nesse sentido, é necessário abordar o princípio da autonomia da vontade, combinado à liberdade contratual, bem como suas limitações quando atribuídas a contratos firmados com a administração pública.

Sobre isso, Guilherme Carvalho e Souza⁴³ afirma que, apesar de ponto visto como central na contratação, a autonomia da vontade, quando existente em contrato administrativo, não prevalece em relação ao interesse público e à função social do contrato. Em suas palavras:

“A vontade (o querer administrativo) é simples complemento de um interesse público prévio (contido em lei). A liberdade está calcada nesse simples querer administrativo. Obtempera-se a liberdade a fim de se evitar o arbítrio. A conferência de máxima liberdade ao poder público, na forma como concedida ao particular, sem vinculação prévia a mínimos elementos contidos em lei, proporciona ampla discricionariedade que, nem sempre, coincide com o interesse público.”⁴⁴

Assim, para o autor, em razão da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, seria eliminada a igualdade entre as partes. Dessa forma, a liberdade de contratação pela administração pública seria relativizada em função do interesse público e, portanto, da função social do contrato.

Partindo dessa proteção já configurada, cabe analisar como o Estado avalia e trata a necessidade de renegociação de contratos administrativos e, em especial, de contratos

42 ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. In.: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013. p. 40.

43 SOUZA, Guilherme Carvalho e. A liberdade de contratar da administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 260, p. 183-201. Maio/ago, 2012.

44 SOUZA, Guilherme Carvalho e. A liberdade de contratar da administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 260, p. 197. Maio/ago, 2012.

de concessão para a exploração e produção de petróleo e gás natural.

Como já tratado nos primeiros capítulos, além das prerrogativas de soberania nacional, tanto legislativa, quanto sobre recursos naturais, a Constituição Federal prevê que todas as atividades relacionadas à indústria petrolífera são monopólio do Estado, inclusive sua regulação. Este monopólio, no entanto, permite que o Estado contrate com particulares, o que resulta na atração de investimento estrangeiro e, com isso, de suas práticas de investimento.

Seguindo este entendimento, escreveu Renata Alvares Gaspar⁴⁵ que:

Apesar do evidente monopólio estatal sobre tais recursos, este deve ser entendido e interpretado em sua justa medida. Assim se afirma, porque sob seu manto não devem ser compreendidas as relações jurídicas que envolvem interesses eminentemente privados e/ou mistas – aqui entendidos aqueles que envolvem o Estado e o particular (interesse do Estado e do Particular). Ou seja, não se pode confundir, como bem explicou em seu momento a Ministra E. Calmon, o interesse público com o interesse da administração: “Os primeiros efetivamente são indisponíveis, enquanto os últimos são disponíveis”.

Entretanto, apesar do disposto acima, a Constituição Federal, em seu artigo 170, I⁴⁶, prevê que a ordem econômica deve observar a soberania nacional, e, portanto, sua liberdade para legislar, não podendo ser impostas limitações.

Sendo assim, o dever de renegociar os referidos contratos pode restar prejudicado em decorrência da necessidade de preservação da soberania nacional, acabando por se limitar à renegociação de disposições contratuais de menor importância e impacto.

Nas palavras de Leonardo Rodrigues⁴⁷:

O mais próximo que o contrato de concessão brasileiro chega de uma cláusula de estabilização é a hipótese de revisão ou alteração do plano de desenvolvimento “caso ocorram mudanças nas condições técnicas ou econômicas assumidas na sua elaboração”. Alterações legislativas, entretanto, não autorizam qualquer solicitação de revisão. Mudanças nas leis modeladoras do sistema fiscal, ponto nevrálgico da ação das cláusulas de estabilização, tampouco ensejam a hipótese de revisão dos termos contratados. Conforme cláusula 2.7.2, aplica-se todo o previsto em lei.

Isto posto, cabe, entretanto, mencionar que, com o objetivo de atrair e assegurar minimamente o investimento privado no setor, os dispositivos legais adotados pela União Federal e a agência à qual foi delegado o poder de regular o setor petrolífero possuem previsão de que serão adotadas as melhores práticas da indústria internacional. Essa previsão, ainda que vaga, significa que o costume internacional, e, conseqüentemente, o

45 ALVARES-GASPAR, Renata. Arbitragem internacional na contratação no âmbito do Petróleo. GARIÁN-LUCAS, Andrea; LAMY, Marcelo; ALVARES-GASPAR, Renata, **Direito Energético: Desafios e Perspectivas Ambientais e Internacionais**, Editora Universitária Leopoldianum, Santos/Brasil, 2013, pp. 212

46 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional.

[...]” BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira de 05 de outubro de 1988.**

47 RODRIGUES, Leonardo de Vasconcelos Machado. **O Controle Ambiental nos Contratos de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural**. 2014. 92f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 44.

dever de renegociar, será adotado pelo Estado, nas palavras de Luciana Braga e Elisdíney Frota⁴⁸:

[como] forma dos países evitarem atrasos na atualização de sua legislação frente aos avanços tecnológicos da indústria, passando aos operadores a obrigação de se informar e adotar as práticas mais avançadas em relação a questões como segurança, saúde, proteção ambiental e eficiência operacional.

Dessa forma, conclui-se que, como observado acima, o Estado Brasileiro, através da ANP e seu regime contratual, ao invés de envidar seus melhores esforços para assegurar o equilíbrio contratual de seus contratos de concessão e, portanto, o investimento de suas contrapartes, permite que estes estejam vulneráveis à conjuntura política e a mudanças legislativas e regulatórias de qualquer espécie, o que pode resultar em grave oneração, mantendo apenas compromisso vago de que serão respeitadas as melhores práticas do mercado.

Especificamente sobre contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, Marilda Rosado de Sá Ribeiro⁴⁹ estabelece que, por se tratar de contrato administrativo regido pelo princípio da supremacia do interesse público, é possível que o estado, por meio da ANP, decida por alterar, unilateralmente, as normas do contrato ou denunciá-lo, resultando em ambiente de insegurança jurídica.

Observado o exposto acima, é possível concluir que a autonomia da administração pública para contratar e repactuar contratos, bem como a segurança jurídica de contratos firmados com a administração pública estão sujeitos à prevalência do interesse público.

Faz-se necessário, no entanto, confrontar esse conceito com a necessidade de proteção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que, nas palavras de Alexandre Santos de Aragão, consiste na:

“proteção da equação econômico-financeira inicial do contrato, que deve ser mantida diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem seus elementos constitutivos, excetuando se as alterações decorrentes de fatos previsíveis, inerentes à própria área da economia e que nada tenham a ver com a atuação do Estado⁵⁰”

Entretanto, conforme exposto acima, a soberania permanente sobre recursos naturais, pode resultar no descumprimento de obrigações de contrato livremente pactuado, em função dos interesses do Estado, seu desenvolvimento e o bem-estar de sua população, mas também pode resultar em prejuízo de extrema relevância, as consequências do inadimplemento do dever de renegociar, que consistem, principalmente, na obrigação de pagamento de indenização em razão de inadimplemento, ainda que em razão do respeito ao interesse público.

Sobre esse assunto, Marilda Rosado de Sá Ribeiro, por meio da análise de casos

48 BRAGA, Luciana P.; FROTA, Elisdíney S. T. da. Reflexões sobre as melhores práticas à luz do direito transnacional. **Rio Oil & Gas Expo and Conference**. 2018, p. 3.

49 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 454.

50 ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, p. 40. Maio/ago. 2013.

concretos, concluiu que, apesar de o Estado não perder sua capacidade legal de decidir sobre a destinação ou o modo de exploração de recursos naturais por ele detidos – mesmo que tenham sido alvo de acordo prévio –, por vezes, os tribunais arbitrais, apesar de conhecerem o referido direito, também reconhecem a obrigação de indenizar por descumprimento, tendo em vista que os termos dos contratos foram livremente abordados.

Dessa forma, entende-se que contratos que envolvam recursos naturais de determinado Estado, como é o caso dos Contratos de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, devem, apesar de respeitar a liberdade de contratar e a autonomia da vontade das partes, possuir como princípio a soberania permanente sobre recursos naturais e, como função social, desenvolvimento nacional e o bem-estar da população do Estado.

5 | CONCLUSÃO

Como já exposto, o petróleo e o gás natural são duas das maiores riquezas naturais do Brasil e, por sua importância para diversos setores, que afetam a economia mundial e para a segurança energética global, atrai inúmeros investidores e recursos nacionais e internacionais. Nas palavras de Felipe Saraiva Carneiro⁵¹:

O Brasil é hoje um dos grandes produtores mundiais de petróleo, sendo esta indústria responsável por 12% do PIB do país em 2012, segundo dados da Organização Nacional da Indústria do Petróleo (ONIP). Ainda, o setor petrolífero do país é um dos que mais atrai capital externo para o território nacional, em atividades que vão desde o fornecimento de equipamentos, levantamento de dados sísmicos, até a exploração e refino, sendo presentes, portanto, no downstream, midstream e upstream da indústria.

Entretanto, o petróleo e o gás natural brasileiros, as atividades a eles relacionadas e a regulação das mesmas são, conforme o princípio da soberania permanente sobre recursos naturais e o artigo 177 da Constituição Federal, monopólio da União Federal, monopólio esse que foi delegado, através da Lei do Petróleo, para a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP.

Ao mesmo tempo, este monopólio foi flexibilizado pela Emenda Constitucional 9, de 9 de novembro de 1995, que permitiu que a União delegasse estas atividades a demais entes, tanto públicos quanto privado, o que permitiu o ingresso de investidores privados no setor através, entre outras formas, do contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, desde que respeitada a legislação nacional.

O referido contrato de concessão, no entanto, não estabelece regras claras sobre o desequilíbrio contratual e o dever de renegociar em caso de onerosidade excessiva de qualquer das partes (Estado ou concessionário), o que pode resultar em insegurança jurídica e em menor atratividade da atividade em relação aos membros privados do mercado.

Dito isso, existe, no costume contratual brasileiro e na legislação aplicável, ainda que não expressamente, o princípio do equilíbrio contratual, que estabelece que, salvo

51 CARNEIRO, Felipe Saraiva. O sistema de investimentos internacionais e a indústria do petróleo - a posição do Brasil no cenário global. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás Natural e Energia**. v. 5, n. 1, p. 95.

exceções, as condições do contrato devem ser mantidas da forma em que foram contratadas ou, alternativamente, deve ser preservado o equilíbrio entre os direitos e deveres das partes do contrato, não devendo qualquer das partes ser excessivamente beneficiada ou prejudicada em razão de fatos posteriores à contratação.

Nesse sentido, escreveu Evane Kramer que:

[...] o denominado “equilíbrio da equação econômico-financeira” deve ser considerado elemento essencial do contrato administrativo, por ser mecanismo apto a manter as condições efetivas da proposta, constitucionalmente garantindo ao particular contratado quando ocorrer risco de prejuízo por eventos futuros, incertos e excepcionais.⁵²

Assim, com o objetivo de preservar o princípio do equilíbrio contratual, figura o dever de renegociar, um dever que, apesar de não previsto de forma expressa e consolidada na legislação brasileira, consiste na obrigação das partes, seja por meio do estabelecido no contrato, seja através da boa-fé, em renegociar o contrato que firmaram, caso se configure, em momento posterior à assinatura do contrato, uma onerosidade excessiva de alguma das partes em relação à(s) outra(s), que tenha sido imprevisível ou improvável ou cujas consequências não pudessem ser previstas no momento da negociação e assinatura do contrato em discussão.

Sendo assim, seu objetivo é retomar o equilíbrio entre os deveres e obrigações das partes, em relação às condições existentes e pretendidas no momento da assinatura do contrato.

É necessário, no entanto, ressaltar, que o referido dever consiste, não em dever de reestabelecer o equilíbrio contratual, mas sim na obrigação de apresentar pleito de renegociação em razão de fato posterior à contratação, que não tenha sido inicialmente previsto e tenha gerado onerosidade excessiva a uma ou mais partes em relação a outra(s).

Nas palavras de Schreiber:

A doutrina brasileira, em sua ampla maioria, ainda alude à renegociação do contrato desequilibrado como mera “faculdade” das partes. Em alguns poucos casos, chega-se a aludir à renegociação como “primeira alternativa” a ser seguida pelas partes, quase sempre no âmbito de contratos relacionais. O informar o outro contratante prontamente acerca do desequilíbrio tampouco é visto, pela maior parte da nossa doutrina, como um dever jurídico, sendo apresentado, pelos raros autores que tratam do tema, como uma atitude “indicada” ou “recomendável”. Mesmo a escassa doutrina que defende alguma abertura da ordem jurídica brasileira a um dever de renegociação registra que “não há no ordenamento jurídico brasileiro uma norma específica que determine a renegociação dos contratos iníquos” e que, entre nós, “a jurisprudência e a doutrina não qualificam o comportamento do contratante que se recusa à revisão como abuso”.⁵⁶ Também na experiência estrangeira não faltam vozes contrárias à imposição aos contratantes de um dever de renegociação, que significaria medida “extrema” de violência à autonomia privada.

52 KRAMER, Evane Beiguelman. Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo : a boa teoria, aliada ao respeito pelos dados. In.: **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 35-43. jul./dez. 2016. p. 40.

Em que pese esse desestimulante cenário, afigura-se não apenas possível, mas imperativa a construção (rectius: o reconhecimento) de um dever de renegociação de contratos desequilibrados no direito brasileiro, como expressão do valor constitucional da solidariedade social, bem como de normas infraconstitucionais daí decorrentes, em particular a cláusula geral de boa-fé objetiva.

Como já afirmado em outra sede, o que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva é “assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato”. Ou, em outras palavras, a boa-fé objetiva “impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado”.

Nesse sentido, não se pode deixar de notar que tanto o dever de avisar prontamente a contraparte acerca do desequilíbrio contratual identificado, quanto o dever de ingressar em renegociação com vistas a obter o reequilíbrio do contrato constituem deveres de conduta que, conquanto instrumentalizados à recuperação do equilíbrio contratual, derivam, a rigor, da necessidade de que as partes cooperem entre si para a concretização do escopo contratual. Assim, é de se concluir que o reconhecimento do dever de renegociar, entre nós, encontra fundamento normativo na cláusula geral de boa-fé objetiva, mais especificamente no art. 422 do Código Civil.⁵³

Destaca-se, no entanto, que, apesar de respeitar o princípio constitucional de equilíbrio contratual, o dever de renegociar, em relação a contratos firmados com a administração pública, em especial, o contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, podem resultar nem violação do interesse público, e, ainda, do princípio da soberania permanente sobre recursos naturais.

Nesse sentido, cabe à administração definir qual dos princípios será responsabilizado e responder pelas consequências e responsabilizações atreladas à decisão, em especial, a responsabilização pelos danos incorridos pelas partes afetadas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Glossário**.

ALMEIDA, Humberto Mariano de. **Mineração e Meio Ambiente na Constituição Federal**. São Paulo: LTR. 1999.

ALVARES-GASPAR, Renata. Arbitragem internacional na contratação no âmbito do Petróleo. GARÍAN-LUCAS, Andrea; LAMY, Marcelo; ALVARES-GASPAR, Renata, **Direito Energético: Desafios e Perspectivas Ambientais e Internacionais**, Editora Universitária Leopoldianum, Santos/Brasil, 2013

ANDRADE, Daniel Josy Monteiro. O dever de renegociar em tempos de COVID-19 e como lidar com contratos administrativos. In.: **Revista Eletrônica da PGE-RJ**. Rio de Janeiro. v.3, Ed. 1. 2020

53 SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. In.: **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**. v. 16. n. 1. Jan/jun, 2018. p. 32-35.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66. Maio/ago. 2013.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 1.803 (XVII), de 14 de dezembro de 1962.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista do Direito Administrativo**. v. 229. Rio de Janeiro: FGV. 2002

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. 3, e. 7, 1990.

BRAGA, Luciana P.; FROTA, Elisdíney S. T. da. Reflexões sobre as melhores práticas à luz do direito transnacional. **Rio Oil & Gas Expo and Conference**. 2018, p. 3.

BRASIL, Constituição da República Federativa Brasileira de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. .

BRASIL. Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências.

BRITO, Thiago L. F.; DOS SANTOS, Edmilson M.; ROUSSEAU, Isabelle; NAVA, Pablo C. A dialética da segurança energética e a interdependência das nações. In: MONIÉ, F.; BINSZTOK, J. (Org.). **Geografia e geopolítica do petróleo**. Rio de Janeiro: Mauadx, 2012.

CANELAS, André. **Investimentos em exploração e produção após a abertura da indústria petrolífera no Brasil: impactos econômicos**. 2004. 106f. Monografia (Bacharelado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2004.

CARNEIRO, Felipe Saraiva. O sistema de investimentos internacionais e a indústria do petróleo - a posição do Brasil no cenário global. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás Natural e Energia**. v. 5, n. 1.

ELIAN, George. **The principle of sovereignty over natural resources**. Alpen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhohh. 1979

GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014.

HEINEM, Juliano; SOARES, Leonela Otilia Sauter. A estrutura teórico-dogmática do equilíbrio contratual no direito privado - Pode ser ele considerado um princípio geral do direito? In.: **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 28. abr./jun. 2021. p. 15-42

HOFBAUER, Jane. **The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications**. 2009. 109f. Dissertação (LLM). University of Iceland, Reykjavík. 2009.

KRAMER, Evane Beiguelman. Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo : a boa teoria, aliada ao respeito pelos dados. In.: **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 35-43. jul./dez. 2016.

MARZANI, Bianca Santos; FURTADO, André Tosi; Guerra, SINCLAIR Mallet-Guy. Novo contexto de abertura do mercado brasileiro de petróleo e os fornecedores locais: a criação do REPETRO. In.: **2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás**. 2003.

MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. In.: **Revista do Direito Processual Geral**. Ed. 64, 2009, Rio de Janeiro. p. 183-191.

MORAES, Alexandre Gustavo Teixeira. **Monopólio Natural e custos de transação no transporte via gasodutos**: oportunidades e desafios com a Lei 14.134/2021. Salvador: DaIN. 2021

NETO, Manoel Pereira dos Santos. **Manual de Direito do Petróleo**: uma visão jurídica do ouro negro do Brasil. 1 ed. Jundiaí: Paco, 2018

PINTO, Jose Emilio Nunes. A arbitragem nos contratos da indústria de petróleo e gás natural. PIRES, Paulo Valois (Org.) **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

PIRES, Adriano; SCHECHTMAN, Rafael. Os Resultados da Reforma: Uma estratégia Vencedora. **Petróleo: Reforma e Contrarreforma do Reforma do Setor Petrolífero Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2013.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.

RIGOLON, Francisco José Zagari. Regulação da Infra-Estrutura: A Experiência Recente no Brasil. **Revista do BNDES**. v. 4, n. 7. 1997.

RODRIGUES, Leonardo de Vasconcelos Machado. **O Controle Ambiental nos Contratos de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural**. 2014. 92f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

RUARO, Regina Linder; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. Análise Econômica do Direito do Petróleo: Desafios do Novo Sistema Exploratório. **Direito Público**. v. 12, e. 65. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. 2005.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação da atividade de petróleo e do gás natural no Brasil. In.: GUERRA, Sérgio. **Regulação no Brasil**: Uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014. p. 299-319.

SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. In.: **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**. v. 16. n. 1. Jan/jun, 2018. P. 13-42.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

SOUZA, Guilherme Carvalho e. A liberdade de contratar da administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. In: RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 260, p. 197. Maio/ago, 2012.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno; PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (orgs.). **Marcos Regulatórios da Indústria Mundial de Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia: EPE. 2011.

ZEIOTUNE, Ilana. **Petróleo e gás no Brasil: Regulação da Exportação e produção**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SEUS ASPECTOS ATUAIS

Data de aceite: 01/11/2022

Estela Duveza Teixeira Tanaka

Advogada, Estudante do Curso de Pós Graduação em Direitos Difusos e Coletivos pela UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Ademos Alves da Silva Júnior

Professor da disciplina de Direito da Criança e do Adolescente do curso de Pós Graduação em Direitos Difusos e Coletivos

RESUMO: O presente artigo visa apresentar uma visão jurídica constitucional da educação domiciliar no Brasil. Aborda-se a visão da educação domiciliar no Brasil com exemplos de casos que já foram submetidos à apreciação pelo Poder Judiciário bem como da atuação do poder legislativo por meio da proposição de Projetos de Lei. O trabalho faz uma breve análise sobre a visão da educação domiciliar no Código Civil (Lei nº 10.406/2002), no Código Penal (Lei nº 2.848/1940), no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/1990), e na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96). E, por fim, conclui-se que cabe aos pais decidirem o que entendem ser melhor para

seus filhos enquanto que ao Estado cabe o papel de fiscal e colaborador.

PALAVRAS-CHAVE: Educação Domiciliar; Constitucionalidade; Autonomia dos pais.

ABSTRACT: This article aims to present a constitutionality legal view of homeschooling in Brazil. The vision of homeschooling in Brazil is addressed with examples of cases that have already been submitted to the Judiciary's appreciation as well as the legislative power through the proposition of Law Projects. The work gives a brief analysis on the vision of homeschooling in the Civil Code (Law nº 10.406/2002), in the Criminal Code (Law nº 2848/1940), in the Statute of the Child and Adolescent (Law nº 8.069/1990), and in the Law on Guidelines and Bases (Law nº 9394/96). And finally, it is concluded that it is up to the parents to decide what they think about this best for their children, while the State has the role of prosecutor and collaborator.

KEYWORDS: Homeschooling, Constitutionality, Parent's autonomy.

INTRODUÇÃO

Durante muitos anos a discussão que permeia a seara da Educação se restringindo a educação de má qualidade, superlotação das escolas, valores abusivos das mensalidades de escolas particulares, violência, disseminação de drogas, prática odiosa do *bullying*, dentre outras coisas.

Contudo, em razão das inúmeras reclamações sem respostas alguns pais decidiram solucionar esses problemas por conta própria retirando seus filhos da escola e adotando uma modalidade de ensino muito comum em alguns países, como, por exemplo os dados trazidos pelo jornal eletrônico Gazeta do Povo, Austrália, Alemanha, Canadá, Chile, Finlândia, Colômbia, Equador, dentre outros, mas que no Brasil ainda não havia discussão a respeito.

A partir dessa solução adotada por um grupo de pais da cidade de Minas Gerais que surgiu a ideia de disseminar tal atitude através de uma Associação com objetivos claros de lutar pela regulamentação legal e divulgação da educação domiciliar e promover o contato entre os associados.

Diante de todas essas manifestações e com o objetivo de pressionar os governantes para o reconhecimento legal da educação domiciliar no país, foi criada a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), em 2010.

A Associação Nacional de Educação Domiciliar foi criada em 2010 por quatro casais de Minas Gerais após a sugestão do Deputado Federal Leonardo Quintão (PMDB/MG), cujo objetivo é lutar pela regulamentação legal e divulgação da educação domiciliar, bem como promover o contato entre os associados.

A Associação conta com apoio de educadores para desenvolver o projeto pedagógico chancelado pelo Ministério da Educação, e, em 2011 publicou sua Base Curricular Domiciliar para o Ensino Fundamental elaborado por Schebella e Kelly Greici Ogliari. Além do apoio pedagógico também oferece suporte jurídico as famílias que estão em litígio. No site da ANED consta também o Parecer Jurídico e o Pequeno Guia Jurídico para famílias que ensinam em Casa de autoria do jurista Alexandre Magno.

De acordo com a entidade, há um constante crescimento do número de pais que ensinam em casa, e, segundo o Jornal *online* O Globo do dia 09/09/2017, de 2014 a 2016 o número de adeptos cresceu 136% no Brasil.

Para justificar este trabalho a metodologia utilizada é a bibliográfica especialmente em livros, artigos científicos e reportagens sobre educação domiciliar, tanto de maneira direta quanto indireta, e, pesquisas no site da câmara dos deputados com análise da legislação vigente no país quais sejam, Código Civil (Lei 10.406/2002), no Código Penal (Lei 2.848/1940), no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8.069/1990), e na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96).

De modo contínuo, no segundo tópico do presente artigo aborda-se o significado do *homeschooling* e sua prática no Brasil, no qual se faz uma breve descrição sobre a educação domiciliar nos dias atuais. Aborda-se de uma maneira conceitual o significado da palavra *homescholling* bem como da nomenclatura adotada no presente trabalho com

alguns dados coletados de matérias jornalísticas recentes com repercussão nacional sobre os motivos que levaram os pais a adotar essa modalidade de ensino no Brasil.

No terceiro tópico é feita uma breve análise sobre o que dispõe as Constituições adotadas no Brasil com um breve histórico sobre como o tema foi abordado nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1964 bem como a vigente promulgada em 1988. Em ato contínuo trouxe também o Pacto de San José da Costa Rica com os artigos relacionados ao tema, bem como alguns apontamentos sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a lei de diretrizes e Bases da educação.

No quarto tópico é feito uma breve abordagem sobre a educação domiciliar e a aplicação do Código Penal por alguns tribunais ao aplicarem a pena do artigo 246, considerando como abandono intelectual o fato de que os pais eduquem seus filhos em casa. Em contrapartida faz uma breve associação à aplicação desse artigo e o princípio da insignificância, tendo em vista se tratar de assunto relacionado ao direito civil bem como que o direito penal deveria obedecer ao princípio da fragmentariedade.

No quinto e derradeiro tópico são feitos apontamentos sobre os projetos de lei sobre educação domiciliar, em especial os Projetos de lei nº 3.179/2012, de autoria do Deputado Lincoln Portela e o de nº 3.261/2015 de autoria do Deputado Eduardo Bolsonaro uma vez que ambos ainda estão em andamento. Ambos os projetos visam regularizar a educação domiciliar, no entanto, enquanto o primeiro almeja regularizar a situação da educação domiciliar no ensino fundamental, no segundo a intenção é regularizar a situação da educação domiciliar tanto no ensino fundamental como no médio, uma vez que para obter a certidão de conclusão de ensino médio atualmente existe o Exame Nacional de Certificação de Competências de Jovens e Adultos - Encceja.

Por fim mantém-se com posicionamento favorável a regularização da educação domiciliar no Brasil, uma vez que o direito à Educação envolve a busca da construção da qualidade da educação escolar, sobretudo da pública, tendo como colaborador o Estado com o papel de fiscalização da aprendizagem através de avaliações contínuas como já são realizadas no ambiente público escolar.

HOMESCHOOLING: EDUCAÇÃO DOMICILIAR NO BRASIL

Segundo Barbosa (2013) *apud* Edmonson (2008) entende-se por *homeschooling* qualquer situação em que os pais ou responsáveis assumem responsabilidade direta sobre a educação das crianças em idade escolar, ensinando-as em casa ao invés de enviá-las ao sistema educacional público ou privado, mediante um estudo estruturado, seguindo programas e cronogramas de atividades, ou, um estudo livre baseado nos interesses das crianças, que pode ser realizado dentro de casa, em outros espaços livres, locais públicos, com uso de recursos educacionais locais ou não, ou até mesmo combinando de duas ou mais formas. (BARBOSA, 2013, p.17)

Este termo, *homeschooling*, é encontrado com diferentes traduções nos documentos legais ou literários no Brasil como, por exemplo, ensino em casa, ensino doméstico, educação doméstica ou até mesmo educação domiciliar (temo adotado neste trabalho).

O número de adeptos a educação domiciliar no Brasil vem crescendo a cada ano, tal crescimento é sobretudo, o reflexo de um discurso em torno da precariedade do ensino público acrescida a preocupação com situações de violência e prática de *bullying* presenciadas na escola e amplamente explorada pela imprensa brasileira.

Segundo Barbosa (2013, p.20) dada a grande repercussão da mídia sobre os baixos resultados dos alunos, em todo o território nacional, nas avaliações sistêmicas e testes padronizados, aumenta a insatisfação dos pais com o ensino regular, em especial com a escola pública. E, como a imagem apresentada é a de falha em seu dever de educar, os pais desejam tomar para o si o papel da instrução, retirando-o do Estado.

Em contrapartida, para os que apresentam parecer desfavorável a essa modalidade de educação tem como argumento basilar a falta de socialização que as crianças teriam por não frequentarem a escola, Nesse sentido Barbosa 2013 *apud* Arai (1999) afirma que a relevância da socialização oferecida pela escola juntamente com a formação para a cidadania em prol da manutenção de uma sociedade democrática sempre foi a pedra angular das políticas educacionais compulsórias.

Segundo matéria recente publicada no jornal *online* O globo (09/09/2017), em pesquisa realizada pela Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) foram constatadas que as principais motivações pelos pais foram: para dar uma educação mais qualificada fora da escola (32%), problemas relacionados aos princípios de fé e da família (25%), outras razões apontadas foram violência, bullying e doutrinação, porém não houve menção a porcentagem de referência.

Nesse sentido se encontra a complexidade da celeuma no Brasil, pois, enquanto para uns há uma crítica acirrada sobre a falta de qualidade nas escolas tanto públicas, quanto particulares, há aqueles que acreditam que a escola é o único local capaz de contribuir para a formação da vida em sociedade.

Como reflexo a complexidade encontrada na seara judicial existe várias ações judiciais, que correm ou correram em segredo de justiça e portanto não tem-se o acesso ao número dos autos, de famílias adeptas a educação domiciliar que foram amplamente exploradas pela mídia como o da família Vilhena Coelho, em Anápolis/GO, da família Nunes em Timóteo/MG, família Ferrara em Serra Negra/SP, e, o da família Silva em Maringá/PR, atualmente autorizada judicialmente a dar continuidade ao ensino domiciliar.

Em maio de 2015 esse tema chegou ao Supremo Tribunal Federal e foi dada repercussão geral ao tema, na forma do Recurso Extraordinário nº 888.815/RS apresentado pela Família Gaúcha do município de Canela. Até a presente data a última movimentação foi o dia 18/08/2017 com a intimação dos envolvidos acerca do deferimento do pedido da União, dos Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Goiás, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e o Distrito Federal, e da Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) como *amici curiae* no processo.

Contudo, os processos não pararam de ser propostos, como exemplo temos a sentença publicada no Diário da Justiça de São Paulo de 4 de agosto de 2016 na qual o

pedido de Providencia do Ministério Público foi julgado improcedente, permitindo assim aos pais que continuassem o processo de ensino aprendizagem pelo modelo domiciliar sem a obrigação de realizar a matrícula na escola:

Infância e Juventude Relação nº 0659/2016. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal Juiz(a) de Direito Eduardo Ruivo Nicolau. Escrivã(o) Judicial André Luiz Fernandes Marques. Edital de intimação de advogados – Processo 0003659-22.2015.8.26.0477 – medida de proteção à criança e Adolescente – Matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental – A.M e outro – Diante do exposto, por entender que as menores G, M e B encontram-se devidamente inseridas em processo de aprendizagem, por meio da metodologia *homescholing*; que tal modalidade de ensino não afronta normas constitucionais e infraconstitucionais; que compete primordialmente aos pais a obrigação de educa os filhos e que é descabida a intervenção estatal no caso em comento, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados na representação. – ADV: Edison Prado de Andrade (OAB 200389/SP)¹

No mesmo sentido foi a concessão da liminar favorável pelo Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam do Tribunal Regional Federal da 1º Região, à Lorena Dias, filha do Presidente da ANED, no ano de 2015, na época com 17 anos, para que obtivesse o certificado de conclusão do ensino Médio em razão da sua nota alcançada no ENEM, em razão de ter estudado de 2011 a 2014 em casa, com o auxílio dos pais.

Diante dos inúmeros casos que entraram no judiciário em novembro de 2016 a ANED requereu a suspensão de todos os processos que versassem sobre educação domiciliar o que foi concedido nos termos do artigo 1035 §5º do CPC e 328 do regimento Interno do STF.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL SOBRE EDUCAÇÃO DOMICILIAR

Através dessa breve introdução é possível verifica-se que a pratica do ensino em casa já foi legalmente prevista no país, tendo sido realizada principalmente devido ao baixo número de estabelecimentos regulares de ensino pelo Estado, assim como, em ato contínuo, à falta de vagas para os que buscavam a escolarização.

Destaca-se que a pratica do ensino em casa também foi amplamente aceita e reconhecida entre as elites brasileiras do século XIX, não havendo expressão na legislação brasileira desde 1934 até 1988, da necessidade de educação especificamente em instituições escolares.²

Inicialmente é importante pontuar que a educação domiciliar já fora permitida no Brasil e expressamente prevista na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 em seu artigo 149 com a seguinte redação:

Art. 149. A educação é direito de todos e deve ser **ministrada pela família e pelos poderes públicos**, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores

1 Processo 0003659-22.2015.8.26. 1ª Vara Criminal. Juiz Eduardo Ruivo Nicolau.

2 BARBOSA, Luciane Muniz R. **Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?** 2013. 348 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, *apud* Cury 2006, p. 19.

da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência de solidariedade humana.(GN)

Logo em seguida veio a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, em seu artigo 125 e 130 dispondo a respeito com a seguinte redação:

Art.125. A educação integral da prole é o primeiro dever natura dos pais. **O estado não será estranho a esse dever**, colaborando de maneira principal ou **subsidiaria**, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.³

Art. 130. O ensino Primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderam alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar. ⁴(GN)

Dispondo a respeito adveio de maneira explícita a Constituição de 1946 que em seu artigo 166 e 168 trouxe a seguinte redação:

Art.166. A educação é direito de todos e **será dada no lar** e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. (GN)⁵

(...)

Art. 168. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: I – o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua oficial.

No mesmo sentido foi a Constituição de 1967 em seu artigo 168:

Art.168. A educação é direito de todos e **será dada no lar** e na escola, assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. §3º. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: II. O ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos **estabelecimentos primários oficiais**; (GN)⁶

Entretanto após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que se aprovou a precedência do Estado sobre a família no dever de educar e a tarefa do poder público quanto ao recenseamento, chamada e zelo pela frequência escolar, à legislação decorrente dessa lei maior passou a prescrever a obrigatoriedade da **matrícula** das crianças em idade escolar em instituições de ensino, depreendendo-se dessas a inviabilidade legal do ensino em casa no País. (BARBOSA, 2013). Nesse sentido:

3 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 10 out.2017

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 10 out.2017

5 _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 10 out.2017

6 _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 10 out.2017

Deve-se reiterar, porém que essa interpretação, apesar de predominante, não se mostra unânime (além de não se apresentar como barreira para que algumas famílias optem pelo ensino em casa, aumentando o número de casos no país).⁷

Além de outros artigos esparsos, traz o capítulo VII específico para tratar de assuntos de família, da criança e adolescente, do jovem e idoso, trazendo inúmeros artigos que dispõe sobre a educação e nenhum deles com qualquer menção a proibição, vejamos:

Art. 205. A educação, **direito de todos e dever do estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (GN)⁸

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito a vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, 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. (GN)⁹

Art. 229. **Os pais tem o dever de** assistir, criar e **educar** os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (GN)¹⁰

Como é possível notar, assim como nas demais constituições, o papel de educar não é exclusivo do Estado, mas sim, o mesmo atua num papel solidário com a família.

Por outro lado, no ano de 1990 adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.609/90), o qual traz em seu artigo 55 a seguinte redação: “*Art.55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino*”.

Com a publicação desta lei pairou dúvidas sobre a licitude de se poder dar início ou continuidade ao ensino domiciliar, contudo, tal dúvida não durou por muito tempo uma vez que em 25 de setembro 1992 foi ratificado o Pacto de São Jose da Costa Rica ou Convenção Internacional de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário e foi aceito em nosso ordenamento como emenda constitucional nº45 por meio do Decreto 678 de 6 de novembro de 1992, possuindo a seguinte redação a respeito da educação domiciliar:

Art.12. Liberdade de Consciência e de religião. (...) 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, tem direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.¹¹

Tendo em vista que se trata de um artigo com força supralegal, verifica-se que há permissivo legal para esta modalidade de ensino que apenas não foi explicitamente

7 BARBOSA, Luciane Muniz R. **Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?** 2013. 348 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. P.19

8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out.2017.

9 _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out.2017.

10 _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out.2017.

11 BRASIL. República Federativa do. **DECRETO Nº. 678/92. PROMULGA A CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS DE 22 DE NOVEMBRO DE 1969**. Brasília: Presidência da República, 1992.

abordada em legislação específica. Nesse sentido:

Além das críticas ao Estado e à escola, a reivindicação do ensino em casa também pode ser analisada como fruto do complexo debate suscitado pelos Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos, ao apresentar a primazia dos pais na escolha da educação dos filhos.¹²

Esta confusão sobre o tema se dá principalmente pelo fato de que a sociedade brasileira, mesmo com a inflação legislativa, ainda entende que para toda ação é necessário uma legislação específica a respeito, por tais motivos é que mais adiante será abordado o Projeto de lei nº 3179/2012.

Como legislação infraconstitucional tem ainda a Lei 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases e da Educação que em seu artigo 6º prevê expressamente a necessidade de matrícula dos menores a partir dos 4 anos de idade no ensino fundamental, vejamos: “Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos sete anos de idade, no ensino fundamental”.

Ainda assim, tal legislação dispõe apenas sobre a matrícula, nada dispendo a respeito da obrigatoriedade da frequência diária no estabelecimento regular de ensino.

Diante de todo esse arcabouço legal, bem como pelo princípio de Supremacia da Constituição sobre a legislação infraconstitucional é que as os posicionamentos favoráveis à educação domiciliar consideram lícito aos pais submeterem os filhos a educação domiciliar.

EDUCAÇÃO DOMICILIAR E O DIREITO PENAL

O Direito Penal tem por finalidade a defesa de interesses jurídicos, isto é, todos se destinam a satisfação de uma necessidade humana e são reconhecidos pelo Direito como necessários à convivência social pacífica. Nas palavras de Claus Roxin (2000):

Somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.¹³

Nesse contexto surgiu então a importância de analisar o princípio da insignificância, tendo como fundamento a proporção da pena em relação a gravidade provocada pelo ilícito penal.

Cumprir salientar que a aplicação de tal princípio deve ser feita com cautela, uma vez que tal aplicação exclui a tipicidade, isto é, torna o fato irrelevante acarretando a desnecessidade da pena.

Com essa breve introdução, cumpre nos trazer a baila o artigo 246 do Código Penal, no qual consta o crime de Abandono intelectual, isto é, “*deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar*”.

Note-se que o Código Penal é de 1940, isto é, foi escrito sob a égide da Constituição de 1937, a qual previa expressamente a possibilidade de educação domiciliar. Se isto

12 BARBOSA, Luciane Muniz R. **Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?** 2013. 348 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. P.20

13 ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, Lisboa: Ed. Veja. 2000. P.28

por si só já não bastasse, advieram mais duas Constituições (1946 e 1964) que também dispunham sobre o tema, e jamais houve qualquer problema em relação a esta modalidade de ensino.

Desse modo podemos entender que o termo escolar utilizado no artigo não se refere ao ambiente dentro da escola, mas sim, pode ser considerado um sinônimo para instrução, idade para se adquirir conhecimento.

Ademais, só seria abrangido por este artigo os pais ou responsáveis que não providenciassem o devido ensino a criança, seja ele formal ou domiciliar.

Sendo assim, para que tal conduta seja alcançada pelo Direito Penal, devem inexistir outros meios de controle formais capazes de propiciar soluções menos lesivas à sociedade ou aos indivíduos, de modo que uma lei penal incriminadora só deve ser aplicada como *ultima ratio*.

No mais, não há qualquer descumprimento do preceito normativo, uma vez que às famílias adeptas a modalidade de educação domiciliar continuaram provendo instrução aos seus filhos.

Ademais, há uma forma de controle para saber se há ou não o descumprimento, uma vez que o Estado pode sujeitar essas famílias à realização de provas capazes de aferir se o conhecimento alcançado na educação domiciliar seria equiparado ao alcançado com a frequência em escolas públicas, como, aliás, já é feito no Estado do Paraná através do deferimento no processo da família Silva.

Segundo Damásio de Jesus (2010) que reconhece a atipicidade do fato, a atitude dos pais que dão aos filhos menores ensino no âmbito familiar, sem os matricular em escola pública ou particular, cumpre o dever constitucional de educá-los, de modo a, por isso, não se lhes poder atribuir prática delituosa. Genericamente, no sentido de inexistir crime na hipótese, é a lição de Paulo José da Costa Junior, Mirabete, Fernando Cape e Cezar Roberto Bitencourt.

APONTAMENTOS SOBRE OS PROJETOS DE LEI SOBRE EDUCAÇÃO DOMICILIAR

Tendo em vista as acirradas discussões sobre o tema de educação domiciliar pós-CF/88, foram várias as manifestações sobre o tema exigindo do Poder Legislativo alguma providência como: os projetos de lei nº 4.657/1994 de autoria do deputado João Teixeira (PL/MT); nº 6.001/2001 de autoria do deputado Ricardo Izar (PTB/SP), nº 6.484/2002 de autoria do Deputado Osório Adriano (PFL/DF); nº 3.518/2008 de autoria dos Deputados Henrique Afonso (PT/AC) e Miguel Martini (PHS/MG); nº 4.122/2008 de autoria do Deputado Walter Brito Neto (PRB/PB), nº 22/2010 de autoria do Senador Augusto Botelho (sem partido). Teve ainda a proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 444/2009 de autoria do Deputado Wilson Picler (PDT/PR).

Porém, os mais recentes são os projetos de lei nº 3.179/2012 de autoria do Deputado Lincoln Portela (PR-MG) e nº 3.261/2015 de autoria do Deputado Eduardo Bolsonaro (PSC/SP) ambos em andamento.

O projeto de lei 3.179/2012 visa acrescentar o parágrafo §3º ao artigo 23 da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) e objetiva autorizar o ensino domiciliar de educação básica:

Art.23. (...)

(...)

§3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das Respectivas normas Locais.¹⁴

Neste projeto o autor apresentou dados da ANED sobre a quantidade de famílias que adeririam a modalidade de educação em casa alegando dentre outros motivos a descrença no ensino tradicional, medo da violência, disseminação de drogas nas escolas, *bullying*, questões praticas e religiosas. Em sede de aprovação o Relator aduziu ainda que os países que adotam a prática do ensino domiciliar tal modalidade é legalizada, contudo, mesmo que aqui ainda não seja, reconhece o Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, como melhor ferramenta para comprovar conhecimento para todos os alunos.

Já o Projeto de lei nº 3.261/2015 altera dispositivos da lei nº 9.394/96 (LDB) e da Lei 8.069/90 (ECA). O inciso III do artigo 5º, 6º, 21, 24 inciso VI e VII, ambos da lei 9.394/96 passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art.5º (...)

III – Zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola para os estudantes matriculados em regime presencial e pela frequência em cumprimento ao calendário de avaliações, para os estudantes matriculados em regime de ensino domiciliar.

Art.6. É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade, inclusive quando optarem pelo ensino domiciliar.

Art. 21. (...)

Parágrafo único. Nos termos da regulamentação dos sistemas de ensino, fica autorizado o ensino domiciliar nos níveis de que trata o inciso I do caput deste artigo.

Art. 24. (...)

VI – o controle de frequência fica a cargo da escola, para os alunos em regime presencial, conforme disposto no seu regimento e nas normas dos respectivos sistema de ensino, exigida a frequência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação e, para os alunos previamente matriculados em regime domiciliar, a frequência em cumprimento ao calendário de avaliações;

VII – Cabe a cada instituição de ensino expedir históricos escolares, declarações de conclusão de série e diplomas ou certificados de conclusão

¹⁴ BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional** (Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996.). Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

de cursos, com as especificações cabíveis, inclusive aos previamente matriculados em regime domiciliar.¹⁵

Já em relação à Lei nº 8.069/90 traz alterações para os artigos 55 e 129 inciso V, vejamos:

Art. 55. Os pais ou responsável tem a obrigação de proporcionar a seus filhos ou pupilos o ensino relativo aos níveis de educação nos termos da lei.

Art. 129. (...)

V – Obrigação de matricular o filho ou pupilo na rede pública ou privada de ensino:

- a) Optante pelo regime presencial deverá acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
- b) Optando pelo regime domiciliar deverá garantir sua frequência em cumprimento ao calendário de avaliações.¹⁶

Em sua justificativa o autor aduz que tal projeto objetiva autorizar o ensino domiciliar na educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, para os menores de 18 anos. Traz ainda uma retrospectiva dos projetos de lei que foram arquivados, pois tiveram pareceres favoráveis a sua rejeição acolhidos pela Comissão responsável pela avaliação do mérito das propostas, e mesmo sabendo da manifestação contrária da Câmara dos Deputados insiste a regulamentação do ensino domiciliar.

Cita ainda ao PL 3.179, outrora mencionado, que de modo diverso das proposições anteriores recebeu parecer favorável emitido pelo Deputado Maurício Quintella Lessa que assim transcreveu:

somos todos favoráveis à sua aprovação ressaltando aqui que caberá sempre o controle por parte do Poder Público com relação à qualidade e efetividade do ensino domiciliar ministrado.¹⁷

Após ser distribuído, o Projeto de Lei também teve parecer favorável da Deputada Professora Dorinha Seabra Resende, e aborda que só pela aprovação já foi um avanço e por isso esse novo projeto tem o escopo de somar as iniciativas buscando a melhor construção legislativa para normatizar a possibilidade de pais ou tutores, responsáveis por estudantes menores de 18 anos, terem outra opção para fornecer os conhecimentos relativos aos níveis de ensino definidos no país.

Ainda a fim de dar mais força ao projeto traz inúmeras reportagens que versam sobre o crescimento da educação domiciliar no Brasil, amparados pelos artigos 205 e 208 da CF e o artigo 12.4 do Pacto de San José da Costa Rica, já citados neste trabalho, bem como traz ainda o artigo 26.3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Art. XXVI.

15 BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional** (Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996.). Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

16 _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm >. Acesso em: 10 out. 2017.

17 MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei PL 3.179**. Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>> Acesso em 10 out.2017. Texto original.

3.Os pais tem prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”.

Tendo em vista o pedido no PL 3.261/2015 pela tramitação conjunta com o PL 3.179/2012, até o presente momento ambos estão em andamento.

CONCLUSÃO

Diante da breve exposição sobre os aspectos jurídicos da educação domiciliar não há como negar que esta modalidade de ensino vem se propagando a cada dia no país, contando cada vez mais com maior número de adeptos. Como justificativa adotada pelos elaboradores de projetos de lei para a adoção da educação domiciliar tem-se que um dos principais motivos é a baixa qualidade do ensino oferecido em escolas tanto públicas quanto particulares, bem como a falta de segurança, *bullying* e disseminação de drogas no ambiente escolar, consoante se verifica nos projetos.

Ao analisar historicamente a legislação constitucional pátria, nunca houve qualquer objeção ao ensino domiciliar, ao contrário, havia Constituições que a permissão era expressa.

Se a nossa atual *Magna Charta* se omitiu ao se referir à educação domiciliar, o Pacto de San José da Costa Rica, é muito claro ao definir que aos pais, e quando for o caso, os tutores, o direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteje de acordo com suas próprias convicções.

Diante da força de tal legislação, não havia espaço para dúvida, de modo que contrariando a pedra angular do ordenamento jurídico advieram legislações infraconstitucionais com proibições inconstitucionais.

Longe do que se diz nas teorias contrárias a esta modalidade de educação, a prática da educação domiciliar não significa dizer que os pais sejam omissos ou não estejam promovendo a educação dos filhos, mas sim significa respeitar a liberdade de escolha dos pais ou tutores.

Já que na Constituição Federal há menção sobre a obrigatoriedade da matrícula, nada impede que as famílias que optarem pela educação domiciliar sejam submetidas a avaliações oficiais, as mesmas aplicadas constantemente em escolas públicas, para aferir se há a transmissão de conhecimento. Assim os pais ou responsáveis estariam educando seus filhos ou pupilos em ambiente de acordo com suas crenças e convicções, bem como seria monitorado esse processo de ensino aprendizagem pelo Estado, tendo em vista sua função social ser subsidiária em relação às obrigações que se inserem na esfera do poder familiar.

Tal situação só ocorre porque, embora o ensino domiciliar seja um movimento crescente no país, tem sua expansão de maneira silenciosa e pouco analisada, contudo, após a edição da Portaria Normativa nº 4, de 11 de fevereiro de 2010, do Ministério da Educação, que reconheceu a conclusão do Ensino Médio com base no desempenho do candidato no ENEM, a modalidade passou a ser mais difundida e reconhecida pelos tribunais.

Nesse sentido a possibilidade de Certificação do Ensino Médio pelo ENEM do ano de 2009 até 2016, bem como a obtenção do diploma por meio do Encceja a partir do ano de 2017 aumentou a chance de regularização da parcela da população que optou estudar pela modalidade de ensino da educação domiciliar de modo que em virtude disso desde 2009 a quantidade de pais a adotar essa medida cresceu ainda mais.

Dito isso, é possível observar que os pais que optaram pela modalidade de educação domiciliar não estão eximindo o Estado de sua obrigação com a educação, mas sim, que o Estado não corresponde às expectativas almejadas pelos mesmos e por isso se socorreram da medida que lhes foi viável.

A propósito, tal situação já aconteceu na área da saúde, que, se o cidadão ou a família não está contente com o Sistema Único de Saúde, tem a opção de pactuar um plano de saúde privado ou realizar seus procedimentos por atendimento particular. Atualmente isso deveria ocorrer com a educação, uma vez que, se o a família não está satisfeita com o serviço prestado pelo Estado, teria a opção de optar pela educação em escola particular, e, se, ainda não satisfeita teria a opção de educar seus filhos em casa na modalidade de educação domiciliar. O importante no caso, são as opções. É necessário que as famílias tenham essas opções no que pertine ao ensino dos filhos, e não apenas acatem a imposição do modelo escolar do Estado.

Como reflexo desse aumento crescente e dessa necessidade de regulamentação da educação domiciliar foram lançados os Projetos de Lei, que, anteriormente eram arquivados definitivamente, e agora, com a projeção midiática e mudança de posicionamento de alguns tribunais foi possível dar andamento aos dois projetos citados anteriormente neste artigo.

Diante do exposto, convém posicionar-se de maneira favorável a educação domiciliar desde que não haja a total desvinculação do processo de aprendizagem dos menores, como por meio da realização de avaliações periódicas que já são realizadas nas escolas públicas, e que também deveriam ser realizadas pelos adeptos a essa modalidade de educação. Afinal, a convivência comunitária tem tanta relevância quanto à convivência familiar e cabe aos pais decidirem e garantirem o que acreditam ser melhor para os filhos enquanto ao Estado cabe apenas a função de fiscal e colaborador.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Édison Prado de. **Educação Domiciliar: encontrando o Direito**. Revista Pro.posições. e-ISSN 1980-6248. V. 28, n. 2 (83). Mai/Ago 2017. P. 172-192.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR – ANED. **O que é educação domiciliar?** Disponível em: <<http://www.aned.org.br/portal/index.php/ensino-domiciliar>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BARBOSA, Luciane Muniz R. **Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?** 2013. 348 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BOUDENS, Emile. **Ensino em casa no Brasil**. Brasília. Câmara dos Deputados, 2002.

BRASIL. **Código Civil de 2002** (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. República Federativa do. **DECRETO Nº. 678/92. PROMULGA A CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS DE 22 DE NOVEMBRO DE 1969**. Brasília: Presidência da República, 1992.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out.2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 10 out.2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 10 out.2017

_____. **Convenção sobre os Direitos das Crianças de 20 de novembro de 1989** (Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm >. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional** (Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996.). Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Mandado de Segurança nº 7.407 de 24 de abril de 2002**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100228437&dt_publica_cao=21/03/2005>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 888.815 do Rio Grande do Sul, 04 jun. 2015**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8678529>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **A educação básica como direito**. Cadernos de pesquisa, São Luís, v. 38, n. 134, p. 293-303, maio/ago., 2008.

EX-ALUNOS CONTAM EXPERIÊNCIA DE ENSINO DOMILIAR QUE CRESCE NO PAÍS. Folha de São Paulo, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/02/1594329-ex-alunos-contamexperiencia-de-ensino-domiciliar-que-cresce-no-pais.shtml>>. Acesso em: 11 out. 2017.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Educação Domiciliar constitui crime?** Jornal Carta Forense. 01\04\2010. São Paulo.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei PL 3.179**. Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>> Acesso em 10 out.2017. Texto original.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei PL 3.261**. Autoriza o ensino domiciliar na educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio para os menores de 18 (dezoito) anos, altera dispositivos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2017117>> Acesso em 10 out.2017. Texto original.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, Lisboa: Ed. Veja. 2000.

ENTRE A NEUTRALIDADE E A CENSURA: AS NUANCES DA REGULAÇÃO NA INTERNET

Data de aceite: 01/11/2022

Humberto Goulart Neto

documental.

PALAVRAS-CHAVE: Internet; neutralidade; regulação.

RESUMO: Com o surgimento da internet, além do grande avanço e novas possibilidades surgidas, também adveio uma série de novas problemáticas no âmbito cibernético. Nesse contexto, o presente estudo analisa a incidência do princípio da neutralidade no âmbito dessas relações, na medida em que os provedores e plataformas não podem restringir a circulação de dados. Nessa perspectiva, e em razão dos problemas postos, surgem as correntes de regulação do ambiente da rede, sendo tratadas no estudo a autorregulação, heteroregulação e a correção. Dessa forma, o trabalho busca fazer uma análise geral das possibilidades e nuances da regulação na internet, concluindo-se que a utilização de tais formas regulatórias auxiliam sobremaneira a solução de demandas no âmbito virtual. Utiliza-se como método de abordagem o dedutivo, sendo que quanto aos objetivos se caracteriza como exploratório e os meios e procedimento técnico se caracteriza como bibliográfico e

BETWEEN NEUTRALITY AND CENSORSHIP: THE NUANCES ON INTERNET REGULATION

ABSTRACT: With the emergence of the internet, in addition to the great advance and new possibilities that have emerged, a series of new issues in the cybernetic field have also arisen. In this context, this study analyzes the incidence of the principle of neutrality within these relationships, as providers and platforms cannot restrict the circulation of data. From this perspective, and due to the problems raised, currents of regulation of the network environment arise, with self-regulation, hetero-regulation and co-regulation being dealt with in the study. Thus, the work seeks to make a general analysis of the possibilities and nuances of regulation on the internet, concluding that the use of such regulatory forms greatly assists in solving demands in the virtual sphere. It is used as a method of approach the deductive, as the objectives

is characterized as exploratory and the means and technical procedure is characterized as bibliographic and documentary.

KEYWORDS: Internet; neutrality; regulation.

1 | INTRODUÇÃO

O campo das interações humanas encontra-se cada vez mais ligado à internet, perpassando quase a totalidade dos nossos afazeres diários pela rede mundial de computadores, seja para pedir uma refeição por meio de aplicativo ou site de restaurantes, seja para solicitar remédios de farmácias ou, simplesmente, conversar com parentes e amigos em redes sociais. É nesse contexto, cada vez maior de hiperconectividade, que se centra o debate acerca dos limites e as formas de regulação do espaço cibernético, a fim de salvaguardar os direitos no âmbito da rede, tanto sob o prisma dos consumidores, dos empresários, ou mesmo dos usuários.

A busca por uma internet neutra e sem um controle direto de quaisquer órgãos encontra-se na raiz de sua criação, na medida em que esta se insere em um ciberespaço, o qual não se aplica, em tese, o clássico conceito de territorialidade. Todavia, com o passar do tempo, foram surgindo diversas problemáticas a promoverem novos debates acerca dos limites dessa neutralidade e a necessidade de regulação das interações ocorridas no bojo da internet.

Embora a internet tenha surgido há pouco mais de meio século com a criação do projeto Advanced Research Projects Agency Network (Arpanet), vinculado ao Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, as suas ferramentas e utilização restaram exponencialmente utilizadas com o passar do tempo, sendo que nos dias atuais sequer se concebe uma sociedade sem a utilização de tal utensílio. E tal fato faz com que cada vez mais as pessoas e as suas relações de interação (sejam comerciais ou pessoais) estejam vinculadas à internet e por conseguinte, suscetíveis aos seus problemas decorrentes. Assim, a existências de elementos para a resolução destes novos conflitos erigidos na internet torna-se premente.

É nesse foco que o presente artigo se fundamenta, com o fito de investigar os argumentos relativos à aplicação do princípio da neutralidade da rede, em contraponto com a discussão acerca da regulação deste espaço. E tal necessidade de estabelecimento de parâmetros para as relações erigidas no campo cibernético podem se dar tanto por meio da autoregulação das plataformas, da heterorregulação aplicável às mesmas ou, ainda, com a incidência da corregulação. Por fim, são analisadas as perspectivas regulatórias no âmbito do Brasil.

A pesquisa utiliza-se do método dialético, sendo que quanto aos objetivos se caracteriza como exploratória, haja vista que embora a temática já tenha sido abordada de outras formas em trabalhos científicos, este trabalho aborda a temática de forma diversa. A originalidade se dá na medida em que se busca analisar a temática sob o mote dicotômico entre neutralidade e a regulação do espaço cibernético. Com relação aos meios ou procedimentos técnicos, a pesquisa se caracteriza como bibliográfica e documental,

pois sistematizada e desenvolvida com fundamento nas obras relacionadas ao assunto e em documentos obtidos na própria rede mundial de computadores.

O primeiro tópico aborda os elementos relativos à neutralidade da rede e sua inclusão no Marco Civil da Internet no Brasil. O segundo tópico apresenta conceitos atinentes à regulação da rede, sendo analisadas as formas de autorregulação, heterorregulação e correção. Ao final, é apresentada uma conclusão sobre os temas estudados no artigo.

2 | NEUTRALIDADE DA REDE

A neutralidade de rede é tida hoje como uma das principais bases responsável pela internet que se conhece, na qual todos podem ter acesso a qualquer tipo de conteúdo, sem restrições de acesso a determinados dados. O aludido termo *neutralidade da rede* foi cunhado pelo professor norte-americano TIM WU, em seu artigo *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, publicado no *Journal of Telecommunications and High Technology Law*¹.

Nessa linha, a neutralidade de rede preconiza que provedores de rede não podem tratar de forma discriminatória o tráfego de dados dos usuários, desimportando o emissor, o emissor, o seu conteúdo, ou mesmo o tipo de dado transmitido. O objetivo é simples, garantir que a internet seja de livre acesso a todos os usuários, sem que grandes atores possam manipular os dados de comunicação a fim de direcionar conteúdos ou dados para este ou aquele usuário, ou grupo de usuários.

Os provedores de internet devem prover o trânsito de dados para seus usuários sem que façam filtros qualitativos dessa troca de informações, sendo que se faz possível apenas, em homenagem à liberdade negocial, a entabulação de contrato entre as partes em relação a filtros quantitativos de dados. Isto quer dizer, o consumidor pode optar por planos em relação a quantidade de dados transmitidos e a velocidade com que se dá o tráfego desses dados². Repise-se, que embora a liberdade de contratação se dê quanto à quantidade, e inclusive restrição de acesso quando atingido determinado limite de dados utilizados (ex. contratação de plano de 4Gb em internet móvel), a qualidade dos dados acessados não pode ser filtrada.

Por ocasião das discussões acerca do projeto de lei do Marco Civil da Internet no Brasil, houve uma série de debates relacionados à aplicação do princípio da neutralidade na internet brasileira, inclusive de forma colaborativa no âmbito da internet, o que garantiu a sua positividade no bojo legal. No caso, a Lei Federal Ordinária nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece o Marco Civil da Internet no Brasil, em seu art. 3º, inciso IV, preconiza a “*preservação e garantia da neutralidade de rede*”.

Certo é que a dinamicidade com que as relações e as inovações tecnológicas advêm com uma velocidade exponencialmente maior do que as práticas regulatórias e

1 WU, Tim. **Network Neutrality, Broadband Discrimination**, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863. Acesso em 26.08.2021.

2 FORGIONI, Paula; MIURA, Maira Yuriko Rocha. **O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet III – tomo II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 109-136.

legislativas. Sendo assim, a cada momento exurgem novas problemáticas que demandam saneamento, a fim de que ocorra uma reaproximação da paz social.

A evolução da internet, sobretudo com a chegada da internet 2.0 (*read-write-web*) em que a sua principal característica se materializa pela potencialização do caráter colaborativo e de interação constante entre os usuários³, desvelou uma série de benefícios como a possibilidade de todos interagirem e manifestarem-se no âmbito da rede. Todavia, também desvelou problemas, a partir do fato que a sua nova forma de utilização por todos usuários permitiu que fosse usada para disseminação de notícias falsas, práticas de crimes de preconceito, dentre outras mazelas.

Não é de hoje que o sistema legislativo no Brasil adota como principal solução para os seus problemas a criação de normas repressivas (em geral de ordem penal), em que pese não se tenha uma preocupação em igual proporção em relação à sua efetividade de ordem prática. E no âmbito das relações advindas no meio virtual não é diferente. Exemplo disso são os projetos de lei relativos à criminalização de *fake news*, sendo que no ano de 2018 eram cerca de vinte, enquanto já no ano de 2021, remontam em aproximadamente duzentos os projetos de lei ou requerimentos legislativos relacionados à temática,⁴ muitos dos quais propondo a imposição de multas ou restrições de liberdade para a prática de tais condutas.

Outro exemplo do reativismo punitivo do Poder Legislativo na seara da internet, foi a edição da chamada Lei Carolina Dieckmann (Lei Federal Ordinária nº 12.737, de 30 de novembro de 2012), a qual Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. A referida norma tem como origem o Projeto de Lei nº 35, de 2012 de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira, protocolado em maio de 2012, logo após a notícia crime apresentada pela atriz acerca da extorsão sofrida para que não fossem divulgadas suas fotos íntimas⁵.

No caso, embora já existissem outros projetos de lei em trâmite nas casas legislativas, a exemplo do próprio Projeto de Lei nº 84/1999 (que inclusive consta das razões da justificativa do Projeto de Lei nº 35/2012), também se observa que a sua tramitação restou realizada de forma açodada e sequer se aplicaria ao próprio caso da atriz. Isto porque a par do disposto no princípio do direito penal da não retroação da lei penal em malefício ao autor do fato, ainda assim, a atriz não teve seu dispositivo de informático invadido (como dispõe o preceito primário da norma aprovada⁶), mas encaminhou o mesmo para manutenção em

3 MAGRANI, Eduardo. **A INTERNET DAS COISAS**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018, p. 65.

4 Com relação à pesquisa, foi inserido o termo “fake news” como referência no sítio da Câmara dos Deputados, obtendo-se como resultado 234 proposições ou requerimentos vinculados à temática. <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=&autor=&inteiroTeor=fake+news&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5B%5D&data=26/08/2021&page=false> Acesso em: 26.08.2021.

5 Fotos pessoais da atriz Carolina Dieckmann vazam na internet. **Jornal Nacional**. 05 de maio de 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/05/fotos-pessoais-da-atriz-carolina-dieckmann-vazam-na-internet.html> Acesso em 26 Ago. 2021.

6 Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: - Lei Federal Ordinária nº 12.737, de 30.11.2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm Acesso em: 26 Ago. 2021.

um prestador de serviços, e então teve suas fotos copiadas pelo responsável.

De mais a mais, a mera inovação no campo legislativo penal, como salvaguarda da pacificação das relações sociais não se mostra eficaz, em especial, pelos altos custos da manutenção do sistema carcerário, os engessamentos das práticas dos órgãos de persecução penal e até mesmo a impunidade e descrédito da população com as medidas repressivas⁷. Dessa forma, assumem uma especial relevância as formas de regulação das plataformas virtuais, como forma de se atingirem os objetivos atinentes à uma melhor utilização das novas tecnologias e aplicações.

O Marco Civil da Internet consagrou o princípio da neutralidade da rede, a partir da perspectiva de que o tráfego informacional não deve ser censurado e reprimido. Todavia, e embora a censura não seja a solução, o debate acerca da possível regulação de plataformas e implantação de normas específicas mostra-se adequado para a solução de problemas específicos no campo virtual.

3 | DA AUTOREGULAÇÃO, HETEROREGULAÇÃO E CORREGULAÇÃO

Em primeira análise, importante verificar-se que as diferentes formas de regulação abaixo elencadas decorrem de uma perspectiva da necessidade de existência de elementos e regras mínimas a balizarem as relações no bojo virtual. Não se descure que o próprio vocábulo *regulação* carregue uma carga semântica associada na psique social como sendo de certa forma negativa, pois geralmente traduz a percepção de uma ideia de censura ou de limitação do acesso à rede. Por evidente que este tipo de “regulação” pode ser realizada em determinadas situações, sendo que “a censura na internet é praticada por governos de países como China, Cuba, Irã, Vietnã, Maldivas, Coreia do Norte, Síria, Tunísia e Uzbequidão”.⁸ No mais das vezes, esse tipo de atuação se dá por meio do monitoramento de termos ou dados sensíveis que, uma vez identificados, realizam o bloqueio do acesso à navegação do usuário.

Embora a discussão acerca da necessidade de implementação de instrumentos capazes a trazerem uma certa organização no ambiente virtual em relação a prática de condutas impróprias não seja inédita, talvez tenha assumido maior relevo a partir da entrevista concedida ao *The Washington Post* por Mark Zuckerberg, fundador e presidente-executivo do Facebook, um dos maiores conglomerados da área de tecnologia, proprietária também de outros dos maiores e mais usados aplicativos, como Instagram, Whatsapp, dentre outros.

Na referida entrevista, o CEO afirma acreditar na necessidade de uma atuação mais ativa dos governos e reguladores, a fim de preservar, de um lado, a liberdade para as pessoas e empresários e, de outro, proteger a sociedade de danos mais amplos. E neste contexto, defendeu a regulamentação em pelo menos quatro áreas: de conteúdo

7 ARAUJO, Makelvy Vlaber Silva de, e RODRIGUES, Filipe Azevedo. **A INEFICÁCIA DA EXPANSÃO INDISCRIMINADA DO DIREITO PENAL**. https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0967_1003.pdf Acesso em 26.08.2021.

8 SEGURADO, R. (2013). Entre a regulamentação e a censura do ciberespaço. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, 0(9). Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13919/10243>. Acesso em: 12 mar. 2021

prejudicial, integridade eleitoral, privacidade e portabilidade de dados⁹.

Tal manifestação do responsável pelo Facebook se deu (em 30.03.2019) dias após a transmissão ao vivo pela sua rede social do atentado a duas mesquitas na Nova Zelândia (em 16.03.2019), no qual foram vitimadas cinquenta pessoas. No dia posterior ao ataque, o Facebook informou que removeu 1,5 milhão de vídeos compartilhados do evento, e impediu o download de 1,2 milhão dos mesmos vídeos¹⁰, de forma espontânea e unilateral, dando assim sinais de que passará a regular o conteúdo de suas redes.

3.1 Autoregulação

Como é cediço desde os primórdios da internet, este espaço restou consagrado por ser considerado libertário, imbricado intimamente à ausência de controle Estatal direto, na medida em que não se faz possível a delimitação territorial no clássico conceito de soberania a abarcar determinado espaço da rede mundial de computadores.

Neste mote, as discussões iniciais versaram sobre de que modo os conflitos existentes na rede (e inerentes às relações humanas) poderiam ser solvidos, se era possível a aplicação de normas de direito tradicionais às demais demandas, ou se seriam necessárias novas formas específicas para a solução de tais situações¹¹.

Inicialmente há de se analisar a possibilidade e a forma de autoregulação das plataformas. Essa autoregulação, como o próprio nome já diz, parte de um pressuposto de que os próprios partícipes da internet (e em especial as plataformas) possam assumir um papel de destaque na aquilatação de conteúdos publicados, a fim de poderem *sponte propria*, realizar filtragem de dados. Tal corrente ganhou sobrelevada força a partir da manifestação do CEO do Facebook e sua atuação para remoção dos vídeos sobre os ataques à mesquita na Nova Zelândia. Mas não só neste ponto é que se pode relacionar exemplos.

Outra forma de autoregulação que se pode pontuar, e que contou com grande repercussão na mídia ao redor do mundo, foi a remoção permanente da conta do Twitter do ex-presidente americano Donald Trump. Tal atitude da plataforma ocorreu dois dias após apoiadores do então presidente Trump invadirem o Congresso Nacional dos Estados Unidos da América em inúmeros atos de violência e de vandalismo na casa do Poder Legislativo americano, e que provocaram a morte de cinco pessoas¹².

Embora não se adentre nas razões da plataforma de realizar tal remoção (se foram

9 ZUCKERBERG, Mark. The Internet needs new rules. Let's start in these four áreas. **THE WASHINGTON POST**. 30 de março de 2019. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas/2019/03/29/9e6f0504-521a-11e9-a3f7-78b7525a8d5f_story.html Acesso em: 26 Ago. 2021.

10 REUTERS. Facebook removeu 1,5 milhão de vídeos de ataque na Nova Zelândia. **REVISTA VEJA**. 17 de março de 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/facebook-removeu-15-milhao-de-videos-de-ataque-na-nova-zelandia/> Acesso em 26 Ago. 2021.

11 SANTOS, Lino (2015). **Regulação do ciberespaço: cesuristas e tradicionalistas**. JANUS.NET e-journal of International Relations, Vol. 6, N.º 1, Maio-Outubro 2015. Consultado [online] em data da última consulta, observare.ual.pt/janus.net/pt_vol6_n1_art6 Disponível em: http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol6_n1/pt_vol6_n1_art6.pdf Acesso em: 26 fev. 2018.

12 Twitter tira conta de Trump do ar permanentemente. **G1**, 08 de Janeiro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/08/twitter-tira-conta-de-trump-do-ar.ghtml> Acesso em: 26 Ago. 2021.

razoáveis ou proporcionais), a sua atitude de exclusão unilateral de uma conta da rede social, sob o argumento de que o usuário violou as normas de utilização da plataforma, revelou uma nova fase e forma de atuação das plataformas em relação à violação de suas políticas de uso.

Importante no bojo desta discussão trazer ao ponto o relatório para a liberdade de expressão da Organização das Nações Unidas, elaborado por David Kaye em 2018, o qual já apontava preocupações relativas a excessos regulatórios por parte das próprias plataformas, na medida em que efetuavam censura, remoção de publicações, dentre outras ações, sob o pretexto de combate a mensagens de violência, abusos ou notícias falsas. Para LIMA e VALENTE ao citarem o aludido relatório, KAYE refere que há a necessidade de se sopesar as razões de eventual ação por parte das plataformas com os princípios da liberdade de expressão dos usuários. Além do mais, o autor também cita que “*o exagero no poder dos atores privados de decidir o que pode ou não pode ser publicado (seja por mandato legal ou administrativo, seja pela decisão própria das empresas a partir de seus termos de uso) também traz riscos*”.¹³

3.2 Heterorregulação

Na via inversa, parcela da doutrina entende quanto à necessidade de existência de uma regulação exógena aos partícipes das relações virtuais, sejam terceiros, ainda que privados, ou mesmo setores governamentais. Na via da heterorregulação, há de se gizar que existem diversas correntes, sendo desde as mais abrangentes, que discutem a possibilidade de regulação das relações da internet por meio das normas de direitos já postas dentro da sociedade, quanto àqueles que apresentam a necessidade de serem inovados regulamentos, face à especificidade das relações virtuais.

A par disso, certo é que de uma forma ou de outra, a regulação por atores externos às relações da internet *prima facie* pode trazer um certo receio pelos defensores da liberdade na internet. Todavia, também há de se destacar que, em regra, as nações ao redor do mundo preconizam como princípio básico democrático a inafastabilidade da tutela jurisdicional, sendo que, no caso do Brasil, encontra-se expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, ainda que existam processos de autoregulação a balizar as relações entre os usuários e a plataforma, nada obsta que a discussão acerca dos fatos e acontecimentos ocorridos no âmbito virtual sejam submetidos ao Poder Judiciário para que este se posicione sobre o tema.

E casos de heteroregulação em razão de demandas judiciais para solver divergências envolvendo relações virtuais não são novidade. Em recente decisão, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, no bojo do Inquérito nº 4.781, houve por determinar o bloqueio integral em relação a visualização em território nacional de conteúdos de contas

13 MORAES de Lima M. F. U.; Valente J. C. L. Regulação de plataformas digitais: mapeando o debate internacional. *Liinc em Revista*, v. 16, n. 1, p. e5100, 30 maio 2020. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5100/4650>. Acesso em 10 maio 2021.

de redes sociais¹⁴. Outro caso emblemático acerca da atuação judicial em tais questões foi a determinação de bloqueio de toda a plataforma do WhatsApp, em pelo menos três oportunidades, haja vista a recalitrância da empresa no fornecimento de informações requisitadas pelo Poder Judiciário¹⁵

Todavia, esta não é a única forma de heteroregulação das plataformas, podendo as mesmas também serem reguladas sob outros contornos, como a criação de órgãos de controle estatal, sejam eles sob o manto da administração direta, ou indireta.

Como exemplo da própria possibilidade de o Estado promover a regulação do conteúdo da internet, por meio da suspensão de acesso ou retirada de dados, cita-se a edição da Lei Sinde-Wert na Espanha. Referida legislação dispõe sobre questões de propriedade intelectual e direitos autorais no âmbito da nação, e permite que empresas provedoras de internet sejam compelidas pelo Estado à retirada de conteúdos que violam direitos autorais. E tal monitoramento se dá a partir da obrigação aos provedores de internet realizarem o compartilhamento com o Estado de dados dos internautas que violam normas de direitos autorais¹⁶.

Em análise dos direitos fundamentais, em tese, colidentes no bojo da legislação espanhola, claramente foi privilegiado neste caso os direitos à propriedade intelectual em detrimento à privacidade, em um cotejamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse mesmo diapasão, a França também promulgou uma legislação com forte viés regulatório quanto aos conteúdos sob tráfego de dados nas redes de computadores existentes em seu território. Conhecida como Lei Hadopi, a Lei de Criação e Internet promove a criação, dentre suas diversas disposições, de um colegiado composto por nove membros que compõem o cargo de alta autoridade para a difusão de obras e proteção de direitos na internet, bem como a Comissão de Proteção de Direitos.

Este sistema estatal de proteção e regulação da internet funciona com a verificação da Hadopi de um conteúdo irregular, sendo que a partir de tal fato requisita ao provedor de internet informações sobre os usuários envolvidos e, posteriormente, notifica os mesmos a título de advertência. Persistindo as violações, as sanções aplicadas podem ser de multa ou de suspensão do serviço de internet ao usuário¹⁷.

Estas são apenas algumas das possibilidades e exemplificações acerca das formas

14 VILELA, Leonardo Marque *et* MEIRELES, Joyce Ariele da Silva. **Bloqueio global de perfis em redes sociais por ordem judicial: uma análise jurídica e informática**. ESTADÃO. 01 de agosto de 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/bloqueio-global-de-perfis-em-redes-sociais-por-ordem-judicial-uma-analise-juridica-e-informatica/> Acesso em 26 Ago 2021.

15 WhatsApp será bloqueado em todo o Brasil por decisão da Justiça. **G1**. 19 de julho de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/07/aplicativo-whatsapp-sera-bloqueado-novamente-em-todo-o-brasil.html> Acesso em 26 Ago 2021.

16 SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S. Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 22, supl. p. 1564. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702015001001551&lng=en&nr=iso. Acesso em: 26 Fev. 2018.

17 SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S. Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 22, supl. p. 1565. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702015001001551&lng=en&nr=iso. Acesso em: 26 Fev. 2018.

de heterorregulação, sendo que sua fundamental característica perpassa no ponto das atuações sobre as práticas ocorridas na internet se darem por órgãos externos à relação objeto da lide.

3.3 Corregulação

Outra forma para solver os problemas que advêm do uso da internet, relaciona-se com uma forma que combina tanto aspectos ligados à autoregulação, quanto à hetereregulação. E tal forma pressupõe que tanto uma quanto a outra, possuem aspectos positivos e eficazes a fim de promoverem a solução de demandas ocorridas no âmbito da internet.

Para tanto, a corregulação caracteriza-se pela possibilidade de permanente utilização entre normas jurídicas cogentes e outros modos de regulação para a organização da internet, partindo-se do pressuposto de que qualquer iniciativa que tenha esse efeito, seja entendida por sistema regulatório¹⁸. E sob esse prisma que se destaca tal forma de regulação.

No tocante à implementação prática de mecanismos de corregulação, é possível citar a normas editadas pela União Européia, como exemplo a Recomendação nº 98/50, assim como a criação do programa *Safer Internet Plus*, instituído por meio da Decisão nº 854/05 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. Aludidas normativas preconizaram aspectos que possibilitaram que os próprios usuários e plataformas estabeleçam formas de adoção voluntária de mecanismos de autoregulação, quanto também recomenda a elaboração de códigos de condutas por parte dos Estados e dos participantes da internet (forma de heteroregulação)¹⁹.

4 | CONCLUSÃO

A era da internet é caracterizada pelos grandes avanços tecnológicos, assim como a velocidade com que tais acontecimentos se dão. Dentro deste bojo, a relação humana está cada vez mais imbricada com os acontecimentos que se dão no mundo virtual, fazendo-se necessário que existam ferramentas aptas a regular tais interações.

Embora o nascimento da internet sob a perspectiva do princípio da neutralidade, e fervorosos debates defendendo a liberdade plena no meio virtual, diversas novas problemáticas surgiram no mundo virtual, culminando na necessidade de criação e aperfeiçoamento de mecanismos necessários a sopesar os seus conflitos.

Sendo assim, a autoregulação se mostrou como uma forma em que os próprios envolvidos nas interações da internet podem solver os problemas, por meio de técnicas inclusive autocompositivas.

De outro lado, para os adeptos da necessidade de um agente externo a regular as relações conflituosas, surge a corrente da hetereregulação. Tais relações passam a ser solvidas pela decisão de órgão alheio à relação estabelecida virtualmente, podendo ser

18 SILVA, Rosane Leal da. Cultura ciberlibertária X regulação da internet: a corregulação como modelo capaz de harmonizar este conflito. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 21, p. 302, 2012.

19 SILVA, Rosane Leal da. *Op cit* p. 305-306.

tanto um órgão estatal, quanto o próprio Poder Judiciário.

Uma terceira via também exsurge nesse contexto regulatório, a qual se trata da correção, que concilia tanto idiosincrasias ligadas à autoregulação, quanto aspectos contidos na corrente da heterorreção. Dessa forma, esta corrente consegue conglumar os mais diversos ferramentais em prol da pacificação das relações.

Assim, os elementos coligidos no presente texto evidenciam que embora esteja em vigência o princípio da neutralidade da rede, em determinadas situações se faz necessária a regulação das relações contidas no meio virtual, seja por meio da autoregulação, heterorreção, ou mesmo da correção. Sendo que em relação a esta última, a utilização tanto de aspectos de ambas as outras duas correntes, pode vir a potencializar as possibilidades de solução das problemáticas advindas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Makely Vlaber Silva de, e RODRIGUES, Filipe Azevedo. **A INEFICÁCIA DA EXPANSÃO INDISCRIMINADA DO DIREITO PENAL**. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0967_1003.pdf Acesso em: 26 Ago 2021.

BRASIL. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 26 Ago 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 26 Ago 2021.

BRASIL. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm Acesso em: 26 Ago. 2021.

FORGIONI, Paula; MIURA, Maira Yuriko Rocha. **O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet III – tomo II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 109-136.

Fotos pessoais da atriz Carolina Dieckmann vazam na internet. **Jornal Nacional**. 05 de maio de 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/05/fotos-pessoais-da-atriz-carolina-dieckmann-vazam-na-internet.html> Acesso em 26 Ago. 2021.

GRIGORI, Pedro. **20 projetos de lei no Congresso pretendem criminalizar fake news**. Publica. Disponível em <https://apublica.org/2018/05/20-projetos-de-lei-no-congresso-pretendem-criminalizar-fake-news/>. Acesso em 15/07/2018

KETTEMANN, Matthias C.. A ordem normativa da internet. **Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 7, Núm. 17, mai./ago., 2020 Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br>. Acesso em: 12 mar. 2021.

MAGRANI, Eduardo. **A INTERNET DAS COISAS**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018, p. 65.

MORAES de Lima M. F. U.; Valente J. C. L. Regulação de plataformas digitais: mapeando o debate internacional. **Liinc em Revista**, v. 16, n. 1, p. e5100, 30 maio 2020. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5100/4650>. Acesso em 10 maio 2021.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucs Costa dos; BRANDÃO, Luiza Couto Chaves (Orgs.) **Tecnologias e conectividade: direito e políticas na governança das redes**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018. Disponível em: <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Tecnologias-e-Conectividade-Direito-e-Pol%C3%ADticas-na-Governan%C3%A7a-das-Redes.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

REUTERS. Facebook removeu 1,5 milhão de vídeos de ataque na Nova Zelândia. **REVISTA VEJA**. 17 de março de 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/facebook-removeu-15-milhao-de-videos-de-ataque-na-nova-zelandia/> Acesso em 26 Ago. 2021.

RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. **Transparência sobre moderação de conteúdo em políticas de comunidade**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2020. Disponível em <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2020/10/Transpar%C3%AAncia-sobre-modera%C3%A7%C3%A3o-de-conte%C3%BAdo-em-pol%C3%ADticas-de-comunidade-IRIS.pdf> Acesso em: 25 out. 2020.

SANTOS, Lino (2015). “**Regulação do ciberespaço: cesuristas e tradicionalistas**”. JANUS.NET e-journal of International Relations, Vol. 6, N.º 1, Maio-Outubro 2015. Consultado [online] em data da última consulta, observare.ual.pt/janus.net/pt_vol6_n1_art6 Disponível em: http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol6_n1/pt/pt_vol6_n1_art6.pdf Acesso em: 26 fev. 2018.

SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S. Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. **Hist. cienc. saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 22, supl. p. 1551-1571, Dec. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702015001001551&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 Fev. 2018.

SEGURADO, R. (2013). Entre a regulamentação e a censura do ciberespaço. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, 0(9). Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13919/10243>. Acesso em: 12 mar. 2021

SILVA, Rosane Leal da. Cultura ciberlibertária X regulação da internet: a correção como modelo capaz de harmonizar este conflito. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 21, p. 279-312, 2012.

Twitter tira conta de Trump do ar permanentemente. **G1**, 08 de Janeiro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/08/twitter-tira-conta-de-trump-do-ar.ghtml> Acesso em: 26 Ago. 2021.

VILELA, Leonardo Marque *et* MEIRELES, Joyce Ariele da Silva. Bloqueio global de perfis em redes sociais por ordem judicial: uma análise jurídica e informática. **ESTADÃO**. 01 de agosto de 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/bloqueio-global-de-perfis-em-redes-sociais-por-ordem-judicial-uma-analise-juridica-e-informatica/> Acesso em 26 Ago 2021.

WhatsApp será bloqueado em todo o Brasil por decisão da Justiça. **G1**. 19 de julho de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/07/aplicativo-whatsapp-sera-bloqueado-novamente-em-todo-o-brasil.html> Acesso em 26 Ago 2021.

WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863. Acesso em 26.08.2021.

ZUCKERBERG, Mark. The Internet needs new rules. Let's start in these four áreas. **THE WASHINGTON POST**. 30 de março de 2019. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas/2019/03/29/9e6f0504-521a-11e9-a3f7-78b7525a8d5f_story.html Acesso em: 26 Ago. 2021.

LUANA MAYARA DE SOUZA BRANDÃO - Possui graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (2016), com especialização em Direito Público e em Direito Acidentário: Trabalho e Previdenciário pela Legale. Licenciada em Pedagogia pela Estácio (2022). Obteve seu Mestrado em Educação, Cultura e Territórios Semiáridos pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e atualmente é doutoranda em Ecologia Humana e Gestão Socioambiental pela UNEB. Tem experiência com pesquisas nas áreas da educação e do direito, com ênfase em financiamento, gestão e controle dos recursos destinados à educação e com o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.

A

Acordo de não persecução penal 106, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 156, 158, 159

Aplicação 25, 38, 45, 46, 53, 54, 55, 56, 64, 86, 92, 97, 98, 99, 105, 112, 115, 117, 134, 150, 152, 153, 157, 180, 193, 198, 208, 220, 221, 224

Audiência pública 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 174

B

Bem-estar animal 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 144

C

Código civil 9, 10, 11, 18, 45, 49, 53, 54

Confissão 147, 148, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159

Consensualidade 114, 115, 117, 163

Consequências jurídicas 8, 9, 13, 19

Consórcios 107, 108, 109, 110, 113

Constituição Federal Brasileira de 1988 120, 121, 122, 123, 126, 130, 131, 132, 133, 139, 140, 143

Contratos regulados 161

Correalidade 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56

Covid-19 84, 85, 86, 90, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 162, 163, 187

D

Democracia 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 40, 74, 78, 79, 80, 81, 82

Direito tributário 114, 115, 116, 117, 119

E

Ensino jurídico 45, 146

Era digital 8, 9

Estado democrático de direito 1

G

Gás natural 161, 162, 163, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 183, 184, 185, 187, 188, 189

I

Infidelidade 8, 9, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19

Intimidade 8, 9, 14, 17, 212

J

James Harrington 74, 75, 78, 79, 82, 83

Jurisdição constitucional 21, 23, 26, 29, 33, 135

Jurisprudência 11, 20, 45, 53, 54, 56, 84, 95, 96, 97, 98, 177, 186, 206, 213, 218

Justiça consensual 148, 153

L

Legitimidade 21, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 54, 104, 171, 188

Licenciamento ambiental 1, 2, 3, 5, 6, 7

Locais de crime 58, 60, 63

M

Memória 10, 45, 46, 56, 69

Município 55, 64, 72, 107, 111, 194

O

Ordenamento jurídico 2, 3, 35, 45, 46, 56, 92, 127, 134, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 186, 187, 202, 208

P

Perícia criminal 58, 59, 62, 63, 64, 65, 73

Pesquisa 1, 2, 7, 45, 46, 48, 56, 58, 60, 61, 63, 64, 72, 74, 82, 84, 85, 87, 99, 146, 147, 149, 153, 158, 159, 161, 166, 167, 174, 175, 194, 204, 206, 220, 222

Petróleo 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 182, 183, 184, 185, 187, 188, 189, 190

Preso condenado 84, 94, 99

Prisão domiciliar 84, 86, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 102

Propriedade Rural 74

Q

Qualidade de vida 35, 36, 37, 41, 42, 43, 44, 206, 209, 212, 213, 217

R

Reforma agrária 74, 78, 79, 80, 81, 82

Renegociação contratual 161, 164, 178, 182

Ronald Dworkin 21, 22, 24, 26, 27, 31

S

Saúde 37, 38, 39, 41, 42, 43, 58, 60, 67, 72, 73, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 129, 184, 197, 203, 207, 209, 210, 211, 215, 216, 217

Simplificação 7, 114, 116

Solidariedade 11, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 187, 196, 208

Suicídio 58, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 71, 73, 78

Superlotação carcerária 84, 87

U

Universidade Aberta 35, 40, 41, 42

V

Vedação das práticas de crueldade 121, 122, 127, 128, 130, 132, 133, 136, 137, 138, 141, 142, 143, 144

Velhice saudável 35

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 @atenaeditora

 www.facebook.com/atenaeditora.com.br

DIREITO:

PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS



 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 @atenaeditora

 www.facebook.com/atenaeditora.com.br

DIREITO:

PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS

